

Proyecto Octopus

Documento de debate: La libertad de expresión en el contexto de las medidas en materia de ciberdelincuencia - Consideraciones prácticas

Estrasburgo, 10 de diciembre de 2023 / versión provisional

www.coe.int/cybercrime

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

ÍNDICE

1	Propósito.....	3
2	Introducción: La libertad de expresión como derecho fundamental	3
3	La libertad de expresión en los marcos de los derechos humanos	4
3.1	El sistema de las Naciones Unidas	4
3.2	Sistema africano de derechos humanos.....	6
3.3	Sistema europeo de derechos humanos	7
3.4	Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	8
3.5	Liga de Estados Árabes	9
3.6	La Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN)	10
4	Libertad de expresión en el contexto de las medidas en materia de ciberdelincuencia, pruebas electrónicas y desorden informativo	11
4.1	Delitos de derecho sustantivo	11
4.2	Poderes procesales y salvaguardias	11
4.3	Desorden informativo.....	12
5	Desafíos y soluciones en materia de ciberdelincuencia y libertad de expresión en la legislación y la práctica nacionales	14
5.1	Contrarrestar la desinformación	14
5.1.1	Problemas	14
5.1.2	Soluciones	15
5.2	Claridad de la ley	15
5.2.1	Problemas	15
5.2.2	Soluciones	16
5.3	Necesidad, proporcionalidad, necesidad social acuciante	16
5.3.1	Problemas	17
5.3.2	Soluciones	17
5.4	Uso de los poderes procesales.....	18
5.4.1	Problemas	18
5.4.2	Soluciones	18
5.5	Penalización excesiva/proporcionalidad	18
5.5.1	Problemas	18
5.5.2	Soluciones	19
6	Consideraciones	19
6.1	Consideraciones para los legisladores	19
6.2	Consideraciones para los responsables de la formulación de políticas	19
6.3	Consideraciones para los profesionales de la justicia penal	20

Contacto

División de Ciberdelincuencia del Consejo de Europa
Correo electrónico cybercrime@coe.int

Exención de responsabilidad

El presente informe técnico no refleja necesariamente las posiciones oficiales del Consejo de Europa, los donantes del Proyecto Octopus o las Partes en los tratados a los que se hace referencia.

1 Propósito

En los últimos años, la mayoría de los países del mundo han emprendido reformas legislativas en materia de ciberdelincuencia y pruebas electrónicas. En varios países, la legislación sobre ciberdelincuencia incluye disposiciones que establecen como delito la "difusión de información falsa", "mensajes ofensivos", "causar molestias", "propagar rumores" y otras conductas. En algunos casos, estas disposiciones parecen vagas y excesivamente amplias, y plantean dudas sobre si estas restricciones a la libertad de expresión son coherentes con los derechos humanos y los requisitos del Estado de derecho.

Por lo tanto, el presente documento tiene por objeto apoyar a los responsables de la formulación de políticas, los legisladores y los profesionales de la justicia penal cuando elaboren y apliquen políticas y leyes en materia de ciberdelincuencia de manera que sean coherentes con el derecho a la libertad de expresión.

2 Introducción: La libertad de expresión como derecho fundamental

El derecho a la libertad de expresión es un derecho humano fundamental consagrado en varios instrumentos jurídicos internacionales y regionales de derechos humanos, entre los que destacan el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹

El derecho a la libertad de expresión es fundamental en muchos sentidos como elemento que facilita el disfrute de otros derechos y libertades, pero también como piedra angular de la democracia y el Estado de derecho.² Sin embargo, la libertad de expresión no es un derecho absoluto, y puede estar sujeta a determinadas restricciones previstas por la ley y que son necesarias para proteger los derechos y la reputación de los demás, la seguridad nacional, el orden público y la salud y la moral públicas.³

La protección de la libertad de expresión en el contexto de la lucha contra la ciberdelincuencia es una cuestión de justicia penal, por lo que muchos principios y normas aplicables a la protección de la libertad de expresión y de opinión en las causas penales tradicionales también se aplicarían a las expresiones en línea. Sin embargo, debido a la existencia de preocupaciones relacionadas con el potencial y el alcance de la tecnología de la información y su impacto en la sociedad — preocupaciones tanto normativas como prácticas— es necesario que se examinen más detenidamente las restricciones de la libertad de expresión en función de las necesidades de las autoridades de justicia penal con el fin de prevenir y combatir la ciberdelincuencia.⁴

¹ La lista definitiva de estas normas e instrumentos se puede consultar en <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-freedom-of-opinion-and-expression/international-standards>.

² Para un debate más profundo sobre el contexto del derecho a la libertad de expresión con otros derechos y libertades, consulte la Observación General N° 34 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 19: Libertades de opinión y de expresión, que se encuentra aquí: <https://www.refworld.org/es/leg/general/hrc/2011/es/83764>

³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 19, párrafo 3, entre otras muchas disposiciones similares de otros instrumentos de derechos humanos.

⁴ Algunas de estas preocupaciones y debates se pueden encontrar en HAKMEH, J.: Cybercrime Legislation in the GCC Countries Fit for Purpose? *Chatham House. The Royal Institute of International Affairs*, 2018.

3 La libertad de expresión en los marcos de los derechos humanos

3.1 El sistema de las Naciones Unidas

El marco global de derechos humanos elaborado bajo los auspicios de las Naciones Unidas, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR), proporciona algunas de las referencias más tempranas y reconocidas en relación con la libertad de expresión y opinión. Los artículos 19 tanto de la DUDH como del ICCPR establecen un conjunto de principios que se siguen y se reflejan en muchos otros sistemas regionales y nacionales, ya sea mediante la aplicación de legislación o el apoyo a la jurisprudencia.

El artículo 19 del ICCPR constituye, en muchos sentidos, una referencia y una norma mundial para la libertad de expresión entendida como derecho fundamental.⁵ En un conjunto de normas relacionadas, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD) aborda la cuestión del discurso de odio (también en línea).⁶ En cuanto a las normas de las Naciones Unidas sobre libertad de expresión aplicables al entorno en línea, la resolución 20/8 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU⁷ sobre la promoción, la protección y el disfrute de los derechos humanos en Internet afirma la aplicabilidad del dominio en línea.⁸

Con mayor relevancia para los asuntos relacionados con la libertad de expresión y la regulación relativa a la lucha contra la ciberdelincuencia, el Relator Especial de la ONU sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión presentó un informe a la Asamblea General de la ONU en 2011,⁹ en el que se detallan las excepciones y limitaciones admisibles e inadmisibles al derecho garantizado por el artículo 19 del ICCPR,¹⁰ aunque con estas cuatro categorías

⁵ Observación General Nº 34 del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 19: Libertades de opinión y de expresión, sección 22. El párrafo 1 del artículo 19 estipula la protección del derecho a mantener opiniones sin injerencias, lo que constituye un derecho respecto del cual el Pacto no permite excepciones ni restricciones. El párrafo 2) exige a los Estados partes que garanticen el derecho a la libertad de expresión, incluido el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin limitación de fronteras; sin embargo, a diferencia del párrafo 1), el disfrute de este derecho puede restringirse, de conformidad con las condiciones específicas establecidas en el párrafo 3), y sólo bajo estas condiciones pueden imponerse restricciones: las restricciones deben estar "fijadas por ley"; sólo pueden imponerse para uno de los propósitos indicados en los apartados a) y b) del párrafo 3; y deben cumplir pruebas estrictas de necesidad y proporcionalidad.

⁶ El artículo 4 de la ICERD exige la prohibición de "toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico". Recuperado en <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-convention-elimination-all-forms-racial>.

⁷ Se puede consultar en: <https://digitallibrary.un.org/record/731540?ln=en>.

⁸ El artículo 1 de la Resolución 20/8 reafirma que "los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet, en particular la libertad de expresión, que es aplicable sin consideración de fronteras y por cualquier procedimiento que se elija, de conformidad con el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas A/66/290, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, 10 de agosto de 2011, disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/710170?ln=en>

¹⁰ *Ibid*, sección 18 del informe. En este contexto, el Relator Especial consideró que es necesario hacer una clara distinción entre tres tipos de expresión: la expresión que constituye un delito según el derecho internacional y puede dar lugar a un enjuiciamiento penal; la expresión que no es punible como delito, pero puede justificar una restricción y una demanda civil; y la expresión que no da lugar a sanciones penales o civiles, pero aun así plantea problemas en términos de tolerancia, urbanidad y respeto por los demás.

expresamente establecidas,¹¹ la prueba de las tres condiciones de legalidad, proporcionalidad y necesidad debe aplicarse y respetarse en todo momento.¹² Además, no se debe restringir ningún otro tipo de contenido y expresión, y en el informe se citan directamente algunos ejemplos como expresamente inadmisibles.¹³

Algunos ejemplos de jurisprudencia son:

- En Kouider Kerrouche contra Argelia,¹⁴ el Comité de Derechos Humanos determinó que el artículo 19 3) del ICCPR permite imponer restricciones a la libertad de expresión, pero sólo las previstas por la ley y que sean necesarias para el respeto de los derechos o la reputación de los demás. Como no se pudo facilitar ninguna explicación que demostrara que el proceso penal y la condena del autor por difamación eran necesarios para proteger la integridad del poder judicial, se constató que se había producido una violación del artículo 19 2) del Pacto.¹⁵
- En Svetlana Mikhalchenko contra Bielorrusia,¹⁶ al constatar una violación del artículo 19 en este caso concreto, el Comité consideró que las autoridades nacionales no explicaron por qué era necesario restringir la libertad de la autora de buscar, recibir y difundir informaciones para garantizar el respeto de los derechos o la reputación de los demás, o para la protección de la seguridad nacional o del orden público, o de la salud o la moral públicas.¹⁷
- El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas también ha examinado las cuestiones de libertad de expresión en la Opinión núm. 57/2017 relativa a Stella Nyanzi (Uganda) en 2017.¹⁸ Al constatar múltiples

¹¹ *Ibid*, págs. 8 a 13 del informe. En relación con la expresión que puede ser perseguida penalmente, se describen cuatro categorías de expresión que constituirían restricciones admisibles al derecho a la libertad de expresión: pornografía infantil/material que muestre abusos sexuales de niños; instigación directa y pública a cometer genocidio; apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia; e incitación al terrorismo.

¹² *Ibid*, sección 37.

¹³ *Ibid*, sección 42. Entre ellos se incluyen la discusión de las políticas del gobierno y el debate político, la información sobre los derechos humanos, las actividades del gobierno y la corrupción en el gobierno, la participación en campañas electorales, manifestaciones pacíficas o actividades políticas, en pro de la paz o la democracia, en particular, y la expresión de las opiniones o discrepancias, ideas religiosas o creencias, entre otros, por miembros de minorías o de grupos vulnerables. También se hace referencia a estos tipos concretos de contenido en la resolución 12/16 sobre libertad de opinión y de expresión adoptada por el Consejo de Derechos Humanos el 12 de octubre de 2009 (sección 5.p), disponible en: <https://digitallibrary.un.org/record/668494?ln=en>

¹⁴ CCPR/C/118/D/2128/2012, Dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2128/2012 en su 118º período de sesiones (17 de octubre a 4 de noviembre de 2016), consultado en: <https://www.refworld.org/cases,HRC,591ea4824.html>.

¹⁵ Secciones 8.8 y 8.9 del dictamen del CDH. El caso se refería a una reclamación del autor de que su procesamiento por insultar a un funcionario público constituía una violación de su derecho a la libertad de expresión en virtud del artículo 19 del ICCPR.

¹⁶ CCPR/C/114/D/1982/2010, Dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos a tenor del artículo 5, párrafo 4 del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 1982/2010 en su 114º período de sesiones (29 de junio a 24 de julio de 2015), consultado en: <https://www.refworld.org/cases,HRC,59316e0d4.html>. La cuestión ante el Comité era si la detención de la autora por haber distribuido panfletos y la confiscación de los panfletos en su posesión constituyen una restricción injustificada de sus derechos protegidos por el artículo 19 del ICCPR.

¹⁷ Sección 8.5 del Dictamen del Comité de Derechos Humanos.

¹⁸ A/HRC/WGAD/2017/57, Opiniones aprobadas por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria en su 79º período de sesiones, 21 a 25 de agosto de 2017, Opinión núm. 57/2017, disponible en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/q17/316/71/pdf/q1731671.pdf?token=3V8dpMnP850KrXaBS4&fe=true>. El autor fue objeto de una investigación penal en virtud de la Ley del Uso Indebido de Equipo Informático

violaciones del artículo 19 del ICCPR en relación con el enjuiciamiento y la privación de libertad por publicaciones en las redes sociales, el Grupo de Trabajo no consideró que la investigación y la detención fueran "necesarias o proporcionales para los fines establecidos en el artículo 19 3) del Pacto".¹⁹

3.2 Sistema africano de derechos humanos

El artículo 9 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos²⁰ aborda la libertad de expresión en el contexto regional de África. Cabe destacar que la Carta no prevé una lista expresa de restricciones al derecho a la libertad de expresión, sino que establece una serie de limitaciones de carácter general aplicables en contextos específicos.²¹

Dada la amplia naturaleza de las limitaciones en cuestión, tal vez no resulte sorprendente que en África se hayan elaborado orientaciones más detalladas sobre la libertad de expresión. La Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información en África,²² adoptada por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en 2019, enumera una serie de principios que son importantes en el contexto de la legislación y la práctica de las investigaciones sobre ciberdelincuencia.²³

Además, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos también pidió a los Estados partes en la Carta Africana "que deroguen las leyes penales sobre difamación o insultos que impiden la libertad de expresión", y que "se abstengan de imponer restricciones generales que violen el derecho a la libertad de expresión".

Algunos ejemplos de jurisprudencia son:

- La sentencia de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos en el caso Lohé Issa Konaté contra la República de Burkina Faso (2019) se considera un caso histórico para la libertad de expresión en la región.²⁴ Además de considerar que la condena

de Uganda por publicaciones en las redes sociales supuestamente ofensivas hacia los dirigentes políticos del país; los cargos incluían delitos de ciberacoso y comunicaciones ofensivas con arreglo a dicha Ley.

¹⁹ *Ibid*, sección 57 del Dictamen.

²⁰ Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos ("Carta de Banjul"), Organización de la Unidad Africana (OUA), 27 de junio de 1981. Disponible en https://au.int/sites/default/files/treaties/36390-treaty-0011_-_african_charter_on_human_and_peoples_rights_e.pdf.

²¹ Según el artículo 27 2) de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, "los derechos y libertades de toda persona se ejercerán respetando los derechos de los demás, la seguridad colectiva, la moral y el interés común". Según el artículo 28, "todo individuo tiene el deber de respetar y considerar a sus semejantes sin discriminación, así como de mantener relaciones orientadas a promover, salvaguardar y reforzar el respeto mutuo y la tolerancia". Y según el artículo 29 del tratado, el individuo "no comprometerá la seguridad del Estado del que es nacional o residente" y "preservará y reforzará la solidaridad social y nacional, especialmente cuando esta última se vea amenazada".

²² El texto de la Declaración se puede consultar en: <https://achpr.au.int/sites/default/files/files/2022-08/declarationofprinciplesonfreedomofexpressionq2019.pdf>.

²³ Algunos de ellos incluyen: necesidad de protección contra las injerencias tanto fuera de línea como en línea, según el principio 5; supervisión independiente y salvaguardias efectivas contra los abusos al ya confirmado sistema de tres niveles de legalidad, proporcionalidad y necesidad (principio 9); qué constituiría un objetivo legítimo y qué se consideraría una limitación proporcionada y necesaria, incluida la necesidad sustancial, la conexión directa y el uso de las mínimas restricciones, así como el equilibrio de intereses (principio 9); mayor grado de tolerancia para los funcionarios públicos en relación con la supuesta difamación (principio 21); revisión y modificación de la responsabilidad penal y las sanciones por diversos delitos, entre ellos la difamación y la calumnia, así como el discurso de odio (principios 22 y 23).

²⁴ Se puede consultar en: <https://www.african-court.org/en/images/Cases/Judgment/Judgment%20Appl.004-2013%20Lohe%20Issa%20Konate%20v%20Burkina%20Faso%20-English.pdf>. El caso se refería a la responsabilidad penal de los medios de comunicación (delito de difamación) por la publicación de varios artículos periodísticos en los que se denunciaba la supuesta corrupción de un fiscal del Estado.

constituía una injerencia desproporcionada en los derechos garantizados del demandante a la libertad de expresión y que las personalidades públicas —como los fiscales— deben tolerar más críticas que los particulares, la Corte ordenó a Burkina Faso que modificara su legislación en materia de difamación.²⁵

- En el caso de Media Council of Tanzania contra el Fiscal General de la República Unida de Tanzania (2019),²⁶ el Tribunal de Justicia de África Oriental sostuvo por unanimidad que numerosas disposiciones de la Ley de Servicios de Comunicación de Tanzania violaban el Tratado Constitutivo de la Comunidad de África Oriental, ya que infringían el derecho a la libertad de expresión.
- En el caso de The Incorporated Trustees of Laws and Rights Awareness Initiatives contra la República Federal de Nigeria (2020),²⁷ el Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO), aunque consideró que las disposiciones en cuestión estaban suficientemente establecidas por ley y servían a un objetivo legítimo, también concluyó que "dichas disposiciones no son necesarias en una sociedad democrática y violan de forma desproporcionada el derecho a la libertad de expresión, garantizado por los artículos 9 2), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el artículo 19 del ICCPR".²⁸
- En la sentencia de seguimiento del Registered Trustees of the Socio-Economic and Accountability Project (SERAP) contra la República Federal de Nigeria (2022),²⁹ el Tribunal de la CEDEAO volvió a confirmar que "la naturaleza vaga y arbitraria de la sección 24 de la Ley de Ciberdelincuencia de 2015 no es conforme con el artículo 9 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el artículo 19 del ICCPR" y ordenó al Estado demandado que derogara la legislación.³⁰

3.3 Sistema europeo de derechos humanos

El sistema está representado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y protege los derechos humanos de las personas en los países que pertenecen al Consejo de Europa.

²⁵ Para que dicha legislación se ajuste a las normas internacionales, derogando las penas privativas de libertad por actos de difamación, y adaptar su legislación para garantizar que otras sanciones por difamación cumplen la prueba de necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con las obligaciones internacionales del país. Para más información y análisis, véase: <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/lohe-issa-konate-v-the-republic-of-burkina-faso/>. En el caso Agnes Uwimana-Nkusi contra Rwanda (2021) se confirmó un razonamiento similar del Tribunal, que consideró que se había producido una violación del artículo 9 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

²⁶ La sentencia se puede consultar en el enlace siguiente: <https://www.mediadefence.org/resource-hub/wp-content/uploads/sites/3/2021/04/Media-Council-of-Tanzania-v-Attorney-General-of-Tanzania-2019.pdf>. El Tribunal ha detallado especialmente en su deliberación si el acto jurídico impugnado en cuestión (la Ley de Servicios de Comunicación de 2016) era suficientemente claro y previsible en términos del principio de legalidad; en este caso, el acto en cuestión no se consideró lo suficientemente preciso como para superar esta prueba.

²⁷ La sentencia se puede consultar en la dirección siguiente: http://www.courtecawas.org/wp-content/uploads/2020/09/JUD_ECW_CCJ_JUD_16_20.pdf. Los demandantes alegaron que las disposiciones de la sección 24 de la Ley de Ciberdelincuencia (Prohibición, Prevención, etc.) de 2015, que penalizaban la comunicación de mensajes ofensivos o insultantes, violaban el derecho a la libertad de expresión consagrado tanto en la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos como en el ICCPR.

²⁸ *Ibid*, sección 164.

²⁹ La decisión se encuentra disponible en la dirección siguiente: <https://serap-nigeria.org/download/download-ctc-of-judgment-by-ecowas-court-of-justice-prohibiting-prosecution-for-cyberstalking/#>.

³⁰ *Ibid*, parte dispositiva de la decisión.

Un aspecto importante de algunos delitos relacionados con el contenido³¹ es que pueden suscitar preocupaciones en relación con la libertad de expresión y debe considerarse siempre que representan la libertad de expresión protegida en virtud del artículo 10 del CEDH.

Sin embargo, la protección de la libertad de expresión que ofrece el artículo 10 del CEDH no es absoluta. El artículo 10.2 permite ciertas restricciones, en particular cuando tales ideas o expresiones atentan contra los derechos de los demás. Una expresión concreta debe contribuir directamente a un perjuicio social y debe existir una "necesidad social apremiante" de restringir dicha expresión.³² Estas restricciones deben cumplir la prueba acumulativa en tres partes de legalidad, legitimidad del objetivo y proporcionalidad.

La Comisión está sujeta a la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuyas sentencias son vinculantes y su condición jurídica responde a la de normas jurídicas obligatorias. Por lo tanto, el texto del CEDH debe leerse junto con la jurisprudencia del Tribunal.

Algunos ejemplos de jurisprudencia son:

- Brzeziński contra Polonia (sentencia 47542/07, 25 de julio de 2019)³³– El TEDH advirtió contra los peligros de las "noticias falsas", pero subrayó la importancia de que se protegiera el discurso político, en particular de la oposición, durante las elecciones. El Tribunal subrayó además que incluso las declaraciones que puedan ser falsas, deben protegerse si se trata de un asunto de "indudable" interés público.
- Lingens contra Austria (sentencia 9815/82) 8 de julio de 1986³⁴ – Los límites de aceptabilidad de las críticas también son superiores para un político que para un particular. Un político se expone a un examen minucioso de cada una de sus palabras y actos por parte de los periodistas y del público en general y, en consecuencia, debe mostrar un mayor grado de tolerancia.
- Salov contra Ucrania (sentencia 65518/01, 6 de septiembre de 2005)³⁵ – El TEDH subrayó que "el artículo 10 del Convenio como tal no prohíbe la discusión o difusión de información recibida aunque se sospeche fundadamente que la información podría no ser veraz".

3.4 Sistema Interamericano de Derechos Humanos

El derecho a la libertad de expresión en el Sistema Interamericano está regulado por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Al igual que otros instrumentos, la CADH especifica las restricciones a la libertad de expresión. El derecho de expresión puede ser

³¹ Sin ahondar en el debate sobre la difamación y las noticias falsas como un tema independiente, algunos de los términos utilizados en este documento reflejan los intentos de la UNESCO de proporcionar definiciones de algunos de estos términos para distinguir entre desinformación, información errónea y malinformación ([Journalism, 'Fake News' and Disinformation: A Handbook for Journalism Education and Training](#)).

³² Véase, por ejemplo, Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), Türkiye, Urgent joint opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe on the draft amendments to the Penal Code regarding the provision on "false or misleading information" issued pursuant to article 14a of the Venice Commission's Rules of procedure, 7 de octubre de 2022, párrafos 59-61. [en lo sucesivo, Comisión de Venecia, 2022].

³³ TEDH, Brzeziński contra Polonia (sentencia 47542/07), 25 de julio de 2019 (véanse especialmente los párrafos 20, 53, 54, 56, 58 y 59).

³⁴ Véase TEDH, Lingens contra Austria (sentencia 9815/82), 8 de julio de 1986.

³⁵ TEDH, Salov contra Ucrania (sentencia 65518/01), 6 de septiembre de 2005.

ejercido por los individuos contra su Estado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se creó para interpretar las disposiciones de la CADH. Se ocupa de las violaciones de los derechos humanos notificadas por la CIDH o por un Estado Parte y se pronuncia al respecto.

Igualmente, como en el caso de otros mecanismos, los Estados deben asegurarse de que cualquier restricción a la libertad de expresión cumpla los requisitos de la prueba tripartita del derecho internacional de legalidad, legitimidad del objetivo y proporcionalidad.

La Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión fue adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2000. En ella se subraya que cuando se difunde información de interés público, y dicha información puede interferir en la reputación de un funcionario público, sólo se deberá garantizar mediante sanciones civiles.³⁶

También estipula que las leyes que penalizan las expresiones ofensivas dirigidas a funcionarios públicos, generalmente conocidas como "leyes de desacato", atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información.³⁷ Además, se afirma que, en las sociedades democráticas, las personalidades públicas deben estar más, y no menos, abiertas al escrutinio público y a la crítica, y estas leyes deben ser derogadas allí donde aún existan.³⁸

Algunos ejemplos de jurisprudencia son:

- Herrera-Ulloa contra Costa Rica (sentencia 107, 2 de julio de 2004)³⁹ - La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que la ley penal de difamación de Costa Rica violaba el artículo 13 de la CADH. La Corte Interamericana de Derechos Humanos subrayó además que al exigir a Herrera-Ulloa que probara las declaraciones citadas en sus artículos, las autoridades imponían una limitación excesiva a su libertad de expresión. Tal requisito podría restringir la actividad periodística y tener así un impacto negativo en el debate público.
- Kimel contra Argentina (sentencia 177, 2 de mayo de 2008)⁴⁰ - La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que las expresiones relativas a los actos realizados por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, gozan de un mayor grado de protección. La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció la existencia de un evidente interés público en conocer cómo un funcionario público (un juez en este caso) cumplió sus funciones e investigó una masacre perpetrada durante la dictadura militar. Además, dado que las expresiones no se referían a la vida privada del funcionario público y más bien formaban parte de juicios de valor del poder judicial, se deberían proteger en virtud de la CADH.

3.5 Liga de Estados Árabes

³⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2000, principio 10.

³⁷ *Ibid*, principio 11.

³⁸ *Ibid*, párrafo 50, 52.

³⁹ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Herrera-Ulloa contra Costa Rica, sentencia 107, 2 de julio de 2004.

⁴⁰ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, Kimel contra Argentina, sentencia 177, 2 de mayo de 2008.

La Carta Árabe de Derechos Humanos es el principal instrumento regional de derechos humanos de la Liga de Estados Árabes.⁴¹ En su artículo 32 consagra el derecho a la libertad de expresión. En su párrafo 2 se especifica en qué casos se puede restringir este derecho.

En 2014 se creó el Tribunal Árabe de Derechos Humanos mediante un Estatuto, pero no está operativo y aún no ha examinado ningún caso.

La mayoría de los Estados de esta región aún no son Partes en el ICCPR, por lo que la única disposición aplicable en virtud de los instrumentos de derechos mundiales (aunque de carácter no vinculante) sería el artículo 19 de la DUDH, que defiende el derecho a la libertad de expresión. Junto con la Carta Árabe de Derechos Humanos, proporciona los derechos mínimos de los que son titulares las personas de esta región.⁴² Sin embargo, los países de esta región han sido objeto de críticas por promulgar leyes contra la ciberdelincuencia que contienen disposiciones que establecen como delito un amplio espectro de contenidos, utilizando un lenguaje vago que podría crear riesgo de abuso y suscitar preocupación con respecto a la limitación desproporcionada de la libertad de expresión.⁴³

3.6 La Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN)

La Declaración de Derechos Humanos de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN), que contempla la libertad de expresión con restricciones más amplias⁴⁴ no es un instrumento jurídicamente vinculante.

Tampoco existe un mecanismo de seguimiento que pueda tomar decisiones vinculantes. No obstante, los Estados miembros de la ASEAN que son partes en instrumentos mundiales de derechos humanos como el ICCPR deben cumplir las obligaciones que les imponen dichos instrumentos.

Durante la pandemia de COVID-19, muchos países de la región adoptaron nuevas leyes o ampliaron sus leyes sobre noticias falsas para contrarrestar la crisis y luchar contra la difusión de desinformación. Algunas de sus disposiciones han despertado el interés de la comunidad internacional y los organismos internacionales han publicado diversas revisiones y recomendaciones al respecto. Más concretamente, en estas recomendaciones se pedían disposiciones con una formulación clara, sanciones no penales o que no se utilizaran las leyes con fines políticos contra los opositores,⁴⁵ incluidos los periodistas⁴⁶.

⁴¹ Carta Árabe de Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Liga de Estados Árabes, <https://digitallibrary.un.org/record/551368?ln=en>.

⁴² HAKMEH, J.: Cybercrime Legislation in the GCC Countries Fit for Purpose? *Chatham House. The Royal Institute of International Affairs*, 2018, pág. 17.

⁴³ *Ibid*, pág. 2.

⁴⁴ "(...) con el fin de garantizar el debido reconocimiento de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la seguridad nacional, el orden público, la salud pública, la seguridad pública, la moral pública, así como el bienestar general de los pueblos en una sociedad democrática". Asociación de Naciones de Asia Sudoriental (ASEAN), Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN, 18 de noviembre de 2012.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, Asia Centre, *Defending Freedom of Expression: Fake News Legislation in East and Southeast Asia*, 2021, pág. 63.

⁴⁶ Véase, por ejemplo, Asia Centre, *Media freedom in South East Asia: Repeal Restrictive Laws, Strengthen Quality Journalism*, 2022, pág. 41.

4 Libertad de expresión en el contexto de las medidas en materia de ciberdelincuencia, pruebas electrónicas y desorden informativo

4.1 Delitos de derecho sustantivo

El Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia sigue siendo, en el momento de redactar este informe, la principal fuente internacional de normas jurídicas en materia de ciberdelincuencia y pruebas electrónicas en causas penales. El objetivo principal del Convenio de Budapest es responder a las amenazas de la ciberdelincuencia y resolver los problemas que plantean las pruebas electrónicas en las causas penales proporcionando orientaciones y normas sobre derecho sustantivo, poderes procesales y cooperación internacional, y también se utiliza como herramienta práctica para que las autoridades de justicia penal apliquen la justicia penal en el ciberespacio.

Aunque el Convenio no es un instrumento de derechos humanos *per se*, como instrumento de justicia penal, se basa firmemente en las prescripciones del Estado de derecho y la protección de los derechos y libertades fundamentales en todos los aspectos de su aplicación. Por extensión, garantizar la protección y el respeto de la libertad de expresión y los derechos conexos entra en el ámbito del Convenio y sus normas conexas.⁴⁷

Aunque cada Estado Parte penalizará un conjunto de delitos incluidos en el texto del Convenio, en este último no figura ninguna lista exhaustiva de delitos relacionados con el contenido. El Primer Protocolo Adicional⁴⁸ relativo a la penalización de actos de naturaleza racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos (STE 189) aborda principalmente los contenidos digitales o en línea de naturaleza racista y xenófoba, por lo que exige a los Estados Partes en el Protocolo que tipifiquen dichos delitos.

Más allá de las disposiciones del Primer Protocolo Adicional, una notable excepción al enfoque neutral del Convenio de Budapest respecto a los contenidos ilícitos se puede encontrar en el artículo 9 sobre delitos relacionados con la pornografía infantil, donde, según el informe explicativo del Convenio, "el término "ilegítimo" permite que una Parte tome en cuenta los derechos fundamentales, como la libertad de pensamiento, de expresión y de la vida privada".⁴⁹

4.2 Poderes procesales y salvaguardias

⁴⁷ Convenio de Budapest sobre la Ciberdelincuencia (2001), Preámbulo del Convenio. El Preámbulo del Convenio de Budapest ya hace referencia expresa a la libertad de expresión y a la necesidad de encontrar el equilibrio adecuado entre la acción de las fuerzas del orden y la protección de los derechos fundamentales. En el preámbulo también se ahonda en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, junto con otros tratados, a modo de orientación y se reafirma "el derecho a defender la propia opinión sin interferencia, el derecho a la libertad de expresión, incluida la libertad de buscar, obtener y comunicar información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras".

⁴⁸ Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/cybercrime/first-additional-protocol>. El Protocolo establece los tipos de contenido que, para los Estados Partes en el Protocolo, están expresamente excluidos del ámbito de protección otorgado por los principios aplicables de la libertad de expresión.

⁴⁹ [Informe explicativo](#) al Convenio sobre la Ciberdelincuencia, sección 103. Cabe señalar que esta posible justificación se debe interpretar y aplicar, en cualquier circunstancia, en el contexto de la prueba tripartita de legalidad, proporcionalidad y necesidad.

Los poderes procesales⁵⁰ que se confieren a las Partes en el Convenio de Budapest son herramientas poderosas que tienen el potencial de interferir con diversos derechos y libertades de los individuos afectados. Por lo tanto, el uso indebido de los poderes procesales más allá de los motivos legítimos de las investigaciones penales podría suponer un riesgo para la libertad de expresión, especialmente cuando las medidas particularmente intrusivas, como la confiscación que se ejecuta en relación con los sistemas informáticos y los equipos de comunicaciones (principalmente de los medios de comunicación, pero también con respecto a cualquier persona física o jurídica) o el seguimiento/interceptación, se podrían utilizar también como pretexto para suprimir opiniones, discursos o expresiones legítimos.

El artículo 15 del Convenio exige a las Partes que garanticen que los poderes y procedimientos previstos en el Convenio estén sujetos a un nivel adecuado de protección de los derechos humanos y las libertades en virtud de su derecho interno. Esto incluye normas o salvaguardias mínimas derivadas de las obligaciones de una Parte en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables. Los poderes y procedimientos también deben ser razonables y "considerar los efectos sobre los derechos, responsabilidades e intereses legítimos de terceros", incluidos los proveedores de servicios, como resultado de la aplicación de las medidas, y si cabe emplear medios para mitigar dicho impacto.⁵¹

En el párrafo 3 del artículo 19 del Convenio sobre el registro y la confiscación de datos informáticos, se faculta a las autoridades competentes para confiscar u obtener de un modo similar los datos informáticos a los que se haya accedido, incluida la facultad de confiscar equipos informáticos y dispositivos de almacenamiento de datos. La interpretación oficial de la disposición se abre específicamente a la posibilidad de aplicar estos poderes más allá de los fines de reunir pruebas para "aplicarse provechosamente en situaciones donde pudiera existir peligro o perjuicio para la sociedad, como ocurre con los programas de virus o las instrucciones para crear virus o hacer bombas, o cuando los datos o sus contenidos sean ilegales, como ocurre con la pornografía infantil".⁵²

4.3 Desorden informativo

En los últimos años, la desinformación ha aumentado drásticamente en todo el mundo. Si bien Internet permite el pluralismo de opiniones, la democratización del acceso a la información y constituye una poderosa herramienta al servicio del activismo, también ha originado nuevas vulnerabilidades en el ámbito tecnológico. Los contenidos falsos tienen efectos potencialmente perjudiciales para los derechos humanos fundamentales e incluso para el funcionamiento de la

⁵⁰ Sección 2 del [Convenio sobre la Ciberdelincuencia](#). Los poderes procesales que pueden utilizar los Estados Partes incluyen la conservación rápida, la revelación rápida, las órdenes de presentación, el registro y la confiscación, el seguimiento en tiempo real y la interceptación. Aunque se podrían aplicar diferentes poderes para obtener pruebas electrónicas en el contexto de una causa penal, el artículo 15 del Convenio de Budapest establece una serie de salvaguardias y garantías que limitan su aplicación.

⁵¹ [Informe explicativo](#) al Convenio sobre la Ciberdelincuencia, sección 148. Por lo tanto, se podría argumentar además que el concepto de "derechos, responsabilidades e intereses legítimos de terceros" en virtud del párrafo 3 del artículo 15 se refiere directamente a otros derechos fundamentales, incluida la libertad de expresión. Esta interpretación también se basa en el supuesto de que la aplicación práctica de los poderes procesales, que van desde la conservación de datos hasta la interceptación de contenido, en muchos casos limita directamente la capacidad de las personas para recibir, difundir o compartir información y datos sin limitaciones.

⁵² *Ibid*, sección 198. Podría ser necesario un conjunto de condiciones y salvaguardias específicas a este respecto, que impidan la aplicación de este poder para permitir la retirada de información que podría considerarse "ilícita" o la imposibilidad de acceso a esta última en virtud de la legislación nacional, pero que de otro modo estaría protegida por la libertad de expresión; dichas salvaguardias deberían incluir, como mínimo, la prueba tripartita de legalidad, proporcionalidad y necesidad.

democracia. La desinformación puede servir para confundir o manipular a los ciudadanos, crear desconfianza en las normas internacionales, las instituciones o las estrategias acordadas democráticamente, perturbar procesos electorales o fomentar la incredulidad ante desafíos clave como el cambio climático.⁵³

En un nuevo documento,⁵⁴ el Consejo de Europa aborda la "desinformación" como información verificablemente falsa, inexacta o engañosa creada y difundida deliberadamente para causar daño o perseguir un beneficio económico o político engañando al público, mientras que la "información errónea" se referiría a información verificablemente falsa, inexacta o engañosa difundida sin intención de inducir a error, causar daño o perseguir un beneficio económico o político. La UNESCO añade también⁵⁵ la "malinformación" como información basada en la realidad, utilizada para infligir daño a una persona, grupo social, organización o país.

Los Estados han estado intentado contrarrestar la desinformación recurriendo a diferentes medidas, entre ellas la introducción de nueva legislación y la penalización de comportamientos específicos en línea. Esto, en algunos casos, se ha realizado en detrimento del derecho a la libertad de expresión.

La Comisión de Venecia, en su dictamen núm. 1102 / 2022⁵⁶ relativo a la disposición sobre "información falsa o engañosa", reconoció que el desorden informativo (información errónea, desinformación y malinformación) es, de hecho, una de las cuestiones importantes de la actualidad, ya que las plataformas de Internet en línea se han convertido en canales abiertos para el debate privado y público. El odio y otros discursos nocivos se propagan a través de ellas con la ayuda de una amplificación fabricada, y existe una necesidad global de abordar los graves problemas de las campañas de desinformación, ya que pueden tener impacto en los resultados electorales y, posteriormente, en los Gobiernos y el orden constitucional de los Estados.

Sin embargo, cuando se introducen medidas para contrarrestar la desinformación, se corren graves riesgos de interferir con la libertad de expresión, por lo que es necesario estudiar detenidamente las soluciones a este problema mundial, ya que pueden conducir a la censura y limitar los contenidos legítimos. Además, la penalización de la desinformación puede ser utilizada por los Gobiernos contra la crítica y la oposición, lo que ocasiona autocensura y reduce la libertad de expresión.⁵⁷

En la recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la lucha contra el discurso de odio⁵⁸, la penalización también se debe utilizar como último recurso

⁵³ The impact of disinformation on democratic processes and human rights in the world, Estudio del Parlamento de la UE, 2021.

⁵⁴ Comité de Expertos sobre la integridad de la información en línea (MSI-INF), en "Guidance Note on countering the spread of online mis- and disinformation through fact-checking and platform design solutions in a human rights compliant manner" (borrador adoptado y elaborado para su publicación en diciembre de 2023).

⁵⁵ Journalism, 'Fake News' and Disinformation: A Handbook for Journalism Education and Training (unesco.org).

⁵⁶ [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI\(2022\)032-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI(2022)032-e)

⁵⁷ "Las prohibiciones generales sobre la difusión de información basada en ideas vagas y ambiguas, incluidas las 'noticias falsas' o la 'información no objetiva', son incompatibles con las normas internacionales sobre restricciones a la libertad de expresión (...) y deben ser abolidas." Joint Report of the Venice Commission and of the Directorate of Information Society and Action against Crime of the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI), on Digital Technologies and Elections, CDL-AD(2019)016.

⁵⁸ [Recomendación CM/Rec\(2022\)16 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la lucha contra el discurso de odio - Libertad de expresión \(coe.int\)](#)

y sólo para las expresiones más graves de discurso de odio, claramente definidas. Los Estados miembros deben utilizar terminología y definiciones claras y precisas, y abstenerse de utilizar términos vagos⁵⁹ y generales⁶⁰ en su legislación en materia de discurso de odio.

En el informe de 2018 de la Unión Europea titulado "Tackling Online Disinformation: A European Approach"⁶¹ se subraya que la principal amenaza es la desinformación, no las 'noticias falsas' o la información errónea e, incluso contra la amenaza más grave, la respuesta debe incluir un enfoque de múltiples partes interesadas, y no simplemente la penalización de determinados comportamientos.

5 Desafíos y soluciones en materia de ciberdelincuencia y libertad de expresión en la legislación y la práctica nacionales

El objetivo de esta parte es demostrar el modo en que los principios señalados anteriormente se aplican a circunstancias específicas de la legislación y la práctica.

5.1 Contrarrestar la desinformación

Las nuevas leyes que se han adoptado o modificado en distintas regiones del mundo para luchar contra la ciberdelincuencia han sido utilizadas por los Gobiernos para introducir delitos que no se refieren a la ciberdelincuencia, sino que tratan de contrarrestar la desinformación. En algunos casos, se alega que se han utilizado indebidamente para reprimir la disidencia política y suprimir la libertad de expresión y de los medios de comunicación, con lo que se socava aún más unas estructuras e instituciones democráticas ya de por sí comprometidas. En otros casos, los tribunales interpretan las leyes de forma liberal y tachan de desinformación las conclusiones de los periodistas que cuestionan, por ejemplo, la corrupción en el sector público.

5.1.1 Problemas

- Penalización de conductas que se refieren genéricamente a la difusión de información en línea
- Uso de terminología vaga, amplia y confusa al referirse tanto a la descripción de la conducta delictiva como del valor/interés protegido; esto incluye también la interpretación por los tribunales de justicia de disposiciones que, por lo demás, se han redactado de manera general
- Penalización de la difamación, con sanciones severas y falta de consideración de sanciones civiles y/o administrativas alternativas

⁵⁹ "Información engañosa" (si procede), "información falsa para inducir a error", "difundir públicamente" (o "difundir abiertamente"), "perturbación de la paz pública", "bienestar general" (o "salud pública" o "salud general"), "de manera propicia" (o "de forma propicia"), "en el marco de las actividades de una organización". Ejemplos extraídos de: Comisión de Venecia, Urgent Joint Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe, 7 de octubre de 2022, párrafo 39.

⁶⁰ Como por ejemplo "noticias falsas" o "información no objetiva". Véase, por ejemplo, Comisión de Venecia, Joint Report of the Venice Commission and of the Directorate of Information Society and Action against Crime of the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI), on Digital Technologies and Elections, [CDL-AD\(2019\)016](#), párrafo 90.

⁶¹ Con actualizaciones a partir de 2023, en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/node/3060/printable/pdf>.

- Falta de claridad sobre los poderes procesales en relación con la investigación y el enjuiciamiento de los delitos introducidos
- Introducción de delitos que ya están regulados en otras legislaciones nacionales fuera de línea (por ejemplo, extorsión, atentado contra el orden público, etc.)
- Falta de consideración de la legislación nacional vigente, que ya protege a los ciudadanos o los intereses del Estado en juego

5.1.2 Soluciones

- Utilizar la penalización sólo como último recurso
- Definir términos claros y precisos de la conducta delictiva y del valor/interés protegido
- Considerar la despenalización de la difamación o el uso de penas no privativas de libertad proporcionales al daño social/individual
- Usar poderes procesales proporcionales a la conducta en cuestión, con las salvaguardias y garantías aplicables
- Reducir al mínimo la reglamentación cuando ya esté contemplada por la ley

5.2 Claridad de la ley

La seguridad jurídica y la calidad de la ley son cruciales para establecer limitaciones a la libertad de expresión. Se deben aplicar requisitos cualitativos de accesibilidad y previsibilidad,⁶² de modo que la ley sea previsible si se ha formulado con suficiente precisión para que el ciudadano pueda regular su conducta, es decir, prever las consecuencias de una acción determinada.⁶³ En otras palabras, la redacción de la ley tiene que ser suficientemente clara.⁶⁴

5.2.1 Problemas

- Lenguaje vago del discurso prohibido: no existen definiciones exactas de los términos previstos por la ley o no existen criterios en la ley con los que sea posible hacer la evaluación de forma objetiva y coherente. Por ejemplo, términos como "declaraciones falsas", "información falsa para inducir a error", "difundir abiertamente", "perturbación de la paz pública", "bienestar general", "de forma conducente", "en el marco de las actividades de una organización", "insultos⁶⁵ que provoquen a cualquier persona", "acoso".
- Lenguaje excesivamente amplio: aunque los términos están definidos, ofrecen una interpretación muy amplia. Algunos ejemplos son "rumores que puedan hacer perder credibilidad a una persona" o "proposiciones, sugerencias o peticiones obscenas, groseras, lascivas o indecentes".

⁶² Véanse, por ejemplo, TEDH, Delfi AS contra Estonia, [Gran Sala], 16 de junio de 2015, sentencia 64569/09, párrafo 120, y VgT Verein gegen Tierfabriken contra Suiza, 28 de junio de 2001, sentencia 24699/94, párrafo 52.

⁶³ Delfi AS, *ibidem*, párrafo 121. El derecho pertinente es previsible, cuando "el acto del demandante, en el momento en que se cometió, constituía un delito definido con suficiente precisión por el derecho interno y/o internacional para poder guiar el comportamiento del demandante y evitar la arbitrariedad" (Žaja contra Croacia, 4 de octubre de 2016, sentencia 37462/09, párrafo 93, con otras referencias).

⁶⁴ Véase un análisis detallado en la Guía de jurisprudencia del TEDH sobre la libertad de expresión (artículo 10 del CEDH). Además, si la ley sanciona penalmente una determinada conducta, la falta de especificidad podría suponer además la violación del principio de legalidad (*nullum crimen sine lege*) que otorga el artículo 7 del CEDH.

⁶⁵ El derecho internacional protege las ideas o creencias del ridículo, abuso, crítica u otros "ataques" considerados ofensivos. Véase Asamblea General de las Naciones Unidas, "Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión", párrafo 21, UN Doc. A/74/486 (9 de octubre de 2019).

- Preocupa hasta qué punto en los ordenamientos jurídicos nacionales se define claramente lo que constituye material "indecente", "repetido", que infunde "temor razonable" y cómo se debe determinar, ya que los conceptos no están definidos por la ley ni la jurisprudencia.
- Consecuencia: disposiciones muy amplias que pueden aplicarse a diversas circunstancias, tanto en línea como fuera de línea.⁶⁶
- Riesgo de establecer como delito la información periodística basada en entrevistas o declaraciones de terceros.

5.2.2 Soluciones

- Aclarar el ámbito de aplicación de las respectivas disposiciones mediante el uso de términos claramente definidos.
- Incluir en la ley criterios para evaluar la autenticidad del contenido.
- Limitar el alcance de la penalización: restringir la aplicabilidad de la disposición, exigiendo una intención específica del autor.
- Limitar las disposiciones únicamente a declaraciones de hechos y no a juicios de valor (como expresiones de una opinión). Estos últimos no pueden probarse como verdaderos o falsos.
- Si los intermediarios se pueden considerar penalmente responsables por ayudar a la difusión (proveedores de servicios de Internet, incluidas las plataformas de redes sociales) de contenido ilícito en línea y en qué circunstancias, estas cuestiones se deberán abordar directamente en la ley.⁶⁷
- No debe contemplarse el castigo de un periodista por ayudar a difundir declaraciones formuladas por otra persona, ya que ello obstaculizaría gravemente la contribución de la prensa al debate de asuntos de interés público.⁶⁸ La imposición de una pena de prisión por un delito de prensa sólo es admisible en circunstancias excepcionales, en particular cuando otros derechos fundamentales se han visto gravemente menoscabados, como, por ejemplo, en los casos de discurso de odio o incitación a la violencia.⁶⁹

5.3 Necesidad, proporcionalidad, necesidad social acuciante

El desorden informativo (información errónea, desinformación y malinformación) constituye sin duda uno de los problemas importantes, ya que en el entorno en línea la información y el odio se difunden con mayor facilidad. Existe una necesidad global de abordar estos problemas en el ciberespacio, especialmente cuando se trata de campañas de desinformación, ya que pueden

⁶⁶ Estas circunstancias pueden variar desde una declaración pública en el contexto de una conferencia hasta un "me gusta" o un "retweet" en el mundo virtual. La frontera entre las esferas pública y privada en el entorno en línea es difusa. ¿Un post en Facebook al que sólo pueden acceder los amigos de Facebook se puede considerar "difusión pública"? Véase, por ejemplo, Comisión de Venecia, Urgent Joint Opinion of the Venice Commission and the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI) of the Council of Europe, 7 de octubre de 2022, párrafo 47.

⁶⁷ Obsérvese, no obstante, que en el Informe explicativo al Primer Protocolo Adicional al Convenio de Budapest se establece que una persona no puede ser considerada responsable penalmente por ninguno de los delitos previstos en este Protocolo, si no tienen la intención requerida. Véanse los párrafos 25 y 45 del Informe explicativo al Primer Protocolo Adicional al Convenio de Budapest.

⁶⁸ Véanse, por ejemplo, TEDH, Kuliś contra Polonia, 18 de marzo de 2008, sentencia 15601/02, párrafo 38, Thoma contra Luxemburgo, 29 de marzo de 2001, sentencia 38432/97, párrafo 64, o Saygılı y Falakaoğlu contra Türkiye, 21 de octubre de 2008, sentencia 39457/03, párrafo 23.

⁶⁹ Comité de Ministros del Consejo de Europa, Recomendación CM/Rec(2016)4, sobre la protección del periodismo y la seguridad de los periodistas y otros agentes de los medios de comunicación, párrafo 6.

repercutir en los resultados electorales y en los Gobiernos y el orden constitucional de los Estados.⁷⁰

Dicho esto, cabe determinar si existe una necesidad social acuciante y si la injerencia es "proporcionada al objetivo legítimo perseguido". En principio, puede haber una necesidad social acuciante de regular determinados aspectos de la difusión de contenido ilícito en línea: por ejemplo, la difusión de desinformación puede poner en peligro intereses públicos importantes (por ejemplo, la seguridad nacional, la seguridad pública, el orden público o la salud pública), o la difusión deliberada de desinformación se considera un abuso de la libertad de expresión y del derecho a difundir información.

Es preciso examinar cómo el marco jurídico nacional regula las cuestiones controvertidas (cabe la posibilidad de que algunos aspectos de la conducta ilícita ya estén regulados en otras leyes nacionales) y si es necesaria la introducción de nuevas disposiciones penales: evaluar si existen medios y medidas menos restrictivos para perseguir los objetivos legítimos estipulados y reconocer la importancia de utilizar la medida menos restrictiva cuando se aborda una necesidad social acuciante.

Para que una medida se considere proporcionada y necesaria en una sociedad democrática, no debe existir ningún otro medio de alcanzar el mismo fin que interfiera menos gravemente en el derecho fundamental en cuestión.⁷¹

5.3.1 Problemas

- No limitación del alcance y el hecho de que las disposiciones puedan aplicarse a cualquier persona (periodistas, activistas, políticos, críticos del Gobierno, proveedores de servicios, cualquier individuo)
- El efecto disuasorio, el riesgo de autocensura y el derecho al anonimato en Internet (en particular en época electoral)
- La posibilidad de que las sanciones penales no sean proporcionadas, ya que existe el riesgo de que constituyan una forma de (auto)censura destinada a disuadir a la prensa de expresar críticas.⁷²
- Aumento de la pena máxima si el delito se comete de forma anónima.⁷³

5.3.2 Soluciones

- Utilizar otros medios menos intrusivos alternativos a la penalización. Por ejemplo, exigir a los proveedores de servicios que retiren rápidamente el contenido ilícito previa denuncia. Otras medidas que se deben tener en cuenta: sistemas de denuncia; transparencia de los algoritmos; asociaciones o iniciativas existentes de verificación de datos; establecer cómo tratar el contenido patrocinado, etc.
- Crear unidades especializadas para luchar contra la difusión de contenido ilícito en línea.

⁷⁰ Véase, por ejemplo, Comisión de Venecia, CDL-AD(2019)016, Joint Report of the Venice Commission and of the Directorate of Information Society and Action against Crime of the Directorate General of Human Rights and Rule of Law (DGI), on Digital Technologies and Elections, párrafo 99.

⁷¹ TEDH, Glor contra Suiza, 30 de abril de 2009, sentencia 13444/04, párrafo 94.

⁷² TEDH, Bédat contra Suiza, [Gran Sala], 29 de marzo de 2016, sentencia 56925/08, párrafo 79.

⁷³ El anonimato ha sido durante mucho tiempo un medio de evitar represalias o atención no deseada. Por tanto, permite promover la libre circulación de ideas e información de manera importante, en particular, en Internet, TEDH, Delfi AS contra Estonia, [Gran Sala], 16 de junio de 2015, sentencia 64569/09, párrafo 147.

- Formular refutaciones rápidas y eficaces ante afirmaciones falsas públicamente a través de diversos medios (incluidas las redes sociales).

5.4 Uso de los poderes procesales

Los poderes procesales para obtener pruebas electrónicas y acceder a estas son herramientas altamente especializadas que a menudo determinan el éxito de las investigaciones en los casos de ciberdelincuencia, pero también de otros delitos en los que las pruebas electrónicas desempeñan un papel clave.

Sin embargo, la aplicación de medidas específicas puede resultar altamente intrusiva en términos de privacidad, con lo que se generan riesgos adicionales para la libertad de expresión. Esto es aún más relevante en los casos en los que el derecho sustantivo establece excepciones vagas a la libertad de opinión y de expresión como delitos, con lo que cabe la posibilidad de que tales poderes se apliquen en el contexto de investigaciones penales. La falta de salvaguardias y garantías adecuadas multiplica aún más estos riesgos.

5.4.1 Problemas

- Penalización del intercambio de información falsa, engañosa, equívoca o inexacta, sin contexto ni claridad.
- Falta de supervisión judicial para el registro y la confiscación de sistemas y datos informáticos.
- Discrecionalidad de la policía a la hora de solicitar autorización judicial para la supervisión durante la vigilancia y el uso de herramientas forenses en las investigaciones penales.
- Práctica ya establecida de poderes procesales discrecionales utilizados contra la oposición política y la sociedad civil en el contexto de elecciones en curso.

5.4.2 Soluciones

- Promulgar legislación clara y precisa.
- Utilizar la penalización de la libertad de expresión como último recurso.
- Someter a supervisión judicial a todos los poderes procesales que sean intrusivos, como el registro, la confiscación y la interceptación/seguimiento.
- Dicha supervisión no debería ser discrecional sino obligatoria, lo que no sólo daría lugar a que las pruebas obtenidas fueran inadmisibles, sino también a la posibilidad de interponer recursos contra el abuso de los poderes procesales.
- Regular estrictamente el uso de poderes procesales intrusivos con respecto a grupos sensibles y vulnerables.

5.5 Penalización excesiva/proporcionalidad

En un conjunto específico de debates jurídicos en curso desde hace varios años, el sistema judicial respaldó el principio de proporcionalidad en relación con el delito de calumnia en línea. Este ejemplo positivo refuerza aún más la necesidad de contar con una supervisión judicial adecuada y permitir el acceso a la justicia como elementos cruciales para proteger la libertad de expresión.

5.5.1 Problemas

- La responsabilidad penal por publicaciones en Facebook que denuncien supuestamente la corrupción de funcionarios públicos puede ser una excepción admisible a la libertad de expresión.
- Las sanciones penales por calumnia/difamación en línea se establecieron más estrictas que para los delitos "tradicionales".
- En teoría, el encarcelamiento por calumnia en línea es una opción de condena obligatoria. En cuanto a la calumnia tradicional, se puede imponer una multa en lugar de la pena de prisión.

5.5.2 Soluciones

- Las discrepancias entre los delitos en línea y los tradicionales son injustificadas, especialmente cuando se aplican penas más leves en este último caso.
- Aunque sólo se utilicen sanciones pecuniarias, la cuantía debe ser proporcional al delito en cuestión.
- Las circunstancias peculiares de cada caso deben dictar el grado de la condena, y no la aplicación rígida de los umbrales obligatorios en cuestión.

6 Consideraciones

6.1 Consideraciones para los legisladores

- La **prueba de las tres condiciones de legalidad, proporcionalidad y necesidad** constituye la salvaguardia clave contra las limitaciones excesivas de la libertad de expresión. Tales restricciones deben siempre:
 - ser prescritas por la ley;
 - servir a un objetivo legítimo; y
 - constituir medios necesarios y proporcionados para alcanzar el objetivo declarado en una sociedad democrática.

Es necesaria una **supervisión independiente** (judicial o similar) para verificar la aplicación de la prueba de las tres condiciones, ya que la mayoría de la jurisprudencia en la materia se refiere al incumplimiento de una o varias partes de esta prueba.

- **Debe garantizarse una legislación y un uso de los términos claros y precisos** para evitar cualquier interpretación ambigua. Las leyes deben:
 - ser claras, precisas, accesibles y previsibles;
 - ser supervisadas por un órgano independiente de forma no arbitraria ni discriminatoria; y
 - salvaguardar eficazmente contra los abusos, incluso mediante los tribunales.

Las leyes que limitan la libertad de expresión no deben ser utilizadas por el Estado para atacar específicamente a la oposición, los periodistas y las minorías/grupos vulnerables. Toda persona cuyo derecho se vea menoscabado tendrá derecho a recurrir a los tribunales de justicia.

6.2 Consideraciones para los responsables de la formulación de políticas

- **Seguir las mejores prácticas para establecer excepciones admisibles e inadmisibles** a la libertad de expresión en línea con los principios acordados a nivel mundial. En cuanto a la penalización de conductas, considerar la norma establecida por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre excepciones *admisibles* (material de abuso infantil, incitación al genocidio, discurso discriminatorio e incitación al terrorismo) e *inadmisibles* (políticas gubernamentales/debate político; información sobre derechos humanos, actividades gubernamentales y corrupción en el Gobierno; campañas electorales, manifestaciones pacíficas o actividades políticas; expresión de opinión y disidencia, religión o creencia, incluso por parte de personas pertenecientes a minorías o grupos vulnerables) con respecto a la libertad de expresión.
- **Las personalidades públicas deberán tolerar un mayor grado de crítica.** Tanto en la ley como en la práctica, deberá exigirse a los funcionarios públicos un mayor grado de tolerancia hacia las críticas, ya sean justificadas o injustificadas, y se deberá recurrir por defecto a la justicia penal para hacer frente a dichas críticas.
- **Considerar un enfoque multilateral para combatir la desinformación.** La comunicación de información adecuada, las iniciativas de autorregulación, las asociaciones de verificación de datos, la transparencia de los algoritmos y la adopción de decisiones y, en general, la participación de la industria y la sociedad civil pueden dar resultados más eficaces que la adopción de medidas penales en todos los casos.

6.3 Consideraciones para los profesionales de la justicia penal

- **El derecho penal se debe utilizar como último recurso para abordar tanto la desinformación como la difamación, así como cualquier otro tipo de discurso y expresión que no requiera responsabilidad o sanciones penales.** Los instrumentos universales y regionales, la jurisprudencia aplicable y otros documentos jurídicos (como la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información en África) podrían proporcionar una buena orientación a este respecto. Las disposiciones penales sobre difamación y calumnia se deberían castigar, si se aplican en la práctica, con sanciones pecuniarias o similares que no impliquen la privación de libertad.
- **Los poderes procesales aplicables a las pruebas electrónicas se deben utilizar siempre con las salvaguardias y garantías pertinentes, sobre todo bajo supervisión judicial independiente.** El abuso de poder debe evitarse adoptando leyes y aplicando salvaguardias sólidas, así como ofreciendo vías de reparación en el caso de que dicho abuso se produzca. Los debates sobre la retirada y el bloqueo de contenido que constituya una infracción deben separarse expresamente de las cuestiones relativas a la legislación por la que se aplica el Convenio de Budapest.