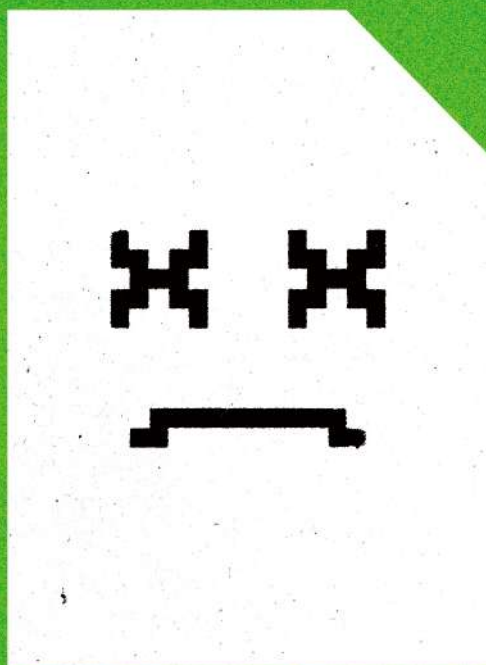


GUÍA PARA INTERPRETAR RESTRICCIONES



A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET



R3D
Red en Defensa
de los Derechos Digitales

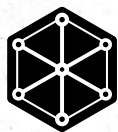


**Unión
Europea**

GUÍA PARA INTERPRETAR RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET

Por: Vladimir Chorny. Ciudad de México. México, Abril 2025.

Diseño: Andrés Timm.



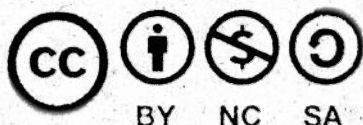
R3D

Red en Defensa
de los Derechos Digitales



**Unión
Europea**

Este documento fue realizado con ayuda financiera de la Unión Europea. Su contenido es responsabilidad exclusiva de R3D y de ningún modo debe considerarse que refleja la posición de la Unión Europea.



Licencia de Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial-
CompartirIgual4.0 Internacional

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
---------------------	----------

ELEMENTOS BÁSICOS Y PRINCIPIOS QUE DAN CONTENIDO Y ALCANCE AL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	7
---	----------

Buscar, recibir y difundir expresiones por cualquier medio	7
--	---

Expresiones protegidas en el entorno digital	8
--	---

Los tipos de protección de la libertad de expresión	9
---	---

Restricciones legítimas a la libertad de expresión	13
--	----

EL ENTORNO DIGITAL Y LAS PARTICULARIDADES DE INTERNET FRENTE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	25
--	-----------

Internet como red descentralizada, libre y abierta	26
--	----

El principio de no responsabilidad de intermediarios	27
--	----

La perspectiva sistémica digital dentro del test tripartito	29
---	----

Moderación de contenidos en Internet y limitaciones a expresiones en línea	30
---	----

**ESCENARIOS DE RESTRICCIÓN DEL DERECHO A LA
LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET _____ 38**

El derecho al honor, la reputación y la propia imagen _____ 38

El derecho de cancelación de datos personales
(el mal llamado “derecho al olvido”) _____ 42

La igualdad y no discriminación _____ 44

La violencia política por razones de género _____ 45

La protección de los derechos de autor _____ 46

BIBLIOGRAFÍA _____ 52

Capítulo I _____ 52

Capítulo II _____ 54

Capítulo III _____ 54

INTRODUCCIÓN

La democracia está mediada por la tecnología. Al menos en las sociedades actuales, el Internet está relacionado indisolublemente con el desarrollo político, económico y social de los países. En esta realidad, las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) han transformado la manera en que las personas pueden expresarse y difundir ideas e información de toda índole.

Este hecho es particularmente importante para las sociedades democráticas, en las que el derecho a la libertad de expresión tiene (o debería tener) un lugar central en el orden jurídico, especialmente en aquellos países que son parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), donde este derecho tiene una posición normativa privilegiada.

Pero precisamente por la incorporación reciente del ámbito de las tecnologías en prácticamente todos los ámbitos de la vida —tanto públicos como privados—, los derechos humanos han tenido modificaciones al desarrollarse en el ámbito digital. El derecho a la libertad de expresión y otros derechos como la privacidad, el acceso a la información y el acceso al conocimiento, tienen particularidades que deben ser tomadas en cuenta en el ámbito técnico y el normativo.

El desconocimiento técnico de Internet y de la manera especial que algunos derechos tienen al ejercerse en el entorno digital suele llevar a un mal entendimiento de dichos derechos y al despliegue de medidas restrictivas incompatibles con los estándares interamericanos por parte de los gobiernos. En otras palabras, para respetar los estándares del derecho a la libertad de expresión en Internet, es indispensable entender la estructura y funcionamiento de Internet. En caso contrario, el poder democratizador de este derecho y del Internet mismo pueden perderse bajo un control gubernamental o privado que es ilegítimo e incompatible con la democracia.

El cruce entre el derecho y la tecnología vuelve indispensable entender los alcances y modificaciones de los estándares jurídicos en el ámbito digital. Este trabajo es una propuesta para guiar ese entendimiento y para dar a los principales operadores jurídicos herramientas interpretativas concretas para la correcta aplicación del derecho en el ámbito de las tecnologías. El objetivo

es dar herramientas analíticas, conceptuales y jurídicas para que las instituciones encargadas de respetar, promover y garantizar los derechos humanos en Internet lo hagan de la manera correcta, entendiendo por esta a aquella interpretación que es acorde al derecho dado por la Constitución mexicana y por el SIDH.

Consideramos que, aunque pueden existir interpretaciones alternativas sobre la manera correcta de entender los alcances y límites a la libertad de expresión en Internet, nuestra propuesta es la que mejor refleja el carácter democrático de este derecho dentro del marco constitucional e interamericano en el entorno digital. Con esto, buscamos contribuir al desarrollo doctrinario y jurisprudencial de dichos estándares, al dar a los operadores jurídicos un apoyo para resolver casos, desarrollar políticas públicas y/o crear regulaciones de manera compatible con las obligaciones constitucionales y convencionales que les vinculan.

CAPÍTULO I


ELEMENTOS BÁSICOS Y PRINCIPIOS QUE DAN CONTENIDO Y ALCANCE AL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Buscar, recibir y difundir expresiones por cualquier medio

El derecho a la libertad de expresión reconoce una multiplicidad de acciones, conductas y modos de externalizar las ideas, opiniones e información, a través de los distintos medios de comunicación disponibles para las personas. Esto significa que la manifestación de expresiones puede hacerse por vías tradicionales tales como la escritura: cartas, panfletos, manifiestos, etc.; la vía oral: charlas en espacios públicos y privados, discursos en plazas públicas, consignas en protestas sociales, etc.; y, en la actualidad, por medio de las distintas formas que habilitan las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC).

Esto último abre todo un abanico de expresiones que no se limita únicamente a la posibilidad de expresarse por medio de redes sociales, sino a otras formas de manifestarse. Un ejemplo de estos casos es el del desarrollo de código en aplicaciones y software de particulares, que puede estar dirigido a distintos fines y que, como medida de expresión, se encuentra protegida por el derecho a la libertad de expresión en Internet.¹ La innovación, la creatividad y el desarrollo de ideas por estos medios están protegidas por este derecho, en el sentido de que los contenidos, las aplicaciones y los servicios que se despliegan en Internet tienen protecciones particulares en el entorno digital (como explicaremos con los principios de no responsabilidad de intermediarios y de la neutralidad de la red).

Es fundamental entender entonces que existe un consenso general de los organismos internacionales y regionales especializados en la protección y garantía de la libertad de expresión en Internet, de que su ejercicio debe adaptarse a las particularidades de Internet como una red

¹  El primer antecedente que se tiene en el que una Corte consideró el código como un lenguaje sujeto a la protección de un discurso protegido por la libertad de expresión es *Bernstein v. US Department of Justice*, de la Corte de Distrito del Norte de California, del 9 de diciembre de 1996. Véase en: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/945/1279/1457799/>.

libre y abierta, y que dichos estándares también establecen que las limitaciones tradicionales a la libertad de expresión no pueden trasladarse de manera automática a Internet, sino que sus características como un medio particular deben ser tomadas en cuenta para evaluar cualquier restricción posible.²

Expresiones protegidas en el entorno digital

La libertad de expresión es un derecho que se ejerce en distintas dimensiones; es decir, que tiene más de una forma de materializarse y que desarrolla distintos intereses humanos especiales. Por esta razón, existen distintos *grados* de protección a distintas expresiones que responden a las dimensiones del derecho mismo.

En primer lugar, debemos entender que la libertad de expresión tiene tres dimensiones o facetas: la dimensión individual, la dimensión social y la dimensión democrática. En segundo lugar, que este derecho da distintos grados de protección a los distintos tipos de expresiones: una *protección general* a todas las expresiones, una *protección especial* a ciertos discursos y una *protección reforzada* a intereses especialmente vulnerables que resulta en establecer la prohibición de ciertos discursos.

Las dimensiones del derecho a expresarse³

Individual

La dimensión individual de la libertad de expresión reconoce que las personas pueden buscar y difundir información, opiniones y expresiones contempladas por el ejercicio de este derecho. Esto significa que todas las personas, sin excepción, pueden externalizar sus pensamientos, ideas, críticas, y cualquiera otra forma de expresarse de manera individual sobre cualquier tema y dentro de los límites legítimos del derecho.

Social

Sin embargo, el ejercicio de este derecho no se agota en su ejercicio individual, sino que implica también que la sociedad como un todo, tiene colectivamente el derecho de recibir la información, opiniones y demás formas de expresión que resultan del ejercicio individual del derecho a la libertad de expresión. En distintos casos, la libertad de expresión tomará mayor relevancia en virtud de este interés colectivo, ya que con él se reconoce una preocupación por que las sociedades puedan tener acceso a una pluralidad de ideas y a toda la información posible, sin interferencias ilegítimas por parte de sujetos públicos o privados.

² *J.- Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet. Relatorías conjuntas ONU/CIDH/OSCE/CADHP, 1 de junio de 2022.*

³ *J.- Corte IDH. Casos: Olmedo Bustos y otros v. Chile, párr. 68; Herrera Ullo v. Costa Rica; Ricardo Canese v. Paraguay, párr. 77; Ivcher Bronstein v. Perú, párr. 146. Ver también su Opinión Consultiva OC-5/85, párr. 32; CIDH. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, 2000; SCJN. Pleno. Acción de Inconstitucionalidad 66/2009, 24 de marzo de 2011; SCJN. 1a Sala. Amparo Directo 28/2010, 23 de noviembre de 2011.*

La dimensión democrática del derecho a la libertad de expresión refiere al interés que existe en las democracias contemporáneas por contar con un espacio público democrático, entendiendo por éste un espacio libre, abierto, inclusivo y deliberativo. Lo anterior lleva a que se reconozca un interés en generar, promover y garantizar la existencia de un debate público que sea robusto, desinhibido, abierto e incluyente, que permita la valoración crítica de los asuntos de interés público, la proliferación de las ideas y la pluralidad de puntos de vista sobre la sociedad y la vida.

Para esto es indispensable tomar medidas proactivas por parte del Estado para que tanto la esfera pública como el debate público se acerquen lo más posible a tener este carácter. Dado que la libertad de expresión funciona como un derecho potenciador y habilitador de otros derechos como la educación, el acceso a la cultura y a la información, y la autonomía plena de todas las personas, tomar medidas encaminadas a su respeto, promoción y garantía se vuelve una parte fundamental para garantizar otros derechos que se relacionan con éste.

Al mismo tiempo, la visión democrática de la libertad de expresión reconoce que existen intereses democráticos que pueden ser afectados por el ejercicio de este derecho, lo que hará que en ciertos casos la libertad de expresión pueda ser limitada en aras de proteger esos *intereses especialmente vulnerables*. La libertad de expresión se articula entonces como un derecho multifacético que se ensancha en ciertas circunstancias específicas y se estrecha en otras, siempre con el objetivo de ampliar la democracia.

Los tipos de protección de la libertad de expresión

Cobertura en general a todas las expresiones (protección ab initio)⁴

En principio, el reconocimiento de la dimensión individual de este derecho le da una importancia especial a todas las expresiones, y rechaza visiones o aproximaciones que establecen que las expresiones de las personas deben sujetarse a criterios estéticos, morales, religiosos o de otra índole para considerarse como expresiones valiosas. Particularmente en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, donde existe la prohibición de censura previa para la mayoría de los discursos, se reconoce que existe una *presunción de legitimidad* de la libertad de expresión que, aunque está sujeta a límites y excepciones (restricciones legítimas), considera que todas las expresiones son legítimas independiente de su contenido.

⁴ *J*- Tesis de Jurisprudencia, 1a./J. 32/2013 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1, abril de 2013, página 540, de rubro: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO AL HONOR. EXPRESIONES QUE SE ENCUENTRAN PROTEGIDAS CONSTITUCIONALMENTE”; Corte. IDH. Caso Palamara Iribarne v. Chile, párr. 69.

El hecho de que esta protección general funcione “en principio”, significa que aunque la protección habilita a un margen de expresión muy amplio, es posible que de manera posterior a la expresión de esas ideas, opiniones o información, puedan existir casos en los que esas expresiones puedan considerarse ilegítimas por rebasar alguno de los límites legítimos de este derecho. Dado que la libertad de expresión no es absoluta, es posible concluir que ciertas expresiones no están protegidas *de manera posterior* a que se emitieron, y por ello establecer medidas para corregir y reparar el daño que dichas expresiones pudieran haber causado a otros derechos o intereses protegidos constitucionalmente. Esta forma de proteger las expresiones es lo que dará lugar a la “regla de responsabilidades ulteriores”, que explicaremos más adelante.

Discursos especialmente protegidos

Pero además de la protección general, hay un tipo de expresiones que están *especialmente* protegidas. El que existan discursos especialmente protegidos significa que las expresiones que queden contempladas por estos tendrán una protección reforzada porque se consideran especialmente importantes, incluso frente a otros derechos.

Así: i) la crítica política a funcionarios públicos, candidatos a puestos de elección popular y las figuras públicas; ii) los discursos relacionados con la identidad personal (tales como la orientación sexual, la identidad personal, etc.); y iii) los asuntos de interés público, tendrán un lugar privilegiado en el debate público. Al considerarse discursos especialmente valiosos para la democracia, se les otorga un peso más grande frente a otros derechos con los que pueden entrar en colisión, tal como puede ser el caso del derecho al honor (en otras palabras, en casos de colisión, el ámbito de protección de los otros derechos se estrecha y el de la expresión de estos discursos aumenta).

Discurso político y sobre asuntos de interés público

El primer discurso especialmente protegido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es el que se dirige al ámbito público y a todas aquellas cuestiones que pueden ser de relevancia para una determinada comunidad política. Discusiones que involucran la gestión de gobierno, la corrupción, el acceso a la información relacionada con violaciones a derechos humanos por parte de instituciones públicas o el ejército, son sólo ejemplos de casos donde el derecho a la libertad de expresión se maximiza y tiene un peso más grande.

Así, cuando una persona, un ciudadano o un periodista ejerce su derecho a expresarse con relación a alguna de estas cuestiones, debemos entender que las expresiones o formas en que difundan, investiguen y publiquen la información relacionada tendrán un mayor peso frente a otros principios constitucionales que puedan servir como límites a la libertad de expresión en otros casos donde este discurso no se ejerza.

Si se lleva a cabo una crítica, se investiga un posible caso de corrupción de una autoridad o se difunde una información sobre acciones de gobierno que sean relevantes en términos democráticos, estas expresiones pueden tener un mayor alcance aún cuando estén en tensión con principios como la honra de una persona, los intereses de reserva de información o incluso la seguridad nacional.

Por estas razones, se han establecido principios constitucionales que apuntan hacia la máxima publicidad y la transparencia de los actos de las autoridades y también de aquellos particulares que interactúen con ellas o reciban dinero público. Esto establece un deber fuerte en las instituciones estatales de documentar, registrar y transparentar en el máximo posible sus actividades hacia la ciudadanía, en cumplimiento de un deber de rendición de cuentas y para permitir el escrutinio del poder y la gestión de gobierno por parte de la ciudadanía.

Discurso sobre personas funcionarias públicas, candidatas a puestos de elección popular y figuras públicas

En segundo lugar, el SIDH protege fuertemente la crítica que se realiza a los funcionarios públicos, las y los candidatos a elección popular y también a las figuras públicas, por considerar que por las tareas que realizan, por su exposición voluntaria al ámbito público y a los medios de comunicación, su ámbito de intimidad se reduce mientras que el ámbito de la libertad de expresión aumenta.

Tanto funcionarios como candidatas y figuras públicas están sujetos a un escrutinio público más amplio y, tal como sucede con el discurso político, el alcance de ciertos principios constitucionales, tal como podría ser con su derecho a la honra y la reputación, se reduce frente al ámbito público y al aumento del alcance de la libertad de expresión en su modalidad crítica hacia estos sujetos.

La protección reforzada de este discurso se apoya en reconocer que tener un debate público abierto y libre fortalece la democracia. En este sentido, la pluralidad, la diversidad y el desacuerdo requieren una apertura mayor a la crítica sobre personas que participan del ámbito público y que tienen una mayor influencia en él. Así, la libertad de expresión debe mantener su carácter disruptivo, crítico, incómodo e, incluso en algunos casos, perturbador y ofensivo (para algunas personas). Proteger esa disrupción es especialmente importante frente a aquellas personas que realizan tareas de servicio público, manejan los recursos públicos y se benefician de su exposición y poder de influencia.

La crítica política no debe limitarse entonces por ningún estándar moral o de etiqueta, por el que se pretenda censurar algún tipo de expresiones sobre estas figuras por considerarse irrespetuosas, de mal gusto o ni siquiera por ser inmorales (¿desde el punto de vista moral de quién?). Por esto mismo, los límites a las expresiones sobre figuras públicas y el balance con otros derechos que pudieran ser afectados por una crítica mordaz y ofensiva, se han determinado a partir de estándares jurídicos muy concretos sobre la comisión de un daño, a partir de lo que se denomina la “real malicia”, tal como explicaremos más adelante.

El carácter “disruptivo” de la libertad de expresión moderna es heredero de esa convicción liberal que podemos rastrear desde la etapa de revoluciones en el los siglos XVII y XVIII, y que defiende la necesidad de que las sociedades democráticas tengan una “confrontación ética” vigorosa en la que la pluralidad de ideas, ideologías y creencias pueden enfrentarse unas a otras de la manera más abierta y frontal posible. La deliberación democrática impulsada por esta noción de la libertad de expresión funciona como una garantía antidogmática que rechaza verdades absolutas, censura y la cristalización de ideas y símbolos públicos, para fortalecer el debate público y la crítica.

Discursos sobre la identidad o la dignidad de las personas

La libertad de expresión reconoce un valor fundamental a aquellos elementos que pueden considerarse constitutivos de la identidad y la dignidad personales. Aunque la pregunta por cuáles elementos pueden considerarse de esta manera está en principio abierta, el SIDH ha explicado que elementos como el uso del lenguaje propio por grupos étnicos o minoritarios, el discurso religioso, las expresiones relativas a la orientación sexual y la identidad de género, entre otros, son discursos que contemplan elementos constitutivos en este sentido, y que están especialmente protegidos por el derecho a la libertad de expresión.

Aquellas prohibiciones que se refieran en este sentido al ámbito público (podemos pensar a las acciones de instituciones estatales, universidades públicas, entidades autónomas o descentralizadas del Estado, etc.) deberían estar entonces prohibidas por considerar que atentan contra la dignidad humana de las personas. Contextualmente, cuántas y cuáles son las expresiones especialmente protegidas con relación a estos discursos es una cuestión que debe ser determinada caso por caso, tomando las particularidades concretas del entorno en que las expresiones se llevan a cabo.

Discursos prohibidos; la protección de intereses especialmente vulnerables

El carácter democrático de la libertad de expresión hace que esta ceda frente a intereses especialmente vulnerables, para protegerlos. Como la propia existencia de la libertad de expresión en un contexto democrático necesita de un espacio público plural, incluyente y diverso, este derecho puede limitarse cuando su ejercicio afecte los intereses que permitirían tener un espacio con estas características. Por ello, los límites de la libertad de expresión deben tomar en cuenta situaciones y discursos que pueden ser peligrosos, dañinos o violentos para ciertos grupos sociales en situaciones de vulnerabilidad, habilitando incluso, en algunos casos excepcionales, las medidas de censura previa que se encuentran generalmente prohibidas por el SIDH.

En una democracia, la lógica misma de los derechos está conectada con la posibilidad que todas las personas tienen de ejercerlos en condiciones de igualdad.⁵ Si una persona es silenciada, si un grupo social ve imposible participar del debate público, si una persona es objetivizada de manera que su participación no es posible, entonces la libertad de expresión como un todo pierde sentido. Por ello, la propia libertad de expresión contempla casos de expresiones prohibidas cuando éstas llevan a los resultados de silenciamiento o borrado de grupos y personas. En otras palabras, argumentar por más libertad de expresión en estos casos es un sinsentido porque implica la imposibilidad de que los grupos vulnerabilizados puedan acceder en primer lugar al conjunto completo de derechos que la democracia implica.

⁵ *J-* La interdependencia de la libertad de expresión con otros derechos implica el reconocimiento universal que todas las personas tienen sobre su titularidad, en condiciones de igualdad y no discriminación.

Sin embargo es fundamental entender que estos casos son realmente excepcionales y que estas limitaciones deben cumplir condiciones de excepción muy estrictas, sin ampliar medidas de censura a ningún otro discurso ni otro caso en el que estos intereses especialmente vulnerables estén presentes. Por su carácter excepcional, estos casos suelen estar regulados a través del derecho penal, habilitando la posibilidad de criminalizar a quienes realicen expresiones prohibidas en este sentido. Este hecho debería ayudar a entender que el uso del derecho penal debe quedar limitado a este tipo de casos extremos.

El único caso que el SIDH contempla como excepción a la prohibición de censura previa es la difusión de contenidos de abuso sexual infantil (comúnmente denominados “pornografía infantil”). Esta prohibición es reflejo del interés de protección de las infancias y de la necesidad justificada de limitar la libertad de expresión por los medios más extremos en las situaciones que pueden lesionarlo. Pero además, la libertad de expresión reconoce otros dos discursos que están prohibidos y que pueden ser sujetos a censura posterior: el discurso de propaganda a favor de la guerra y de la apología al odio que constituya incitación a la violencia, y el discurso de incitación directa y pública al genocidio. Ambos casos reflejan intereses especiales que justifican su limitación incluso por la vía penal, y son ejemplos donde la libertad de expresión cede ante los intereses de protección cuando esas conductas sucedan.

Restricciones legítimas a la libertad de expresión

Los límites y alcances de la libertad de expresión deben entenderse entonces a partir de dos principios o marcos que la sitúan dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y que no necesariamente están presentes en otros sistemas jurídicos (distintos al sistema europeo o al sistema estadounidense de libertad de expresión): la prohibición de censura previa y la regla de responsabilidades ulteriores.

La prohibición de censura previa⁶

El SIDH es uno de los sistemas jurídicos más protectores de la libertad de expresión en el mundo. Resultado de su historia y su cultura política de lucha frente a las dictaduras militares del siglo XX y los regímenes autoritarios de las últimas décadas, en Latinoamérica se alcanzó un consenso sobre la importancia de un derecho robusto en torno a la crítica política y el debate desinhibido. En parte por ello, se consideró que las medidas más extremas de censura previa debían quedar inhabilitadas salvo los casos más graves, de manera que únicamente el abuso sexual infantil fue reconocido como una excepción a esa prohibición.

⁶ -/ SCJN. Acción de Inconstitucionalidad 29/2011, 20 de junio de 2013, pp. 29-30; SCJN. 1a Sala. Amparo Directo 8/2012, 4 de julio de 2012; Corte IDH. Caso Palamara Iribarne v Chile, párr. 69.

Es importante subrayar este punto cuando pensamos en las limitaciones posibles al derecho a la libertad de expresión en Internet. Aunque se trate de un medio con particularidades que hacen que su regulación deba tomar en cuenta circunstancias que no se dan en el mundo analógico (como la forma en que se comparte la información, los roles distintos de intermediarios y usuarios, o el efecto que pueden tener ciertas medidas tecnológicas de bloqueo sobre el Internet en general), lo cierto es que el marco jurídico interamericano es claro al señalar esta prohibición y al establecer un sistema de responsabilidades que deben ser atribuidas sólo de manera posterior.

Los retos regulatorios en materia de Internet no deben pasar por alto el marco jurídico regional en el que se insertan, y debe tomar en serio aquellas medidas que, por su naturaleza y efectos, constituyan actos de censura previa que están prohibidos por el SIDH. En este balance será fundamental incorporar los criterios establecidos por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) de la Organización de Estados Americanos (OEA), pues es el organismo especializado en la interpretación y desarrollo de este derecho dentro del marco jurídico interamericano.

La regla de responsabilidades ulteriores⁷

Todo lo que está por fuera de la difusión de contenidos de abuso sexual infantil queda dentro de la regla de responsabilidades ulteriores. Incluso cuando hablamos de los discursos prohibidos por la libertad de expresión, dado que la configuración de sus elementos sólo puede hacerse de manera posterior a la emisión de las expresiones, se trata de expresiones que –aunque puedan limitarse de maneras extremas– deben evaluarse de acuerdo a la regla de responsabilidades ulteriores.

Tal como lo enuncia su nombre, la regla de responsabilidades ulteriores implica que en todos aquellos casos en los que se determine que el ejercicio de la libertad de expresión ha sido excesivo o ha rebasado un límite legítimo (causando algún tipo de daño) al mismo, entonces el sujeto que hizo este ejercicio excesivo se vuelve un sujeto de responsabilidades de distinto tipo. Así, una persona puede ser sancionada penal (únicamente en casos excepcionales relacionados con los discursos prohibidos), civil o administrativamente.

Pero, ¿cómo sabemos cuándo el ejercicio de este derecho ha sido excesivo? Bajo esta regla, las limitaciones a la libertad de expresión se someten a una prueba o “test” de legitimidad. Es decir, que deben cumplir ciertos requisitos para considerarse válidas desde el punto de vista del marco interamericano (y deberían ser invalidadas jurídicamente por vía judicial en caso de no cumplirlos). Si una medida pasa el test, entonces es un límite legítimo a la libertad de expresión, pero si no lo pasa entonces debería ser inválida y el derecho a la libertad de expresión debe prevalecer.

⁷ *J-* CIDH. Informe Anual 2009. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, párr. 70; SCJN. 1a Sala. Amparo Directo en Revisión 172/2019, 10 de abril de 2019. Párr. 35; Corte IDH. Caso Usón Ramírez v. Venezuela, párr 55.

Sabemos que es posible limitar la libertad de expresión a partir de responsabilidades ulteriores (salvo las excepciones ya explicadas) cuando las expresiones se consideran ilegítimas o cuando se rebasa alguna limitación legítima al derecho en un caso concreto. Sin embargo, para determinar tanto la legitimidad de una medida restrictiva como para establecer una sanción ulterior es necesario realizar un test concreto y específico que ha sido reconocido, incorporado y desarrollado dentro del sistema jurídico mexicano.

El “test tripartito” es la “prueba de legitimidad” que todas las restricciones al derecho a la libertad de expresión deben superar para considerarse válidas. Si en alguna de sus partes el test no es pasado, entonces no puede considerarse que la limitación a este derecho sea jurídicamente válida. Primero, las limitaciones deben estar establecidas en una ley (material y formalmente) de manera expresa y taxativa, de manera clara y precisa (ni vaga ni ambigua), y perseguir *alguno de los fines legítimos de restricción a la libertad de expresión*.⁹ Segundo, estas deben ser “necesarias, idóneas y proporcionales” al limitar la expresión en cuestión. Tercero, deben ser evaluadas contextualmente de acuerdo a las circunstancias particulares del caso concreto.

Sin embargo, no basta con enunciar que se utiliza un objetivo democrático o un fin legítimo para que una restricción sea legítima, ni que exista una tensión entre el ejercicio de la libertad de expresión y los objetivos democráticos en cuestión. En todo caso, quien analiza la legitimidad de la restricción deberá hacer una interpretación democrática que tome en cuenta los elementos del derecho para realizar luego el segundo paso del test tripartito.

Al hacerlo, el criterio de “necesidad” implica que la restricción sea el medio menos restrictivo posible a emplear en la salvaguarda del fin legítimo que la restricción protege. Es decir, que debe usarse la medida menos gravosa o lesiva al derecho a la libertad de expresión. El criterio de “idoneidad” requiere que la medida resuelva efectivamente el problema en cuestión (que haya una relación directa entre la restricción y el cese del efecto ilegítimo de la expresión). El criterio de “proporcionalidad”, finalmente, implica no sacrificar excesivamente la libertad de expresión frente al resultado que persigue la restricción; es decir, que el costo de limitar la expresión debe tener una relación proporcional con el beneficio que se obtiene en su lugar.

En cuanto al análisis contextual, todas las restricciones deben analizarse de manera situada, lo que significa que la valoración de los derechos no debe hacerse de forma abstracta ni intuitiva, sin partir de las características concretas del caso y sus circunstancias fácticas particulares. Este análisis permite realizar un “test de interés público” que consiste en determinar si la expresión

⁸ *└*- Corte IDH. Casos: Kimel v. Argentina, párr 177; Palamara Iribarne v. Chile, párr 135; Herrera Ulloa v. Costa Rica, párrs. 121-122; Tristán Donoso v. Panamá, párr. 119. CIDH. Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión, párrs. 85-87; CIDH. Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente, párr. 74; CiDH. Informe Anual 2013. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, párr. 65.

⁹ *└*- En el sistema jurídico mexicano, estos fines legítimos son: la moral, la vida privada o los derechos de terceros, la comisión de delitos y el orden público. En el SIDH, los fines legítimos u “objetivos democráticos” contemplados son: el respeto a los derechos o la reputación de los demás, la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

refiere a hechos protegidos por los discursos especiales o a si la información es de interés público, lo que refuerza el derecho de acceder a esa información o de indagar, criticar y compartir expresiones sobre ella. En estos casos, no es necesario probar que la información difundida es verdadera, sino que las afirmaciones son simplemente razonables.¹⁰

En el derecho mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) retomó el criterio del test tripartito y reconoció la forma de interpretar establecida por la Corte IDH, donde tomó como referencia dos párrafos centrales de la OC-5/85 y adoptó las bases de legitimidad de las restricciones a la libertad de expresión (existencia previa por ley clara y precisa, más los tres elementos del test tripartito: necesidad, idoneidad y proporcionalidad).¹¹ La forma de interpretar las restricciones a la libertad de expresión, entonces, no puede ser cualquiera sino que, por el contrario, la Corte ha sido clara en señalar que éstas deben “obedecer a causas reales y objetivamente verificables, que planteen una amenaza cierta y creíble de una perturbación potencialmente grave de las condiciones básicas para el funcionamiento de las instituciones democráticas”.

En cuanto al criterio de necesidad, la SCJN afirmó que no es suficiente que la restricción persiga un fin legítimo sino que éste debe ser diseñado concretamente para alcanzar un objetivo imperioso que no pueda alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo al derecho. El estándar establece que la limitación debe ser estrictamente indispensable para garantizar el pleno ejercicio del derecho y no simplemente ser útil u oportuno para lograr el objetivo que se persigue.

Ahora bien, lo hasta aquí explicado sobre el test tripartito se aplica en general a las restricciones y la determinación de límites al ejercicio de la libertad de expresión *fuera de Internet*, pero cuando se trata de este mismo análisis pero con relación al mundo digital, es necesario sumar un cuarto paso; una capa extra de análisis para determinar si una restricción es válida y puede establecerse como un límite al derecho. El test sobre “la perspectiva sistémica digital” exige que la restricción en cuestión se analice frente a las características propias de Internet, para verificar que dicha limitación es compatible con dichas características, en particular con ser una red descentralizada, libre y abierta. Si una limitación afecta el diseño propio de Internet, entonces es posible considerar que no se trata de un límite legítimo al derecho.

Elementos contextuales para evaluar la legitimidad de las restricciones a la libertad de expresión

Asimetría de poder

La interpretación clásica de la libertad de expresión, heredera de las democracias liberales del siglo XX entiende a este derecho como una libertad de no interferencia por el Estado; una “libertad negativa” que exigía acciones de “no-hacer” frente a las expresiones de los particulares. El

¹⁰ *J-* La propia *Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión* de la CIDH establece que la difusión de información no debe condicionarse a ningún requisito de veracidad, oportunidad o imparcialidad, por ser estos criterios incompatibles con la forma de concebir la libertad de expresión en sociedades democráticas.

¹¹ *J-* SCJN, 20 de junio de 2013, Acción de Inconstitucionalidad 29/2011 con la que se invalidó el artículo 373 del Código Penal del Estado de Veracruz. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=132774>.

Estado, al constituirse como el sujeto con poder de amenaza al ejercicio de los derechos, debía controlarse y limitarse frente a los derechos individuales (que hacían de límites a su accionar). Sin embargo, en las sociedades capitalistas modernas, la idea de “limitar al regulador” por ser la principal amenaza a los derechos es anacrónica y queda rebasada por las dinámicas del mercado y el capital en manos de particulares que tienen el control de ciertos medios de expresión tales como los medios de comunicación, las empresas de tecnología y las plataformas digitales de redes sociales.

Ya no sólo el poder político institucionalizado del Estado sino también el poder en términos económicos se vuelve un criterio fundamental al momento de evaluar el contexto en el que las expresiones se emiten y son limitadas. Los grupos privados, las empresas nacionales y transnacionales, los medios de comunicación y las plataformas digitales, pueden violar derechos humanos y afectar el ejercicio de la libertad de expresión. La asimetría de poder entre los sujetos que interactúan en el ejercicio de este derecho es un elemento clave para pensar en torno a su ejercicio legítimo o su extralimitación.

Un gran ejemplo está en las plataformas digitales de redes sociales, en particular en aquellas que se han denominado “Plataformas Online de muy Gran Tamaño” (VLOP por sus siglas en inglés), sobre la forma que tienen de ejercer un poder económico que afecta los derechos digitales de millones de personas usuarias de sus plataformas y servicios digitales. Empresas como Meta, X, o Google tienen el poder económico y político para afectar el ejercicio de la libertad de expresión, la privacidad, el acceso a la información y otros derechos dentro del ámbito de sus competencias. Al momento de analizar contextualmente sobre restricciones y responsabilidades, este elemento debe estar presente para poder dimensionar de manera adecuada tanto el ejercicio legítimo del derecho como sus límites.

Sujeto que participa en la difusión del discurso (y su posición)

De manera similar, al determinar o *situar* al sujeto que participa en la difusión de un discurso es posible determinar tanto cuestiones relacionadas con el poder (o ausencia de) que tiene, así como con su *posición* frente al derecho a la libertad de expresión y a los otros posibles derechos involucrados. No es igual, por ejemplo, analizar las responsabilidades que tiene una empresa como Meta en el establecimiento de sus políticas de moderación de contenidos frente al derecho a la libertad de expresión, que las responsabilidades que Meta tiene frente a las publicaciones, información y opiniones que los usuarios difunden en Facebook o Instagram. En este último caso, su posición de *intermediario* cambia su lugar frente a los límites de la libertad de expresión y también modifica la validez que una limitación podría o no tener en casos en que se considerara que usuarios de la plataforma hubieran realizado expresiones no protegidas.

El “lugar”, “posición”, o “rol” de un sujeto dentro del ejercicio de la libertad de expresión es muy importante para poder evaluar contextualmente los alcances y límites de este derecho, determinar las responsabilidades que este sujeto tiene (y otros frente a él) y poder evaluar de manera correcta que las características distintivas de Internet no se vean afectadas por la determinación sobre la validez de la restricción en cuestión.

Sujeto que recibe el discurso

De manera similar al punto anterior, conocer la posición y las circunstancias del sujeto que recibe el discurso también nos ayuda a determinar la forma en que una restricción puede funcionar y afectar los intereses de esa y otras personas.

Cuando un grupo en situación de vulnerabilidad es víctima de un discurso discriminatorio o de un discurso que incita a la violencia en contra de éste, su posición es uno de los elementos relevantes para determinar las implicaciones del discurso, los límites que éste debe tener y los tipos de responsabilidades que deben ser atribuidas a quienes realizan un ejercicio abusivo de la libertad de expresión (de la misma manera que sucede en los casos de abuso sexual infantil).

En sentido contrario, cuando quien recibe un discurso –por ejemplo uno de crítica política– es un gobernante, una candidata a elección popular o una figura pública, su posición de exposición voluntaria a la arena pública es un elemento clave para evaluar la disminución de su esfera de intimidad y la mayor cantidad de expresiones que pueden recibir como parte de la crítica legítima protegida por el derecho a la libertad de expresión.

Intencionalidad (real malicia)

Hemos explicado que la libertad de expresión protege en principio a todas las expresiones y que da un alcance reforzado a ciertos discursos que considera particularmente importantes para la democracia. Sin embargo, también señalamos que la libertad de expresión tiene límites y que es posible encontrar casos donde su ejercicio se haga de manera excesiva, abusiva y, por ende, ilegal. En estos casos, bajo la regla de responsabilidades ulteriores, es posible sancionar a aquellas personas que hayan cruzado la línea de las restricciones legítimas al derecho.

En este sentido, e incluso tratándose de la difusión de información relacionada con discursos especialmente protegidos, tal como puede suceder con cuestiones de interés público o con difusión de información sobre figuras públicas, es posible sancionar a una persona si se demuestra que la difusión de información se hizo con la mera intención de dañar la reputación de una persona y, a su vez, con el conocimiento de la falsedad de la misma o con un desinterés o despreocupación injustificados sobre el cercioramiento del carácter del mismo.

En los casos donde la reputación o la honra de una persona está en entredicho por la difusión de opiniones o información por otra persona sobre ella, la doctrina de la “real malicia” establece que aún cuando se realice una crítica que está en principio protegida –o incluso especialmente protegida– por el derecho a la libertad de expresión, esto no elimina del todo el ámbito de protección jurídica que existe sobre su vida privada y su derecho a la reputación y la honra. En estos casos, cuando –de manera posterior– es posible determinar que la difusión de información u opiniones se hizo con la intención clara de difamar y presentar información con conocimiento de ser falsa

o inexacta, o sin ese conocimiento pero con la imprudencia, descuido o despreocupación sobre la veracidad o falsedad de la misma al momento de publicarse, es legítimo establecer sanciones civiles o administrativas bajo la regla de responsabilidades ulteriores.¹²

La doctrina de la real malicia incorpora un elemento de intencionalidad que debe entenderse como un estándar de prueba alto, en el que existe un dolo específico de dañar, injuriar u ofender en la difusión de esa información. Es importante entender que este estándar sólo puede exigirse a la difusión de información relacionada con hechos, y no a opiniones de las personas, dado que estas no son susceptibles de juicios de veracidad o falsedad.

Además, al menos en el SIDH, esta doctrina también establece que la carga de la prueba sobre este dolo específico recae en quien alega que se causó ese daño, debiendo entonces demostrar el test requerido para configurar la real malicia, por lo que no es legítimo exigir a quien ejerce su derecho a la libertad de expresión que demuestre judicialmente la veracidad de los hechos que sustentan sus afirmaciones en este sentido (por lo que el estándar aplicado en este sentido es que las aseveraciones expresadas resulten “razonables”).

Todo lo anterior permite establecer que la libertad de expresión protege de sanciones penales, administrativas y civiles a aquellas expresiones y difusión de información de interés público en todos los casos sin imponer una exigencia de veracidad de la información y salvo aquellos casos en los que exista el conocimiento de la falsedad, la negligencia grave o el dolo específico de dañar a dicha persona con la difusión de la información.

Ámbitos y casos de restricciones¹³

El ámbito penal y los “discursos de odio”

El derecho en sociedades democráticas concibe al derecho penal como una medida de control de carácter extremo que debe permanecer reservada únicamente para los casos más extremos de ruptura del orden social y del sistema jurídico. Es por eso que las sanciones penales deben emplearse como “*ultima ratio*”, solamente cuando todas las otras medidas posibles ya hayan sido tomadas y cuando ninguna de estas sea suficiente ni la más adecuada para proteger los bienes jurídicos por los que se imponen las sanciones. Por esta razón, el uso del derecho penal sobre la libertad de expresión debe quedar prohibido en general y habilitarse de manera excepcional y con controles efectivos sólo en casos de discursos prohibidos por este derecho.

El consenso a nivel internacional es que la vía penal debe quedar por fuera de consideración y estar prohibida para proteger la honra y reputación de los candidatos y figuras públicas, por considerarse una medida desproporcional e inhibitoria de la libertad de expresión. En términos

¹² *Id.* El Principio 10 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la OEA establece que puede sancionarse en casos de real malicia, donde “debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo la intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas”.

¹³ *Id.* ONU Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso, 2012; CIDH. Marco Interamericano sobre la libertad de expresión; CIDH. Libertad de expresión e Internet.

de la legitimidad de las restricciones a este derecho, las sanciones penales no cumplen el test tripartito no sólo por ser desproporcionales sino también porque existen otros medios menos restrictivos para proteger los bienes jurídicos en cuestión (en particular, las sanciones civiles y administrativas, como explicamos en seguida). Esto debe llevar a la despenalización o derogación de tipos penales como la calumnia, la injuria o la difamación.

En democracia, existe un razonamiento que descarta el uso del derecho penal en general y que apunta a proteger la investigación y la difusión de información de interés público, al mismo tiempo de habilita la crítica profunda y desinhibida, ambos objetivos en interés de cultivar un debate público que sea lo más abierto, libre y plural posible. Jurídicamente hablando, este interés debe dejar a los casos extremadamente graves y verdaderamente excepcionales como aquellos en los que las sanciones penales pueden imponerse, siempre bajo un escrutinio estricto que obligue a las juezas y jueces a justificar de manera amplia y seria la gravedad del caso, la excepcionalidad de la medida y los criterios concretos relativos al dolo, al daño y a la absoluta necesidad de usar el ámbito penal.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el marco legal mexicano contemplan la posibilidad de utilizar el derecho penal en caso de expresiones que se constituyan como discursos prohibidos por la libertad de expresión: primero, el discurso de propaganda a favor de la guerra y de apología del odio que constituya incitación a la violencia; segundo, la incitación directa y pública al genocidio; y tercero, la difusión de contenidos de abuso infantil (cotidianamente denominados “pornografía infantil”). En los primeros dos casos, las limitaciones deben establecerse de manera posterior a la emisión de las expresiones, mientras que en el último caso se habilita la excepción de poder ser censurado de manera previa a las mismas. Por último, es posible regular penalmente otro tipo de discurso prohibido de carácter discriminatorio, en algunos casos limitados y excepcionales (tal como explicamos más abajo).

La posibilidad de establecer medidas de censura posterior en los primeros dos casos (y las sanciones penales correspondientes) resulta de la necesidad de evaluar los elementos que configuran estos tipos de discursos prohibidos. La incitación a la violencia requiere, por ejemplo, la existencia de una prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no manifiesta simplemente una opinión, y que está presente una intencionalidad clara de cometer un crimen, aunado al hecho de que exista también la posibilidad actual, real y efectiva de lograrlo. La única manera de determinar si estos criterios están presentes es evaluándolos una vez que las expresiones fueron emitidas, dado que los elementos de intencionalidad y materialidad sólo pueden constatarse en dicho momento. Sucede lo mismo con el caso de la incitación al genocidio, por lo que ambos discursos comparten no sólo el alto grado de prueba para habilitar el uso del derecho penal sobre ellos sino también el momento en que pueden ser revisados.

En el caso de la difusión de contenidos que constituyen abuso infantil es distinto no sólo por el tipo de contenidos sino por el bien protegido de que se trata, ya que se considera que las infancias tienen un estándar de protección mayor que el de cualquier otro grupo social, por el interés superior que representan. La necesidad de protegerles frente a la objetivización sexual tiene detrás el objetivo de dar garantías para que este grupo no sea silenciado dentro del contexto de

amplia vulnerabilidad en que se encuentra. La permisión de la censura previa en este caso es la única medida razonable, porque argumentar que debería haber una mayor libertad de expresión para evitar que sean silenciadas sería simplemente un sinsentido.

Finalmente, es posible reconocer que cierto discurso discriminatorio puede ser disuadido de manera legítima por medio del derecho penal. Sin embargo, para entender el alcance de esta permisión es necesario primero establecer una diferencia y categorización de discursos discriminatorios en el ejercicio de la libertad de expresión. El SIDH reconoce que puede haber “discursos análogos” a la incitación a la violencia que contemplen una diferenciación de trato por alguna de las categorías del artículo 13.5 de la CADH. En este sentido, existen discursos discriminatorios ilegales que son análogos a la figura de la incitación a la violencia y que pueden ser regulados por la vía penal siempre que cumplan con los criterios y el alto estándar de prueba que tiene esta última figura. Pero esto no debe entenderse como una carta blanca para que todo discurso discriminatorio sea regulado por la vía penal, ya que en muchos casos el ejercicio de este tipo de discurso puede conllevar otro tipo de consecuencias más adecuadas, tal como las sanciones civiles o administrativas o, en algunos casos, no ser considerado un ilícito ni tener una sanción.¹⁴

La democracia requiere que haya discursos que, aunque no estén protegidos de manera especial, tampoco estén penalizados, tal como puede ser con discursos ofensivos que pueden ser discriminatorios pero que no son ilegales, puesto que la propia democracia requiere de espacios de libertad en los que el Estado no interfiera interponiendo restricciones legales. El combate a los estereotipos discriminatorios, entonces, debe hacerse utilizando la propia libertad de expresión en articulación con acciones colectivas de educación democrática y ética personal, encaminadas a cuestionar desde la cultura cívica y la educación ciudadana dichas visiones discriminatorias del mundo.

Cómo y cuándo debe intervenir el derecho en sus distintos ámbitos (penal, civil, administrativo) es entonces una cuestión que debe resolverse utilizando criterios diferenciados en cuanto a la naturaleza del discurso, el sujeto que lo emite y el contexto en que las expresiones son dichas. El Plan de Acción de Rabat es un instrumento que orienta estos criterios en torno a la problemática de la proliferación de los discursos de odio.

El primer criterio relevante es el del sujeto que emite el discurso de odio. El principio 8.1 establece que existe un deber en los funcionarios públicos de no emitir declaraciones discriminatorias que afecten algún principio protegido por la libertad de expresión y otros derechos conexos. En principio, es correcto afirmar que cuando los servidores públicos incumplan este deber es posible aplicar sanciones legales por esos dichos cuando configuren un ilícito (en principio civiles y administrativas, o penales en los casos de discursos prohibidos).

¹⁴ _/- Es posible, entonces, hablar de que hay al menos tres tipos de discursos discriminatorios: i) discursos discriminatorios análogos a la figura de incitación a la violencia (regulables por vía penal); ii) discursos discriminatorios no análogos a la incitación a la violencia (regulables por vía civil o administrativa); y iii) discursos discriminatorios que aunque puedan ser ofensivos no son ilegales (no regulados por vía de sanción en ningún sentido). El último tipo de discurso discriminatorio suele ser ignorado pero su existencia en democracia por fuera de la regulación legal es necesaria como parte del propio ejercicio de la libertad de expresión, la libertad de pensamiento y la diversidad y tolerancia en sociedades plurales.

Para saber cuándo es correcto imponer sanciones penales, el propio Plan de Acción de Rabat establece un test para evaluar cuándo un discurso de odio debe ser penalizado y cuándo no es así. El test de seis pasos establece que para asignar responsabilidades penales por discursos de odio, dichas expresiones deben:

- Analizarse de manera situada y contextualizada en el ambiente sociopolítico donde se emiten, para evaluar la gravedad, la intención y la probabilidad de que dicha expresión e constituya como incitación;
- Tomar en cuenta el rol, estatus y lugar organizacional del sujeto que emite la expresión;
- Determinar un grado de intencionalidad mayor al de la negligencia o el descuido, que se configura sólo cuando existe una voluntad subjetiva de dirigir un discurso discriminatorio sobre un grupo a una audiencia concreta;
- Evaluar si el contenido de las expresiones se refirió directa y provocativamente a realizar acciones de odio o discriminación y, a su vez, si la forma de los argumentos, ideas o provocaciones se desarrollaron de manera concreta hacia esas acciones;
- Verificar que el alcance de las expresiones tuvo un alto grado, determinando si el medio de emisión fue masivo, si su carácter fue público o privado, si se trató de una audiencia relevante, si tuvo una frecuencia considerable y si la expresión fue de acceso público; y
- Establecer que existe una probabilidad real de la realización del acto incitado, entendiendo por ésta un grado alto de riesgo al daño, la factibilidad de que una audiencia determinada lo realice, y la inminencia del mismo.

Tal como sucede con los discursos discriminatorios, los discursos de odio deben ser combatidos, además de con el uso del derecho, en los casos en que haya lugar para imponer sanciones penales, civiles o administrativas, por medio de políticas públicas que se dirijan sobre la cultura cívica y política de la sociedad. La promoción y garantía de una educación pluralista, inclusiva del reconocimiento intercultural y de la diversidad, y tolerante sobre las diferencias identitarias, políticas e ideológicas, debe recaer en instituciones que puedan mantenerse financiera, funcional y administrativamente autónomas e independientes del gobierno, para que su trabajo pueda orientarse de manera imparcial por los valores democráticos necesarios para combatir los discursos de odio, la intolerancia y la discriminación.¹⁵

¹⁵ *┘*- Ver al respecto la Resolución A/HRC/22/17/Add.4 del 11 de enero de 2013 relativa al Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia.

Por estas razones, el uso del derecho penal frente a los discursos de odio debe quedar reservado a aquellos que puedan considerarse análogos o que en sí mismos constituyan incitación a la violencia o apología del odio. Otros casos de discursos de odio que no cumplan estas características deben ser regulados por la vía civil o administrativa, cumpliendo siempre con los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Finalmente, algunas formas de discursos de odio o de carácter discriminatorio podrán no ser regulados legalmente en términos de sanciones, pero ser confrontados social y culturalmente por vías democráticas y con el ejercicio crítico de la libertad de expresión.

El ámbito civil y administrativo

Es cierto que cuando se realiza un ejercicio abusivo de la libertad de expresión, es posible establecer sanciones civiles y administrativas encaminadas a compensar el daño causado por el ejercicio ilegítimo del derecho. Sin embargo, los estándares interamericanos y nacionales sobre libertad de expresión son muy claros en señalar que estas sanciones deben ser tales que, además de proporcionales, no resulten en un efecto inhibitorio sobre el ejercicio de la libertad de expresión, por lo que su carácter compensatorio no debe traducirse nunca en un castigo ni en una indemnización extra a quien demanda el exceso en el ejercicio del derecho.

La proporcionalidad reconocida sobre aquellos casos donde una sanción sea adecuada incluye entonces una serie de medidas que pueden tomarse sin llegar, necesariamente, a las sanciones económicas, tal como sucede con el ejercicio del derecho de rectificación u otras medidas no pecuniarias (como puede ser una disculpa pública u otra medida de carácter simbólico). Por ello es importante entender que las sanciones económicas desproporcionadas constituyen en sí mismas una restricción ilegítima que tiene los efectos inhibitorios que son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión, y deben de quedar excluidas del conjunto de criterios compatibles con la regla de responsabilidades ulteriores en este sentido.

Medidas complementarias: rectificación, réplica, disculpas públicas

En el balance entre la libertad de expresión y otros derechos u otros bienes jurídicos con los que puede entrar en tensión, suele pasarse por alto el abanico de medidas que salen de la lógica sancionatoria y que comparten el marco de responsabilidades del derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, tanto el marco jurídico mexicano como el marco interamericano de la libertad de expresión reconocen como primera serie de medidas posibles para corregir o compensar excesos en el ejercicio de este derecho, aquellas medidas que se dirigen a la corrección de la información o a la rectificación de una postura en beneficio del debate público o del respeto a las personas que participan de éste.

El marco de la libertad de expresión indica que ante abusos en el ejercicio de este derecho deben tomarse siempre las medidas menos restrictivas para reparar el daño que se haya causado. Precisamente porque la protección jurídica que las sociedades democráticas dan a este derecho prohíbe su regulación desde la lógica del castigo (penar lo más posible para aleccionar a quien se excedió), los límites a la libertad de expresión deben ser siempre impuestas desde el intento de ser lo menos restrictivos posibles.

Con esta lógica, el derecho de réplica funciona como una medida que permite contestar, contrastar o combatir la difusión de información sobre una persona o un asunto público, en el medio en que dicha información fue difundida y con el mismo alcance que tuvo. Cuando se determina que cierta información fue incorrecta, incompleta o expresada de manera tendenciosa para desinformar o generar un daño sobre una persona, existe la obligación de dar espacio a esa persona para presentar su postura, replicar la información incorrecta y hacer que quien la emitió rectifique lo informado.

La rectificación y la réplica pueden tener distintas formas de materializarse dependiendo de la forma en que la información se haya difundido. Si, por ejemplo, la difusión de cierta nota periodística afectó la imagen o reputación de una persona, la réplica puede incluir no sólo la aclaración de que la información difundida fue errónea o malintencionada, sino también dar una disculpa pública por el mal manejo de la información como una forma de reparación simbólica a la persona afectada por el ejercicio ilegítimo de la libertad de expresión.

Si el objetivo de completar la información incompleta, corregir la información inexacta o compensar la información malintencionada es insuficiente, entonces es posible avanzar hacia el establecimiento de sanciones que sean más costosas para el ejercicio de la libertad de expresión, teniendo en cuenta que estas deberán cumplir con el test tripartito que requiere que sean idóneas, necesarias y proporcionales de acuerdo a la regla de responsabilidades ulteriores.

CAPÍTULO II

EL ENTORNO DIGITAL Y LAS PARTICULARIDADES DE INTERNET FRENTE A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN¹⁶

El ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Internet tiene particularidades y diferencias relevantes frente al que se lleva a cabo en el mundo analógico por fuera del entorno digital. Estas particularidades hacen que los estándares relativos al ejercicio del derecho también requieran ajustes e interpretaciones particulares, que eviten cometer el error de trasladar o trasplantar y aplicar los criterios jurídicos del mundo analógico al mundo de Internet sin tomar en cuenta sus diferencias.

El primer criterio diferenciador y determinante para garantizar el derecho a la libertad de expresión en Internet es el que establece que cualquier restricción o medida regulatoria sobre Internet debe ser compatible con “la arquitectura de Internet”. Hablar de la arquitectura de Internet implica reconocer el fin de mantener a Internet como un espacio libre y abierto, evitando medidas que desnaturalicen estas características del entorno digital. Esta condición reconoce el interés público que existe en que Internet se mantenga como una red sin barreras al flujo de información y como el espacio más abierto posible para la inclusión y la participación.

A diferencia de los medios tradicionales de comunicación, donde el control y la orientación de la información recae en el operador del medio (su línea editorial o el grupo económico en control de ésta), Internet establece un espacio en principio multidireccional en el que las personas usuarias tienen un mayor control en la elección del flujo informativo (aunque este sea limitado) y un

¹⁶ *J/-* Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet. Relatorías conjuntas: ONU/CIDH/OSCE/CADHP, 1 de junio de 2011; CIDH. Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente; CIDH. Libertad de Expresión e Internet; ONU. Informe del Relator Especial sobre promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue, párr. 38; Tully, Stephen, “A Human Right to Access the Internet? Problems and Prospects”, 2014; McDiarmid, Andrew & Shears, Matthew, “The Importance of Internet Neutrality to Protecting Human Rights Online”, 2016; ONU. Consejo de Derechos Humanos. “Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet”. Junio 2016, párr. 2; Belli, Luca, & De Filippi, Primavera. “End-to-End, Net Neutrality and Human Rights”, 2016, p.3; Bertoni, Eduardo (Comp.) *Hacia una Internet libre de censura*, 2012; Rabinovich, Eleonora. *Challenges Facing Freedom of Expression*, 2012; Grimani, Atilio y Rabinovich, Eleonora. “Debates sobre la responsabilidad de los intermediarios en Argentina”, 2013; F. Fear. “Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect”, 1978; Seltzer, W. *Free Speech Unmoored in Copyright’s Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment*, 2010. p. 183.

mayor protagonismo. Esta diferencia también tiene implicaciones en su relación con el Estado y la regulación por medio del derecho, ya que aunque existe un amplio desarrollo de estándares sobre la relación Estado-medios de comunicación, la relación de la regulación estatal con el entorno digital es más bien novedosa y cambiante.

Internet también se presenta como un espacio de oportunidad más horizontal para la creatividad de las y los usuarios en la construcción de aplicaciones, servicios y formas de difundir información distintas a las que se dan en los medios tradicionales, donde el rol de las personas es de mero consumidor. En el ejercicio de derechos, no sólo en cuanto al derecho a la libertad de expresión, el mundo digital también abre todo un abanico de posibilidades para ejercer la identidad, establecer otras formas de participación en la vida pública y ampliar otros derechos relacionados tales como el derecho a la educación, el acceso a la cultura y el acceso a la información, por nombrar algunos.

Internet como red descentralizada, libre y abierta

El carácter libre de Internet descansa en el “*principio punta-a-punta (end-to-end)*”, que implica que las redes entre los usuarios se mantengan “tontas” o independientes de cualquier intervención estrictamente necesaria (tal como la de los proveedores de servicios de Internet), para que sean las personas usuarias quienes tengan el control. Así, la *inteligencia* de Internet se encuentra en las “puntas” de esa red, donde el ejercicio de los derechos de las personas se realiza (por ejemplo, cuando los usuarios deciden qué aplicaciones utilizar para recibir y difundir información libremente, sin ninguna influencia externa).

Su carácter abierto consiste en que Internet es distinto a los medios de comunicación tradicionales, que son más bien centrados y centralizados, y en los que los operadores (y no los usuarios) deciden el propósito y el contenido de los mismos. Internet descentraliza la lógica de producción y distribución del conocimiento para abrirlo a los usuarios, sin permitir que los operadores *discriminen* el contenido online, las aplicaciones o los servicios.

Los principios de libertad y apertura de Internet funcionan en dos sentidos, no sólo como un límite a imponer en los sujetos privados que se encargan de realizar las acciones (y dar los servicios) que permiten participar en el entorno digital, sino también frente a las instituciones estatales que pueden intervenir de distintas maneras en el flujo de información en Internet. Precisamente por esto es fundamental que los operadores jurídicos, especialmente quienes deciden en última instancia sobre la legitimidad y validez de las restricciones a este derecho, entiendan cuándo dichas restricciones son compatibles con los elementos esenciales de la arquitectura de Internet.

Si entendemos la arquitectura libre y abierta de Internet, es más fácil ver por qué es inviable importar las limitaciones tradicionales (analógicas) de la libertad de expresión al mundo digital. Los límites de la libertad de expresión *no siempre son trasladables* al entorno digital porque muchas veces rompen con los principios centrales de su arquitectura. El mejor ejemplo de esta

diferencia está en el principio de neutralidad de la red, dirigido a los contenidos, las aplicaciones y los servicios en Internet, y pensado para rechazar la discriminación de los mismos por motivos arbitrarios, que es lo mismo a decir que sólo acepta algunos tipos de gestión indispensables para que el Internet funcione de manera adecuada.¹⁷

La neutralidad de la red muestra que es necesario contar con un espacio libre y abierto en el que la información no es controlada, dosificada o habilitada por alguien externo sino, por el contrario, con uno en el que esa libertad es un incentivo para la creatividad, la innovación y la competencia. Este principio es instrumental para que Internet sea un espacio donde la pluralidad de voces y sectores que participan en la conversación digital sea cada vez mayor y donde la tecnología esté a disposición de los usuarios que interactúan libremente en las puntas del sistema. La neutralidad de la red desmantela las barreras de entrada que impedirían tener un espacio horizontal que habilite el *libre tráfico* de ideas en el que los usuarios participen de manera más igualitaria.

La justificación detrás de este principio descansa en el interés de que las personas usuarias ejerzan sus derechos digitales sin la interferencia estatal ni privada sobre qué contenidos, aplicaciones, servicios o dispositivos deben usar para este fin. El principio de no discriminación de tráfico funciona de manera instrumental para el ejercicio libre de un conjunto de derechos más amplio, donde sin ninguna duda uno de los que más se benefician es el derecho a la libertad de expresión en Internet.

El principio de no responsabilidad de intermediarios

Internet requiere de “intermediarios” para funcionar. Los intermediarios son sujetos que dan servicios para que el procesamiento y la transmisión de información sucedan (servicios de acceso o de interconexión), pero también para alojar material publicado por otras personas y para acceder a él en una plataforma, o bien para poder buscar información en general, tal como sucede con los motores de búsqueda.

Tanto como lo son para Internet en general, los intermediarios son fundamentales para el ejercicio de la libertad de expresión. Por ello, muchas veces los motores de búsqueda, plataformas de redes sociales, proveedores de servicios de Internet o de alojamiento de sitios web (entre otros) suelen estar bajo presión del Estado y de otros sujetos privados, por el interés de control (de la información) que tienen sobre ellos.

Esto ha llevado a reconocer desde el derecho un estándar de protección al rol que los intermediarios tienen en el ecosistema de Internet, a través del “principio de no responsabilidad de intermediarios”, que consiste en establecer que ninguno de ellos debe ser responsable por contenidos generados por terceros y que sean difundidos a través de alguno de sus servicios.

¹⁷ *J/-* Este principio se ha reconocido como el mandato de que: “El tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no debe ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación”. *Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet*. ONU/CIDH/OSCE/CADHP, 1 de junio de 2011. punto 5a.

Sin embargo, frente a este estándar existen otros modelos de responsabilidad que no aceptan ni reconocen esta protección, y que subordinan el rol de los intermediarios a otros intereses, tal como el de los derechos del honor y la reputación, bajo el esquema tradicional que no toma en cuenta la arquitectura de Internet. Así, el modelo de “responsabilidad objetiva” permite imponer responsabilidades sobre los intermediarios por los contenidos generados por otros usuarios.

Pero el principal problema de este modelo, además de la enorme dificultad para los intermediarios de revisar todos los contenidos que circulan en sus plataformas, reside en que trasladar esta responsabilidad a ellos implica convertirlos en validadores de contenidos relacionados con la libertad de expresión; es decir, volverlos “jueces privados” que determinen qué contenidos deben ser filtrados, detenidos o removidos en dado caso, para así evitar que les atribuyan responsabilidades. Ante la amenaza de recibir sanciones por fallas en su moderación, esto genera un incentivo para interpretar de manera restrictiva (para no ser responsabilizados) y para sobre-moderar contenidos afectando la libertad de expresión.

Este cambio de roles implica, en la práctica, establecer un mecanismo de censura privada, en tanto que el control de la información se realizaría previa determinación –en dado caso– de una autoridad judicial competente (la única facultada por el derecho para hacer juicios sobre los derechos). Por esta razón, el consenso internacional rechaza el modelo de responsabilidad objetiva para establecer la regla general de no responsabilidad y la remoción de contenidos únicamente cuando una autoridad judicial competente solicite remover expresiones ilícitas (siempre que haya garantías de independencia, autonomía, imparcialidad y apelación).

Lo anterior no significa que los intermediarios no sean sujetos de ninguna responsabilidad ni que las empresas no tengan obligaciones frente a los derechos humanos (las tienen en materia de transparencia, debida diligencia y notificación, entre otras). Tampoco nos lleva a sostener que la relación entre los distintos tipos de intermediarios sea simétrica. En realidad, uno de los mayores problemas que existen en Internet (y que también afecta a la libertad de expresión) es el de la concentración que tienen algunos intermediarios (Meta en el caso de plataformas de redes sociales, Google en los motores de búsqueda) sobre el flujo de información, la cantidad de recursos económicos y humanos con que cuentan (por ejemplo, para realizar la moderación de contenidos de manera democrática) y los mecanismos de respuesta en casos de violaciones a los derechos de las personas usuarias.

Al menos dentro del sistema interamericano, su Relatoría para la libertad de expresión ha sido clara al decir que la responsabilidad de un intermediario sólo debería atribuirse cuando tuvo el conocimiento efectivo de la existencia de un contenido ilegal a partir de una orden judicial que cuente con garantías suficientes de independencia, autonomía e imparcialidad.¹⁸

¹⁸ /- CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de expresión e internet. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.11/13, 31 de diciembre de 2013, párr. 106.

Los problemas relacionados a la concentración de poder que tienen los intermediarios muestra la necesidad de una regulación diferenciada según su tamaño y poder; es decir, de contar con normas que responsabilicen de manera acorde a empresas de mayor tamaño y no fijen las mismas cargas a otras de tamaño distinto, además de que permitan reducir la barrera de entrada a nuevos intermediarios y faciliten una mayor equidad en el mercado de competidores.

La perspectiva sistémica digital dentro del test tripartito

Como mencionamos anteriormente, al evaluar la legitimidad de las restricciones a la libertad de expresión en Internet, el test tripartito suma un elemento extra que debe realizarse siempre que los límites del ejercicio de este derecho sean evaluados. El paso de la perspectiva sistémica digital implica preguntarse ya no sólo por la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida, sino por los efectos que ésta tiene sobre la arquitectura de Internet o, por ponerlo de otra forma, exige redimensionar el estudio de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de las restricciones a la libertad de expresión *tomando en cuenta* cómo afectan específicamente cada uno de estos criterios en relación al carácter libre y abierto de Internet.

Cuando una restricción a la libertad de expresión sea evaluada, el juzgador deberá analizar la forma en que esa medida impacta o daña ya no sólo los valores que están en juego, sino también cómo afecta el funcionamiento de Internet en general. Este nuevo elemento del test tripartito hace que medidas que pueden parecer leves desde el enfoque tradicional aumenten su grado de invasión en el entorno digital; es decir, que medidas que fuera de Internet pueden ser proporcionales no lo sean en el entorno digital.

Por estas razones, las restricciones a la libertad de expresión en Internet deben estar diseñadas para adecuarse a las particularidades de este medio. Se trata de toda una reconfiguración que exige enfoques alternativos y específicos, y de aprovechar las ventajas que da el entorno digital para articular de mejor medida las medidas compensatorias en aquellos casos en que la libertad de expresión se ejerce de manera abusiva. En este sentido, medidas como la rectificación o la réplica pueden habilitarse de manera más simple que en el mundo analógico.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que para que las decisiones sobre restricciones a la libertad de expresión pasen el test de la perspectiva sistémica digital, es necesario que, además de revisar los requisitos del test tripartito a la luz de la arquitectura de Internet (explicados en los párrafos anteriores), se garantice: i) el respeto a las garantías vinculadas al debido proceso y la reserva judicial; es decir, que quien determine la validez de la restricción sea una autoridad judicial competente que cumpla los criterios de independencia e imparcialidad; y ii) que se cuente con una jurisdicción clara y única relacionada al Estado en

donde la controversia jurídica tiene lugar, sea por la residencia del autor de la expresión, el lugar de la publicación o la audiencia a la que se dirige. La posibilidad de iniciar acciones judiciales y de que sus resultados cumplan la regla de “publicación única” es indispensable para garantizar la arquitectura de Internet.¹⁹

El principio de no responsabilidad de intermediarios no debe llevar a la idea de que, por el reconocimiento de la protección jurídica al rol que tienen los intermediarios, estos no son responsables en absoluto, ni llevar a sostener que las empresas no tienen obligaciones frente a los derechos humanos. El marco de responsabilidades relacionadas con la transparencia, el debido proceso, la notificación en caso de afectación a usuarios, y el respeto en general de los derechos humanos en Internet es indispensable para mantener la propia arquitectura de Internet con su carácter libre y abierto. Más aún, la concentración que algunas empresas pueden alcanzar, su rol con el flujo de información en la moderación de contenidos y el uso de sistemas automatizados, tales como la inteligencia artificial para brindar servicios en línea, son todos elementos que deben tomarse en cuenta al analizar la relación entre el derecho a la libertad de expresión y el Internet. Por ello es necesario pensar en una regulación democrática que permita diferenciar el tamaño y poder de los distintos intermediarios, para poder desarrollar responsabilidades diferenciadas para empresas de mayor tamaño, de manera que no se fijen cargas desproporcionadas en sujetos con menor concentración, poder y tamaño. La regulación diferenciada permitiría reducir las barreras de entrada a nuevos intermediarios, generar un sistema de competencia más equitativo y maximizar el potencial de Internet como un espacio para la creatividad y el desarrollo.

Moderación de contenidos en Internet y limitaciones a expresiones en línea

El ecosistema de Internet hace que ciertos intermediarios, tal como las plataformas de redes sociales, tengan la necesidad de moderar los contenidos que circulan en ellas. La moderación de contenidos es una realidad dadas las necesidades de transmisión de información de acuerdo al enfoque de determinada plataforma (no sólo comercial sino de funcionamiento), y también de aquellas relacionadas con el derecho, los derechos humanos y los deberes frente a estos que los intermediarios tienen.

La moderación de contenidos implica que un intermediario tiene cierta libertad o discrecionalidad para establecer las reglas con las que los contenidos en su plataforma van a ser controlados. Así, se puede establecer cuál es la dinámica con la que las personas usuarias deberán comunicarse, cómo deben comportarse al hacerlo y qué medidas no están permitidas dentro de la plataforma. Esa discrecionalidad, sin embargo, debe sujetarse a la legalidad del país en donde la plataforma funciona, y debe respetar los derechos humanos en Internet.

¹⁹ /- CIDH. Libertad de expresión e Internet. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2021, pp. 66–68. Lo anterior implica la regla de que una expresión empieza a computarse a partir de la primera vez que se publicó, que sólo debe permitirse una acción legal por los posibles daños que ésta genere y que, en su caso, exista también una única reparación por los daños de dicha publicación.

Los intermediarios deben, entonces, establecer sus reglas de acuerdo a estos dos límites generales, y cumplir con ciertos requisitos de claridad, accesibilidad y transparencia sobre las mismas hacia sus usuarios. Por ello los términos y condiciones, y las reglas comunitarias de las plataformas, deben establecer de manera comprensible lo que es posible realizar y lo que no, el tipo de medidas que pueden tomarse sobre las expresiones y comportamientos que no cumplan con ciertas normas, y los mínimos de debido proceso para casos de desacuerdo entre la moderación del intermediario y las personas usuarias de la plataforma.

La moderación de contenidos que las plataformas deben hacer resulta compleja precisamente por la necesidad de balancear sus intereses comerciales y comunicacionales con las exigencias regulatorias y de derechos humanos. Esto lleva muchas veces a tener presiones tanto por los modelos de negocios como por las exigencias que los gobiernos hacen a las plataformas sobre cómo tratar la información y desarrollar sus actividades. Así, deben tomarse en cuenta varios aspectos para pensar en una moderación de contenidos que respete principios democráticos y no se convierta en un sistema de censura pública o privada.

La censura previa en Internet

La censura de expresiones protegidas por el derecho a la libertad de expresión se ha transformado en el entorno digital. Contrario a lo que establecen los estándares nacionales e interamericanos sobre el ejercicio de este derecho en Internet, en particular sobre la prohibición de censura previa, se ha utilizado como pretexto al propio Internet para tomar medidas regresivas a los derechos. Así, las particularidades de las tecnologías, las dinámicas de las redes sociales y el amplio alcance de la transmisión de la información que tiene lugar en Internet se toman como justificaciones para crear nuevas limitaciones que son incompatibles con el derecho nacional y el sistema interamericano.

En Internet, tanto la prohibición de llevar a cabo medidas de censura previa como la regla de responsabilidades ulteriores son los dos pilares que estructuran los límites a la libertad de expresión. Dada la arquitectura de Internet, sabemos que las expresiones deben mantenerse libres de una “editorialización” sobre cuáles de ellas pueden circular en la red y cuáles no (libres de ese control tanto del Estado como de las empresas). Es precisamente frente a este punto que la censura estatal y privada afectan en mayor medida a las expresiones de las personas usuarias, ya que existe un intento de control (y excesos en él) sobre ellas que muchas veces no se apega a lo que el Estado y las empresas podrían realmente hacer para limitar la libertad de expresión.

Aunque es posible hablar de casos de censura más extremos y fáciles de identificar, tal como puede suceder con el bloqueo de plataformas de redes sociales enteras por parte de un Estado (impedir por completo el acceso a Facebook o Twitter, por ejemplo), en la práctica en México se han desarrollado otros mecanismos de control de la información por parte del Estado a través de la colaboración que existe entre algunas instituciones y los intermediarios.

Uno de los principales mecanismos de control de la información que constituye un caso claro de censura estatal en Internet es el uso de medidas cautelares para controlar contenidos en Internet. Las medidas cautelares son una herramienta jurídica que permite a una institución ordenar a un intermediario bloquear, eliminar, desindexar o evitar de alguna manera que cierta publicación en Internet se siga difundiendo, sin determinar de fondo si esa publicación es o no un “contenido ilegal”. Son, por decirlo de otra manera, órdenes que limitan el derecho a la libertad de expresión antes de saber si su ejercicio es abusivo e ilegítimo o no.

La naturaleza de las medidas cautelares (ser una herramienta para proteger un bien jurídico de manera preventiva, antes de que algún daño sea determinado) y los efectos de las mismas (impedir que un contenido en línea sea conocido sin que su ilegalidad haya sido determinada) llevan a que se viole uno de los estándares más básicos sobre la libertad de expresión en Internet y a que se use un mecanismo de censura previa sobre expresiones protegidas por este derecho.

Jurídicamente, una de las limitaciones más graves y lesivas que puede haber sobre el derecho a la libertad de expresión resulta cuando se determina el bloqueo total o parcial de un contenido en Internet. Los estándares legales consideran estas medidas como análogas a prohibir la publicación de un diario, o a cerrar una emisora de radio o una televisora. Y esto es precisamente lo que las medidas cautelares provocan al emplearse para limitar la libertad de expresión.

Las medidas cautelares son un medio de control *a priori* que permite ordenar el bloqueo de contenidos sin que hayan sido declarados ilegales previamente. A manera de analogía, generan lo que en el mundo analógico pasaría si un funcionario público decidiera clausurar un periódico, impedir la circulación de cierta noticia, o impedir la transmisión de un programa de televisión. Más aún, permiten tomar medidas extremas de censura (como el bloqueo de contenidos o de cuentas de personas usuarias) que en el mundo analógico ni siquiera podrían tomarse, ya que las sanciones eventuales a esos contenidos sólo podrían imponerse a través de la regla de responsabilidades ulteriores y de manera posterior al análisis de la autoridad judicial.²⁰

Sin embargo, pareciera que por tratarse de una medida que se usa en Internet, las autoridades habilitaran *de facto* la posibilidad de bloquear contenidos sin la necesidad de una orden judicial, como si el estándar legal no estableciera que *todas las medidas del poder estatal* que pretendan limitar la libertad de expresión deben pasar un análisis estricto de validez a la luz del test tripartito determinado por vía judicial (explicamos esto más adelante).

En el mismo sentido, pero en el extremo de los intermediarios, existe el riesgo de la censura privada mediante el uso de sistemas automatizados de remoción de contenidos por parte de las empresas que intervienen en el flujo de información en Internet. En estos casos, la automatización de la moderación de contenidos en cuanto a bloqueo de contenidos debería reservarse para

²⁰ *J/-* Cuando las medidas cautelares son genéricas (exigen una desindexación o bloqueo totales), el problema se agrava porque la medida se convierte en un acto de censura generalizada. El ejemplo más claro se da con los motores de búsqueda (como los de *Google* o *Bing*). Como los buscadores no pueden bloquear sólo algunos contenidos, el bloqueo se hace con todos los resultados de las búsquedas relacionadas con la persona cuya información se pide desindexar o bloquear. La medida es una acción desproporcional porque impide acceder y difundir información que esté relacionada con los términos de búsqueda y que sea legal y diferente.

casos en extremo excepcionales de discursos prohibidos. Por eso, las personas usuarias y, en su caso, las autoridades regulativas, deben tener la posibilidad de contar con medidas de transparencia para saber en qué casos la remoción automatizada de contenidos se lleva a cabo, con qué resultados y sobre qué sujetos y expresiones. Dado que la remoción automatizada constituye una medida de censura previa que es desproporcional para todos los casos que no consistan en discursos prohibidos, debe evitarse en general en todos los casos posibles.

El uso de filtros automáticos de subida y bajada de contenidos por intermediarios sólo debe habilitarse bajo criterios como el de la “fácil identificación de la ilicitud” de un contenido (por ejemplo relacionado con abuso sexual infantil), para así proteger intereses fundamentales relacionados con la libertad de expresión (como el de la protección de las infancias), al mismo tiempo que deben contar con garantías de debido proceso –además de las ya mencionadas sobre transparencia y rendición de cuentas– que permitan controvertir decisiones en las que dichos sistemas bloqueen expresiones legítimas (como pueden las que contienen hechos de violencia en contextos de protestas sociales, o expresiones artísticas o relacionadas con la salud, como las de los casos de amamantamiento o de desnudos artísticos).

Si bien es cierto que la moderación automatizada hoy en día es inevitable para el correcto funcionamiento de las plataformas sociales y del libre ejercicio de la libertad de expresión, esto no debe tomarse como un obstáculo para buscar un equilibrio entre los elementos que la libertad de expresión debe alcanzar frente a los otros intereses relacionados.

La noción de “contenidos ilegales”

Hasta ahora hemos referido en repetidas ocasiones a situaciones en las que el ejercicio de la libertad de expresión rebasa el ámbito “legítimo” del derecho, se realiza de manera “abusiva” o corresponde específicamente a la difusión de contenidos “ilegales”. En este momento es importante aclarar que, al menos en el ámbito jurídico, el parámetro que debe usarse como referencia para limitar la libertad de expresión debe ser siempre el de “contenido ilegal”, entendiendo por éste a aquél que así señalen las legislaciones que cumplen con el test que las restricciones a la libertad de expresión en Internet deben pasar (test tripartito y perspectiva sistémica digital). Así, nos referiremos a los límites “válidos” a la libertad de expresión como aquellos que cumplen estos requisitos y permiten determinar qué contenidos pueden ser considerados ilegales a partir de ahí.

Cuando decimos que una persona realiza un ejercicio abusivo, ilegítimo o excesivo de la libertad de expresión, lo que queremos decir es que esa expresión rebasa alguno de los límites legales válidos que pueden ser impuestos de acuerdo al marco legal mexicano y al marco convencional interamericano. Las personas ejercen de manera abusiva, ilegítima o excesiva el derecho a la libertad de expresión cuando violan alguno de los límites válidos establecidos por el derecho. Esto significa que el parámetro válido para hacer estas determinaciones es únicamente el del derecho acorde a los criterios de derechos humanos, por lo que otros criterios de carácter moral, estético, político, o de otra índole deben quedar fuera de consideración al evaluar el ejercicio de la libertad de expresión.

Sin embargo, la determinación sobre qué contenido efectivamente debe considerarse ilegal requiere, en la mayoría de las ocasiones, de una determinación y un análisis jurídico justificado –fundado en el derecho aplicable y motivado por las razones que demuestran estrictamente que se rebasan los límites válidos– por parte de una autoridad competente para llevar a cabo ese análisis (explicamos este requerimiento en el punto siguiente). En otros casos excepcionales, es posible considerar que un contenido es ilegal sin la necesidad de la intervención judicial que opera como regla general. La diferencia en el “grado de ilegalidad” permite establecer una tipología para el análisis práctico de contenidos en Internet.

Primero, podemos hablar de “contenidos ilegales fácilmente identificables” cuando se trata de contenidos prohibidos de manera absoluta por el marco nacional e interamericano, como es el caso de los contenidos de abuso infantil prohibidos por el artículo 13.3 de la CADH. En estos casos, dada la permisión excepcional de realizar medidas de censura previa, los intermediarios están facultados a tomar medidas tecnológicas invasivas a la libertad de expresión que de otro modo no deberían permitirse, tal como sucede con los filtros automatizados de bajada y subida de contenidos que permiten bloquear contenido que constituye abuso sexual infantil.

En segundo lugar, podemos hablar de “contenidos ilegales sancionables penalmente” que requieren de una determinación judicial para su configuración. Los casos de discursos discriminatorios que constituyan incitación a la violencia, o discursos de incitación a la guerra o al genocidio, requieren que un juez determine la configuración de sus elementos concretos. Si bien existe cierto margen para que las plataformas usen sus normas comunitarias para prohibir la difusión de contenidos de este tipo, y de desarrollar sistemas automatizados que los detecten para tomar medidas de bloqueo o limitación de alcance, es indispensable que los intermediarios (dado que no pueden ni deben convertirse en “jueces privados”) cumplan estrictamente con sus deberes de transparencia (incluida la transparencia algorítmica y de sus sistemas automatizados de moderación), debido proceso (incluido el derecho de notificación a personas usuarias en caso de sufrir algún tipo de moderación, y el derecho de apelación efectiva) y el derecho a un remedio adecuado en caso de sufrir una moderación inadecuada (y sobre los daños que ésta cause).

Finalmente, un tercer tipo de contenidos ilegales es el de los “contenidos ilegales de carácter civil o administrativo” que además de que requieren de una decisión judicial para limitar las expresiones que los configuren, limitan de manera específica la moderación de contenidos que las plataformas de redes sociales y otros intermediarios de contenidos en Internet pueden llevar a cabo. En estos casos, las plataformas deben abstenerse de crear regulaciones internas, sistemas automatizados y demás toma de decisiones que limiten la libertad de expresión de las personas usuarias, aún en los casos en que el ejercicio de la libertad de expresión pueda afectar otros bienes protegidos (como puede ser el honor y la reputación). Como explicaremos en los puntos siguientes, el balance entre libertad de expresión y esos bienes jurídicos debe ser determinado por una autoridad judicial competente, y los intermediarios deben acceder a tomar medidas restrictivas a las expresiones emitidas por terceros en sus plataformas únicamente cuando dicha autoridad les haya ordenado actuar de dicha manera.

A partir de esta clasificación, podemos señalar que una regulación democrática sobre la moderación de contenidos será aquella que permita articular de la mejor manera esta configuración del contenido ilegal y la forma en que las plataformas deben incorporarla en sus sistemas y procedimientos de moderación de contenidos, al tiempo de articularse y colaborar con las autoridades facultadas para exigir medidas específicas de moderación en los casos permitidos de acuerdo al marco nacional e interamericano.

La necesidad de una orden judicial de autoridad competente para limitar expresiones en Internet

Determinar los límites de la libertad de expresión es una tarea compleja que está reservada constitucionalmente para los jueces y las juezas en el sistema jurídico mexicano. Los estándares internacionales también sostienen este requerimiento y esta es una condición que se traslada al ámbito de Internet aun cuando sus particularidades vuelven más compleja la imposición de límites a este derecho (por la relación que debe existir entre autoridades, intermediarios y sujetos usuarios de sus plataformas en el entorno digital).

Al comprender el concepto de contenido ilegal, sabemos que, salvo los casos excepcionales de difusión de contenidos de abuso infantil, el resto de expresiones en Internet están protegidas en principio y requieren de la intervención –más pronto o más tarde, según el tipo de expresión– de una autoridad judicial competente que determine la configuración de uno de los discursos prohibidos de la libertad de expresión o, en su caso, de un ejercicio abusivo de la misma que dé lugar a responsabilidades civiles o administrativas.

De acuerdo a la jurisprudencia interamericana y nacional, son los jueces quienes deben realizar las determinaciones sobre la libertad de expresión y, cuando lo hacen, ordenar a otros sujetos (sea a medios de comunicación tradicionales o a intermediarios de Internet) tomar medidas al respecto o, en su caso, atribuir responsabilidades por el uso abusivo o por la difusión de contenidos ilegales en Internet. Exigir a los intermediarios que controlen el contenido hecho por los usuarios o que remuevan el mismo sin una orden judicial que exija su eliminación es en ese sentido incompatible con las garantías del derecho a la libertad de expresión en Internet porque vulnera las garantías judiciales mínimas que deben tenerse para restringir un derecho, de acuerdo a los artículos 8 y 25 de la CADH.

Precisamente por esto señalamos que el uso de medidas cautelares deriva en actos de censura previa estatal, no cumple con los principios de garantías judiciales y lesiona el principio de no responsabilidad de intermediarios, ya que es a ellos a quienes se les solicita bloquear los contenidos. Como los intermediarios también tienen obligaciones de respetar los derechos humanos, una orden de censura es incompatible con dicha obligación y debería ser resistida salvo que viniera –precisamente– de una autoridad judicial. La tensión en este sentido puede llevar (y en la práctica lleva generalmente) a un enfrentamiento entre autoridades e intermediarios, que casi siempre se resuelve en favor de las medidas cautelares ya que los intermediarios buscan evitar las sanciones estatales.

La amenaza de ser sancionados aún sin una orden judicial que exija tomar medidas de bloqueo o desindexación lleva a que se genere un efecto inhibitorio de la libertad de expresión en la que, ante la amenaza o posible situación de sanción, los intermediarios tienden a sobre-moderar contenidos y a realizar actos de censura privada.

El sistema interamericano enfrenta este dilema de regulación con un modelo de inmunidad limitada que rechaza el uso de medidas cautelares salvo para casos relacionados con los discursos prohibidos, en particular el de la difusión de contenido de abuso sexual infantil, permitiendo que los intermediarios tomen medidas enfocadas a evitar que estos discursos sean difundidos en Internet. Frente a este modelo, la transparencia y la rendición de cuentas por parte de los intermediarios es fundamental para poder analizar con qué grado cumplen sus obligaciones, así como para saber cuándo y cómo las autoridades les requieren tomar medidas que pueden ser contrarias a la libertad de expresión.

Políticas de las plataformas frente a discursos no protegidos

Ante la complejidad de los requerimientos de la moderación de contenidos y la búsqueda por medidas menos lesivas para salvaguardar principios relacionados con la libertad de expresión, tales como la integridad de la información, la lucha contra la desinformación y el cumplimiento de estándares como el de la prohibición de censura previa, muchas plataformas han tomado políticas de moderación de contenidos no protegidos distintas al bloqueo y la desindexación que valen la pena ser tomadas en cuenta.

Si bien es cierto que las plataformas llegan a tomar medidas extremas de bloqueos definitivos o temporales de cuentas de sus usuarios o de remoción de contenidos en casos en que determinen que cierta publicación infringe flagrante y gravemente sus normas comunitarias (el caso más conocido es probablemente el del entonces ex Presidente Donald Trump en Facebook), también es cierto que para evitar tomar medidas tan gravosas, los intermediarios han optado por medidas intermedias que informan a los usuarios sobre algún tipo de contenido, lo contextualizan o limitan su alcance en casos particulares.

Una de las medidas más comunes es la editorialización de publicaciones y contenidos en las plataformas de redes sociales. En estos casos, las plataformas agregan leyendas que informan o contextualizan la información presentada por un usuario, sea para informar si se trata de un hecho real y presente, o si cierta publicación tiene algún tipo de información falsa, incompleta o manipulada. En muchos casos, las propias personas usuarias de una red social pueden dar contexto y aportar datos para que cuando esa publicación sea compartida, otros usuarios puedan acceder a la información completa y evitar acciones de desinformación.

La degradación de información, conocida como *downgrading*, es una medida que se toma por las plataformas y que implica la decisión intencional de reducir el alcance de determinadas publicaciones relacionadas con ciertos temas o de contenidos difundidos por ciertos usuarios. Aunque las plataformas señalen que esta medida se dirige a contenidos ilegales o que contravienen sus

normas comunitarias, existe un riesgo real que ha sido denunciado en muchas ocasiones de que este tipo de políticas constituyan una medida de censura indirecta, puesto que la degradación de un contenido puede llevar (y en la práctica lleva muchas veces) a que la cobertura de ciertas noticias, la crítica sobre ciertos temas o personas, o la difusión de ciertos contenidos protegidos por la libertad de expresión no alcancen las audiencias a las que son destinados.

Por mencionar sólo dos ejemplos, los casos de coberturas de noticias relacionadas con hechos de violencia y las publicaciones relacionadas a ciertas protestas sociales en contra de gobiernos por violaciones a derechos humanos, han generado señalamientos de censura indirecta sobre plataformas como X, Facebook e Instagram. Dado que el alcance de la difusión de una noticia es central para el ejercicio de la libertad de expresión, y su limitación puede constituir muchas veces un silenciamiento de la misma, la degradación de contenidos es una medida que puede convertirse en un mecanismo de control de la información incompatible con la libertad de expresión, por lo que la transparencia algorítmica y de los sistemas automatizados para este tipo de decisiones se vuelve fundamental, tanto como la obligación de notificar a la persona usuaria en caso de ser afectada por la misma.

Otro caso, incluso más problemático, es el “baneo” de cuentas sin notificación, conocido como “*shadowbanning*” o “bloqueo en la sombra”, que consiste en que una plataforma toma la medida de bloquear una cuenta sin que el usuario se percate de ello. En estos casos, la persona usuaria utiliza su cuenta y publica sin ningún problema, sin darse cuenta de que su cuenta está bloqueada para otros usuarios y sin saber que sus publicaciones no son difundidas de manera libre en la plataforma. Esta medida es claramente violatoria al derecho a la libertad de expresión y contraviene también las obligaciones relacionadas a las garantías de debido proceso que las plataformas deben dar a sus usuarios.

CAPÍTULO III

ESCENARIOS DE RESTRICCIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET

El derecho al honor, la reputación y la propia imagen

Los estándares interamericanos establecen que la libertad de expresión tiene una protección reforzada que exige el *escrutinio estricto* de las posibles limitaciones a la libertad de expresión cuando éstas se dirijan a expresiones de discursos especialmente protegidos. El escrutinio estricto implica un nivel más riguroso de revisión de las restricciones, y con un margen muy reducido para aceptar su aplicación sobre las expresiones en cuestión (una mayor excepcionalidad). Este punto es fundamental porque este estándar está muchas veces implicado en los casos relacionados con el derecho al honor, la reputación y la propia imagen, donde las personas que intentan limitar las expresiones suelen ser figuras públicas, funcionarios públicos, candidatos o personas involucradas con cuestiones de interés público o involucradas en el debate público.

Cuando estos casos tengan lugar, las juezas que analicen las restricciones no sólo deben tomar en cuenta el interés de las personas por expresarse y del público por recibir esa información, sino también el mayor margen de tolerancia a la crítica, las opiniones disruptivas, el valor de un debate público abierto y plural, la mayor crítica a la que están sujetos las personas públicas, entre otros. La protección al derecho al honor debe tomar esto en cuenta y reconocer lo que la Corte IDH ha denominado como *prevalencia en principio* de la libertad de expresión en casos de expresiones relacionadas con discursos protegidos, privilegiando la deliberación amplia y el escrutinio y control ciudadano sobre el ámbito público.

Si, por otro lado, un caso ameritara algún tipo de restricción aún tomando en cuenta estas consideraciones, dicha restricción debería ser la mínima posible y la menos gravosa a la libertad de expresión, por lo que el uso de sanciones desproporcionales o excesivas debería estar deshabilitada. En estos casos, la medida debe asignarse siempre en el marco de la regla de responsabili-

dades ulteriores, una vez demostrada la absoluta necesidad de imponer algún tipo de restricción excepcional, y optando primero por una medida complementaria, tal como la rectificación, la réplica o la disculpa pública, para después (si esas medidas fueran insuficientes) pasar a otro tipo de sanciones que sean estrictamente proporcionales al daño causado.

Tal como explicamos más arriba, los casos de sanción a la libertad de expresión por daños al honor, la reputación o la buena imagen requieren demostrar o probar el estándar de la real malicia, por lo que la intención específica de daño debe quedar plenamente demostrada, además de que cuando esto sea así, debe utilizarse el derecho civil o administrativo para atribuir la sanción correspondiente y sin que ésta se use como un medio de castigo ni sea desproporcional (dejando de lado la posibilidad del uso del derecho penal en estos casos).

En el caso de Internet, además, el propio sistema interamericano a través de su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha reiterado que Internet da oportunidades y facilidades especiales para dar a las personas medidas compensatorias compatibles con la libertad de expresión, tal como la rectificación, la réplica o la disculpa pública, de manera inmediata y con un alcance suficiente. Internet hace que algunas sanciones que podrían usarse en el mundo analógico no sean legítimas en el entorno digital, precisamente porque este ámbito habilita medidas suficientes que son menos gravosas para la libertad de expresión. La libertad de expresión en Internet da un lugar importante a la autorregulación frente a las expresiones injuriosas, en particular porque su propia arquitectura permite tomar este tipo de medidas y en especial porque establecer sanciones de este tipo podría afectar esa arquitectura en primer lugar.

En el derecho mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha reconocido tanto las dimensiones individual y colectiva de la libertad de expresión, como el sistema de prohibición de censura previa y la regla general de responsabilidades ulteriores.²¹ Además, estableció la existencia de la presunción de cobertura que las expresiones tienen y su relevancia para un debate abierto e incluyente en las sociedades democráticas, aún cuando estas puedan ser ofensivas, disruptivas e incómodas para quien recibe la crítica.²² La libertad de expresión es reconocida como un “derecho preferente” que es indispensable para garantizar la democracia y el ejercicio de otros derechos fundamentales para ésta.²³

²¹ *_-* Tesis Aislada, P./J. 25/2007, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Mayo de 2007, p. 1520, de rubro: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIMENSIONES DE SU CONTENIDO”; Tesis Aislada, 1a. LIX/2007, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Febrero de 2007, p. 632, de rubro: “CENSURA PREVIA. SU PROHIBICIÓN COMO REGLA ESPECÍFICA EN MATERIA DE LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN”.

²² *_-* Tesis de Jurisprudencia, 1a./J. 32/2013 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1, abril de 2013, página 540, de rubro: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO AL HONOR. EXPRESIONES QUE SE ENCUENTRAN PROTEGIDAS CONSTITUCIONALMENTE”; 1ª Sala. Amparo Directo 25/2010. Sentencia de 28 de marzo de 2012; 1ª Sala. Amparo Directo 26/2010. Sentencia de 28 de marzo de 2012; SCJN. 1ª Sala. Amparo Directo 28/2010. Sentencia de 23 de noviembre de 2011; y 1ª Sala. Amparo Directo 8/2012. Sentencia de 4 de julio de 2012; SCJN, 07 de febrero de 2014, Amparo Directo en Revisión 3123/2013; SCJN, 20 de junio de 2013, Acción de Inconstitucionalidad 29/2011 con la que se invalidó el artículo 373 del Código Penal del Estado de Veracruz.

²³ *_-* SCJN, 20 de junio de 2013, Acción de Inconstitucionalidad 29/2011 con la que se invalidó el artículo 373 del Código Penal del Estado de Veracruz.

El balance con el derecho al honor, la moral y la paz pública en la interpretación de la SCJN también incorpora el enfoque interamericano de la necesidad de un debate crítico y abierto en el que existen distintos grados de protección a discursos y una mayor amplitud a la crítica sobre esos discursos protegidos, por lo que en esos casos el derecho al honor debe ceder como regla general frente a la libertad de expresión. En estas ocasiones la Corte explicó que en el sistema jurídico mexicano existe un sistema de “protección dual” en el que la crítica tiene menos restricciones cuando se dirige a asuntos de interés público, a figuras públicas o a funcionarios públicos y candidatas a cargos de elección popular. Al hacerlo retomó los criterios de la Corte IDH sobre la protección reforzada de la libertad de expresión en este sentido.²⁴

La Segunda Sala de la SCJN reconoce tres tipos de expresiones que establecen distintos tipos de responsabilidades, y especifica que únicamente la primera de ellas puede dar lugar al bloqueo de contenidos y –en el caso del abuso sexual infantil– a la censura previa. Así, los delitos según el derecho internacional como la pornografía infantil pueden utilizar tecnologías de bloqueo en Internet, mientras que otras expresiones pueden tener sanciones ulteriores de carácter civil que no deriven en bloqueos y, muchas otras que pueden ser incluso ofensivas y afectar la tolerancia, el respeto y la urbanidad, no deben ser reguladas ni aceptar medidas tecnológicas de restricción en absoluto. Esta distinción debe hacerse siempre en Internet, de acuerdo a la Segunda Sala, para respetar el “principio de restricción mínima posible en Internet”.²⁵

La Corte reconoce la necesidad radical y democrática de contar con un debate desinhibido, robusto y abierto, en el que se rechaza como criterio de evaluación de la libertad de expresión cualquier criterio de decencia, estética o decoro, y donde es válido emitir expresiones que sean vehementes, ofensivas, chocantes, indecentes, perturbadoras y desagradables.²⁶ Por esta razón, las medidas de bloqueo de contenidos en Internet por razones relativas al derecho al honor de las personas está fuera de cuestión, ya que esa medida queda reservada únicamente a casos extremadamente excepcionales de discursos prohibidos tales como el abuso sexual infantil, la

24 *J/-* SCJN, 07 de febrero de 2014, Amparo Directo en Revisión 3123/2013; Tesis: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LOS ARTÍCULOS 6o. Y 7o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECEN DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO”. Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Mayo de 2007, Página: 1522, Tesis: P./J. 24/2007, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional. Para analizar un criterio en contrario a esta tendencia ver: SCJN. Amparo en revisión 2676/2003, 5 de octubre de 2005. El caso del poema de Sergio Witz Rodríguez “Invitación (la patria entre la mierda)”.

25 *J/-* Tesis Aislada, 2a. CIII/2017 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 43, Junio de 2017, Tomo II, página 1438, de rubro: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OPINIÓN A TRAVÉS DE LA RED ELECTRÓNICA (INTERNET). EL OPERADOR JURÍDICO DEBE DISTINGUIR ENTRE LOS TIPOS DE MANIFESTACIONES QUE DAN LUGAR A RESTRINGIR SU EJERCICIO”.

26 *J/-* Amparos directos: 28/2010, 25/2010, 26/2010, 8/2012, 16/2012. Jurisprudencia 1a./J. 32/2013 (10a.), aprobada por la Primera Sala, de rubro: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO AL HONOR. EXPRESIONES QUE SE ENCUENTRAN PROTEGIDAS CONSTITUCIONALMENTE”; Amparo en revisión 1005/2018. Tesis Aislada: 2a. XXXVIII/2019 (10a.), de rubro: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN REDES SOCIALES. NO PROTEGEN EL COMPORTAMIENTO ABUSIVO DE LOS USUARIOS”. Esta última en el sentido de que no es válido considerar esta lista de expresiones (ofensivas, chocantes, etc.) como comportamiento abusivo de las personas usuarias en Internet.

incitación al terrorismo y la incitación directa y pública a cometer genocidio.²⁷ Finalmente, en aquellos casos donde tras el análisis de todos los elementos que explicamos se considere que un contenido lesiona el derecho al honor y la libertad de expresión debe limitarse, las sanciones no deben nunca fungir como una forma de castigo ni como un instrumento punitivo, sino como una medida de restitución integral del derecho lesionado, por lo que las sanciones económicas deben ser proporcionales y no convertirse en medidas inhibitorias de la libertad de expresión.²⁸ La atribución de estas responsabilidades deberá, en todos los casos, superar el test de la “real malicia”, tal como explicamos más arriba, ya que otra forma de atribuir responsabilidades socavaría el debate robusto que debe caracterizar a las democracias constitucionales.²⁹

Ya que la Suprema Corte reconoce la necesidad de realizar el test tripartito incorporando todos los elementos ya mencionados, en casos de restringir la libertad de expresión deberá realizarse un escrutinio estricto que realice un análisis de constitucionalidad de “nivel intenso” que requiere revisar la proporcionalidad de la medida de forma meticulosa para determinar que la restricción es indispensable y que esta representa proporcionalmente el daño causado por el ejercicio excesivo de la libertad de expresión.³⁰

En casos sobre libertad de expresión en Internet con relación al derecho al honor, es también indispensable tomar el rol de intermediarios que cumplen las plataformas, y el hecho de que éstas no deben ser consideradas responsables incluso en casos donde pueda existir una expresión generada por un tercero que lesiona el honor de otra persona. La SCJN, al analizar el rol intermediario de las editoriales en conflictos de este tipo, ya ha rechazado los regímenes de responsabilidad objetiva y la no responsabilidad cuando éstas actúen de manera neutral. La excepción a estos

27 _/- Amparo en revisión 1/2017. Tesis Aislada 2a. CIV/2017 (10a.), de rubro: “BLOQUEO DE UNA PÁGINA ELECTRÓNICA (INTERNET). DICHA MEDIDA ÚNICAMENTE ESTÁ AUTORIZADA EN CASOS EXCEPCIONALES”; Amparo en revisión 1/2017. Tesis Aislada: 2a. CV/2017 (10a.), de rubro: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OPINIÓN EJERCIDAS A TRAVÉS DE LA RED ELECTRÓNICA (INTERNET). RESTRICCIONES PERMISIBLES”.

28 _/- Amparo directo 801/2019. Tesis Aislada: I.4o.C.90 C (10a.), de rubro: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA CONDENA EN DINERO POR EXCESO EN SU EJERCICIO DEBE SER EXCEPCIONAL, POR EL RIESGO DE QUE GENERE INDIRECTAMENTE UNA RESTRICCIÓN A ESE DERECHO FUNDAMENTAL”.

29 _/- Amparo directo en revisión 6467/2018. Tesis Aislada: 1a. LIV/2020 (10a.), de rubro: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. EL ESTÁNDAR DE REAL MALICIA RESULTA APLICABLE CUANDO LA INFORMACIÓN DIVULGADA SE RELACIONA CON CUESTIONES DE INTERÉS PÚBLICO, AUN CUANDO EL SUJETO QUE SE DICE AFECTADO NO SEA UNA FIGURA PÚBLICA”; Tesis de jurisprudencia 80/2019. Primera Sala. De aquí derivó la Tesis de Jurisprudencia: 1a./J. 80/2019 (10a.), de rubro: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA REQUIERE NO SÓLO QUE LA INFORMACIÓN DIFUNDIDA HAYA SIDO FALSA, SINO QUE SE HAYA DIFUNDIDO A SABIENDAS DE SU FALSEDAD O CON LA INTENCIÓN DE DAÑAR (INTERPRETACIÓN DE ESTE ÚLTIMO ESTÁNDAR)”; Amparo directo en revisión 172/2019. Aprobado por unanimidad en la Primera Sala. De aquí derivó la Tesis Aislada: 1a./LXXVI/2019 (10a.), de rubro: “REAL MALICIA. SU PROPÓSITO”.

30 _/- Amparo en revisión 202/2013. Tesis Aislada: 1a. CCLXII/2013 (10a.), de rubro: “INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS”; Amparo en revisión 237/2014. Tesis Aislada: 1a. CCLXIII/2016 (10a.), de rubro: “TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL”; Amparo en revisión 237/2014. Aprobado por mayoría de cuatro votos en la Primera Sala. De aquí derivó la Tesis Aislada: 1a. CCLXII/2016 (10a.), de rubro: “CUARTA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ERICTO DE LA MEDIDA LEGISLATIVA”.

casos se da únicamente si la editorial: i) realizó un análisis previo del contenido para decidir su publicación; ii) tuvo intención de dañar; iii) haya una culpa inexcusable frente a información notoriamente falsa; y iv) difunde contenido que ya fue declarado contenido ilegal previamente por una autoridad judicial.³¹ Dada la imposibilidad material de revisión de todos los contenidos ni de su veracidad, imponerles la carga de revisar y decidir qué contenidos pueden publicarse les convertiría en censores privados, violando así dicha prohibición constitucional.³²

Afortunadamente, a finales del año 2024, la Segunda Sala de la Suprema Corte reivindicó el principio de no responsabilidad de intermediarios al resolver que éste es parte esencial del derecho a la libertad de expresión en Internet dentro del marco jurídico mexicano. Al resolver el Amparo en Revisión 767/2023 (en un caso que involucraba a Google como motor de búsqueda y su supuesta responsabilidad por contenidos de terceros en el mismo), determinó que Google no podía ser considerado responsable por la indexación de contenidos de terceros ya que actuaba como mero intermediario, y no como editor ni creador de contenido. La Segunda Sala fundamentó su decisión en el caso resuelto por la Primera Sala en el Amparo en Revisión 341/2022, por el que se determinó que el mal llamado “derecho al olvido” era inconstitucional (y en donde ya se había reconocido el principio de no responsabilidad de intermediarios).³³

El derecho de cancelación de datos personales (el mal llamado “derecho al olvido”)

La jurisprudencia de la Suprema Corte reconoce el “principio de restricción mínima posible” en Internet. El estándar interpretativo adoptado por la Corte incorpora el interés de mantener la arquitectura libre y abierta de Internet lo más posible y restringir el flujo de información en el entorno digital lo menos posible y siempre en circunstancias excepcionales y limitadas.³⁴ Este criterio es correlativo al requisito de la perspectiva sistémica digital desarrollada por el sistema interamericano de derechos humanos y hace que las expresiones no prohibidas (los discursos prohibidos) por la libertad de expresión no deban ser responsabilizadas por medidas de censura previa sino por la regla de responsabilidades ulteriores. Al mismo tiempo, implica la aceptación indirecta de otros principios como el principio de no responsabilidad de intermediarios, y rechaza en principio la atribución de responsabilidades objetivas a los mismos.

31 *J*- Amparo directo 850/2018. Tesis Aislada: I.4o.C.71 C (10a.) de rubro: “DAÑO MORAL. RESPONSABILIDAD DE EMPRESAS EDITORIALES, POR AFECTACIÓN A LA VIDA PRIVADA, AL HONOR Y A LA PROPIA IMAGEN”.

32 *J*- Amparo directo 8/2012. Tesis Aislada: 1a. CLXXII/2012 (10a) de rubro: “DAÑO MORAL. SUPUESTO EN EL QUE PUEDEN SER RESPONSABLES LAS PERSONAS QUE SE DEDIQUEN A LA EDICIÓN, VENTA, DIFUSIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE MEDIOS IMPRESOS”.

33 *J*- Amparo en Revisión 767/2023. Segunda Sala. Aprobado por unanimidad de votos. Tesis Aislada: “GESTOR DE MOTOR DE BÚSQUEDA. NO DEBE CONSIDERARSE COMO RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO DE DATOS PARA EFECTOS DE LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN POSESIÓN DE LOS PARTICULARES”

34 *J*- Tesis Aislada, 2a. CII/2017 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 43, Junio de 2017, Tomo 2, página 1433, de rubro: “FLUJO DE INFORMACIÓN EN RED ELECTRÓNICA (INTERNET). PRINCIPIO DE RESTRICCIÓN MÍNIMA POSIBLE”.

Al analizar sobre la compatibilidad del mal llamado “derecho al olvido” (que en realidad debe determinarse como el derecho de cancelación de datos personales),³⁵ la Primera Sala de la SCJN consideró que esta figura es incompatible con la Constitución porque vulnera el derecho a la libertad de expresión en Internet y el derecho de acceso a la información. Al hacerlo, determinó que la figura desarrollada en el derecho de la Unión Europea no es compatible con el marco jurídico mexicano y que, de utilizarse, se establecería un sistema de censura previa que no tiene cabida en México.³⁶

La resolución de la Primera Sala se apoyó en criterios previos de la SCJN relacionados a la prohibición de censura previa y del lugar privilegiado que da el orden jurídico mexicano a la información de interés público, tanto por la regulación constitucional del artículo 7 como por el reconocimiento de la aplicación del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).³⁷

Pero además, de la interpretación sistemática de los artículos 7 y 14 de la Constitución, reconoció de manera implícita el principio de no responsabilidad de intermediarios y el requisito de que toda limitación a la libertad de expresión en Internet debe estar precedida de una orden judicial al determinar que “no puede asignarse a entidades privadas, tales como motores de búsqueda en Internet, la obligación de vigilar y determinar qué información cumple una función pública y cuál debe eliminarse de los resultados de búsqueda, lo que generaría un incentivo para estos intermediarios de Internet para remover información y evitar responsabilidades civiles o administrativas, además de que la facultad que se le podría asignar a un órgano del Estado para esta determinación podría constituir un medio para la censura indirecta, sin la existencia de un juicio y sin seguir las formalidades del debido proceso”.³⁸

La interpretación de la Corte sobre el principio de no responsabilidad de intermediarios ya había sido reconocida explícitamente en relación al principio de igualdad y no discriminación, al señalar que los intermediarios en plataformas de oferta de empleo no son responsables por los actos de discriminación de terceros. Para la Primera Sala, si los intermediarios actúan como medios neutrales entonces la responsabilidad posterior de cualquier medida discriminatoria debía atribuirse a los terceros que emitieron la oferta.³⁹

35 _/- En este caso, un artículo del Código Civil para el Distrito Federal (1392 BIS) permitía crear un sistema de censura privada tras la muerte de una persona, al dar al albacea la posibilidad de solicitar la remoción de contenidos y obligar a plataformas a hacerlo, sin establecer la exigencia de contar con una orden judicial y sin hacer distinciones entre información de interés público y otro tipo de “información personal”.

36 _/- Tesis Aislada, 1a. II/2023 (11a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Undécima Época, Libro 22, Febrero de 2023, Tomo II, página 2379, de rubro: “DERECHO AL OLVIDO. EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1392 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA CIUDAD DE MÉXICO QUE ESTABLECE ESTE DERECHO ES INCOMPATIBLE CON LAS NORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN”.

37 _/- SCJN. Pleno. Acción de Inconstitucionalidad 29/2011. Sentencia de 20 de junio de 2013. Pág. 29-30.

38 _/- Op. Cit. Nota 36 sobre la incompatibilidad del “derecho al olvido” en el sistema jurídico mexicano.

39 _/- Amparo directo en revisión 1956/2020. Tesis de Jurisprudencia: 1a./J. 24/2022 (11a.) con rubro: “NO DISCRIMINACIÓN. LAS EMPRESAS PROPIETARIAS DE PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS INTERMEDIARIAS DE EMPLEABILIDAD NO SON RESPONSABLES POR LOS ACTOS DE DISCRIMINACIÓN COMETIDOS POR LOS USUARIOS EN ÉSTAS, CUANDO ACTÚEN COMO MEDIOS O VEHÍCULOS NEUTROS”.

Las obligaciones que los intermediarios tienen en este marco de neutralidad están en sus normas internas y sus términos y condiciones, en donde establecer claramente criterios de no discriminación y protección a otros derechos “refuerza” su carácter neutral y su rol de no intermediario no responsable por contenidos de terceros.⁴⁰

En el marco jurídico interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) también ha sido categórica al rechazar declarar la incompatibilidad del derecho al olvido con el sistema interamericano y al señalar que los sistemas de remoción y desindexación en este sentido violan el artículo 13 de la CADH. Así, no sólo el hecho de eliminar una publicación sino también el de limitar su alcance o dificultar su acceso (por la desindexación) al invisibilizarlos afecta el núcleo básico de la posibilidad de buscar, recibir y difundir información e ideas. Para la Comisión, el contexto histórico interamericano sirve como trasfondo para interpretar jurídicamente la incompatibilidad del mal llamado derecho al olvido. Latinoamérica es una región que avanzó hacia procesos de verdad, memoria y justicia tras décadas de conflicto, regímenes autoritarios y luchas por los derechos de las personas, por lo que este tipo de figuras no pueden incorporarse a los sistemas jurídicos nacionales sin lesionar de forma esencial el derecho a la libertad de expresión.⁴¹

Como tal, el derecho de cancelación o supresión de datos debe entenderse como parte de un sistema de derechos de protección de datos (los llamados derechos ARCO) que sirve para que las personas usuarias soliciten la eliminación de datos personales que no son parte de un ámbito de interés público y que se refieren a datos de uso de aplicaciones o servicios cuando los usuarios dejan de utilizarlos. Tanto la Constitución (en el párrafo segundo del artículo 16) como la jurisprudencia reconocen el derecho de los particulares para decidir sobre la reserva y privacidad de cierta información de carácter personal frente a la sociedad, y de exigirlos frente a las autoridades y a los sujetos privados que pudieran tenerlos en su poder.⁴²

La igualdad y no discriminación

La libertad de expresión y el principio de no discriminación están directamente relacionados. Todas las personas deben tener, en este sentido, una igual oportunidad de ejercer el derecho de recibir, buscar y difundir información por todo medio, sin que puedan hacerse diferencias de trato por ninguno de los motivos reconocidos en el marco jurídico nacional e interamericano (raza, nacionalidad, sexo, religión, opinión política o de cualquier otra índole, etc.). Lo anterior

40 *J/-* Amparo directo en revisión 1956/2020. Tesis de Jurisprudencia: 1a./J. 23/2022 (11a.) con rubro: “DERECHO A LA IGUALDAD. LAS POLÍTICAS DE NO DISCRIMINACIÓN REFUERZAN LA NEUTRALIDAD DE LAS EMPRESAS PROPIETARIAS DE PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS INTERMEDIARIAS DE EMPLEABILIDAD”.

41 *J/-* CIDH. Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.17/17. 15 de marzo de 2017, pág. 132.

42 *J/-* Tesis Aislada, I.100.A.5 CS (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 70, Septiembre de 2019, Tomo III, p. 2199, de rubro: “PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. CONSTITUYE UN DERECHO VINCULADO CON LA SALVAGUARDA DE OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES INHERENTES AL SER HUMANO”.

significa que no debe afectarse la posibilidad de acceso y uso de este derecho, ni tampoco la forma en que una persona es tratada por otros sujetos (por ejemplo el gobierno) en razón de las opiniones o posturas que defiende (por ejemplo al ser crítico a ese gobierno).

Como explicamos más arriba en el apartado relativo al ámbito penal y los “discursos de odio”, existen tres tipos de discursos discriminatorios que deben diferenciarse claramente por su naturaleza y las formas de regularlos. Es posible regular excepcionalmente por la vía penal a un tipo de discurso discriminatorio que es análogo a la incitación a la violencia cuando cumpla estrictamente con los elementos de esta figura. Sin embargo, para desarrollar de manera democrática el derecho a la libertad de expresión es indispensable, primero, reconocer la necesidad general de regular los discursos discriminatorios no análogos a la incitación a la violencia por la vía civil, estrictamente apegados a la regla de responsabilidades ulteriores (y al test tripartito) y, segundo, subrayar que existirán otros casos de discursos discriminatorios que no deben ser regulados en absoluto y deben quedar por fuera del ámbito del derecho, para ser confrontados eventualmente por otros medios tales como la educación y la cultura.

La violencia política por razones de género

Más arriba explicamos la incompatibilidad de las medidas cautelares con el derecho a la libertad de expresión en Internet. En México, las autoridades electorales han desarrollado en los últimos años un sistema de censura electoral por medio de remoción de contenidos que solicitan a distintas plataformas de redes sociales, cancelando cuentas de personas usuarias en algunos casos y bajando, eliminando o inhabilitando publicaciones en otros. Este sistema, también en tensión con el principio de no responsabilidad de intermediarios (por exigir remoción de contenidos sin una orden judicial previa y bajo la amenaza de sancionar en caso de incumplir), se basa en la una figura jurídica que, además de vaga y ambigua, se ha convertido en la justificación para tomar medidas de censura previa en el ámbito electoral.⁴³

La figura de Violencia Política por Razones de Género (VPRG) no cumple con los criterios que deben tener las restricciones a la libertad de expresión para ser válidas. En primer lugar, se trata de un concepto vago y ambiguo que tiene una aplicación discrecional y diferenciada en distintos casos y en distintos lugares del país. Existe más de un concepto de VPRG y éste es utilizado por distintos sujetos políticos para tomar la medida más extrema de control de contenidos: el bloqueo de publicaciones, la remoción de contenidos o el bloqueo de cuentas. Por ello, en segundo lugar, la medida es desproporcional a todas luces cuando tiene como resultado este tipo de medidas. Finalmente, cuando esta figura se usa (tal como se hace en la práctica hoy en día) para justificar la emisión de medidas cautelares, se lleva a cabo un mecanismo de censura previa porque se

⁴³ _/- Censuraelectoral.mx. “Censura Electoral: la remoción de contenidos en redes sociales y las elecciones en México”, informe preliminar. Disponible en: www.censuraelectoral.mx y <https://censuraelectoral.mx/wp-content/uploads/2024/08/Electoral-Over-removals-kick-off-report.pdf>.

toma una decisión sobre expresiones en principio protegidas por la libertad de expresión para censurarlas sin la necesidad de una orden judicial que determine que efectivamente se trata de un contenido ilegal (sino haciéndolo de manera precautoria).

Como hemos mencionado, la VPRG puede ser considerada como un tipo de discurso discriminatorio que, si bien puede dar lugar a limitar la libertad de expresión y establecer sanciones bajo la regla de responsabilidades ulteriores, no habilita a tomar medidas de censura previa constitucional y convencionalmente prohibidas. Pero además, en estos casos se trata muchas veces de expresiones protegidas no sólo en principio sino de discursos especialmente protegidos dirigidos a la crítica política, a figuras públicas o personas candidatas o servidoras públicas. Al no tratarse de discursos prohibidos por la libertad de expresión, se ha puesto como pretexto la necesidad de regular Internet y de poner freno a la violencia machista en contextos electorales para generar un efecto inhibitorio a la libertad de expresión y lesionar el derecho a la libertad de expresión.

Es importante recordar que la VPRG es resultado del marco establecido por el artículo 20 Bis de la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV), que luego fue revisado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) y que incorrectamente avaló el uso de medidas cautelares en estos casos en Internet en la jurisprudencia 21/2018. Esta interpretación estableció un catálogo de requisitos incompatibles con el test riguroso que toda restricción a la libertad de expresión debe pasar para considerarse válida, por ser en extremo abierta e imprecisa. En este sentido, es posible limitar la libertad de expresión por medio de medidas precautorias si una expresión “se basa en elementos de género”, “tiene un impacto diferenciado en las mujeres”, “se dirige a una mujer por ser mujer”, o “afecta desproporcionadamente a las mujeres”.

Todos estos criterios han permitido que, en la práctica, se lleven a cabo análisis superficiales sobre la configuración de los elementos de la VPRG y se permita restringir la libertad de expresión de manera desproporcionada, muchas veces en contra de periodistas y medios de comunicación que dan cobertura y publican cuestiones relacionadas a la vida pública y que son de interés público. A partir de aquí, la Comisión de Quejas y Denuncias del Instituto Nacional Electoral ha emitido medidas cautelares de manera desproporcional provocando un sistema de control de la información en contextos electorales que es incompatible con la libertad de expresión en Internet.

La protección de los derechos de autor

El caso de los derechos de autor es ideal para pensar la manera en que la arquitectura de Internet se relaciona con las posibles limitaciones al derecho a la libertad de expresión. Internet es una red libre, multidireccional y abierta orientada hacia el libre intercambio de información, opiniones e ideas, y que tiende a ampliar las posibilidades de creación de las personas usuarias en el entorno digital. La libertad de expresión como un derecho habilitador de otros derechos, tales como el de participación en la vida cultural, el acceso a la cultura, la información y la educación, y el acceso a derechos sociales y económicos, se articula con Internet para ampliar el alcance de estos derechos y valerse de un medio global, instantáneo y de acceso general.

Podemos decir que el derecho a la libertad de expresión se vale de Internet para amplificar el interés humano del acceso a ciertos bienes culturales y al conocimiento de una manera horizontal y libre. Por ello, el interés que persiguen los derechos de autor debe articularse de manera cuidadosa con el interés de mantener esa relación entre la arquitectura de Internet y el resto de los derechos normalmente involucrados en disputas relacionadas con la propiedad intelectual.

Las relatorías internacionales para la libertad de expresión han reconocido que aunque los derechos de autor se constituyen como un fin legítimo que puede limitar la libertad de expresión, toda restricción debería ser concreta, excepcional y no debería socavar la capacidad de Internet de ser un medio libre de intercambio de información e ideas sin fronteras.⁴⁴ Ello ha llevado a que los mecanismos de control de contenidos de “notificación y retirada” se consideren incompatibles con la protección mínima que requiere la libertad de expresión por desplazar los requisitos de contar con las garantías judiciales suficientes (orden judicial).

Los mecanismos de notificación y retirada son esquemas de comunicación entre los particulares y los prestadores de servicios de Internet, por los que los primeros avisan a los segundos sobre una supuesta infracción a alguna obra (también supuestamente) protegida por los derechos de propiedad intelectual, para que estos últimos la retiren de sus plataformas. Como estos esquemas remueven la exigencia de contar con una orden judicial para exigir esa remoción de contenidos, y llevan aparejada la amenaza de una sanción a los prestadores de servicios de Internet, ponen en ellos la responsabilidad de eliminar, bloquear o inhabilitar dichos contenidos y los sitúan en una posición de censores privados a pedido de los terceros que dicen ser afectados en sus derechos de autor.

En el mismo sentido, las restricciones indirectas que se establecen por vía de regulación que obliga a los intermediarios a moderar contenidos relacionados con derechos de autor han sido consideradas internacional y regionalmente como incompatibles con la libertad de expresión y el principio de no responsabilidad de intermediarios. A diferencia de los casos de difusión de contenidos de abuso infantil, que permiten tomar medidas de censura previa, la utilización de filtros de subida y bajada de contenidos por derechos de autor son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión en Internet porque no se trata de discursos prohibidos y porque constituyen medidas desproporcionales que implican la regla constitucional y convencional de la prohibición de censura previa.

Cuando para establecer restricciones que tienen como finalidad la protección de derechos de autor, se utilizan mecanismos automatizados de remoción de contenidos, estas restricciones tienen además el problema de que son incapaces de determinar si el uso de una obra protegida está respaldado por la libertad de expresión (de acuerdo a las numerosas excepciones que existen en la materia), ni pueden realizar el análisis contextual y complejo que sería necesario para determinar que un contenido es ilegal y efectivamente debe ser dado de baja.

⁴⁴ *_- Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión. Relatorías de la ONU y la OEA, 20 de enero de 2012. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=888&IID=2>.*

Toda medida de filtrado o bloqueo debe, para ser compatible con los estándares internacionales y regionales sobre libertad de expresión en Internet, evitar ser usada para moderar contenidos permitidos por este derecho, por lo que debería quedar limitada para la moderación de contenidos prohibidos únicamente (apología del odio, incitación al genocidio, difusión de contenidos de abuso infantil). Además, en aquellos casos donde su uso sea legítimo, deben garantizarse las condiciones de garantías judiciales y recurso efectivo de apelación, notificación y reparación (remedio adecuado).⁴⁵

La propia Segunda Sala de la SCJN ha dejado claro que la protección de ciertos derechos en un conflicto en Internet no justifica por sí misma este tipo de acciones y que, “salvo situaciones verdaderamente excepcionales, las prohibiciones genéricas al funcionamiento de páginas web por violar derechos de autor no se consideran como constitucionalmente válidas, en tanto que implican una medida innecesaria y desproporcional”.⁴⁶

Podemos decir entonces que el principal problema del establecimiento del mecanismo de notificación y retirada es que invierte esta regla y permite que contenidos legítimos sean bloqueados o eliminados, porque obliga a los proveedores de servicios de Internet a removerlos cuando cualquier persona usuaria alega que se violan sus derechos de autor, muchas veces sin la necesidad de aprobar ninguna prueba y en clara contravención del requisito de contar con una orden judicial que establezca la obligación de remover contenido ilegal. Por esta razón, al omitir por completo las obligaciones de garantías judiciales y recurso efectivo, el mecanismo de notificación y retirada constituye en la práctica una medida de censura previa incompatible con el artículo 7 de la Constitución y el artículo 13 de la CADH.

Por eso, existe un riesgo especial de censura de contenidos legítimos que se da a través del uso de sistemas de filtrado por derechos de autor, en el que se realiza el bloqueo completo de sitios web por la protección de derechos de propiedad intelectual. Esta posibilidad ha hecho que algunos gobiernos utilicen estos sistemas para ocultar información de interés público y para inhabilitar sitios que realizan crítica hacia el gobierno. En la práctica, existen numerosos casos en México donde los estándares de protección de la libertad de expresión se han revertido y los derechos de autor se han usado para dar de baja páginas con información de interés público resultado de investigaciones periodísticas.⁴⁷

45 *J/-* En este sentido, la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet establece que están prohibidas las medidas ex-ante de filtrado de contenidos protegidos en principio por este derecho, y que aquellos sistemas de filtrado no controlados por el usuario final constituyen censura previa. Punto 3 (b).

46 *J/-* Amparo en revisión 1/2017. Tesis Aislada: 2a. CIX/2017 (10a.), de rubro: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN EJERCIDA A TRAVÉS DE LA RED ELECTRÓNICA (INTERNET). LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR NO JUSTIFICA, EN SÍ Y POR SÍ MISMA, EL BLOQUEO DE UNA PÁGINA WEB”.

47 *J/-* ARTICLE19. “Amenazas contra medio PÁGINA 66 para eliminar información sobre corrupción en Internet”, 26 de octubre de 2018, <https://articulo19.org/amenazas-contra-medio-pagina-66-para-eliminar-informacion-sobre-corrupcion-en-internet/>; ARTICLE19. “Uso arbitrario de derecho de autor en Facebook remueve publicaciones y bloquea páginas de medios en San Luis Potosí”, 17 de abril de 2021, <https://articulo19.org/uso-arbitrario-de-derecho-de-autor-en-facebook-remueve-publicaciones-y-bloquea-paginas-de-medios-en-san-luis-potosi/>. En el mismo sentido, para el caso de EUA, ver: The Wall Street Journal. Google Hides News, Tricked by Fake Claims. 15 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/google-dmca-copyright-claims-takedown-online-reputation-11589557001>.

Ha sido ampliamente demostrado que los filtros de subida son ineficientes, limitados técnicamente y sistemáticamente violatorios a la libertad de expresión.⁴⁸ Por eso mismo, las relatorías especiales sobre libertad de expresión y sobre derechos culturales de la ONU expresaron que estos sistemas generan bloqueos excesivos y se consideran como medidas desproporcionadas de censura previa de contenidos en Internet.⁴⁹

En el caso de México, el balance entre la libertad de expresión como potenciador de otros derechos reconocidos en la Constitución, tal como el derecho a la ciencia y a la cultura (artículos 3.5 y 4.10), y los derechos de autor, hace que el análisis de proporcionalidad de una medida deba tomar en cuenta no sólo la afectación que se haría a la libertad de expresión sino también a estos. Así, tanto la libertad de expresión como el acceso a la ciencia y a la cultura comparten el carácter de ser derechos fundamentales, inalienables y universales, mientras que los derechos de propiedad intelectual son medidas de carácter temporal y revocable que los Estados usan para fomentar la creatividad, la producción y la innovación.

La imposición de restricciones para proteger el fin de los derechos de autor debe respetar las reglas de la prohibición de censura previa, de las responsabilidades ulteriores y del test tripartito (incluida la perspectiva sistémica digital). Establecer cualquier sistema que obligue a bloquear, remover, eliminar o inhabilitar el acceso a contenidos sin el requisito previo de una orden judicial que garantice que se cumplen los elementos mencionados debería considerarse plenamente inconstitucional. Por ello, criterios como el de “conocimiento cierto o efectivo” sobre la ilicitud o ilegalidad de un contenido no deben legitimarse por fuera de estos controles porque derivarían en la creación de un sistema privado de censura previa.

Los sistemas de notificación y retirada en materia de derechos de autor invierten la naturaleza del derecho a la libertad de expresión y de los mínimos indispensables del debido proceso legal. Mientras que el derecho a la libertad de expresión sí cuenta jurídicamente con una “presunción de legitimidad” o con una “preferencia” dentro del sistema jurídico mexicano, y mientras que las infracciones a los derechos de autor no pueden presumirse por la complejidad que tienen para determinarse, el sistema de notificación y retirada habilita precisamente esa presunción de la infracción de los derechos de autor (al grado de no exigir pruebas sobre la misma en muchas ocasiones) y anula la preferencia por la libertad de expresión dejándola de lado sin siquiera haber sido estudiada constitucionalmente.

⁴⁸ _/- Ver EFF. YouTube’s Content ID (C)ensorship Problem Illustrated. 10 de marzo de 2010. Disponible en: <https://www.eff.org/deeplinks/2010/03/youtubes-content-id-c-ensorship-problem>; EFF. Copyright and Crisis: Filters Are Not the Answer. 21 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.eff.org/deeplinks/2020/04/copyright-and-crisis-filters-are-not-answer>; Evan Engstrom and Nick Feamster. The limits of filtering: A look at the functionality and shortcomings of content detection tools. Marzo de 2017. pp. 22-26. Disponible en: <https://static1.squarespace.comstatic/571681753c44d835a440c8b5/t/58d058712994ca536bbfa47a/1490049138881/FilteringPaperWebsite.pdf>.

⁴⁹ _/- Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye. A/HRC/38/35. 6 de abril de 2018. Párr. 32; ONU. Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed. A/HRC/28/57. 24 de diciembre de 2014. Párr. 51.

Además de los problemas mencionados, aceptar este tipo de censura privada tiene como corolario que se genere un ambiente inhibitorio a la libertad de expresión. Como mencionamos en el punto sobre el “derecho al olvido”, ante el temor de ser castigados, los intermediarios tienden a la sobre-moderación y remoción de contenidos, de manera que se invierte la lógica con la que el entorno digital funciona en favor de la libertad de expresión y se impone un sistema inconstitucional de control privado que deja por fuera las garantías judiciales mínimas para mantener tanto la libertad de expresión como a Internet como un sistema libre y abierto.

En México, la Suprema Corte tuvo la oportunidad de revisar un caso emblemático relacionado con las restricciones a la libertad de expresión en Internet por derechos de autor. En el año 2020, el Congreso de la Nación aprobó una serie de reformas a la Ley Federal de Derechos de Autor y al Código Penal Federal (resultado de la implementación del TMEC, el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá) que establecían un mecanismo de notificación y retirada de contenidos que supuestamente afectarían derechos de autor, con las que se crearon obligaciones sobre plataformas de Internet para retirar contenidos denunciados por los sujetos supuestamente afectados (o sus representantes), sin la necesidad de aportar pruebas y sin la exigencia de contar con una autorización judicial que ordenara la remoción. Las reformas dieron la facultad a cualquier particular de censurar expresiones en Internet sin tener que llevar ningún proceso legal al establecer un mecanismo extrajudicial en el que los proveedores de servicios de Internet debían remover contenidos cada que se alegara una violación a derechos de autor.

Frente a esas reformas, la Comisión Nacional de Derechos Humanos y una minoría del Senado de la República presentaron dos acciones de inconstitucionalidad (217/2020 y 249/2020, acumulada). En contra de todos los estándares existentes sobre libertad de expresión, la mayoría de 6 votos contra 5 validó el mecanismo de notificación y retirada sin exigir la existencia de una orden judicial y habilitando que se exigiera a los proveedores de servicios de Internet retirar cualquier contenido o publicación acusada de violar derechos de autor (sin exigir pruebas al respecto). Para la Corte fue suficiente decir que un “contra-aviso” contemplado en la ley era suficiente para restaurar los contenidos removidos, aún cuando éste no implicaba su restauración automática, sino que establecía un procedimiento que debía durar al menos 15 días y que luego podía extenderse indefinidamente si la persona afectada demandaba ante otra instancia (sin dimensionar la afectación al derecho hecho por el bloqueo aún si éste era revertido).

La Corte no realizó el test tripartito de manera adecuada y validó un tipo de limitaciones en extremo gravosas al derecho a la libertad de expresión sin tomar en cuenta otras alternativas menos costosas para este derecho, tales como la atribución de responsabilidades por la emisión de una orden judicial tras realizar el examen riguroso y complejo sobre este tipo de afectaciones, o bien, otro tipo de mecanismos como el de notificación y notificación (utilizado en Canadá), por el cual se permite generar un sistema de comunicación entre el usuario que supuestamente es afectado y el usuario que difundió o utilizó la información impugnada, en tanto que se generan los elementos para que el primero pueda decidir si lleva a cabo una demanda y, posteriormente, se resuelve por medio de la decisión judicial en concreto.

La legislación impugnada consideraba como “conocimiento cierto” al “aviso” por parte del titular de los derechos de autor, por alguna persona autorizada para actuar en su representación o por una autoridad competente, con criterios vagos y referentes a una “probable” conducta infractora a los derechos de autor. De esta manera, la ley tenía la consecuencia de volver al intermediario un sujeto infractor de derechos de actor, o directamente establecía una sanción económica para los intermediarios en caso de no remover, retirar, eliminar o inhabilitar el acceso al contenido referido por el aviso “de forma expedita” (una multa de mil a veinte mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización).

Con esta decisión, la Corte habilitó un mecanismo que permite tomar el tipo de decisiones más costosas para la libertad de expresión sin ningún control real para hacerlo, poniendo a disposición de la voluntad de las personas usuarias de distintas plataformas (y de las autoridades también) una herramienta que permite la remoción, bloqueo y afectación de distintos tipos en contra de contenidos legítimos protegidos por el derecho a la libertad de expresión. Al hacerlo, condiciona el principio de no responsabilidad de intermediarios en Internet para los casos relacionados con los derechos de autor, al permitir una medida extrajudicial de control de información que pone a los prestadores de servicios de Internet como responsables y censores privados de contenidos cada que una persona usuaria realice una petición de baja de contenidos.

BIBLIOGRAFÍA

Capítulo I

CIDH. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre de 2000, en el 108 período ordinario.

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. Informe Anual 2013. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV (Libertad de Expresión e Internet). OEA/Ser.L/V/II.149. Doc. 50. 31 de diciembre de 2013.

CIDH. Libertad de expresión e Internet, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Serv.L/V/II, 31 de diciembre de 2013.

Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet. ONU. Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Promoción y Protección del derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos para la Libertad de Expresión, y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. 1 de junio de 2011.

Fiss, Owen. *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, 1998.

Lichtenberg, Judith, *Democracy and the Mass Media: A Collection of Essays*, Cambridge Studies in Philosophy and Public Policy, Cambridge: Cambridge University Press.

Mari J. Matsuda, Charles R. Lawrence III, Richard Delgado, and Kimberle Williams Crenshaw, *Words That Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the First Amendment* (Boulder: Westview Press, 1993).

Meiklejohn, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People* (New York: Harper, 1960).

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

ONU Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la violencia, la discriminación o la hostilidad, 2012.

Salazar Ugarte, Pedro & Gutiérrez Rivas, Rodrigo. *El derecho a la libertad de expresión frente al derecho a la no discriminación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas–UNAM, 2008.

Waldron, Jeremy. “A right to do wrong”, & “Mill and the value of moral distress”, in *Liberal Rights*, Cambridge University Press, 1993.

Decisiones judiciales

Corte IDH. Serie C No. 135. Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005.

Corte IDH. Serie C No. 73. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo y Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001

Corte IDH. Serie C No. 107. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004.

Corte IDH. Serie C No 111. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004

Corte IDH. Serie C No. 74. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001.

Corte IDH. Serie C No. 177. Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008.

Corte IDH. Serie C No. 193. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009.

Corte IDH. Serie A No. 5. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985

Capítulo II

Tully, Stephen, “A Human Right to Access the Internet? Problems and Prospects”, *Human Rights Law Review*, Oxford Journals, Vol. 14, 2014.

McDiarmid, Andrew & Shears, Matthew, “The Importance of Internet Neutrality to Protecting Human Rights Online”, en *Net Neutrality Compendium. Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet*, Switzerland, Springer, 2016.

ONU. Consejo de Derechos Humanos. “Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet” Resolución A/HRC/32/13, Junio 2016.

Belli, Luca, & De Filippi, Primavera, *Net Neutrality Compendium. Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet*, Switzerland, Springer, 2016.

Bertoni, Eduardo (Comp.) *Hacia una Internet libre de censura: Propuestas para América Latina*. Buenos Aires, Universidad de Palermo – Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, 2012.

Rabinovich, Eleonora. *Challenges Facing Freedom of Expression: Intermediary Liability in Argentine Case-Law*. Asociación por los Derechos Civiles. Paper for the Meeting on Digital Rights Advocacy, Budapest, March 29–31, 2012.

Grimani, Atilio y Rabinovich, Eleonora. “Debates sobre la responsabilidad de los intermediarios en Argentina”, *Digital Rights. Latin America & The Caribbean*, junio 12, 2013.

F. Fear. “Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect”. *Faculty Publications*. Paper 879, 1978.

Capítulo III

ARTICLE19. “Amenazas contra medio PÁGINA 66 para eliminar información sobre corrupción en Internet”, 26 de octubre de 2018, <https://articulo19.org/amenazas-contramedio-pagina-66-para-eliminar-informacion-sobre-corrupcion-en-internet/>.

ARTICLE19. “Uso arbitrario de derecho de autor en Facebook remueve publicaciones y bloquea páginas de medios en San Luis Potosí”, 17 de abril de 2021, <https://articulo19.org/uso-arbitrario-de-derecho-de-autor-en-facebook-remueve-publicaciones-y-bloquea-paginas-de-medios-en-san-luis-potosi/>.

Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye. A/HRC/38/35. 6 de abril de 2018.

Censuraelectoral.mx. “Censura Electoral: la remoción de contenidos en redes sociales y las elecciones en México”, informe preliminar. Disponible en: www.censuraelectoral.mx y <https://censuraelectoral.mx/wp-content/uploads/2024/08/Electoral-Over-removals-kick-off-report.pdf>.

CIDH. Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.17/17. 15 de marzo de 2017.

Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión. Relatorías de la ONU y la OEA, 20 de enero de 2012. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=888&ID=2>.

EFF. *YouTube’s Content ID (C)ensorship Problem Illustrated*. 10 de marzo de 2010. Disponible en: <https://www.eff.org/deeplinks/2010/03/youtubes-content-id-c-ensorship-problem>.

EFF. *Copyright and Crisis: Filters Are Not the Answer*. 21 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.eff.org/deeplinks/2020/04/copyright-and-crisis-filters-are-not-answer>.

Evan Engstrom and Nick Feamster. *The limits of filtering: A look at the functionality and shortcomings of content detection tools*. Marzo de 2017. Disponible en: <https://static1.squarespace.com/static/571681753c44d835a440c8b5/t/58d058712994ca536bbfa47a/1490049138881/FilteringPaperWebsite.pdf>.

ONU. Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed. A/HRC/28/57. 24 de diciembre de 2014. Párr. 51.

The Wall Street Journal. *Google Hides News, Tricked by Fake Claims*. 15 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/google-dmca-copyright-claims-takedown-online-reputation-11589557001>.

Decisiones judiciales

SCJN. Tesis Aislada, P./J. 25/2007, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Mayo de 2007, p. 1520, de rubro: “**LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIMENSIONES DE SU CONTENIDO**”.

SCJN. Tesis Aislada, 1a. LIX/2007, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Febrero de 2007, p. 632, de rubro: “**CENSURA PREVIA. SU PROHIBICIÓN COMO REGLA ESPECÍFICA EN MATERIA DE LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN**”.

SCJN. Tesis de Jurisprudencia, 1a./J. 32/2013 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1, abril de 2013, página 540, de rubro: “**LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO AL HONOR. EXPRESIONES QUE SE ENCUENTRAN PROTEGIDAS CONSTITUCIONALMENTE**”.

SCJN. 1ª Sala. Amparo Directo 25/2010. Sentencia de 28 de marzo de 2012;

SCJN. 1ª Sala. Amparo Directo 26/2010. Sentencia de 28 de marzo de 2012.

SCJN. 1ª Sala. Amparo Directo 28/2010. Sentencia de 23 de noviembre de 2011.

SCJN. 1ª Sala. Amparo Directo 8/2012. Sentencia de 4 de julio de 2012.

SCJN. Amparo Directo en Revisión 3123/2013, 07 de febrero de 2014.

SCJN, Acción de Inconstitucionalidad 29/2011 con la que se invalidó el artículo 373 del Código Penal del Estado de Veracruz, 20 de junio de 2013.

SCJN. Tesis Aislada. Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Mayo de 2007, Página: 1522 **“LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LOS ARTÍCULOS 6o. Y 7o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECEN DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO”**.

SCJN. Amparo en revisión 2676/2003, 5 de octubre de 2005. El caso del poema de Sergio Witz Rodríguez “Invitación (la patria entre la mierda)”.

SCJN. Tesis Aislada, 2a. CIII/2017 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 43, Junio de 2017, Tomo II, página 1438, de rubro: **“LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OPINIÓN A TRAVÉS DE LA RED ELECTRÓNICA (INTERNET). EL OPERADOR JURÍDICO DEBE DISTINGUIR ENTRE LOS TIPOS DE MANIFESTACIONES QUE DAN LUGAR A RESTRINGIR SU EJERCICIO”**.

SCJN. Amparos directos: 28/2010, 25/2010, 26/2010, 8/2012, 16/2012. Jurisprudencia 1a./J. 32/2013 (10a.), aprobada por la Primera Sala, de rubro: **“LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO AL HONOR. EXPRESIONES QUE SE ENCUENTRAN PROTEGIDAS CONSTITUCIONALMENTE”**.

SCJN. Amparo en revisión 1005/2018. Tesis Aislada: 2a. XXXVIII/2019 (10a.), de rubro: **“LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN EN REDES SOCIALES. NO PROTEGEN EL COMPORTAMIENTO ABUSIVO DE LOS USUARIOS”**.

SCJN. Amparo en revisión 1/2017. Tesis Aislada 2a. CIV/2017 (10a.), de rubro: **“BLOQUEO DE UNA PÁGINA ELECTRÓNICA (INTERNET). DICHA MEDIDA ÚNICAMENTE ESTÁ AUTORIZADA EN CASOS EXCEPCIONALES”**.

SCJN. Amparo en revisión 1/2017. Tesis Aislada: 2a. CV/2017 (10a.), de rubro: **“LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OPINIÓN EJERCIDAS A TRAVÉS DE LA RED ELECTRÓNICA (INTERNET). RESTRICCIONES PERMISIBLES”**.

SCJN. Amparo directo 801/2019. Tesis Aislada: I.4o.C.90 C (10a.), de rubro: **“LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA CONDENA EN DINERO POR EXCESO EN SU EJERCICIO DEBE SER EXCEPCIONAL, POR EL RIESGO DE QUE GENERE INDIRECTAMENTE UNA RESTRICCIÓN A ESE DERECHO FUNDAMENTAL”**.

SCJN. Amparo directo en revisión 6467/2018. Tesis Aislada: 1a. LIV/2020 (10a.), de rubro: **“LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. EL ESTÁNDAR DE REAL MALICIA RESULTA APLICABLE CUANDO LA INFORMACIÓN DIVULGADA SE RELACIONA CON CUESTIONES DE INTERÉS PÚBLICO, AUN CUANDO EL SUJETO QUE SE DICE AFECTADO NO SEA UNA FIGURA PÚBLICA”**.

SCJN. Tesis de jurisprudencia 80/2019. Primera Sala. De aquí derivó la Tesis de Jurisprudencia: 1a./J. 80/2019 (10a.), de rubro: **“LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA REQUIERE NO SÓLO QUE LA INFORMACIÓN DIFUNDIDA HAYA SIDO FALSA, SINO QUE SE HAYA DIFUNDIDO A SABIENDAS DE SU FALSEDAD O CON LA INTENCIÓN DE DAÑAR (INTERPRETACIÓN DE ESTE ÚLTIMO ESTÁNDAR)”**.

SCJN. Amparo directo en revisión 172/2019. Aprobado por unanimidad en la Primera Sala. De aquí derivó la Tesis Aislada: 1a./LXXVI/2019 (10a.), de rubro: **“REAL MALICIA. SU PROPÓSITO”**.

SCJN. Amparo en revisión 202/2013. Tesis Aislada: 1a. CCLXII/2013 (10a.), de rubro: **“INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS”**.

SCJN. Amparo en revisión 237/2014. Tesis Aislada: 1a. CCLXIII/2016 (10a.), de rubro: **“TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL”**.

SCJN. Amparo en revisión 237/2014. Aprobado por mayoría de cuatro votos en la Primera Sala. De aquí derivó la Tesis Aislada: 1a. CCLXII/2016 (10a.), de rubro: **“CUARTA ETAPA DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD. EXAMEN DE LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO DE LA MEDIDA LEGISLATIVA”**.

SCJN. Amparo directo 850/2018. Tesis Aislada: I.4o.C.71 C (10a.) de rubro: **“DAÑO MORAL. RESPONSABILIDAD DE EMPRESAS EDITORIALES, POR AFECTACIÓN A LA VIDA PRIVADA, AL HONOR Y A LA PROPIA IMAGEN”**.

SCJN. Amparo directo 8/2012. Tesis Aislada: 1a. CLXXII/2012 (10a) de rubro: **“DAÑO MORAL. SUPUESTO EN EL QUE PUEDEN SER RESPONSABLES LAS PERSONAS QUE SE DEDICAN A LA EDICIÓN, VENTA, DIFUSIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE MEDIOS IMPRESOS”**.

SCJN. Tesis Aislada, 2a. CII/2017 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 43, Junio de 2017, Tomo 2, página 1433, de rubro: **“FLUJO DE INFORMACIÓN EN RED ELECTRÓNICA (INTERNET). PRINCIPIO DE RESTRICCIÓN MÍNIMA POSIBLE”**.

SCJN. Tesis Aislada, 1a. II/2023 (11a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Undécima Época, Libro 22, Febrero de 2023, Tomo II, página 2379, de rubro: **“DERECHO AL OLVIDO. EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1392 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA CIUDAD DE MÉXICO QUE ESTABLECE ESTE DERECHO ES INCOMPATIBLE CON LAS NORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN”**.

Amparo directo en revisión 1956/2020. Tesis de Jurisprudencia: 1a../J. 24/2022 (11a.) con rubro: **“NO DISCRIMINACIÓN. LAS EMPRESAS PROPIETARIAS DE PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS INTERMEDIARIAS DE EMPLEABILIDAD NO SON RESPONSABLES POR LOS ACTOS DE DISCRIMINACIÓN COMETIDOS POR LOS USUARIOS EN ÉSTAS, CUANDO ACTÚEN COMO MEDIOS O VEHÍCULOS NEUTROS”**.

Amparo directo en revisión 1956/2020. Tesis de Jurisprudencia: 1a../J. 23/2022 (11a.) con rubro: **“DERECHO A LA IGUALDAD. LAS POLÍTICAS DE NO DISCRIMINACIÓN REFUERZAN LA NEUTRALIDAD DE LAS EMPRESAS PROPIETARIAS DE PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS INTERMEDIARIAS DE EMPLEABILIDAD”**.

SCJN. Tesis Aislada, I.100.A.5 CS (10a.), publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 70, Septiembre de 2019, Tomo III, p. 2199, de rubro: **“PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. CONSTITUYE UN DERECHO VINCULADO CON LA SALVAGUARDA DE OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES INHERENTES AL SER HUMANO”**.

SCJN. Amparo en revisión 1/2017. Tesis Aislada: 2a. CIX/2017 (10a.), de rubro: **“LIBERTAD DE EXPRESIÓN EJERCIDA A TRAVÉS DE LA RED ELECTRÓNICA (INTERNET). LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR NO JUSTIFICA, EN SÍ Y POR SÍ MISMA, EL BLOQUEO DE UNA PÁGINA WEB”**.

Amparo en Revisión 767/2023. Segunda Sala. Aprobado por unanimidad de votos. Tesis Aislada: **“GESTOR DE MOTOR DE BÚSQUEDA. NO DEBE CONSIDERARSE COMO RESPONSABLE DEL TRATAMIENTO DE DATOS PARA EFECTOS DE LA LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN POSESIÓN DE LOS PARTICULARES”**

GUÍA PARA INTERPRETAR RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET

Por: Vladimir Chorny. Ciudad de México. México, Abril 2025.

Diseño: Andrés Timm.



R3D

Red en Defensa
de los Derechos Digitales



**Unión
Europea**

Este documento fue realizado con ayuda financiera de la Unión Europea. Su contenido es responsabilidad exclusiva de R3D y de ningún modo debe considerarse que refleja la posición de la Unión Europea.

Ninguna democracia puede escapar a Internet. Desde la economía, pasando por la política y llegando a las interacciones cotidianas de las personas, la vida está mediada por la tecnología, en particular por Internet. No sólo la forma en que las personas se relacionan entre sí, sino también con las instituciones, pasa muchas veces por tecnologías que afectan la forma de ejercer los derechos fundamentales y la ciudadanía, como sucede con la libertad de expresión en Internet, que se presenta como un derecho clave para la vida democrática y para el ejercicio de otros derechos relacionados.

Sin embargo, la libertad de expresión en Internet tiene particularidades técnicas y normativas a veces incomprendidas por los operadores jurídicos encargados de regularla, resultando en medidas paradójicamente restrictivas de su potencial democratizador. Este trabajo ofrece una guía de comprensión de esa complejidad a partir de una concepción democrática que busca potenciar tanto a este derecho como a Internet; se trata de una caja de herramientas conceptuales y técnicas para resolver dilemas regulativos y prácticos a la luz de los mejores estándares, prácticas y argumentos para optar por esta forma de entender el ejercicio de la libertad de expresión en Internet.



R3D

Red en Defensa
de los Derechos Digitales



**Unión
Europea**