



Tendencias en libertad de expresión en Argentina

Marzo 2018

Facultad de Derecho

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

UP
**Universidad
de Palermo**

Tendencias en libertad de expresión en Argentina¹

Resumen ejecutivo

El desarrollo legislativo en materia de libertad de expresión en Argentina, en los últimos veinte años, puede considerarse positivo. Sin perjuicio de ello, hay varias reformas pendientes para seguir avanzando en la dirección correcta en la agenda tradicional de libertad de expresión y es alto el impacto que la regulación de Internet puede tener en esta importante materia. Son varias las leyes que se adoptaron desde 2005 en adelante tendientes a regular actividades en Internet, muchas de las cuales afectan la circulación de contenido y expresión. Además, muchos de los proyectos de ley relevados en los últimos años sugieren que, en muchos casos, la regulación de Internet se está pensando en forma desconectada de la agenda de libertad de expresión: se multiplicaron los proyectos que imponen algún tipo de obligación para intermediarios en Internet y persiste el afán criminalizador en una parte importante de la sociedad argentina y sus representantes. Este artículo releva y destaca la actividad parlamentaria en lo atinente a libertad de expresión y circulación del discurso tanto en internet como offline. Concluye con una serie de recomendaciones para los distintos actores involucrados en el debate, con el fin de lograr una agenda renovada en esta materia de cara al futuro y promover legislación respetuosa del derecho a la libertad de expresión.

I. Introducción

Durante las últimas dos décadas la actividad parlamentaria en materia de libertad de expresión ha sido particularmente importante. Siguiendo la despenalización del desacato en 1994, la ley Kimel de 2009 modificó los tipos penales de calumnias e injurias en pos de la libertad de expresión y favoreció la circulación del discurso. Por su parte, la Ley 26.032 de 2005 determinó explícitamente que la búsqueda, recepción y difusión de información en internet queda comprendida en el derecho constitucional a la libertad de expresión. De ese modo, reconoció la aplicación y vigencia para Internet de los estándares desarrollados hasta ese momento en la materia.

Además, a lo largo de estos años, se dictaron leyes para garantizar la libertad de expresión y el acceso a la información para las personas con discapacidad y, después de dos décadas de debate, logro sancionarse recientemente la ley de acceso a la información pública.²

Sin perjuicio de los avances legislativos, son muchos los pendientes en la legislación argentina. Se reformó el Código Penal pero los tipos de calumnias e injurias siguen penalizados; desde 2009 hasta hoy hubo pocos esfuerzos consensuados para avanzar en esta materia. Por el contrario, se crearon nuevos tipos penales que criminalizan la expresión desde otras perspectivas,³ e incluso en algunos casos se planteó el incremento en las penas por delitos vinculados a

¹ Este documento fue elaborado por Maia Levy Daniel, investigadora de la Iniciativa por la Libertad de Expresión en Internet (ILEI) y Agustina del Campo, directora del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Universidad de Palermo.

² Ley 27.275, disponible en: <http://bit.ly/2lpCfVR>.

³ Por ejemplo, el caso de la ley de terrorismo, adoptada en el año 2007 y modificada en 2011 precisamente por los problemas que contemplaba la redacción original para el ejercicio de la libertad de expresión. O la ley de Grooming (Ley 26.904) que, en el afán de proteger a los menores frente a posibles abusos sexuales, crea un tipo penal exclusivo para comunicaciones por internet cuyo texto es amplio, poco específico y poco adecuado a la realidad.

la circulación de expresión o contenido en Internet. Además, no se logró aún adoptar una ley sobre responsabilidad de intermediarios a pesar de los innumerables debates y la amplia participación y discusión que hubo a propósito de los diversos proyectos de ley presentados sobre el tema. Esto generó un sinnúmero de sentencias judiciales dispares e incluso contradictorias.

Con el crecimiento, desarrollo y masificación de Internet parece vislumbrarse un nuevo movimiento regulatorio legislativo. Son varias las leyes que se adoptaron desde 2005 en adelante tendientes a regular actividades en Internet, muchas de las cuales afectan la circulación de contenido y expresión. Además, los proyectos de ley relevados en los últimos años sugieren que en muchos casos la regulación de Internet se está pensando en forma desconectada de la agenda de libertad de expresión: se multiplicaron los proyectos que imponen algún tipo de obligación para intermediarios en Internet y persiste el afán criminalizador en una parte importante de la sociedad argentina y sus representantes.

Este artículo releva y destaca la actividad parlamentaria en lo atinente a libertad de expresión y circulación del discurso tanto en internet como *offline*. La primera sección describe el marco vigente en materia de libertad de expresión, la segunda aborda el caso de la criminalización de la expresión, la tercera sección analiza otras leyes y proyectos que afectan -o podrían afectar- la expresión y la circulación del discurso en línea a fin de identificar -si la hubiere-, una tendencia legislativa en esta materia y, finalmente, se extraen algunas conclusiones y se plantean recomendaciones.

1. Marco constitucional y conceptual de la libertad de expresión en Argentina

El derecho a la libertad de expresión en Argentina se encuentra garantizado tanto a nivel constitucional, en los artículos 14⁴ y 32⁵ de la Constitución Nacional, como a nivel infraconstitucional. Además, la libertad de expresión está consagrada en diversos tratados internacionales que adquirieron rango constitucional en el país con la reforma de 1994⁶, los que incluyen la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A partir de la reforma, los tratados pasaron a complementar la parte dogmática de la Constitución Nacional y a condicionar el ejercicio de todo el poder público al pleno cumplimiento de estos instrumentos.

Tanto la norma constitucional como los tratados internacionales reconocen que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto y requiere para su restricción el cumplimiento de determinados requisitos. Jurisprudencialmente, tanto a nivel local como regional, las limitaciones a la libertad de expresión se analizan a la luz del test tripartito: 1) deben estar establecidas por una ley, con precisión en sus términos; 2) tienen que perseguir un objetivo legítimo; y 3) deben cumplir con los requisitos de necesidad en una sociedad democrática y de proporcionalidad. Además, por el valor que tiene la libertad de expresión en una sociedad democrática y su carácter instrumental para el ejercicio de otros derechos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene en su jurisprudencia constante que las

⁴ Constitución de la Nación Argentina, Artículo 14: “ Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender”.

⁵ Constitución de la Nación Argentina, Artículo 32: “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”.

⁶ Constitución de la Nación Argentina, Artículo 75, inciso 22: “... La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

limitaciones a la libertad de expresión han de ser interpretadas restrictivamente.⁷

En la legislación argentina, la libertad de expresión encuentra restricciones tanto en el Código Civil y Comercial de la Nación⁸ como en el Código Penal de la Nación.⁹ Los últimos 20 años fueron particularmente relevantes en esta materia; en ese tiempo se lograron reformas importantes en leyes que constituían obstáculos para la libre circulación del discurso. Muchas otras reformas, sin embargo, quedaron en el camino, pendientes de concreción.

II. Persistencia de la criminalización

Siguiendo la tradición europea, en Argentina y en muchos otros países de América Latina existen numerosos tipos penales vinculados a la expresión. Además de la prohibición expresa y la criminalización de la pornografía infantil,¹⁰ respecto del cual existe consenso a nivel mundial, el Código Penal garantiza la protección del honor a través de los delitos de calumnias e injurias,¹¹ la seguridad pública,¹² entre otros. A ellos se suman los ciberdelitos adoptados en 2008 y algunas leyes, como la Ley 11.723 que tipifica los delitos contra la propiedad intelectual.

A lo largo de los años, algunos de los tipos penales fueron objeto de duros cuestionamientos por su posible afectación a la libertad de expresión. Muchos de ellos restringen este derecho y están formulados de manera excesivamente amplia o ambigua, en contraste con los estándares interamericanos. Si bien la jurisprudencia acotó el marco e interpretó los tipos penales restrictivamente, esa interpretación no siempre logra evitar el inicio de los procesos: muchas veces llega al momento de determinar en juicio la responsabilidad penal.¹³

A pesar de que es larga la lista de delitos que afectan la libertad de expresión y la circulación del discurso, siguen surgiendo proyectos de ley tendientes a sobrecriminalizar la expresión. Entre ellos, podría citarse el proyecto de ley presentado a principios de 2017 para crear un nuevo tipo penal específico de apología del delito de terrorismo de Estado,¹⁴ los múltiples y diversos proyectos sobre actos discriminatorios que crean nuevos tipos penales o elevan penas sobre delitos existentes, o los tipos penales nuevos que se están debatiendo en el marco de la reforma de la ley de propiedad intelectual.

Finalmente, aunque aislados, persisten proyectos tendientes a establecer un aumento de penas para expresiones o conductas en Internet respecto de aquellas *offline*.¹⁵ Esta tendencia se verifica a pesar del desarrollo de estándares internacionales y regionales que recomiendan lo contrario.

Si bien muchos proyectos de ley son coyunturales y puede que no gocen de apoyos o consensos para aprobarse,

⁷ Ver, por ejemplo, CSJN, fallos “Rodríguez, María Belén c. Google Inc. s/ daños y perjuicios”, “Sujarchuk, Ariel Bernardo c. Warley, Jorge Alberto s/ daños y perjuicios”, “Roviralta, Huberto c. Editorial Tres Puntos S.A. s/ daños y perjuicios”, “Ponceti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S.A. s/ daños y perjuicios”.

⁸ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Título V – Capítulo 1 - Sección Novena – Supuestos especiales de responsabilidad, artículo 1770 y artículo 1771, disponible en: <http://bit.ly/2sbQYYh>

⁹ Código Penal de la Nación Argentina, Libro Segundo – De los delitos, Título II, Artículos 109 a 117 bis, Ley 11.179, 30 de septiembre de 1921, publicado en el Boletín Oficial N° 8300 del 3 de noviembre de 1921, pág. 1, disponible en: <http://bit.ly/2gH2pl5>

¹⁰ Título 3 sobre “Delitos contra la integridad sexual” del Código Penal argentino.

¹¹ Título II sobre “Delitos contra el Honor”.

¹² Título 8, Cap. I sobre “Instigación a cometer delitos”, Cap. III sobre “apología del delito”, y Cap. IV sobre “otros atentados contra el orden público”, incluyendo el ultraje a la bandera.

¹³ Por ejemplo, el caso de incitación al delito. Ver F. Requejo, CP Comentado, Pensamiento Penal disponible en <http://bit.ly/2FSwwJH>. CNFed. Crim y Corr. Sala I, 27/05/06, LL, 2006-E-46.; CNCrim y Corr. Sala VII, 03/03/2006, C/ nro. 28.363, PJN Intranet; WebRubinzal ppy penal60 1.r2; TCPenal. Sala III, 29/03/2001 “A. D. s/ recurso de casación” RSD-105-1.

¹⁴ Surgido a raíz de la polémica suscitada por las expresiones de un funcionario público del gobierno que cuestionó la cantidad de desaparecidos durante la última dictadura militar. El tema también lo levantaron algunas legislaturas provinciales, entre ellas la legislatura de la provincia de Buenos Aires que efectivamente aprobó una ley prohibiendo a los funcionarios públicos cuestionar el número de desaparecidos establecido simbólicamente en 30.000.

¹⁵ Ver expedientes N° 1311-D-2013, 0759-D-2015 y 2537-D-2017 de la Cámara de Diputados.

preocupa la persistente reacción criminalizadora que se constata no sólo como un fenómeno nacional sino regional. Según el Observatorio Legislativo del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE), de los proyectos de ley argentinos que de alguna forma afectan la libertad de expresión, el 19,5% criminaliza la expresión.¹⁶ De los proyectos que criminalizan, el 40% crea nuevas figuras penales.

Pese a los numerosos casos a nivel nacional, regional e internacional en materia de libertad de expresión y criminalización, no parece haber un debate sustantivo y honesto al interior del Congreso en torno a los medios idóneos, necesarios y adecuados para regular las conductas indeseadas. Tampoco se constata que haya sustento fáctico o empírico que pruebe la efectividad del derecho penal frente a otras alternativas y, en muchos casos, no se tiene en cuenta la perspectiva de la libertad de expresión en el análisis previo a la adopción. Por ejemplo, el paquete de ciberdelitos aprobado en 2008, el proyecto de difusión no consentida de imágenes íntimas (que está listo para ser votado en el pleno de la cámara de Diputados) o el proyecto sobre actos discriminatorios que tiene media sanción en Diputados no fueron girados a la Comisión de Libertad de Expresión, sino a la de derecho penal o derechos humanos general.

En 2017 se creó en Argentina la Comisión para la Reforma del Código Penal de la Nación, en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Esta Comisión tiene como objetivo la elaboración de un anteproyecto de ley de reforma y actualización del Código Penal de la Nación en el plazo de un año desde la fecha de su conformación y puede constituir una oportunidad excepcional para revisar los tipos penales de los delitos que afectan la circulación del discurso, como los de injurias y calumnias o incitación a la violencia. Además, puede ser fundamental para revisar algunos delitos que se crearon como consecuencia de los avances tecnológicos y que, dada la rapidez con la que se trataron, no cumplen con los requisitos de legitimidad, necesidad y proporcionalidad (por ejemplo, el caso del delito de *grooming*).

A continuación, se detallan algunos de los principales ejes que dan cuenta de la tendencia registrada.

1. El caso de los proyectos de actos discriminatorios y pornografía no consentida

El debate sobre los distintos proyectos de ley contra **actos discriminatorios** es sumamente interesante para analizar ya que es una discusión vigente tanto a nivel local como regional. En Argentina, de los 169 proyectos de ley que impactan en el derecho a la libertad de expresión relevados por el CELE, 33 (15%) proponen regular o modificar la regulación sobre actos discriminatorios directamente, sin contar las iniciativas que regulan aspectos específicos o puntuales del fenómeno de la discriminación, que sumarían otras tantas.

En el país existe una ley contra la discriminación, la **Ley N° 23.592**¹⁷, que data de 1988. La ley brinda una definición de acto discriminatorio y crea tipos penales para abordar la problemática de la discriminación.¹⁸ Alrededor de 2007 comienzan a discutirse en el Congreso proyectos de ley que intentan reemplazar o modificar la ley contra actos discriminatorios vigente¹⁹ y hacia 2012 adquieren tracción en el debate parlamentario. A pesar de sus implicancias y de

¹⁶ En números absolutos son 33 proyectos de ley sobre un total de 169 relevados.

¹⁷ Ver Ley 23.592 (1988), disponible en: <http://bit.ly/2rcZdRP>

¹⁸ Ley 23.592: "Artículo 1 - Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.

Art. 2°.- Elévase en un tercio el mínimo y en un medio el máximo de la escala penal de todo delito reprimido por el Código Penal o Leyes complementarias cuando sea cometido por persecución u odio a una raza, religión o nacionalidad, o con el objeto de destruir en todo o en parte a un grupo nacional, étnico, racial o religioso. En ningún caso se podrá exceder del máximo legal de la especie de pena de que se trate.

Art. 3°.- Serán reprimidos con prisión de un mes a tres años los que participaren en una organización o realizaren propaganda basados en ideas o teorías de superioridad de una raza o de un grupo de personas de determinada religión, origen étnico o color, que tengan por objeto la justificación o promoción de la discriminación racial o religiosa en cualquier forma.

En igual pena incurrirán quienes por cualquier medio alentaren o iniciaren a la persecución o el odio contra una persona o grupos de personas a causa de su raza, religión, nacionalidad o ideas políticas".

¹⁹ Organizaciones que trabajan en temas de discriminación y en la protección de los derechos de personas LGBTI han presionado

referirse explícitamente en muchos de ellos a los límites permisibles al discurso discriminatorio, los proyectos sobre actos discriminatorios no fueron girados a las respectivas comisiones de libertad de expresión sino a las de derecho penal o derechos humanos en general y se percibió cierta reticencia a su debate desde esta perspectiva.²⁰

En materia de libertad de expresión, la discusión principal se centró en el afán criminalizador, la amplitud de los términos empleados y la cantidad de categorías que se intentan agregar a la definición de discriminación.²¹ En algunos casos, y a pesar de la necesidad de especificidad del tipo penal, estos motivos ni siquiera son taxativos, sino que la enunciación queda abierta para incluir otros.²² A lo largo del proceso, también se debatió la viabilidad de distinguir entre expresiones realizadas *online* y *offline* como elementos propios del tipo penal.²³

La discusión logró neutralizarse luego de diversas intervenciones de organizaciones de la sociedad civil, empresas de Internet y especialistas,²⁴ pero el precedente quedó plasmado y en 2016 hubo intentos aislados por retomarla.²⁵ La iniciativa aprobada por las comisiones en 2016 prevé la modificación de la ley de actos discriminatorios en términos

durante todos estos años para lograr la aprobación de alguno de los proyectos presentados. En algunos casos, lograron la sanción en alguna de las Cámaras del Congreso de la Nación, pero sin conseguir la sanción de la ley. Estas organizaciones han argumentado que es necesario agregar categorías de discriminación (tal como la edad, por ejemplo) y eliminar otras (tal como la raza). Asimismo, se ha argumentado en favor de aumentar las penas establecidas en la ley como medio para disuadir la discriminación.

²⁰ En una de las últimas reuniones de asesores en las que participó, el CELE expresó su interés de presentar comentarios a los proyectos pero la comisión organizadora respondió que no era un tema relacionado con el derecho a la libertad de expresión.

²¹ Ver la presentación de comentarios del CELE de fecha 24 de junio de 2016 ante la Comisión de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados: <http://bit.ly/2nlufOA> Por ejemplo, uno de los proyectos de ley presentados (Expediente N° 2709-S-2016 de la Cámara de Senadores) define como discriminatorios "... aquellos hechos, actos u omisiones que tengan por objeto o por resultado impedir, obstruir, restringir o de cualquier modo menoscabar, arbitrariamente, de forma temporal o permanente, el ejercicio igualitario de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso, los Tratados y Convenciones internacionales de derechos humanos, y las leyes dictadas en su consecuencia, a personas o grupos de personas, bajo pretexto de etnia, nacionalidad, color de piel, nacimiento, origen nacional, lengua, idioma o variedad lingüística, convicciones religiosas o filosóficas, ideología, opinión política o gremial, sexo, género, identidad de género y/o su expresión, orientación sexual, edad, estado civil, situación familiar, trabajo u ocupación, aspecto físico, discapacidad, condición de salud, perfil genético, situación socioeconómica, condición social, origen social, hábitos sociales o culturales, lugar de residencia, situación penal, antecedentes penales y/o cualquier otra condición o circunstancia personal, familiar o social, temporal o permanente. Toda acción u omisión que a través de patrones estereotipados, insultos, ridiculizaciones, humillaciones, descalificaciones, mensajes, valores, íconos o signos transmita y/o reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando o propiciando la exclusión o segregación en razón de pretextos discriminatorios, también se considerarán como conductas discriminatorias conforme la presente ley. Asimismo, serán consideradas discriminatorias aquellas conductas que tiendan a causar daño emocional o disminución de la autoestima, perjudicar y/o perturbar el pleno desarrollo personal y/o identitario, degradar, estigmatizar o cualquier otra conducta que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación de las personas bajo cualquier pretexto discriminatorio".

²² Ver, por ejemplo, proyecto de ley de Expediente N° 0608-S-2015. Disponible en: <http://bit.ly/2BdJert>

²³ Algunos proyectos de ley (2015) incluían artículos específicos que regulaban los actos discriminatorios en internet, estableciendo medidas especiales y penas más altas cuando este fuere el medio utilizado para manifestar y difundir dichas expresiones. Los proyectos fueron consolidados en uno solo, que logró dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados. El artículo 21 del proyecto, bajo el título "Promoción de la no discriminación en internet", establecía que: "Los administradores de sitios de internet que dispongan de plataformas que admitan contenidos y/o comentarios subidos por los usuarios están obligados a: a) publicar términos y condiciones que contengan la información del Anexo II de esta ley, con el objeto de informar sobre el carácter discriminatorio de un contenido y la legislación vigente al respecto; b) disponer y hacer pública una vía de comunicación para que los usuarios denuncien y/o soliciten la remoción del material que se encuentre en infracción a esta ley. Los medios de prensa, agencia de noticias, diarios online y revistas electrónicas que cuenten con plataformas que admitan contenidos generados por los usuarios deben, además de las obligaciones previstas precedentemente, disponer de la información prevista en el inciso a) de este artículo a través de la activación automática de una ventana cuyos términos deben ser aceptados por el usuario antes de acceder a realizar el comentario o subir cualquier contenido, y adoptar las medidas necesarias para evitar la difusión de contenidos discriminatorios".

²⁴ Organizaciones de la sociedad civil, sobre todo aquellas defensoras de la libertad de expresión, se manifestaron en contra de este tipo de regulación por ser violatorio del derecho a la libertad de expresión. Entre ellas, estuvieron la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y el CELE. La ADC, por ejemplo, manifestó que "... el proyecto de Ley Nacional Contra la Discriminación, que pretende regular los comentarios en internet, entre otros objetivos, es contrario a la Constitución Nacional. El mismo viola el principio de legalidad, el de la libertad de expresión en Internet, limita el debate público, no es idóneo para resolver el problema que aborda y ofrece poca precisión en las medidas de acción positiva". Ver presentación completa de ADC de fecha 22 de julio de 2015, disponible en: <http://bit.ly/2salDoP>

²⁵ Tanto en este punto en particular como en la discusión de la norma en general, la opinión de las organizaciones de la sociedad civil está dividida entre aquéllas que trabajan en temas de libertad de expresión y las organizaciones que trabajan específicamente en discriminación. Asimismo, este último grupo también tiene divisiones en su interior, habiendo algunas organizaciones que, por ejemplo, se oponen a la criminalización de los actos discriminatorios. Ver <http://bit.ly/2BYS9Ke>

problemáticos, pero aún no se generaron los consensos necesarios para que sea aprobada por la Cámara de Diputados, mucho menos por el Senado.

Con una experiencia similar en el tratamiento, en 2016 se incorporó al debate parlamentario el tema de **pornografía no consentida**. La pornografía no consentida consiste en la difusión de imágenes íntimas sin el consentimiento de una de las partes. El fenómeno afecta particularmente a mujeres, adquiriendo una dimensión de género que no está siendo enteramente abordada en el debate.²⁶ Los distintos proyectos de ley²⁷ presentados en 2016 no sólo intentan definir la figura, sino también imponer penas de prisión para el autor de la conducta. En términos generales, algunos proyectos incluyen plazos de prisión amplios (por ejemplo, de 6 meses a 4 años, similar al plazo previsto para el delito de *grooming*) y otro incluye penas pecuniarias.²⁸ El proyecto de ley que impone las penas más altas fue el que obtuvo media sanción del Senado²⁹ y será posiblemente tratado por la Cámara de Diputados en 2017 o principios de 2018. Todos los proyectos, incluido el aprobado en el Senado, contemplan una acción típica amplia, a quien “estuviere en posesión de imágenes de desnudez total o parcial y/o videos de contenido sexual o erótico de una o más personas, las hiciere pública o difundiere por cualquier medio” sin expreso consentimiento.³⁰ Ninguno de los proyectos contempla una excepción de interés público, a pesar de incluir no solo imágenes sexuales que podrían escapar cualquier consideración de interés público, sino otro tipo de imágenes menos explícitas.

Finalmente, tomando elementos de los proyectos contra la discriminación y otros de la pornografía no consentida, en 2017 se presentó un proyecto por medio del cual se intenta incorporar una nueva figura al Código Penal argentino estableciendo que:

Será reprimido con prisión de 6 meses a 2 años el que difundiere o diera a conocer material visual, audiovisual o datos sensibles sobre preferencias o vida sexual de un tercero mayor de edad, en formato digital y a través de cualquier medio de tratamiento de datos sin su autorización o consentimiento, aun cuando hubiera sido obtenido con la anuencia de la persona afectada en su intimidad y/o privacidad”. La pena será de prisión de 1 a 3 años cuando la difusión se hiciere utilizando identidades falsas, homónimos de la persona afectada o perfiles apócrifos³¹

El proyecto incluye, además, el delito de acoso virtual:

Será reprimido con prisión de 6 meses a 3 años quien realizare actos de acoso y/o persecución por cualquier medio de tratamiento de datos contra una persona mayor de edad, haciendo o no uso del anonimato, de modo que comprometa datos sensibles sobre sus preferencias o vida sexual, y/o altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana.³²

A pesar de no haber prosperado en el debate parlamentario, el proyecto genera preocupación por la amplitud y la imprecisión de sus términos. Además, el proyecto genera una connotación particularmente negativa en el uso de herramientas como el anonimato o el seudónimo, tan necesarios a veces para la protección de los más vulnerables.

Indudablemente, en estos casos, los proyectos tienen objetivos loables como la protección de la privacidad o la pro-

²⁶ Ver CELE, *La regulación de la pornografía no consentida en Argentina*, Buenos Aires, diciembre de 2015, disponible en: <http://bit.ly/1Z9WJvx>

²⁷ El proyecto de ley de Expediente N° 2119-S-2016 del Senado de la Nación incorpora una norma al Código penal argentino que establece: “ARTICULO 155 BIS: *Será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años, el que hallándose en posesión de imágenes de desnudez total o parcial y/o videos de contenido sexual o erótico de una o más personas, las hiciere pública o difundiere por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones, o cualquier otro medio o tecnología de transmisión de datos, sin el expreso consentimiento de la o de las mismas para tal fin, aun habiendo existido acuerdo entre las partes involucradas para la obtención o suministro de esas imágenes o video. La persona condenada será obligada a arbitrar los mecanismos necesarios para retirar de circulación, bloquear, eliminar o suprimir, el material de que se tratare, a su costa y en un plazo a determinar por el juez.*”

²⁸ Expediente N° 5893-D-2016 de la Cámara de Diputados, disponible en: <http://bit.ly/2FUdOpf>

²⁹ Ver <http://bit.ly/2EnYRyw>

³⁰ Por ejemplo, ¿serían aplicables las penas para personas que reenviaran una fotografía o video a sus contactos en forma privada?

³¹ Ver expediente N° 3862-D-2017 de la Cámara de Diputados, disponible en: <http://bit.ly/2BGZwKx>

³² *Ibid.*

tección contra la discriminación y el abuso. Sin embargo, ponen de manifiesto problemáticas comunes a otros procesos, como la falta de análisis de los proyectos desde la perspectiva de libertad de expresión y la tendencia a la criminalización. Además, el último ejemplo pone de manifiesto un desconocimiento sobre cómo funciona internet y a la amplitud de la agenda de datos personales, que no está definida ni contenida en la doctrina ni en la jurisprudencia. Expresa también un desconocimiento de estándares internacionales que indican que el medio por el cual uno se expresa, en este caso Internet, no debiera hacer parte de los elementos del tipo penal o un elemento para el incremento de penas.

2. Los casos de apología, incitación e instigación

En Argentina, recientemente los tipos penales de incitación, apología e instigación³³ estuvieron en el centro de la escena, a raíz de algunos casos resonantes, que iluminan el debate sobre la criminalización de la expresión. El primer caso lo protagonizó Gustavo Cordera, cantante de Bersuit Vergarabat, quien declaró en una entrevista en la escuela de periodismo TEA que “hay mujeres que necesitan ser violadas para tener sexo”.³⁴ El segundo caso fueron las declaraciones de funcionarios públicos del poder ejecutivo cuestionando la cantidad de desaparecidos durante la última dictadura militar en Argentina.³⁵ Vinculado a esta temática, está también el caso del médico forense Oscar Roo, quien fue procesado por hacer apología en su muro de Facebook. Finalmente, el caso de la ola de suicidios en el mundo a raíz del juego de “La Ballena Azul”.

Gustavo Cordera fue procesado por incitación a la violencia en 2016 cuando un estudiante publicó en su muro de Facebook las expresiones de Cordera. El caso dio lugar a un interesante debate, incluso en el seno de organizaciones dedicadas a la defensa y promoción de los derechos de la mujer en torno a la utilidad y efectividad de la criminalización de este tipo de expresiones. La causa avanza e incluso se rechazó un acuerdo que se estaba negociando entre la Defensa y la Fiscalía para que Cordera obtuviera la suspensión de juicio oral a cambio de realizar dos recitales a beneficio de dos hospitales de niños y de “Ni una Menos” (movimiento contra la violencia de género), y asistiera a un curso sobre violencia de género. El juez en la causa sostuvo que el caso encuadraba como un caso de violencia de género y por los compromisos internacionales del Estado en esa materia no podría aceptarse una *probation* como la que se proponía. Más allá de lo reprochable de sus dichos, no está claro cómo se están analizando los elementos legales del tipo o como los dichos constituyen incitación, particularmente cuando todas las reacciones, incluso de su auditorio directo, fueron manifiesta y públicamente condenatorias.

En el segundo caso, a raíz de las declaraciones de algunos funcionarios del Poder Ejecutivo cuestionando la cantidad de desaparecidos durante el proceso militar en Argentina, en 2016 se presentó un proyecto de ley que pretende aumentar las penas de prisión por apología del delito cuando la misma se refiera a un delito de lesa humanidad “... y el hecho fuera cometido por un funcionario público o un agente de las fuerzas de seguridad”, así como en el caso de que el funcionario o el agente de las fuerzas de seguridad “... públicamente y por cualquier medio, apruebe, niegue, justifique o reivindique un crimen de lesa humanidad”.³⁶ A este proyecto a nivel nacional se sumó otro de ley provin-

³³ Aun cuando en Argentina estos tres conceptos se han usado en forma indistinta, cada uno surge de distintas normas del Código Penal argentino y están definidos en forma separada:

“ARTICULO 209. - El que públicamente instigare a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de dos a seis años, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el artículo 41.”

“ARTICULO 212. - Será reprimido con prisión de tres a seis años el que públicamente incitare a la violencia colectiva contra grupos de personas o instituciones, por la sola incitación.”

“ARTICULO 213. - Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito.”

³⁴ Gustavo Cordera hizo declaraciones en el marco de una clase de periodismo en torno a violencia contra las mujeres en el mundo del rock, se manifestó en contra de la tipificación del delito de estupro y declaró que “Hay mujeres que necesitan, porque son histéricas, ser violadas.” Al momento de finalización de este artículo se había confirmado el procesamiento de Cordera y va camino a juicio oral. Ver <http://bit.ly/2FQQqc4> y <http://bit.ly/2ELepdw>

³⁵ Ver <http://bit.ly/2E6ZNE1>; <http://bit.ly/2rwHyF9>; <http://bit.ly/2BZ8O05>.

³⁶ El proyecto de ley de Expediente N° 8906-D-2016 aumenta el plazo de penas originario de un mes a un año al plazo de tres a ocho años de prisión e inhabilitación especial perpetua en los dos posibles casos establecidos por el proyecto.

cial, aprobado por unanimidad, que prohíbe a los funcionarios y dependencias provinciales cuestionar la cantidad de 30.000 desaparecidos estipulada en el informe “Nunca Más”.³⁷ En este caso, no solo hubo denuncias por apología, sino además propuestas concretas de reforma tendientes a re-criminalizar expresiones indeseadas y minoritarias, optando nuevamente por una restricción del debate en lugar de la ampliación del mismo.

En 2014 ya había habido casos vinculados a la apología de crímenes de lesa humanidad, pero de menor perfil. El médico forense Oscar Roo fue procesado por apología del delito en Chubut por supuestamente desearle la tortura y muerte a la titular de Abuelas de Plaza de Mayo, Estela de Carlotto, en su muro de Facebook.³⁸ El juez Otranto consideró que el muro de Facebook es un lugar suficientemente público para cumplir con el requisito de publicidad del artículo 210 del Código Penal.³⁹ Sin embargo, en su decisión no aparece mención alguna sobre la necesidad o proporcionalidad de la acción penal, tratándose de expresiones realizadas respecto de una persona pública en el marco de un tema de interés público.⁴⁰ Curiosamente, el juez sostiene que desearle a alguien la muerte o la tortura constituye expresión protegida pero como la persona referida efectivamente había sido sometida a tortura, el caso constituía apología.

Finalmente, el tercer caso propuesto surgió a raíz de fenómenos como el del juego “La Ballena Azul”, que adquirieron resonancia pública global. En 2017 se presentó un proyecto de ley que propone penas de prisión de dos a cinco años al que “instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado”.⁴¹ El proyecto modifica la norma vigente del Código Penal argentino, aumentando la escala penal actual de uno a cuatro años y llevando el mínimo a dos y el máximo a cinco. Además, el segundo párrafo del proyecto (que se agregaría a la norma actual) aumenta la escala penal en el triple del mínimo y el máximo en los siguientes casos: “... 2) Cuando el medio utilizado fuere las redes sociales digitales, comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones, telefonía móvil o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, en forma directa o encubiertas en mensajes, aplicaciones, juegos, video juegos u otro tipo de herramienta y dato, u ocultando la identidad del autor...”.⁴²

Los tres ejemplos anteriores plantean la persistencia del derecho penal frente a otras alternativas para lidiar con expresiones problemáticas. También dan cuenta de cómo se están interpretando las normas y sus términos en el marco de Internet y las nuevas tecnologías.

Los casos tuvieron resonancia pública y, a pesar de ello, no se planteó a nivel social la necesidad de revisar la constitucionalidad de las figuras de incitación, apología o instigación, o su conformidad con estándares internacionales en materia de libertad de expresión. Uno de ellos incluso plantea importantes distinciones entre los medios de comunicación como elemento central del tipo y para aumentar considerablemente las penas, haciendo caso omiso de las recomendaciones internacionales y regionales en la materia. Todos los tipos penales analizados y los propuestos por

³⁷ CONADEP, *Nunca más, Informe final de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1984. Informe disponible en: <http://bit.ly/29mRHMZ>

³⁸ “El precio de la estupidez: cesantean e inhabilitan al médico forense que le deseó vía Facebook “un tiro en la nuca” a Estela de Carlotto”. Ver <http://bit.ly/2BHPNn1>

³⁹ Ver fallo de la causa N° FCR 11844/2014 <http://bit.ly/2FSrtNu>: “Cualquier información que no sea transmitida a través de las modalidades que el propio sistema preserva para comunicarse en privado o restringiendo su difusión a un segmento determinado de usuarios (amigos o grupos definidos), debe considerarse pública en el sentido de que ha sido compartida con todos.”

⁴⁰ Los comentarios de Roo en su página de Facebook estaban referidos a la noticia en la cual se daba cuenta de la aparición del nieto de Estela de Carlotto en 2014.

⁴¹ Ver expediente 2537-D-2017 de la Cámara de Diputados, disponible en: <http://bit.ly/2GU7SxM>. Entre los fundamentos para modificar la norma sobre instigación al suicidio y crear la figura de instigación a la autolesión, el autor del proyecto sostiene que “... ante la aparición en las redes sociales de los denominados desafíos, juegos o videojuegos que insistan a los usuarios de las mismas a llevar adelante una serie de acciones riesgosas, que en muchos casos han ocasionado la muerte, como es el caso de desafíos denominados “Ballena Azul”, “Pedro Responde”, “Drogas Auditivas” y similares, nos pone en la necesidad de establecer nuevos parámetros normativos en defensa de la dignidad de la persona, de su integridad sicofísica y de la vida, en especial cuando los implicados son menores de edad.”

⁴² Expediente 2537-D-2017 de la Cámara de Diputados. El proyecto establece que “Será reprimido con prisión de un mes a un año, el que instigare o indujere a la autolesión, de cualquier tipo, de otra persona, o le ayudare a cometerla. La escala se incrementará en el triple del mínimo y el máximo en los siguientes casos: 1) Cuando la víctima fuera un menor de dieciocho (18) años de edad. 2) Cuando el medio utilizado fuere las redes sociales digitales, comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones, telefonía móvil o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, en forma directa o encubiertas en mensajes, aplicaciones, juegos, video juegos u otro tipo de herramienta y dato, u ocultando la identidad del autor. 3) Cuando sea a persona indeterminada. 4) Cuando el resultado involucre a más de una persona.”

proyecto de ley tienen en común ser amplios y ambiguos, habilitando, en definitiva, una amplísima discrecionalidad en su aplicación por parte de jueces y fiscales.

3. El caso de calumnias e injurias: una causa abandonada

El proceso de despenalización del desacato, calumnias e injurias comenzó en 1993 con la **Ley N° 24.198**.⁴³ Tal como se destacó en la introducción, la ley marcó un precedente fundamental para la libertad de expresión en Argentina y en América Latina, derogando el artículo 244⁴⁴ del Código Penal que contemplaba la figura del desacato en Argentina. Posteriormente, y a raíz de la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso **“Kimel vs. Argentina”**⁴⁵ en 2008, se impulsó la modificación legislativa de los delitos de calumnias e injurias en Argentina. El Congreso argentino dictó entonces la **Ley N° 26.551**,⁴⁶ que reformó el Código Penal para excluir del tipo penal a las expresiones de interés público, incluso las lesivas del honor o reputación, y expresiones que no sean asertivas. Sin embargo, subsistieron la regulación en el Código Penal y las sanciones pecuniarias establecidas en el Código Civil argentino respecto a otros tipos de expresiones.⁴⁷

Las calumnias e injurias siguen penalizadas y no existe un régimen discriminado de responsabilidad civil para estos delitos dentro de nuestro ordenamiento.⁴⁸ Dos informes del CELE de 2012 y 2013 respectivamente evaluaban la aplicación de la ley penal y su impacto en el litigio de casos tanto penales como civiles, dando cuenta de algunos problemas persistentes. En el análisis de la ley penal, el estudio concluye que “Los datos de los juzgados ordinarios y federales demuestran que, a pesar del desincentivo logrado por la reforma, el recurso penal sigue utilizándose. Y, más específicamente, que funcionarios públicos siguen utilizando la figura a pesar de la ley modificatoria.”⁴⁹ Además, el informe en torno a la repercusión de la ley Kimel en el fuero civil concluía que “persisten los casos en los cuales se utilizan estas demandas como medios de intimidación o silenciamiento de la prensa y la crítica.”⁵⁰

⁴³ Bertoni, Eduardo; Del Campo, Agustina; Despenalización de la expresión: la experiencia argentina, en Bertoni, Eduardo; Del Campo, Agustina, Miño Buitrón, María Dolores; Criminalización de la expresión en América Latina, La Ley y la Palabra, Fundamedios, Quito, Ecuador, junio de 2012, p. 130.

⁴⁴ Este artículo establecía lo siguiente: “Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, el que provocare a duelo, amenazare, injuriare o de cualquier modo ofendiere en su dignidad o decoro a un funcionario público, a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de practicarlas. La prisión será de un mes a un año, si el ofendido fuere el presidente de la Nación, un miembro del Congreso, un gobernador de provincia, un ministro nacional o provincial, un miembro de las legislaturas provinciales o un juez.”

⁴⁵ Corte IDH. Caso *Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Fecha: 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 45.

⁴⁶ Ley Modificatoria al Código Penal (Argentina). Ley N° 26.551. Fecha de publicación en el Boletín Oficial: 27 de noviembre 2009, Artículo 2.

⁴⁷ Código Civil de la Nación: Art. 1.071 bis. *El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación.*

Actualmente, el artículo 1.071 bis fue reemplazado por el artículo 1.770 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación dictado en el año 2014: Art. 1.770.- *Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.*

⁴⁸ Recientemente, y en ocasión del día mundial de la libertad de prensa (3 de mayo), se presentó un proyecto para modificar el Código Civil y Comercial (expediente N° 2935-D-2017, disponible en: <http://bit.ly/2E6JM5f>) “... para limitar aquellas expresiones que son pasibles de ser consideradas como intromisiones arbitrarias a la vida privada, con el fin de que no se vea perjudicada la libertad de expresión”. La reforma propuesta busca incorporar la exigencia de la real malicia al pago de la indemnización por injurias en casos de funcionarios públicos y personas particulares que se hubieran involucrado voluntariamente en asuntos de interés público, avanzando en la dirección propuesta previamente planteada durante el proceso de despenalización. Sin embargo, la iniciativa no parece haber despertado interés o debate alguno en esta materia que sugiera su tratamiento o el reinicio de la discusión.

⁴⁹ Del Campo, Agustina y Bertoni, Eduardo, CELE, *Calumnias e Injurias: A dos años de la Reforma del Código Penal*, septiembre de 2012, p. 38. Disponible en <http://bit.ly/2BJPbxl>

⁵⁰ Del Campo, Agustina, *La situación en el fuero civil después de la Ley 26.551*, p. 36 Disponible en <http://bit.ly/1SJa3lQ>.

La adopción de la ley Kimel en 2009 cerró el debate que se venía dando en Argentina en torno a la criminalización de la expresión a pesar de no haber logrado eliminar los tipos penales de calumnias e injurias, y el tema no fue retomado hasta la fecha. Tampoco se lograron los cambios paralelos a la reforma penal promovidos por el movimiento de despenalización, que incluían la revisión de las condenas civiles por este tipo de delitos, destacando la necesidad de criterios de proporcionalidad de las indemnizaciones. Este último tema fue tratado por la Corte Interamericana en el caso *Fontevicchia*, que rechazó el argumento. A partir de entonces, la Comisión Reformadora del Código Civil en Argentina abandonó la agenda y no parece haberse retomado desde entonces (2011).⁵¹

4. Objetivos legítimos, tipificación proco precisa. El caso de la protección de menores

La **Ley Nº 26.388**⁵² incorpora y modifica distintas normas del Código Penal argentino para añadir los llamados “delitos informáticos”, cuya articulación es de fundamental relevancia para la libertad de expresión. La ley añade artículos penalizando, entre otros delitos, la pornografía infantil por medio de internet u otros medios electrónicos; la violación, apoderamiento y desvío de las comunicaciones electrónicas; la interceptación o captación de comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones; la publicación de una comunicación electrónica; la revelación de información registrada en un banco de datos personales y el fraude informático y el daño o sabotaje informático.

La **Ley Nº 26.904**⁵³ establece que “Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma”. Si bien el objeto de la ley fue proteger a los menores de edad al crear el delito de *grooming*, la norma fue criticada por distintos problemas respecto de los requisitos de legalidad y proporcionalidad. En primer lugar, el *grooming* solo se considera tal cuando el contacto es por Internet. ¿En qué difiere la conducta de aquel que contacta en la plaza o a la salida de la escuela? Además, algunos sectores consideraron que el tipo penal es impreciso en tanto utiliza el verbo “contactare” y que es problemático para el requisito de proporcionalidad de las penas que la ley prevea un rango similar al de delitos contra la integridad sexual consumados.⁵⁴ Cuando se castiguen actos preparatorios, la pena debería ser menor.⁵⁵ Como se mencionó anteriormente, el paquete de reformas no tuvo un análisis desde la perspectiva de la libertad de expresión, que hubiera habilitado por lo menos un debate en torno a los posibles efectos inhibidores de la circulación de contenidos que estas leyes pudieran tener a futuro. Actualmente se están dando debates en los que se propone reformar los artículos, pero están circunscriptos a la supuesta necesidad de aumentar las penas y no a la definición misma de la acción tipificada.

⁵¹ En 2014 se reemplazó el Código Civil de la Nación por el nuevo Código Civil y Comercial, que reemplazó el artículo 1.071 bis por el 1.770, según el cual “El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.” Además, el artículo 1.771 se refiere a la “acción calumniosa” y establece que “En los daños causados por una acusación calumniosa sólo se responde por dolo o culpa grave. El denunciante o querellante responde por los daños derivados de la falsedad de la denuncia o de la querrela si se prueba que no tenía razones justificables para creer que el damnificado estaba implicado.”

⁵² Ver Ley 26.388 (2008): <http://bit.ly/2EmPX4b>

⁵³ Ver Ley 26.904 (2013): <http://bit.ly/2nMpOS6>

⁵⁴ Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE), *El delito de “grooming” en la legislación penal actual y proyectada en Argentina*, marzo de 2016, p. 11.

⁵⁵ Garibaldi, Gustavo E. L., *Aspectos dogmáticos del grooming legislado en Argentina*, SAIJ: NV11208, 8 de mayo de 2015, p. 36. Disponible en: <http://bit.ly/2vpfR3A>

III. La regulación de internet y su impacto en la libertad de expresión

Además de las normas que afectan la libertad de expresión *online* y *offline*, durante los últimos años crecieron exponencialmente las iniciativas tendientes a regular distintos aspectos de Internet. Este crecimiento está relacionado con los crecientes índices de penetración de Internet en la región y en Argentina en particular, la masificación de Internet, el rápido desarrollo de las tecnologías del conocimiento y la información. Un gran número de los proyectos de ley presentados en el Congreso en los últimos años regula -directa o indirectamente- la libertad de expresión en Internet.⁵⁶ Llama la atención el cambio que parece haberse generado en la percepción de Internet desde las primeras leyes en la materia hasta la fecha: de considerarse una herramienta democratizadora, pasó a percibirse en muchos casos como una amenaza creciente. Los proyectos de ley sobre difusión no consentida de imágenes íntimas, actos discriminatorios o sobre *grooming* se encuentran en esta línea.

Las primeras normas incorporadas a la legislación argentina en materia de Internet fueron alentadoras para la libertad de expresión y el acceso a la información. La **Ley Nº 26.032**⁵⁷ de 2005 prevé que “La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión”. Esta norma enfatiza que el derecho a la libertad de expresión debe ser protegido también en Internet, tal como ya lo había establecido la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA.⁵⁸

En 2014 se consagró legalmente la neutralidad de la red⁵⁹ en la **Ley Nº 27.078**⁶⁰ (Ley Argentina Digital), que declaró “... de interés público el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, las Telecomunicaciones y sus recursos asociados, estableciendo y garantizando la completa neutralidad de las redes”. Si bien el proyecto original no contenía el término, logró incorporarse sin definición propia y sin mayor debate. La ley expresamente excluye la regulación de contenidos, pero, al garantizar la neutralidad de la red, protege y fomenta la posibilidad de todas las personas de acceder a todo tipo de contenidos y expresiones al determinar que todo el contenido debe moverse igual y a la misma velocidad a través de la red.⁶¹ Además, la neutralidad de la red hace alusión a la no discriminación de contenidos, la garantía de no bloqueo y la libertad de uso de dispositivos.⁶²

Entre 2014 y 2017 también se presentaron otros proyectos de ley⁶³ tendientes a fortalecer el principio de neutralidad de la red, a efectos de garantizar el acceso a Internet de todas las personas sin distinciones. Entre ellos, se destaca un proyecto que tiene el objetivo de replicar el Marco Civil de Internet de Brasil,⁶⁴ presentado en 2014 en la Cámara de Diputados.

Paralelamente, desde 2006 a la fecha, se debate a nivel legislativo el marco regulatorio de la responsabilidad de intermediarios, fundamental por su impacto sobre el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Internet.^{65,66}

⁵⁶ De un total de 169 proyectos de ley que afectan de algún modo la libertad de expresión desde 2012, 62 proyectos regulan internet. Es decir, un 36,7% del total de los proyectos.

⁵⁷ Ver Ley 26.032 (2005): <http://bit.ly/293NHhT>

⁵⁸ Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet (2011). Disponible en: <http://bit.ly/1eX83sn>; OEA, Informe “Libertad de Expresión e Internet”, Relatoría para la Libertad de Expresión, 2013. Disponible en: <http://bit.ly/1WHr6cD>; OEA, Informe “Principios para una internet libre, abierta e incluyente”, Relatoría para la Libertad de Expresión, 2016.

⁵⁹ Según la Dynamic Coalition on Network Neutrality, la neutralidad de la red es “el principio según el cual el tráfico de Internet debe ser tratado con igualdad, sin discriminación, restricción o interferencia independientemente de su remitente, destinatario, tipo o contenido, para que la libertad de elección de los usuarios de Internet no esté restringida por favorecer o desfavorecer la transmisión de tráfico de Internet asociado con determinado contenido, servicios, aplicaciones o aparatos”. La versión en español del documento está disponible aquí: <http://bit.ly/2BZM6F1>

⁶⁰ Ver Ley Nº 27.078 (2014): <http://bit.ly/2fDLTfS>

⁶¹ Cortés Castillo, Carlos; *La neutralidad de la red: la tensión entre la no discriminación y la gestión*, en “Internet y Derechos Humanos: aportes para la discusión en América Latina”, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE), Buenos Aires, febrero de 2014, p. 19.

⁶² *Ibíd.* p. 32.

⁶³ Ver, por ejemplo, Expedientes Nº 8601-D-2014 y 3142-D-2014 de la Cámara de Diputados de la Nación. Disponibles en: <http://bit.ly/2EM8nJI>; <http://bit.ly/2FRb3ot>

⁶⁴ Ver Expediente Nº 3142-D-2014. Disponible en: <http://bit.ly/2FRb3ot>

⁶⁵ Ver, por ejemplo, <http://bit.ly/2nMsX4o>

⁶⁶ Cabe destacar que del total de 169 proyectos que afectan la libertad de expresión presentados desde 2012, 35 regulan la responsabilidad de intermediarios, lo que refleja la falta de consensos entre legisladores al presentar proyectos sobre la temática.

El debate cobró fuerza en 2012, cuando se presentó un proyecto de ley criticado severamente por organizaciones de la sociedad civil que trabajan en políticas de Internet. El mismo autor presentó una nueva propuesta que recogía las críticas formuladas. En 2016 se terminó de consolidar un proyecto común que adquirió media sanción en el Senado y pasó a ser considerado en la Cámara de Diputados.⁶⁷

Debe destacarse la participación que se le dio a organizaciones de la sociedad civil, la academia y el sector privado en la discusión de los distintos proyectos hasta la fecha. Sin perjuicio de ello, llama la atención que en la Cámara de Diputados el proyecto no haya sido girado a la Comisión de Libertad de Expresión.

Todo el recorrido de los proyectos de ley sobre responsabilidad de intermediarios coincide con la época del tratamiento del caso de María Belén Rodríguez ante la Justicia, que se suma a los diversos casos de modelos, artistas y futbolistas que han demandado a buscadores solicitando la suspensión o bloqueo de vinculaciones entre su nombre o imagen y páginas difamatorias o de contenido sexual.⁶⁸ En 2014, la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁶⁹ sostuvo que los buscadores no tienen responsabilidad objetiva por los contenidos de terceros que indexan. Solo son pasibles de responsabilidad cuando exista una notificación fehaciente que genere la obligación de remover contenidos y se constate el incumplimiento o cuando los mismos intervengan en los contenidos que indexan u hospedan. El fallo fue confirmado y ampliado en su interpretación del derecho a la imagen y los thumbnails en la decisión de la CSJN en el caso Gimbutas⁷⁰ de 2017.

Sin perjuicio del reconocimiento de Internet como un medio democratizador de la libertad de expresión y el reconocimiento expreso de la vigencia del derecho a la libertad de expresión en Internet y la neutralidad de la red, desde 2008 en adelante surgieron una serie de leyes y proyectos de ley que sugieren un cambio en la percepción que los legisladores y la sociedad en general tienen de Internet. En la larga lista de proyectos que dan cuenta de esta tendencia, pueden mencionarse los proyectos de ley contra actos discriminatorios que mencionamos *ut supra* en la sección de criminalización, los proyectos sobre pornografía no consentida, los proyectos relativos al acoso, incluyendo el nuevo proyecto de 2017 que mencionamos antes y los proyectos que amplían las penas para el ciber- *bullying* o para el *grooming*. Ellos se suman a los proyectos que regulan el derecho al olvido, sea planteado en el marco de la ley de protección de datos personales o en el marco de la ley de responsabilidad de intermediarios.

Uno de los proyectos más ejemplificadores de esta postura es de 2016⁷¹ por el cual se propone crear una **defensoría pública en redes sociales de contenidos digitales**.⁷² La misión de la Defensoría es la de proteger

*los derechos de las personas humanas y jurídicas frente a los actos, hechos y expresiones que causen un grave perjuicio a sus derechos constitucionales, a través de cualquier tipo de redes sociales, sean estas, digitales, fijas o móviles, en particular internet y cualquier otra plataforma digital existente o a crearse en el futuro de transmisión de datos*⁷³

El proyecto habilita el monitoreo de redes y habilita al Defensor Público en Redes Sociales a “Exigir la inmediata solución de comportamientos ofensivos, agresivos o contrarios a la dignidad humana por medio de las redes sociales”.⁷⁴ Además, la Defensoría podría ordenar por resolución administrativa bloqueos de sitios y/o usuarios que inciten o difundan publicaciones agraviantes.⁷⁵

⁶⁷ Aun cuando algunos proyectos anteriores presentaban distintas soluciones, el proyecto conjunto aprobado se encuentra en línea con lo estipulado por los distintos relatores de libertad de expresión en su declaración conjunta sobre libertad de expresión e internet de 2011 (Ver el punto 2 de la declaración conjunta en: <http://bit.ly/1eX83sn>), así como por los Principios de Manila sobre Responsabilidad de los Intermediarios (<https://www.manilaprinciples.org/es>), acordados por organizaciones de la sociedad civil global.

⁶⁸ “Presentan proyecto de ley para regular a proveedores de servicios de internet”. Ver <http://bit.ly/2E8jvPF>

⁶⁹ Ver el fallo completo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 28 de octubre de 2014 en: <http://bit.ly/1UGGjrD>. Ver también <http://bit.ly/2FR4Ngw>

⁷⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios”, 12 de septiembre de 2017. Ver fallo en: <http://bit.ly/2lj65da>

⁷¹ Ver Expediente N° 8542-D-2016 de la Cámara de Diputados de la Nación. Disponible en: <http://bit.ly/2E56Wsp>

⁷² Hay un antecedente de 2012 que también tenía como objetivo la creación de un observatorio de redes sociales, correos electrónicos y mensajes de texto. Ver Expediente N° 1892-D-2012: <http://bit.ly/2E5u1qY>

⁷³ Ver *supra* nota 71.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ Ver *supra* nota 67.

El proyecto fue severamente criticado. La imprecisión y amplitud de conceptos tales como “ofensivos”, “agresivos” o “contrarios a la dignidad humana” o “publicación agravante” atentan contra el requisito de especificidad que deben cumplir las restricciones a la libertad de expresión. Podrían resultar en interpretaciones contrarias a este derecho y habilitar la censura, y la consecuencia de bloquear un sitio y/o usuario es desproporcionada. Asimismo, la mera existencia de este tipo de monitoreo vulnera el derecho a la privacidad de los usuarios y podría generar nuevos niveles de autocensura, sobre todo en aquellos que exponen visiones contra-mayoritarias, minorías étnicas, raciales, o personas en situación de vulnerabilidad.

En este contexto se insertan otros dos proyectos de ley que están en discusión actualmente: el proyecto que intenta reformar la Ley de Protección de Datos Personales y el de propiedad intelectual. En ambos casos, el principal objetivo es adaptar los textos a los avances tecnológicos de los últimos años. Estas modificaciones son necesarias. Sin embargo, las reformas que se intentan hacer por medio de los dos proyectos parecen sumar nuevas restricciones para la libertad de expresión, adoptando posturas posiblemente problemáticas.

Argentina cuenta con una **Ley de Protección de los Datos Personales** de 2000 que tiene por objeto

... la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional

La ley define como dato personal a la “información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables”. Teniendo en cuenta sus orígenes y la regulación en la materia a nivel regional, la ley aparecía, en líneas generales, como una norma legítima, necesaria y proporcional. Sin perjuicio de ello, y a la luz de debates como el de derecho al olvido, surgen discusiones sobre la definición de “dato personal” por su amplitud o su aplicabilidad a los buscadores en Internet.

Dados los importantes avances tecnológicos desde 2000, la ley quedó desactualizada en distintos aspectos y actualmente existe un anteproyecto de ley para reformarla. Algunos de estos aspectos fueron incluidos en este anteproyecto desarrollado por el Poder Ejecutivo, que aún no se presentó en el Congreso. El tema de derecho al olvido, además, fue objeto de distintos proyectos de ley específicos que, de avanzar en el trámite legislativo, vendrían a complementar esta norma.

Finalmente, en materia de **propiedad intelectual**,⁷⁶ las enmiendas a la ley presentadas en 1997, 1998 y 2003 ampliaron la protección de los derechos de los autores sobre sus obras. Por ejemplo, se extendió el plazo de protección hasta setenta años después de la muerte del autor y se les otorgaron derechos de propiedad intelectual a los colaboradores en una obra cinematográfica. En 2017, el gobierno nacional abrió nuevamente el debate sobre esta ley y presentó un documento con el objetivo de determinar si es necesario reformarla y cuáles deberían ser los cambios. Aun cuando están de acuerdo en la necesidad de una modificación y actualización de la ley vigente,⁷⁷ algunas organizaciones de la sociedad civil resaltaron que el documento presentado por la Dirección Nacional de Derechos de Autor tiene una orientación punitivista,⁷⁸ lo que podría ser preocupante para la circulación del discurso.

⁷⁶ Ley 11.723, disponible en: <http://bit.ly/2E5u1Y0>

⁷⁷ Ver aportes de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC): <http://bit.ly/2BIB7UR>

⁷⁸ Ver documento elaborado por Fundación Vía Libre: <http://bit.ly/2FTkdAK>

IV. Conclusiones

La legislación argentina dio importantes pasos hacia la plena protección de la libertad de expresión. El proceso de despenalización del desacato y las calumnias e injurias marcó un hito importante para la legislación de otros temas. El reconocimiento de la vigencia del derecho a la libertad de expresión en Internet también fue un momento importantísimo, tomando en cuenta que la misma data de 2005 y las resoluciones de Naciones Unidas en este sentido fueron posteriores. La jurisprudencia nacional, que aportó significativamente a ese proceso, también contribuyó al reconocimiento del derecho a la libertad de expresión en Internet y a la identificación de un marco regulatorio para la responsabilidad de intermediarios, entre otros.

A pesar de estos avances, persiste en Argentina una tendencia hacia la criminalización en materia de libertad de expresión y esta se vio particularmente acentuada por la regulación que surge en torno a Internet. Si bien no se han vuelto a imponer penas de prisión para las injurias y calumnias, los tipos penales siguen parcialmente vigentes y han surgido otros que afectan desproporcionada e innecesariamente la libre circulación del discurso. Además, siguen vigentes algunos tipos penales como el de incitación a la violencia, cuya adecuación constitucional o internacional no fueron seriamente discutidos en el ámbito legislativo. Es más, se han presentado iniciativas para incrementar el número de este tipo de normas.

Por otro lado, resulta particularmente preocupante que los numerosos proyectos de ley que están surgiendo en el marco de la regulación de Internet no respeten los principios de especificidad, necesidad y proporcionalidad que deben cumplir las restricciones a la libertad de expresión. A ello se suma la permeabilidad del Congreso a los cambiantes ánimos sociales o las modas internacionales. Muchos de los proyectos de ley, e incluso las leyes, que se han relevado en Argentina responden a cuestiones y “urgencias” coyunturales, en detrimento de una estrategia legal en esta materia. De 169 proyectos que afectan la circulación del discurso, 101 fueron presentados por un solo diputado o senador, dando cuenta de cierta falta de consensos o reflexión colegiada previa. Por otra parte, resulta llamativa la desarticulación de la sociedad civil, la academia y las asociaciones de prensa a la hora de generar una agenda para la promoción del derecho a la libertad de expresión a nivel nacional.

El análisis de la legislación de los últimos 20 años permite ver con claridad que, conforme su naturaleza y su transversalidad, la legislación en materia de libertad de expresión se encuentra diseminada a lo largo de múltiples y diversas leyes y proyectos de ley. Esto genera que muchos de los proyectos no sean girados a las comisiones de libertad de expresión del Senado o de la Cámara Diputados, y que los textos no sean analizados desde esta perspectiva en ningún momento del proceso, a pesar de las implicancias (serias en algunos casos) que estos proyectos pueden tener para la libertad de expresión. Esto es relevante al momento del debate sobre los medios efectivos, idóneos y adecuados para limitar conductas indeseadas o balancearlas con el derecho a la libertad de expresión.

V. Recomendaciones

En base al análisis y las conclusiones expuestas, identificamos algunas recomendaciones concretas y relevantes para el desarrollo futuro de la legislación en materia de libertad de expresión en Argentina:

- 1) Los proyectos de ley que debatan regulación de Internet deberían contar con un análisis previo en torno a los riesgos o limitaciones que estos suponen para el derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información. Uno de los medios para asegurar ese debate es que los proyectos pasen por la comisión de libertad de expresión de alguna de las cámaras y que se citen expertos en libertad de expresión para analizar los proyectos desde esta perspectiva;
- 2) Dados los riesgos que la criminalización de las conductas podría implicar para la circulación del discurso, las comisiones de derecho penal deberían citar expertos en materia de libertad de expresión cuando los proyectos afecten o pudieran afectar este derecho. La finalidad es debatir en forma exhaustiva los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad de los tipos penales propuestos, y los resultados de ese debate deberían hacerse públicos.

-
- 3) El derecho penal debería ser considerado de última *ratio* o último recurso. De optarse por la regulación penal, los tipos penales deben ser claros y específicos, evitando así la arbitrariedad o discrecionalidad en su aplicación o interpretación y la sobre-criminalización de expresiones legítimas que cercenan el debate público.
 - 4) La sociedad civil, academia y asociaciones de periodistas y prensa deberían trabajar conjuntamente para desarrollar una agenda concreta de cara al futuro a fin de afianzar las protecciones logradas y avanzar hacia el pleno respeto y garantía de la libertad de expresión en Argentina. La coordinación y el trabajo conjunto (por ejemplo, en el marco de la nueva propuesta de reforma del Código Penal) pueden ser fundamentales para lograr consensos sobre las modificaciones necesarias para proteger y promover la libertad de expresión y evitar legislación regresiva en esta materia.