

CIMENTOS DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET
Limitaciones desde la esfera civil y penal

THE FOUNDATIONS OF FREEDOM OF EXPRESSION ON THE INTERNET.
Limitations from the civil and criminal sphere

CIMENTOS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET.
Limitações desde a esfera civil e penal

Vicente Vásconez y Edison López***

Recibido: 30/04/2020

Aprobado: 04/06/2020

Resumen

La presente investigación, en primer lugar, pone sobre la escena el reconocimiento nacional e internacional que recibe el derecho a la libertad de expresión y más importante todavía, resalta que el fundamento de su existencia tiene un estrecho vínculo con la idea de una democracia deliberativa. Finalmente, en esta investigación se logra identificar los límites y consecuencias jurídicas que recaen sobre el ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión, tanto desde la esfera del Derecho civil, como también a la luz del Derecho penal.

Palabras clave: Democracia; Honra; Indemnización; Libertad de expresión; Poder punitivo

Summary

This work, in the first place, puts on the scene the national and international recognition of the right to freedom of expression, and more importantly, highlights that the bedrock of its existence has a close link with the idea of a deliberative democracy. Finally, in this investigation it is

possible to identify the limits and legal consequences that fall on the abusive exercise of the right to freedom of expression, both from the sphere of civil law and criminal law.

Key words: Democracy; Honor; Compensation; Freedom of expression; Punitive power

Resumo

A presente pesquisa, em primeiro lugar, põe no centro do debate o reconhecimento nacional e internacional do direito à liberdade de expressão e destaca que o fundamento de sua existência possui um estreito vínculo com a ideia de uma democracia deliberativa. Finalmente, nesta pesquisa se permite identificar os limites e consequências jurídicas que recaem sobre o exercício abusivo do direito à liberdade de expressão, tanto nas esferas do direito civil quanto na esfera penal.

Palavras chave: Democracia; Honra; Indenização; Liberdade de expressão; Poder punitivo

* Abogado por la Universidad Católica del Ecuador, sede Ibarra. Diplomado en igualdad y no discriminación por la Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho penal por la Universidad de Belgrano, Buenos Aires, Argentina. Máster (c) en Derecho con orientación en Derecho penal por la Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina. PhD (c) en Derecho por la Universidad de Palermo, Buenos Aires, Argentina. Investigador independiente. Correo electrónico: vvasconez@hotmail.es

** Abogado por la Universidad Central del Ecuador. Máster en Derecho Privado Patrimonial por la Universidad de Salamanca y la Universidad Pública de Navarra, Salamanca, España. Abogado en libre ejercicio profesional e investigador independiente. Correo electrónico: edisonisraellopez@gmail.com

INTRODUCCIÓN

En términos históricos, pese a los primeros indicios del Derecho ateniense y romano, la discusión sobre los Derechos humanos es un tema relativamente nuevo, debido a que solo fue puesto en escena de forma expresa en el año 1215, con la firma de la Carta Magna inglesa, y de ahí en adelante fue exiguamente discutido según la conveniencia de quienes ostentaban el poder. En particular, sobre el derecho a la libertad de expresión, puede verse con mayor claridad que la discusión sobre los Derechos humanos no es un tema que ha recibido la importancia que merece, pues esta cuestión recién saltó a primer plano después de la Gloriosa Revolución Inglesa, que trajo como consecuencia la proclamación del *Bill Of Rights* en el año de 1689.

De ahí en adelante, el derecho a la libertad de expresión fue reconocido por los pueblos estadounidense, español, italiano, y gran parte del resto de pueblos europeos, hasta alcanzar como punto de referencia mundial su reconocimiento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Para el día de hoy, este derecho no solo se encuentra consagrado en distintos pactos internacionales y forma parte de la jurisprudencia de los más importantes tribunales de justicia internacional, sino que, incluso, cuenta con una relatoría

especial que se encarga de sentar sus principales bases y alcances. Sin embargo, no es coincidencia que haya alcanzado tal grado de desarrollo y reconocimiento en los últimos años, dado que es un derecho preponderante y *sine qua non* para nuestra convivencia en democracia; por tal motivo se dedicará un capítulo para destacar el lazo inquebrantable entre la libertad de expresión y el mantenimiento de la democracia.

Asimismo, es ostensible que la segunda modernidad en la que nos encontramos trae aparejado un sinnúmero de retos para la vigencia y respeto del derecho a la libertad de expresión; así pues, resulta de vital importancia efectuar un análisis crítico sobre el fundamento de su existencia a la luz de los principales instrumentos internacionales que lo reconocen, por supuesto, también a partir de la norma constitucional ecuatoriana. Solo a raíz de esta base teórica será posible identificar su alcance y limitaciones. En efecto, como es de conocimiento público, ningún derecho es absoluto; y, por tanto, nuestra tarea consiste principalmente en resaltar su verdadero contenido y, en consecuencia, determinar de forma taxativa las limitaciones del derecho a la libertad de expresión en Internet, desde las esferas del Derecho civil y del Derecho penal.

EL FUNDAMENTO Y RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN VÍA INTERNET

El legislador constituyente en el Ecuador, en armonía con los tratados internacionales de la materia, fue acertado en prescribir taxativamente el derecho a la libertad de expresión en la parte dogmática de la Constitución Nacional del año 2008. Puede verse dicho reconocimiento en el artículo 66, numeral 6, en el cual se plasma expresamente el derecho de todo ciudadano a opinar y expresar su pensamiento libremente, y en todas las formas y manifestaciones. En suma, a más del reconocimiento taxativo, bien se podría sostener que este derecho guarda un reconocimiento tácito a

partir de la proclamación de igualdad formal y material para todos los ciudadanos; puesto que, si un individuo tiene la posibilidad de expresar sus pensamientos, por el principio de igualdad, lo lógico sería que todos los demás gocen del mismo derecho por su sola condición de persona.

Y si los argumentos aludidos no son suficientes para denotar su existencia y dotarle de contenido a la libertad de expresión, con plena seguridad la noción de libertad en sentido amplio sí está en condiciones de

hacerlo. Al respecto, en esta investigación no se defiende cualquier concepción de libertad, sino una libertad entendida en términos de no dominación, de manera que el ciudadano debe tolerar restricciones impuestas por el gobierno únicamente en los casos en que estas sean prescritas en una norma jurídica legítima, es decir, fruto de un proceso democrático. En este sentido, sobre esta forma de entender a la libertad, Philip Pettit emite el siguiente argumento clarificador:

(...) bajo la concepción de la libertad como no-dominación, la dominación es necesaria y suficiente para una reducción de la libertad. Y eso significa que, si no hay dominación involucrada, la libertad no se reduce en presencia de interferencia o frustración. (...) Sugiere que, si las personas gobernadas por un estado controlan la interferencia practicada por el gobierno, si controlan las leyes impuestas, las políticas perseguidas, los impuestos aplicados, entonces no pueden sufrir la dominación a manos de sus gobernantes y pueden continuar disfrutando de sus responsabilidades. La libertad en relación con el estado. Un estado que fuera controlado adecuadamente sería legítimo en el sentido requerido de no ejercer dominio sobre su gente. Desde luego, practicaría la interferencia, piense en lo frustrantes que pueden ser las leyes y los impuestos, pero solo interferirá con ellos en sus términos, no por voluntad propia o por placer. (Pettit 2012, 152-3)

Entonces, ya tenemos el primer indicador de que, si la intención de un gobierno es pretender restringir la libertad de los ciudadanos, en cuanto a la libertad de expresión, solo podría hacerlo en términos excepcionales y en base a un estricto test de legitimidad democrática. Ahora bien, respecto del alcance del derecho a la libertad de expresión en el Ecuador, de la misma norma constitucional se desprende que no es un derecho absoluto, y en el artículo 18 puede verse cómo el legislador prescribió algunas limitaciones. En efecto, si bien se reconoce que todo individuo tiene el derecho a buscar, recibir, intercambiar y producir información sin censura previa, esta información tiene que ser veraz, verificada, oportuna, contextualizada y plural. Es decir, en el Ecuador se fomenta que cualquier ciudadano pueda producir información, pero esta debe

estar sujeta a un estándar de calidad para que tenga pleno reconocimiento.

Por otro lado, dado el marco jurídico internacional, en La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión emitido por la CIDH, se prevé, en el numeral 7, que condicionamientos previos tales como veracidad, oportunidad o imparcialidad por parte de los Estados son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión reconocido en los instrumentos internacionales. En consecuencia, por control de convencionalidad, la restricción a la libertad de expresión plasmada en el artículo 18 de la Constitución Nacional perdería fuerza, debido a que el instrumento internacional aludido reconoce derechos más amplios en esa materia. La amplitud del derecho a la libertad de expresión recogida en la declaración de la CIDH guarda plena armonía con las aseveraciones argüidas por Ronald Dworkin, en el sentido que a continuación se expresa:

La afirmación de que los ciudadanos tienen derecho a la libertad de expresión debe implicar que estaría mal que el Gobierno les impidiese usar de ella, aun cuando el Gobierno crea que lo que han de decir causará más mal que bien. (Dworkin 1989, 284)

Es más, para reafirmar el amplio reconocimiento internacional del derecho a la libertad de expresión, hay que sumar lo prescrito en el artículo 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, donde se establece que “Toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio” (Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre 1948). Asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos prevé en su artículo 13 que:

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

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
 - b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. (Convención Americana de Derechos Humanos 1969)

Como se ve, el derecho a la libertad de expresión no solo tiene reconocimiento doctrinal y constitucional, sino que, más importante aún, tiene un reconocimiento amplio y expreso en tratados y convenciones internacionales a los que se ha adherido el Ecuador. Sin embargo, pese al gran alcance que le reconoce tanto la CIDH como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre, puede verse que la Convención Americana de Derechos humanos ya nos ofrece un primer indicio sobre las limitaciones que tiene este derecho; pues se pone sobre la mesa la posible responsabilidad *ex post* de las declaraciones que puedan menoscabar la reputación de los demás y las que pongan en juego la seguridad nacional, el orden público, salud o moral pública. Es decir, parece haber una colisión de criterios no solo puertas adentro, sino también en el Derecho internacional, ya que existe un vaivén de criterios sobre el alcance de la libertad de expresión.

Según nuestra forma de ver la situación, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos da en el clavo sobre el alcance y posibles limitaciones al derecho de la libertad de expresión, ya que, por ejemplo, en el caso *Kimel vs Argentina*, se dejó establecido que:

(...) la libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13.2 de la Convención, que prohíbe la censura previa, también prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de este derecho. Estas restricciones tienen carácter excepcional y no deben limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el pleno ejercicio de la libertad de expresión y convertirse

en un mecanismo directo o indirecto de censura previa. (Corte IDH, párrafo 54)

En el mismo sentido, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH (en adelante RELE) se suma a la jurisprudencia de la Corte y expresa, en el informe especial sobre la libertad de expresión para el Estado de Honduras, que todas las restricciones al derecho a la libertad de expresión deben satisfacer un estricto test tripartito en los siguientes términos:

- Estar definidas en forma precisa y clara a través de una ley formal y material preexistente;
- Estar orientadas al logro de objetivos legítimos bajo el derecho internacional;
- Ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines que se buscan, estrictamente proporcionadas a la finalidad perseguida, e idóneas para obtener el objetivo que pretenden lograr. (RELE 2018, 5)

En tal circunstancia, sea desde el fuero civil como también en la esfera penal, la restricción a la libertad de expresión únicamente puede darse en los términos aludidos, y solo cuando concurren todos ellos. Ahora bien, puede notarse que la normativa interna y el Derecho Internacional amparan a la libertad de expresión en cualquiera de sus formas, inclusive las expresiones y manifestaciones que se realicen a través de medios telemáticos, redes sociales o en el Internet en general.

Por esta causa, en la sección tercera de la Constitución Nacional relativa a la comunicación e información, se tiene prescrito, en el numeral 1 del artículo 16, el derecho de toda persona a una comunicación libre, diversa, participativa, y por cualquier medio y forma. En el siguiente numeral, se resalta el derecho al acceso universal a la tecnología, que no es un derecho menor ni mucho menos, pues constituiría la precondition necesaria para que ese derecho a la libertad de expresión a través del Internet pueda materializarse. Es decir, la tarea del gobierno no solo consiste en un reconocimiento formal y expreso de los derechos, sino que, además, tiene que obtener los medios y recursos necesarios para que los derechos puedan practicarse

ontológicamente; y las carencias en este ámbito, como es de conocimiento público, constituyen una

falencia generalizada sobre todo en los países en vías de desarrollo.

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO BASE FUNDAMENTAL DE UNA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Es conveniente echar una mirada a la realidad antes de adentrarnos en el tratamiento del fondo de este apartado. Los presidentes Lenín Moreno en Ecuador, Donald Trump en Estados Unidos, Alberto Fernández en Argentina, Martín Vizcarra en Perú, y muchos otros mandatarios, han adoptado la costumbre de tener como principal medio de difusión de sus decisiones a la red social Twitter, y solo subsidiariamente utilizan la televisión y la radio. Así se pone en evidencia que, si bien los medios de comunicación tradicionales todavía son utilizados para fines de información, hoy todo gira en torno al Internet. Es decir, solo quienes tengan acceso a la Internet estarán en condiciones de recibir información ágil y oportuna. El resultado es que solo estas personas pueden participar de forma activa en el control de las decisiones adoptadas por el poder.

Ahora bien, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión parece tener dos niveles de intensidad; debido a que sí es posible observar una serie de restricciones impuestas para la relación entre privados, es decir: cuando las expresiones o manifestaciones tienen un contenido injurioso, cabe abiertamente la posibilidad de imponer sanciones jurídicas ulteriores. En cambio, la intensidad que adorna a este derecho en el plano público, que se traduce en la posibilidad que tienen los ciudadanos para criticar las decisiones que adoptan las personas que ostentan cargos públicos, tiene un reconocimiento mayor y, en consecuencia, las restricciones en este ámbito deben ser prácticamente inexistentes.

En el mismo sentido, La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la CIDH prevé, en su artículo 11, que los funcionarios públicos están sujetos a un mayor escrutinio por parte de la sociedad y, por consiguiente, “Las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos generalmente conocidas como ‘leyes de desacato’ atentan

contra la libertad de expresión y el derecho a la información” (Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión 2000, art. 11). En todo caso, según parámetros de la misma CIDH, la utilización del Derecho Penal resulta abiertamente desproporcional para sancionar a las personas que se excedan en el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión en contra de funcionarios públicos y sus decisiones. En tal circunstancia, a lo sumo debería admitirse sanciones en el plano del Derecho Civil, y siempre que se corrobore de manera estricta la concurrencia de los tres elementos del test de necesidad propuesto por la RELE.

¿Pero por qué se da tanta importancia al derecho a la libertad de expresión? Dar una respuesta convincente a esta pregunta ayudará a entender el motivo por el que la comunidad internacional y el derecho interno le confieren un reconocimiento y alcance tan profuso. Sin lugar a dudas, la respuesta intuitiva sería que este derecho permite que los ciudadanos interactuemos y, de esa forma, se hace posible nuestra convivencia; pero realmente, este derecho tiene un tinte fuertemente político y no en el sentido partidista, sino en el sentido de participación ciudadana en todos los escenarios de relevancia pública.

De esta manera, solo se puede entender la verdadera importancia del derecho a la libertad de expresión en la esfera pública, siempre que se tome como punto de partida un concepto acertado de democracia. En efecto, del contenido que se dé a ésta dependerá en gran medida el alcance del derecho a expresarse de forma libre. Así pues, si la noción de democracia que nos resulta acertada es meramente participativa, es decir, el solo reconocimiento formal de que todos los ciudadanos tienen el derecho a elegir a sus representantes y nada más, lo más probable es que el derecho a la libertad de crítica a las autoridades públicas sea muy restringido; ya que, en esa noción de democracia, la

tarea del ciudadano termina en el depósito del voto en las urnas y, de ese modo, estaría plenamente justificado que se sancione cualquier expresión ulterior desagradable en contra del poder.

Por tal motivo, desde nuestra concepción de democracia, estamos plenamente convencidos de que ésta no es meramente participativa, sino que su esencia es que sea de carácter deliberativa y, de esta suerte, no es legítima la imposición de restricciones a la libertad de expresión. Al respecto, sobre la democracia deliberativa, Roberto Gargarella ha escrito lo siguiente:

De acuerdo con esta visión, en una democracia deliberativa, i) todos los potencialmente afectados por una cierta norma intervienen en su creación; y ii) el proceso de toma de decisiones que lleva a dicha creación se caracteriza fundamentalmente por una amplia discusión colectiva; iii) organizada bajo condiciones de igualdad. (Gargarella 2015, 102)

Es decir, el compromiso de la ciudadanía debe extenderse al control de cualquier decisión que se adopte desde el poder y, en especial, sobre la elaboración de las normas. Así también lo entiende Sunstein, quien manifiesta que la participación política de los ciudadanos “no deberá efectuarse en un sentido meramente instrumental, sino que, deberá entenderse como un canal para el ejercicio de la ciudadanía en donde primará la empatía, la virtud y el compromiso con el sentido de la comunidad” (Sunstein 2004, 160-1). Sin embargo, para lograr esta anhelada participación ciudadana, necesariamente se requiere de un aparato jurídico permisivo y una tendencia política que no sea

represiva con las voces disonantes. Además, de nada sirve tener políticos abiertos a recibir críticas y un sistema jurídico permisivo, si el gobierno no se ocupa de proveer las vías necesarias para que el ciudadano haga llegar su voz crítica.

Por ejemplo, digamos que un Estado hace gala de un paraíso normativo en el cual se reconocen ampliamente todos los derechos, y además los políticos, funcionarios públicos y cualquier persona que se desenvuelva en el sector público, son ciudadanos abiertos a ser criticados y fiscalizados por su pueblo. Sin embargo, pese a darse todas las condiciones de forma, digamos que la pobreza del pueblo es tal, que un gran número de ciudadanos no tiene acceso a la Internet; en consecuencia, materialmente no habría esa posibilidad de ejercer control y crítica a las decisiones de las funciones del Estado.

Dicho de otra manera, si no se dan los medios necesarios para que el pueblo pueda ejercer su derecho constitucional a expresarse libremente y de esa manera controlar las decisiones del poder, lo más seguro será que los actos de corrupción proliferen exponencialmente, pues solo si se vigila al vigilante es posible contener cualquier desbordamiento en las actividades públicas. Finalmente, la experiencia enseña que, ante situaciones de emergencia, sea que estas sean reales o creadas artificialmente por un gobierno para legitimarse, el derecho a la libertad de expresión corre mayor peligro de ser censurado y, paradójicamente, en esos momentos es cuando resulta de mayor importancia su ejercicio para ejercer el control de los actos de gobierno.

LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET DESDE LA ESFERA JURÍDICO-CIVIL

En el capítulo segundo de esta investigación se puso de manifiesto que el derecho a la libertad de expresión, como cualquier otro, puede ser sujeto a limitaciones.

Al respecto se hizo una breve descripción del estado de la cuestión en el Derecho internacional y

también en el Derecho nacional; sin embargo, todavía no se ha dado una explicación del motivo por el que puede limitarse este derecho.

En este tema, nos parece que le asiste la razón a Robert Alexy al argüir que la norma constitucional que reconoce un derecho debe recibir el tratamiento de un

principio jurídico y, en consecuencia, su ejercicio solo puede practicarse hasta donde las posibilidades jurídicas existentes así lo permitan. Es decir, en la medida en que existen normas civiles y penales que ponen un dique de contención al ejercicio pleno de este derecho, solo en armonía con esas normas jurídicas podrá practicarse la libertad de expresión. Para profundizar en el pensamiento de Alexy sobre el tratamiento que debe recibir un principio, veamos a continuación un extracto de su obra titulada *Teoría de los Derechos Fundamentales*.

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas reales existentes. Por tanto, los principios son mandatos de optimización que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas. (Alexy 1993, 86)

En este sentido, tal como se plantea en la Convención Americana de Derechos Humanos, los límites de la libertad de expresión están marcados por el respeto a los derechos de terceros. De ahí que el Derecho Civil moderno se ha encargado de establecer ciertos límites a las libertades individuales a fin de proteger derechos civilmente tutelables. Por consiguiente, en el estudio que nos ocupa cabe plantearse cuáles son estos derechos que merecen protección ante el ejercicio abusivo de la libertad de expresión en entornos digitales.

Tras el establecimiento de una Web interactiva y de fácil acceso se han originado diversos ambientes virtuales en los que se ejerce la libertad de expresión en su máximo esplendor, puesto que cualquier navegante puede verter sus opiniones sin necesidad de revelar su identidad o proporcionar datos verificables, en cualquier momento y en cualquier lugar. Estas circunstancias han sido la clave del rotundo éxito de plataformas digitales como foros, blogs y redes sociales. Sin embargo, precisamente estas cuestiones hacen que los ciudadanos se extralimiten en el ejercicio de su libre expresión sin consideración de los derechos ajenos. Esta situación deja en evidente vulnerabilidad,

en especial, a los bienes jurídicos de carácter personal, mejor conocidos como derechos de la personalidad.

Según se desprende de la doctrina, los derechos de la personalidad son el conjunto de derechos subjetivos por los que se otorgan a su titular las facultades de goce, protección y disposición de los atributos intrínsecos inherentes a su persona. (Díez-Picazo y Gullón 2012, 325)

De manera específica, dentro de la categoría de derechos de la personalidad, se encuentran el derecho al honor, el derecho a la intimidad y el derecho a la imagen. Estos han sido considerados de suma importancia para el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos y, por ende, tienen el más alto reconocimiento a nivel constitucional en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. En el caso de Ecuador, están reconocidos en el art. 66, numerales 18 y 20, de la Constitución.

En términos jurídico-civiles, el honor debe ser entendido como aquel derecho que protege la buena reputación de una persona, que preserva frente a expresiones de descrédito. Los doctrinarios contemporáneos han entendido que el derecho al honor se halla articulado por dos aspectos esenciales: el subjetivo, que se refiere a la estima que tiene una persona de sí mismo; y el objetivo, que contempla la consideración que los demás hacen de la dignidad de su dignidad. (Herrera 2017, 18)

Por su parte, el derecho a la intimidad ha sido definido de manera solvente por la jurisprudencia constitucional española en los siguientes términos:

El derecho fundamental a la intimidad (...) tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares. (Tribunal Constitucional de España, 2000)

Mientras que el derecho a la imagen conlleva la facultad de su titular de hacer pública su propia imagen o rasgos identificados o identificables y, por tanto, su

derecho a impedir su reproducción cuando no medie autorización alguna (Sánchez 2017, 125).

La función limitadora de estos derechos radica en que, al tener el mismo rango que la libertad de expresión, el ejercicio de esta última no puede suponer vulneración o intromisión ilegítima en el honor, intimidad o imagen de los demás ciudadanos. No obstante, este criterio se ve matizado por el hecho de que puede prevalecer la libertad de expresión en supuestos en los que exista un interés general relevante, que puede ser de índole histórico, científico o cultural; así también en los casos en que la información tenga relevancia pública, siempre que se enmarque en la veracidad del hecho y que la opinión vertida se encuentre acorde a los usos sociales, sin la utilización de expresiones injuriosas o denigrantes.

Estos criterios de preponderancia de la libertad de expresión han sido establecidos en leyes especiales que se encargan de regular la protección civil de los derechos de la personalidad, como sucede en México y en España. Tales criterios han sido desarrollados por la jurisprudencia. Sin embargo, el marco normativo ecuatoriano no contempla de manera expresa una norma específica de índole civil que determine circunstancias que legitimen la extralimitación de las opiniones en el ejercicio de la libre expresión. Por tanto, al juez le corresponde hacer juicios de ponderación de derechos en atención a las circunstancias de cada caso en concreto, según el interés general que pueda conllevar determinada opinión o información y el grado de afectación moral que haya sufrido la víctima.

De comprobarse una vulneración ilegítima de los derechos de la personalidad, se debe acudir a las normas

de responsabilidad civil extracontractual recogidas en el Código Civil ecuatoriano. Para el caso en que el honor se vea afectado por expresiones atentatorias resulta aplicable el artículo 2231, que, textualmente, determina que: “Las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo si se prueba daño emergente o lucro cesante, sino también perjuicio moral” (Código Civil, 2005).

Mientras que, por su lado, frente a la vulneración del derecho a la intimidad y a la imagen, se debe aplicar el régimen de responsabilidad establecido en el artículo 2232 del mismo cuerpo legal, en el que se reconoce el derecho de demandar una indemnización pecuniaria para quien hubiera sufrido daños meramente morales, siempre que exista una gravedad particular del perjuicio sufrido, es decir cuando el daño tenga suficiente intensidad como para que se tenga que resarcir pecuniariamente.

En tal virtud, según el Derecho Civil ecuatoriano, el ejercicio temerario de la libertad de expresión conlleva responsabilidad civil derivada del daño moral ocasionado por la lesión del derecho al honor, intimidad o imagen. En suma, desde la perspectiva civil, la libertad de expresión en los entornos digitales encuentra su límite en los derechos de la personalidad del resto de individuos, esencialmente en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Por tanto, en vista de que las libertades y derechos están en constante colisión, solo pueden ser indemnizadas aquellas vulneraciones en las que el ejercicio extralimitado de la libertad de expresión no pueda ser justificado con criterios de veracidad o interés legítimo, de carácter general y público.

LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN VÍA INTERNET DESDE LA ESFERA JURÍDICO-PENAL

Se ha visto que la RELE ha recomendado trazar un test tripartito cuyo cumplimiento haría que una restricción a la libertad de expresión alcance cierto grado de razonabilidad y consecuente legitimidad. Además, también ha dicho la RELE que la restricción al

derecho de expresarse libremente desde la esfera penal sería abiertamente desproporcional, pues las consecuencias jurídico-penales por incumplimiento de normas resultan ser muy severas y, por tal causa, se ha recomendado su derogación cuando las aseveraciones

vayan dirigidas a funcionarios públicos. Al respecto, Muñoz Conde y García Arán señalan que “[e]l poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto quiero decir que el Derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes” (Muñoz Conde y García Arán 2010, 72).

Bajo esta perspectiva, no es coincidencia que la intervención del poder punitivo sea pospuesta como último recurso y para los casos estrictamente necesarios. Sin embargo, el legislador ecuatoriano ha tomado la decisión política criminal de tipificar algunos delitos que pueden cercenar la posibilidad de expresarse libremente, y esta decisión política solo puede explicarse a raíz de un ejercicio de ponderación en el cual la honra individual, la moral privada y la seguridad del Estado, en determinadas circunstancias están por encima del derecho a la libertad de expresión.

Entonces, y de acuerdo con las aseveraciones del capítulo III en el sentido de que el derecho a la libertad de expresión tiene por lo menos dos intensidades, es decir, un reconocimiento más amplio para las aseveraciones o manifestaciones con relevancia pública y un alcance más restrictivo para los supuestos entre privados, lo más conveniente en términos metodológico es que, en este capítulo, se efectúe un examen diferencial. Con miras a lograrlo, se trabajará con un supuesto fáctico acaecido en 2014 y, de esa manera, también se busca ganar en claridad argumental.

Como aclaración preliminar, las reglas y criterios para analizar el alcance de la libertad de expresión son idénticas para supuestos en los que el medio utilizado sea el Internet o, alternativamente, se utilice cualquier medio tradicional como la prensa, la telefonía o alguna forma de exteriorización de las ideas y pensamientos. Con el objeto de analizar este tema, en primer lugar, se analizará el tratamiento jurídico penal que debe darse al derecho a la libertad de expresión, cuando la finalidad de este derecho se encamine a la crítica del poder y en consecuencia tenga relevancia pública.

Entonces, para concretizar todos los conceptos y analizarlos en un caso real acaecido en el Ecuador, pensemos en la causa judicial Nro. 172942015011486G,

que fue propuesta por la Confederación Nacional Afroecuatoriana (CNA) en contra del caricaturista Xavier Bonilla (Bonil), debido a que este último, supuestamente habría cometido el delito de discriminación en contra del asambleísta por Alianza País Agustín Delgado (ex-futbolista). Los hechos fueron los siguientes: Bonil, en calidad de caricaturista del Diario el Universo, publicó, en agosto del 2014, una caricatura en la que destacaba la falta de preparación académica de ese político, pues, en días anteriores, Delgado había intervenido en el seno de la Asamblea Nacional con un discurso por demás defectuoso.

Posteriormente, la CNA interpuso una denuncia en contra de Bonil, quien se defendió a través de su abogado, con el siguiente argumento: “el objetivo (...) al dibujar la caricatura del asambleísta Agustín Delgado (Alianza PAIS), publicada el pasado 5 de agosto en EL UNIVERSO, no fue la de discriminar, sino reflejar la falta de preparación del oficialista” (El Universo 2015). Ventajosamente para Bonil, finalmente esta denuncia fue archivada.

Ahora bien, ¿procedieron bien las autoridades judiciales en esta causa? Seguramente, la respuesta no puede ser otra que sí, como se explica por los siguientes argumentos: habíamos resaltado la importancia del derecho a la libertad de expresión como base de una democracia deliberativa y, además, se dejó claro que la persona que decida ponerse voluntariamente en un escenario público, sea que haya accedido por elección popular, por concurso o por decisión de alguna autoridad, necesariamente tiene que someterse a un escrutinio serio por parte de la sociedad, pues la base de un modelo de gobierno republicano exige una constante rendición de cuentas y explicación de cualquier intervención o decisión que se tome por parte de los funcionarios públicos. Entonces, es impensable la comisión de una discriminación por criticar, de cualquier forma, la deficiencia intelectual de un asambleísta, pues tal acción constituye no solo un derecho, sino, además, un deber cívico de desnudar la incompetencia de quienes toman las decisiones por nosotros los ciudadanos.

Pero entonces, ¿las aseveraciones o cualquier forma de libertad de expresión con contenido de interés público

no tienen límites? No se ha afirmado tal cosa: los límites existen y estos se dan en un marco de excepcionalidad. Así pues, conviene traer a cuento los criterios fijados por la Corte Suprema de los Estados Unidos en la doctrina de la real malicia a propósito del *leading case* “New York Times vs Sullivan”. En efecto, esta línea jurisprudencial, que luego tuvo un amplio desarrollo por la doctrina, prevé la posibilidad de responsabilizar penalmente al emisor de una información de contenido público cuando se comprueben los siguientes requisitos:

- a) La prueba por el accionante de una manifestación difamatoria;
- b) la prueba por el accionante sobre la inexactitud de la expresión;
- c) la prueba del accionante de que la emisión de la expresión fue hecha en base al conocimiento de que era falsa (dolo directo) o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad (dolo eventual), como expresión de una indiferencia egoísta de la producción del hecho lesivo. (Donna 1999, 317)

En tal circunstancia, si bien esta doctrina fue emitida en un contexto en el que una empresa destinada a informar (New York Times) había emitido información cuestionable sobre el proceder de un comisionado de policía, es completamente admisible su utilización para cualquier supuesto en que una persona critique el proceder de un funcionario público, ya sea un medio de comunicación o cualquier ciudadano. Y el fondo de este asunto es que solo es admisible restringir el derecho a la libertad de expresión en situaciones excepcionales debido a su preponderancia para la continuación del sistema democrático.

Pues bien, para redondear la idea de la real malicia, únicamente cuando una persona haga uso abusivo de su derecho a la libertad de expresión con un desprecio absoluto o potencial sobre la veracidad de los hechos, será admisible una persecución criminal. Sin embargo, ¿Qué hubiese pasado si Bonil hacía una caricatura en la que exponían las falencias intelectuales de un particular? *Prima facie* ya podría pensarse que, en estos casos, sí existiría la perpetración de alguna infracción, pues habría que tomar en cuenta que la

persona caricaturizada no es ningún funcionario público y seguramente una caricatura de esas características generaría su descrédito social, acompañado de aflicción psíquica a raíz de las burlas en su contra. Sin embargo, para dar una respuesta convincente a esta pregunta, de aquí en adelante haremos una exposición doctrinal del estado de la cuestión sobre infracciones contra el honor.

Los profesores Murillo y Serrano González, al parafrasear al maestro alemán Maurach, sostenían que, “el honor es el bien jurídico más sutil, el más difícil de aprehender con los toscos guantes del Derecho penal y por tanto el menos eficazmente protegido” (Murillo y Serrano González 1993, 27). De modo que la utilización del Derecho Penal para sancionar un exceso de libertad de expresión no es ni siquiera idónea, de modo que, de entrada, podríamos afirmar que cualquier conducta tipificada como delito por el legislador tiene serios inconvenientes de legitimidad, en términos del test tripartito sugerido por la RELE.

Con todo, en el artículo 182 del Código Orgánico Integral Penal se ha prescrito el delito de calumnia. Y en el artículo 396 del mismo cuerpo legal se prevé la contravención de injurias. Por su parte, el artículo 229 se refiere al delito de revelación ilegal de base de datos, y el cajón de sastre del gobierno cuando quiere cercenar la libertad de expresión consta en el artículo 180, referido al delito de difusión de información de circulación restringida. Estos tipos penales pueden lesionar el derecho a la libertad de expresión en el caso de que su interpretación por las autoridades judiciales sea errada. Sin embargo, para efectos de exponer el tratamiento que debería darse a la conducta de Bonil en el supuesto planteado de la caricatura dirigida a un particular, únicamente se estudiará la contravención de injurias.

Entonces, el legislador ecuatoriano ha prescrito que comete la infracción de injurias aquella persona que profiera expresiones en descrédito o deshonra de otra; consecuentemente, en primer lugar, corresponde examinar el contenido del término “honra” para arribar a conclusiones válidas. Con miras a desarrollar este punto, a continuación, se expondrán sus principales características, pese a que ya fue definido desde la

esfera del Derecho Civil en el capítulo anterior. Así pues, enseña Donna que:

Honor es la suma de todas las cualidades, incluido no solo los atributos morales sino también los valores jurídicos, sociales y profesionales valiosos para la comunidad, que se pueden atribuir los individuos a sí mismos o la buena opinión y fama que tienen los terceros respecto de uno mismo. (Donna 1999, 306)

De esta manera, es posible aseverar que el honor puede tener dos dimensiones: un aspecto meramente subjetivo correspondiente a la propia apreciación que tenga el individuo sobre sí mismo, y, en segundo lugar, un aspecto objetivo que tiene como base la reputación que se tenga. En consecuencia, el delito de injurias se

puede configurar cuando exista un menoscabo tanto en la faz subjetiva como también en la objetiva.

En el caso planteado de Bonil, de comprobarse que, como producto de la publicación de la caricatura, se ocasionó un menoscabo en alguna de las facetas de la honra, pese a que no sea legítimo por ineficaz sancionar penalmente a una persona por excederse en el ejercicio de su derecho a expresarse libremente, parecería que es completamente legal una condena en este supuesto, debido a que el particular no tiene la carga que sí tiene un funcionario público de soportar cualquier tipo de crítica, y el mismo análisis y conclusiones correspondería para los supuestos en los que se utilice al Internet como medio para proferir la injuria.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- El derecho a la libertad de expresión tiene reconocimiento a nivel interno, es decir, en la Constitución Nacional del Ecuador, y así también lo tiene a nivel foráneo en diversos tratados y convenios internacionales. Además, existe un importante desarrollo jurisprudencial proveniente de la Corte IDH y las recomendaciones emitidas desde la Relatoría Especial de la CIDH tendiente a identificar el alcance del derecho a la libertad de expresión por Internet; dado que, al día de hoy, éste constituye el principal medio de difusión de ideas.
- Existe consenso nacional e internacional acerca de que el derecho a la libertad de expresión tiene algunas limitaciones, y en el fallo *Kimel vs Argentina* de la Corte IDH es en donde mejor se advierte esta situación, puesto que se prevé responsabilidades ulteriores en el caso de abusar de este derecho, sea por lesionar la honra o reputación de los demás, sea por una cuestión de seguridad nacional y orden público. Por supuesto que las limitaciones aludidas están dirigidas a las formas tradicionales de libertad de expresión y también para su ejercicio a través medios digitales. Los parámetros de legitimidad para sancionar jurídicamente un abuso del derecho a la

libertad de expresión en sentido amplio son los siguientes: la sanción jurídica debe estar prevista en una ley formal y material preexistente, debe estar direccionada a un objetivo legítimo y ser necesaria e idónea para conseguir el objetivo propuesto.

- El derecho a expresarse libremente puede hacerse por cualquier medio y constituye la base de un modelo republicano de gobierno en el que las autoridades deben rendir cuentas constantemente. Solo puede ser así, siempre que se parta de un concepto de democracia deliberativa en donde constituye un derecho de los ciudadanos criticar y controlar cualquier situación de interés público, y es un deber del Estado proveer los medios necesarios para que efectivamente se materialice ese derecho. En este sentido, una condición necesaria para ejercer plenamente el derecho a la libertad de expresión es el acceso a Internet, pues, dada la vertiginosidad con la que cambia nuestra vida en sociedad, solo a través de este medio es posible adquirir información oportuna y diversa. En tal circunstancia, cualquier gobierno que diga ser amante de la libertad de expresión, tendrá como deber fundamental trabajar para que hasta el pueblo más remoto tenga acceso a Internet.

- El derecho a expresarse libremente tiene dos intensidades. Una de ellas se da el marco de las relaciones entre privados, en las cuales existe un alcance más restringido de este derecho. La otra intensidad, mucho más amplia, se da en el marco de asuntos de interés público, porque allí las restricciones a la libertad de expresión son prácticamente inexistentes; salvo que se compruebe que las aseveraciones fueron falaces y el emisor de dicha información lo conocía, o tal vez tuvo una despreocupación absoluta por conocer la verdad.
- Desde una mirada del Derecho Civil, la libertad de expresión en los entornos digitales encuentra su límite en los derechos de la personalidad de los demás, esencialmente en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Entonces, ya que las libertades y derechos generalmente entran en colisión, solo pueden ser indemnizadas aquellas vulneraciones en las que el ejercicio extralimitado de la libertad de expresión no pueda ser justificado con criterios de veracidad e interés legítimo.
- La utilización del Derecho Penal es abiertamente desproporcional y por ende ilegítima para sancio-

nar conductas que abusen del derecho a expresarse libremente; no obstante, el legislador ecuatoriano ha previsto una serie de delitos y contravenciones para sancionarlas.

Recomendaciones

Cualquier propuesta de restringir el derecho a la libertad de expresión es una seria amenaza a la democracia de un Estado. Nuestra tarea como ciudadanos es defenderla y fomentar la libertad de expresión en cada espacio que sea posible y si para conseguirlo es necesario acudir a instancias judiciales, que así sea. Un ejercicio pleno del derecho a la libertad de expresión, en conjugación con una toma de conciencia del ciudadano de que tiene amplios derechos de escrutinio a cualquier decisión que se adopte desde el poder, es el camino indicado para erradicar los actos de corrupción; pues, así como el hambre y la pobreza vuelven trabajadores a los hombres, una vigilancia permanente de los gobernantes seguramente los vuelva correctos en sus quehaceres públicos.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert. 1993. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- CIDH. 2018. *Informe especial de la Relatoría Especial para la libertad de expresión*. Honduras.
- Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. 2012. *Sistema de derecho civil*, vol. I, Madrid: Tecnos.
- Donna, Edgardo. 1999. *Derecho penal parte especial*, tomo I. Bs. As.: Rubinzal Culzoni.
- Dworkin, Ronald. 1989. *Los Derechos en serio*. Barcelona: editorial Ariel.
- El Universo. 2015. “Objetivo de caricatura de Agustín Delgado fue reflejar falta de preparación del asambleísta, dice defensa de Bonil”. Acceso el 8-IV-2020. Recuperado de: <https://www.eluniverso.com/noticias/2015/02/11/nota/4546866/objetivo-caricatura-agustin-delgado-fue-reflejar-falta-preparacion>.
- Gargarella, Roberto. 2015. “Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad (II)”, en *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*. Bs. As.
- Herrera, Ramón. 2017. *Responsabilidad civil por vulneración del derecho al honor en las redes sociales*. Madrid: Reus.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. 2010. *Derecho penal parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Murillo, Alfonso y Serrano González, José. 1993. *Protección penal del honor*. Madrid: Universidad de Extremadura
- Pettit, Philip. 2012. *On the People's Terms. A Republican Theory and Model of Democracy*. NY: Cambridge.
- Sánchez, María. 2017. *Honor, intimidad y propia imagen*. Lisboa: Juruá.
- Sunstein, Cass. 2004. “Más allá del resurgimiento republicano”, en *Nuevas ideas republicanas: Autogobierno y Libertad*. Barcelona: Paidós.
- ### Legislación y jurisprudencia
- Convención Americana de Derechos Humanos, 1969
- Corte IDH. 2008. caso *Kimel vs Argentina*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 2-V-2008. Serie C No. 177
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 1948
- Ecuador. *Código Civil*. Registro oficial 46, 24-VI-2005.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro oficial 449, 20-X-2009.
- La Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión emitido por la CIDH. 2000
- Tribunal Constitucional de España. Sentencia de 15 de mayo de 2000.
- Unidad Judicial Penal. 2015. Caso *Confederación Nacional de Afroamericanos y otros. Vs Bonilla Zapata Rodrigo Xavier y Pérez Barriga Carlos Eduardo representante de Diario El Universo*, número de causa: 172942015011486G.