



Tendencias en libertad de expresión en Ecuador

Marzo 2018

Facultad de Derecho

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

UP
**Universidad
de Palermo**

Libertad de Expresión *online* en Ecuador: desarrollo legislativo de las dos últimas décadas¹

I. Resumen ejecutivo

En los últimos años, Ecuador sufrió una progresiva invasión y restricción de espacios que se encuentran protegidos *ab initio* por el derecho a la libertad de expresión. A través de disposiciones que sancionan las calumnias, las injurias y el desacato, se ha pretendido silenciar a críticos de los gobiernos de turno, generando un efecto inhibitorio en la libertad de expresión. Adicionalmente, a partir de la promulgación de la Ley Orgánica de Comunicación se instauró un marco normativo que permite al gobierno controlar y limitar de manera desproporcionada los contenidos tanto *offline* como *online* de los medios de comunicación. En virtud de las consecuencias legales desmedidas impuestas a personas y a medios de comunicación que hicieron un uso legítimo de su derecho a expresarse libremente a través de los medios tradicionales, el debate público más robusto se trasladó a las redes sociales. En respuesta, nuevos proyectos de ley pretenden dotar al Ejecutivo de un mayor control sobre las ideas e informaciones que se transmiten en el entorno digital a través de la imposición de obligaciones excesivas a intermediarios de internet.

II. Introducción

El constitucionalismo ecuatoriano caracterizó por su constante volatilidad: la actual Constitución es la número veinte² de la nación. Las normas supremas de 1998 y la actual de 2008, conocida como la Constitución de Montecristi, reconocen y garantizan a las personas bajo la jurisdicción del estado ecuatoriano “[e]l derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones”.³ Respecto a la dimensión colectiva de este derecho, ambas constituciones reconocen expresamente el acceso, intercambio y difusión de la informa-

¹ Este artículo fue elaborado por Daniela Salazar Marín, profesora de la Universidad San Francisco de Quito y Daniel Caballero, abogado por la Universidad San Francisco de Quito, ambos investigadores en Ecuador del Observatorio Legislativo del CELE.

² Constituciones de 1830, 1835, 1843, 1845, 1851, 1852, 1861, 1869, 1878, 1884, 1897, 1906, 1929, 1938, 1945, 1946, 1967, 1979, 1998 y 2008. Algunos autores consideran que la Constitución de 1998 se limitó a reformar la de 1979, por lo que consideran a la Constitución de 2008 como la número diecinueve. No se cuentan en esta cifra la Constitución de Quito de 1812 ni la de Cúcuta de 1821 pues no rigieron al Ecuador como república independiente.

³ Art. 22.5 Constitución 1997; Art. 23.9 Constitución 1998 (no existe documento en línea de fuente oficial); Art. 66.6 Constitución 2008, disponible en: <http://bit.ly/1oWrdBW>

ción bajo principios como pluralidad, no censura previa, responsabilidad ulterior e interés general, entre otros.⁴

Por expresa disposición constitucional, Ecuador incluyó a los tratados internacionales de derechos humanos como parte de su ordenamiento jurídico. La Carta Magna de 1998 eliminó la restricción para la aplicación de los tratados internacionales cuando se oponían a la Constitución y a las leyes ecuatorianas y reconoció las normas de los tratados internacionales como parte del ordenamiento jurídico y su prevalencia sobre las leyes y otras normas de menor jerarquía (artículo 171). La Constitución de 2008 consagra los principios de *pro personae*, de no restricción de derechos y de aplicabilidad directa (artículo 417);⁵ es decir las normas contenidas en tratados internacionales tienen una jerarquía privilegiada y son aplicables incluso por sobre la Constitución en el caso que fueran más favorables para la protección de los derechos. Más aún, algunos artículos de la Constitución no sólo hacen referencia a la aplicabilidad directa de los tratados sino también de los *instrumentos* internacionales de derechos humanos, lo que incluiría a la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (2000) o a la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet (2011).

A primera vista el marco constitucional parece favorable. Sin embargo, el texto de la Constitución protege el derecho a la libertad de expresión e información únicamente cuando la información es “veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general” (artículo 18). De esta forma, para gozar de protección constitucional se condiciona previamente la información, contradiciendo expresamente el Principio 7 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH).

Sumado a este incoherente marco constitucional, a partir de 2007 se instauró como política de Estado una batalla en contra de los medios de comunicación, así como de cualquier otra forma de crítica o disidencia. Esto último se verifica, por ejemplo, en la promulgación de la Ley Orgánica de Comunicación (en adelante LOC) y el control ejercido sobre los medios de comunicación, y en la utilización de los tipos penales tanto del anterior Código Penal como del actual Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) para reprimir la crítica que no resulta favorable a los intereses del gobierno. Las mismas intenciones tienen los proyectos de ley que pretenden restringir de manera desproporcionada la difusión de los contenidos en el entorno digital, como el proyecto de Ley Orgánica de Protección de Derechos a la Intimidad y Privacidad sobre los Datos Personales y el proyecto de Ley que Regula los Actos de Odio y Discriminación en Redes Sociales e Internet. Ambos fueron propuestos por el oficialismo.

Este artículo tiene como objetivo hacer un repaso del desarrollo legislativo en materia de libertad de expresión y opinión en Ecuador, con miras a identificar la normativa nacional que impactó en el ejercicio libre y efectivo de este derecho, particularmente con relación a los contenidos y discursos que se acceden y difunden a través de internet.

Para alcanzar este objetivo se abordarán distintos discursos cuya regulación en Ecuador afectó el ejercicio de la libertad de expresión. A saber: las calumnias, injurias y el desacato; la apología del delito y el terrorismo; la violen-

⁴ Art. 81 Constitución 1998: El Estado garantizará el derecho a acceder a fuentes de información; a buscar, recibir, conocer y difundir información objetiva, veraz, plural, oportuna y sin censura previa, de los acontecimientos de interés general, que preserve los valores de la comunidad, especialmente por parte de periodistas y comunicadores sociales; Art. 18 Constitución 2008: Todas las personas, en forma individual o colectiva, tienen derecho a: 1. Buscar, recibir, intercambiar, producir y difundir información veraz, verificada, oportuna, contextualizada, plural, sin censura previa acerca de los hechos, acontecimientos y procesos de interés general, y con responsabilidad ulterior.

⁵ Además de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos que el Ecuador ha aceptado voluntariamente someterse, *otros instrumentos internacionales de derechos humanos* se incorporan a la Constitución a través del bloque constitucional y de las normas que establecen la jerarquía normativa. Es decir, se reconoce el valor y aplicación directa de declaraciones, reglas, principios, directrices y otros documentos con distinta denominación emitidos a nivel universal o regional. Salazar Marín, Daniela, “La acción por incumplimiento como mecanismo de exigibilidad de sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos en Ecuador”, en: Revista *Iuris Dictio*, 2013.

cia en línea; la responsabilidad de intermediarios en internet; la protección de datos personales; y, por último, los derechos de autor. Para cada regulación se analizará si las restricciones pueden considerarse legítimas a la luz de los estándares internacionales en la materia.⁶ Finalmente, se expondrán las tendencias encontradas a lo largo del estudio normativo y lo que se espera en un futuro cercano a partir de los proyectos de ley existentes.

Si bien este artículo se enfoca primordialmente en el desarrollo normativo relativo a la libertad de expresión *online*, es preciso aclarar que la libertad para expresar y difundir informaciones, ideas y opiniones en Ecuador no fue limitada exclusivamente a través de leyes sino a partir de un clima de permanente agresión y amenaza contra periodistas y opositores. En efecto, durante los últimos diez años, los discursos y pronunciamientos de las más altas autoridades del Estado, incluido el presidente de la República, crearon un ambiente de intolerancia y polarización que no facilita el debate público y que se tornó incompatible con el ejercicio de la libertad de expresión como condición de toda democracia.

También debemos advertir que la producción legislativa en Ecuador es escasa en comparación con otros países de la región. Esto se explica no sólo porque Ecuador no es un gobierno federal, sino también porque durante los diez últimos años -correspondientes al gobierno de la “revolución ciudadana”- la mayoría de las leyes aprobadas por el poder legislativo respondieron a proyectos que provenían del ejecutivo, según las cifras oficiales.⁷ Si bien algunos legisladores presentaron proyectos de ley, en la práctica el ejecutivo se convirtió en el principal legislador. Debido a la aplastante mayoría del partido de gobierno en la Asamblea, por regla general los proyectos de la oposición no llegaron a convertirse en norma. Si bien las leyes aprobadas no son numerosas, fueron eficaces para inhibir el discurso libre y vigoroso sobre temas de interés público. Esa situación explica la ausencia de otros proyectos de ley.

III. El marco normativo que regula la libertad de expresión en Ecuador

1. Calumnias, injurias y los delitos de desacato

Antes de la promulgación de la LOC, la legislación penal era la principal herramienta para reprimir expresiones que resultaban molestas a funcionarios públicos. Hasta 2014, la normativa penal en Ecuador estaba regulada bajo un código que fue promulgado en 1971 y que durante los siguientes años intentó adaptarse a las nuevas exigencias legales a través de reformas y modificaciones. Uno de los principales problemas del anterior Código Penal radicaba, justamente, en sus disposiciones sobre injurias, calumnias y desacato. Éstas limitaban la expresión porque penalizaban aquellos discursos que ofendían, insultaban o amenazaban a un funcionario público en el desempeño de sus funciones. La norma era abiertamente contraria a los estándares interamericanos expresados en la jurisprudencia.

⁶ Los organismos internacionales de protección han establecido que bajo determinadas circunstancias el derecho a la libertad de expresión puede estar sometido a restricciones que para ser consideradas legítimas deben estar previamente establecidas por ley, ser necesarias, proporcionales, y buscar alcanzar un objetivo legítimo en una sociedad democrática. La Corte IDH ha implementado el test tripartito, por ejemplo, en Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A No. 5, ¶ 36; y en Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”, sentencia del 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 107, ¶¶ 120-121. Además, ha utilizado como base la jurisprudencia del TEDH, por ejemplo, de TEDH, “Handyside v. The United Kingdom”, sentencia del 07 de diciembre de 1976, ¶ 49, disponible en: <http://bit.ly/2F2tebC>

⁷ En la última década hubo un total de 858 proyectos presentados (sobre todas las materias), de los cuales 160 se convirtieron en leyes publicadas en el Registro Oficial. 108 fueron iniciativa del Poder Ejecutivo.

dencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), así como en el Principio 11 de la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, según el cual “las leyes que penalizan la expresión ofensiva dirigida a funcionarios públicos (...) atentan contra la libertad de expresión y el derecho a la información”.⁸

El artículo 230 del anterior Código Penal establecía que la persona “... que con amenazas, amagos o injurias, ofendiere al Presidente de la República o al que ejerza la Función Ejecutiva, será reprimido con seis meses a dos años de prisión y multa de dieciséis a setenta y siete dólares...”.⁹ Conforme a los estándares internacionales en la materia, las normas que silencian las ideas y opiniones impopulares, reprimiendo el debate necesario para el efectivo funcionamiento de las instituciones democráticas, violan el derecho a la libertad de expresión y opinión¹⁰. De esta manera, se penalizaba un discurso que resultaba chocante para un funcionario público, lo cual resultaba incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana porque imponía una responsabilidad ulterior innecesaria en una sociedad democrática.

Esta normativa fue duramente criticada e incluso se demandó su inconstitucionalidad, sin que la Corte Constitucional se haya pronunciado al respecto. Las preocupaciones sobre la vigencia de esta norma se radicalizaron en 2011 cuando el ex mandatario Rafael Correa presentó una demanda penal contra un periodista y tres directivos del diario *El Universo* a raíz de un artículo de opinión referido a una revuelta policial ocurrida el 30 de septiembre de 2010. La Corte Nacional de Justicia confirmó la sanción de tres años de prisión al periodista, condenó a los tres demandados a un pago de 30 millones de dólares y a la Compañía Anónima El Universo a otro de 10 millones de dólares.¹¹

Así, mientras varios países de la región despenalizaban progresivamente las leyes de desacato, en Ecuador éstas se utilizaban como principales herramientas para amedrentar a los medios de comunicación y generar un efecto inhibitorio, restringiendo de manera indirecta la libertad de expresión.

Respecto de la utilización de mecanismos penales para sancionar expresiones sobre cuestiones de interés público o sobre funcionarios públicos, ya la Corte IDH determinó que el derecho a libertad de expresión no es absoluto, pero en los casos en que se debate la acción de funcionarios públicos por su actividad oficial debe prevalecer este derecho. Por eso las leyes de desacato que proporcionan un mayor nivel de protección a los funcionarios públicos que al resto de los ciudadanos son contrarias al principio fundamental de un sistema democrático que promueve el escrutinio de cuestiones de interés público.¹²

Con la promulgación del COIP en febrero de 2014 varios de los delitos de desacato, incluyendo la injuria no calumniosa, fueron derogados. No obstante, la legislación penal ecuatoriana mantiene la tipificación del delito de calumnias que puede implicar una sanción de hasta dos años de prisión a la persona que “por cualquier medio” realice una “falsa imputación de un delito en contra de otra” (artículo 182). La sanción corresponde a lo que en otros países se conoce como la injuria judicial. La norma se caracteriza por su amplitud al momento de considerar los medios por los cuales se realiza la acusación, sumado a que no toma en cuenta la necesaria distinción respecto de informaciones que se pueden enmarcar dentro del interés público. Tal como la norma se encuentra tipificada, son varias las conductas que podrían entrar dentro del tipo penal. Una persona que presenta una denuncia contra

⁸ Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Comisión IDH, 2000, principio 11.

⁹ Por su parte, el artículo 231 tipificaba el mismo delito en contra de funcionarios públicos cuando éstos se hallen ejerciendo sus funciones, o por razón de tal ejercicio, e imponía una prisión de quince días a tres meses y multa de ocho a cuarenta y siete dólares.

¹⁰ Comisión IDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995, ¶¶197-212.

¹¹ Corte Nacional de Justicia, “Juicio No. 840-2011 MV”, sentencia del 27 de febrero de 2012, disponible en: <http://bit.ly/2szKa6U>

¹² Corte IDH, “Caso Palamara Iribarne vs Chile”, sentencia del 22 de noviembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 135, ¶¶ 79- 95.

un funcionario público en el marco de sus funciones oficiales y que finalmente resulta archivada por falta de prueba podría ser procesada por calumnia.

En Ecuador, la norma ya fue aplicada de manera abusiva para restringir la libertad de expresión. Por ejemplo, nueve miembros de la Comisión Cívica contra la Corrupción que pidieron a la Fiscalía que investigue sobreprecios en un proyecto de refinería, denuncia que acusaba al Contralor de omitir su deber de verificación, fueron demandados penalmente por este último y sentenciados a un año de prisión por el delito de calumnias.¹³

El derecho penal también se aplicó recientemente para procesar a un periodista cuya opinión molestó al ex presidente Correa. El procesado fue el periodista Martín Pallares - quien finalmente fue absuelto- de “4 Pelagatos”, medio digital de noticias políticas, comentarios y sátiras. El ex mandatario Rafael Correa interpuso contra él una demanda ya no por injurias, como en el caso de “El Universo”, sino por “expresiones de descrédito o deshonor”, contravención tipificada en el artículo 396.1 del COIP.¹⁴

La Corte IDH sostuvo que resulta desproporcionado el uso del derecho penal para proteger la honra de servidores públicos frente a las denuncias relacionadas con el ejercicio de sus funciones.¹⁵ Sin embargo, en Ecuador se continúan utilizando los tipos penales con efectos similares a las leyes de desacato para silenciar el debate público y obstaculizar la fiscalización de los ciudadanos sobre las actuaciones de las autoridades.¹⁶

2. La apología del delito y el terrorismo

La ley penal también ha tipificado la apología del delito y el terrorismo, tipos penales cuya existencia no sería problemática si su redacción no fuera tan amplia como para generar un conflicto entre la libertad de expresión y la garantía del orden público.

El Código Penal de 1971¹⁷ determinaba únicamente una sanción pecuniaria a la persona que “... hiciere públicamente y por cualquier medio la apología del delito, o de un condenado por delito, por razón del acto realizado” (artículo 387). En cambio, el actual COIP reconoce el tipo penal como una contravención contra la seguridad pública y además sanciona la expresión con una pena privativa de libertad de quince a treinta días (artículo 365).¹⁸

¹³ Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, Proceso No. 17294-2017-00080, desistimiento de fecha 17 de agosto de 2017, disponible en: <http://bit.ly/2Er1mgn>. Por solicitud del recién electo presidente Lenin Moreno, el Contralor desistió de la querrela y la jueza debió declarar extinta la acción. Sin embargo, quedó intacto el precedente penal con todos sus efectos inhibitorios. Meses después, el Contralor se fugó del país cuando aparecieron pruebas que lo implicaron por corrupción, conforme habían denunciado los miembros de la Comisión.

¹⁴ Unidad Judicial de Contravenciones con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Juicio Contravenciones Penales No. 1751-2017-00262 seguido por Rafael Vicente Correa Delgado en contra de Juan Martín Pallares Carrión, sentencia de fecha 07 de marzo de 2017, disponible en: <http://bit.ly/2Er1mgn>

¹⁵ Corte IDH, “Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela”, sentencia del 03 de septiembre de 2012, Fondo y Reparaciones, Serie C, No. 249, ¶¶ 188 y 191.

¹⁶ Finalmente el periodista fue absuelto, en parte gracias a un ambiente de mayor independencia judicial que se vive desde que el ex presidente Rafael Correa dejó el poder. Pero los efectos inhibitorios del procesamiento penal no desaparecen, aunque no termine en una condena.

¹⁷ La anterior ley penal era una herencia de la dictadura en el país y, como tal, su aplicación resultaba anacrónica y contraria a los estándares internacionales respecto al principio de legalidad.

¹⁸ Art. 365, COIP 2014, disponible en: <http://bit.ly/1oWrdBW>. Apología.- La persona que por cualquier medio haga apología de un delito o de una persona sentenciada por un delito, será sancionada con pena privativa de libertad de quince a treinta días.

El anterior Código Penal también contemplaba sanciones a los medios de comunicación que hicieran apología de delitos sexuales y de trata de personas, las cuales podían llegar hasta la clausura y reversión de las frecuencias o autorización para su funcionamiento; y la privación de libertad de tres meses a un año a los miembros de la fuerza pública por apología del delito de sedición.¹⁹

La tipificación de este delito busca proteger el orden público y la seguridad interna de un determinado Estado, evitando la realización de conductas que supongan una exaltación o incitación a actos ilícitos o personas condenadas por los mismos. Sin embargo, la ambigüedad del tipo penal en la normativa facilita una interpretación amplia que puede conllevar la sanción de conductas que no necesariamente generarían un daño. En posibles casos de incitación a la violencia -entendida como la incitación a la comisión de crímenes, a la ruptura del orden público o de la seguridad nacional- el presupuesto es la prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba manifestando una opinión, por dura, injusta o perturbadora que sea, sino que tenía la clara intención de cometer un crimen y la posibilidad actual, real y efectiva de lograr este objetivo.²⁰ La normativa penal ecuatoriana no se ajusta a este estándar.

Algo similar sucede con la manera en la que estaba redactado el tipo penal de terrorismo. Tanto el anterior Código Penal como en el actual reconocen una pluralidad de actos y de fines atributivos, lo cual hace que cualquier acto político de un grupo de personas pueda encasillarse en el tipo penal. El artículo 160-A²¹ del anterior Código incluía varios espacios de indeterminación que permitían a la autoridad judicial completar los elementos subjetivos y objetivos, así como los verbos rectores del tipo. Tan amplia era la redacción de esta norma que el tipo penal incluía en cinco oportunidades la palabra etcétera, lo que demostraba su ambigüedad y abrió la puerta a interpretaciones amplias de la norma.

Al respecto, tanto la Corte IDH como la Comisión IDH determinaron que "... los legisladores deben observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer el principio de legalidad y en consecuencia procurar que los tipos penales se formulen de forma expresa, precisa, taxativa y previa, y así brindando seguridad jurídica al ciudadano".²² El tipo penal es tan amplio que se utilizó en Ecuador para procesar a cientos de personas en la última década, sobre todo a líderes indígenas en el marco de protestas sociales. Uno de los casos paradigmáticos de uso abusivo de esta norma penal se produjo cuando se aplicó para condenar a diez jóvenes conocidos como los 10 de Luluncoto, a quienes la Policía vigiló a raíz de publicaciones en redes sociales que incluían frases como "la violencia que generan los de arriba" o "los pueblos deben conquistar el poder". Con base en esa evidencia, los jóvenes fueron detenidos en un departamento ubicado en Luluncoto, un barrio del sur de la capital. A las publicaciones en redes sociales se sumaron evidencias como celulares, cartucheras de cosméticos, billetes, monedas, una carpeta del Grupo de Combatientes Populares (GCP), camisetas rojas del "Che" Guevara, discos de música de protesta y botas de caucho. Esos fueron elementos de convicción para que, sin haber realizado acto

¹⁹ Artículo innumerado 19 después del artículo 520 y el artículo innumerado (602.5), Código Penal 1971 (no existe documento en línea de fuente oficial).

²⁰ Comisión IDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, 2010, ¶ 58; Corte IDH, "La Colegiación Obligatoria de Periodistas...", *supra* nota 6, ¶ 77.

²¹ Artículo innumerado agregado a continuación del artículo 160 mediante Decreto Supremo No. 1273, publicado en Registro Oficial 705 de 19 de diciembre de 1974, Código Penal 1971.

²² Corte IDH, "Caso Kimel Vs. Argentina", sentencia del 2 de mayo de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie CI No. 177. ¶ 63; Comisión IDH, "Criminalización de Defensoras y Defensores de DDHH", Doc. No. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/15, 31 de diciembre de 2015, ¶ 57.

alguno, se los procesara y condenara a prisión por el delito de tentativa de terrorismo.²³

Actualmente, el COIP corrige gran parte de la indeterminación del anterior tipo penal y redefine al terrorismo como la conducta que provoca o mantiene "... en estado de terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas...". Aunque no existe una definición aceptada internacionalmente de terrorismo, el actual tipo penal mantiene todavía una estructura laxa y genérica que permite considerar como terrorismo ciertas actividades de difusión de información o de protesta social.

Al respecto, la Corte IDH estableció que

*la tipificación [del delito de terrorismo] implica que la conducta incriminada esté delimitada de la manera más clara y precisa posible. En esa tipificación, la especial intención o finalidad de producir temor en la población en general es un elemento fundamental para distinguir la conducta de carácter terrorista de la que no lo es y sin el cual la conducta no sería típica.*²⁴

De lo contrario, se vulneraría el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana.

En el mismo sentido, el Consejo de Derechos Humanos estableció que los delitos tipificados como actos terroristas deben tener una definición con criterios transparentes y previsibles²⁵ para no obstaculizar el ejercicio pleno de la libertad de expresión, asociación y reunión pacífica. Ecuador aún tiene pendiente adecuar su normativa penal interna en materia de terrorismo para cumplir estos estándares.

3. Violencia en línea: discriminación, discurso de odio y pornografía infantil

En materia de regulación de internet y violencia *en línea*, Ecuador aún se encuentra en una etapa gestacional. Por esta razón, los tipos penales que sancionan la discriminación, el discurso de odio o la pornografía infantil se mantuvieron regulados en la misma normativa penal. Por ejemplo, tanto el anterior Código Penal (1971) como el actual COIP (2014) tipifican el delito de discriminación sin distinguir el medio a través del cual se comete²⁶. De la misma forma, la LOC (en sus artículos 61 y 62) prohíbe la difusión de contenidos discriminatorios a través de los medios de comunicación tradicionales.

Aunque la actual normativa amplió las categorías de discriminación sin limitarse a "raza u origen étnico" como lo hacía la anterior, el tipo penal del COIP así como la prohibición administrativa de la LOC mantienen una amplitud tal que podrían permitir la sanción de otro tipo de conductas o expresiones. Al respecto, la CIDH ha determinado

²³ Juzgado Décimo de Garantías Penales de Pichincha, Juicio No. 17260-2012-0570, Auto de llamamiento a juicio de fecha 25 de julio de 2012, disponible en: <http://bit.ly/2Er1mgn>

²⁴ Corte IDH, "Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile", sentencia del 29 de mayo de 2014, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 279, ¶ 171.

²⁵ ONU, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Protección de los defensores de los derechos humanos, A/HRC/RES/22/6, p. 3.

²⁶ Art. 212-A, Código Penal 1971: Será sancionado con prisión de seis meses a tres años: 1) El que, por cualquier medio, difundir ideas basadas en la superioridad o en el odio racial [...]; Art. 176, COIP 2014: Discriminación.- La persona que salvo los casos previstos como políticas de acción afirmativa propague practique o incite a toda distinción, restricción, exclusión o preferencia en razón de nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad o estado de salud con el objetivo de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

que los tipos penales deben estar formulados “... sin ambigüedades, en términos estrictos, precisos e inequívocos, que definan con claridad las conductas penalizadas como delitos sancionables, estableciendo con precisión cuáles son sus elementos y los factores que les distinguen de otros comportamientos que no constituyen delitos”.²⁷ El mismo estándar debería aplicarse para las sanciones administrativas.

En el caso de los delitos de odio, el anterior Código Penal tipificaba tanto la incitación al odio como los actos de violencia moral o física de odio “... en razón del color de piel, raza, sexo, religión, origen nacional o étnico, orientación sexual o identidad sexual, edad, estado civil o discapacidad”.²⁸ El actual COIP unifica esos tipos y agrega además otras categorías de discriminación.²⁹ En este sentido, el primer caso de delito de odio que ha sido llevado ante los tribunales nacionales fue el Caso Arce, en el cual un afroecuatoriano que ingresó a una academia militar fue discriminado y los actos de violencia de los que fue víctima, por su gravedad, se configuraron como un delito de odio.³⁰

Con relación a la regulación de ambos tipos penales en el entorno digital, un día antes de dejar la presidencia, el ex mandatario Rafael Correa envió a la Asamblea Nacional un proyecto de ley que Regula los Actos de Odio y Discriminación en Redes Sociales e Internet. El proyecto de ley no crea nuevos tipos o delitos, sino que se basa en aquellos tipificados en el COIP,³¹ pero impone a las redes sociales y a los proveedores de internet una carga excesiva de obligaciones irracionales.

Uno de los aspectos preocupantes es que el proyecto incentiva a que las empresas remuevan o bloqueen el acceso al contenido manifiestamente ilegal en un plazo de 24 horas contadas desde la recepción del reclamo, sin permitir a los usuarios un control sobre estos mecanismos de retirada de contenido (artículo 5, numeral 2).

Es claro que quien redactó el proyecto desconoce la arquitectura original de internet, que se funda en varios principios rectores como: el libre acceso, el pluralismo, la no discriminación, la privacidad y, particularmente, la neutralidad en la red. Ésta reconoce a los usuarios la libertad de acceder, utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal por medio de internet, sin que se encuentren condicionados, direccionados o restringidos por medidas de bloqueo, filtrado o interferencia.³²

Sobre las medidas de bloqueo, los Relatores para la Libertad de Expresión en su reciente Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y “Noticias Falsas” (“Fake News”), Desinformación y Propaganda reiteraron que

[e]l bloqueo de sitios web enteros, direcciones IP, puertos o protocolos de red dispuesto por el Estado es una medida extrema que solo podrá estar justificada cuando se estipule por ley y resulte necesaria

²⁷ CIDH, “Criminalización de Defensoras y Defensores de Derechos Humanos”, OEA/Ser.LV/II. Doc. 49/15, 31 de diciembre de 2015, ¶ 243.

²⁸ Arts. innumerados, Capítulo ... De los Delitos de Odio, Código Penal 1971.

²⁹ Art. 177, COIP 2014: Actos de odio.- La persona que cometa actos de violencia física o psicológica de odio, contra una o más personas en razón de su nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria, discapacidad, estado de salud o portar VIH...

³⁰ Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, Juicio No. 17721-2014-1331, sentencia del 15 de julio de 2016; Corte Provincial de Pichincha del Ecuador, Sala Penal, Juicio No. 17124-2014-0585, sentencia del 09 de marzo de 2017, disponibles en: <http://bit.ly/2Er1mgn>

³¹ El artículo 2 del Proyecto señala que éste tiene por objeto regular acciones de los intermediarios que deben adoptar para el tratamiento de contenido o información que constituya actos de discriminación o de odio de conformidad con los artículos 176 y 177 del COIP.

³² Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet, Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión, y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), 01 de junio de 2011, Punto 5 (a).

*para proteger un derecho humano u otro interés público legítimo, lo que incluye que sea proporcionada, no haya medidas alternativas menos invasivas que podrían preservar ese interés y que respete garantías mínimas de debido proceso.*³³

Sobre este aspecto, la CIDH determinó que es indispensable evaluar la proporcionalidad de una restricción a la libertad de expresión en internet bajo una perspectiva sistémica digital. Esto significa que en toda medida se deberá ponderar el impacto (o costo) que ésta podría tener en el funcionamiento general de la red y en la libertad de expresión de todo el conjunto de usuarios, más allá de su resultado y el punto de vista de los particulares afectados.³⁴

De igual manera, es preocupante que la adopción de este tipo de medidas que propone el proyecto no se encuentre finalmente controlada por los usuarios a través de garantías mínimas de debido proceso como la transparencia de la medida y los mecanismos de contra-notificación. Los actores privados también tienen la obligación de ser transparentes con las medidas que adoptan y de establecer sistemas que permitan a los usuarios aplicar mecanismos internos de defensa y acceder a reparaciones eficaces; de lo contrario, la medida constituirá una forma de censura previa y, como tal, no representaría una restricción justificada a la libertad de expresión.³⁵

Si el usuario directamente afectado por la medida o el conjunto de usuarios como interesados directos de la aplicación de este tipo de medidas no conocen [1] qué expresión fue suprimida; [2] cuál fue el mecanismo utilizado; [3] cuál es la justificación de la medida; y [4] qué medida de contra-notificación se encuentra disponible, no podrán ejercer el control final sobre las decisiones de los intermediarios y en consecuencia contrarrestar cualquier acción discriminatoria.³⁶ Además, el proyecto omite un principio esencial para contenidos en línea que pueden resultar chocantes o perturbadores para un sector en particular de la sociedad y como tales no merecen ser bloqueados o eliminados de la red. Mientras que el conjunto de expresiones y discursos *online* no se verifiquen como discursos abiertamente ilícitos tales como la apología del odio, la propaganda de guerra, la incitación directa al genocidio y la pornografía infantil, la autorregulación resulta una de las herramientas más efectivas para abordar cualquier expresión injuriosa.³⁷ Únicamente la autoridad competente podrá desvirtuar la cobertura *ab initio* de un discurso a través de la prueba actual, cierta, objetiva y contundente.³⁸

³³ Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y “Noticias Falsas” (“Fake News”), Desinformación y Propaganda, Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión, y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), 07 de marzo de 2017, Punto 1.f; Declaración Conjunta sobre libertad de expresión e Internet, *supra* nota 32, Punto 3.a.

³⁴ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Libertad de Expresión e Internet*, 2013, ¶ 53.

³⁵ Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet, *supra* nota 32, Punto 3 (b); Declaración Conjunta Sobre Internet y sobre Medidas Anti-Terroristas, Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión. 21 de diciembre de 2005; Declaración Conjunta sobre Wikileaks, Relator Especial de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión y Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 21 de diciembre de 2010, Punto 5.

³⁶ Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/HRC/17/27, 16 de mayo de 2011, ¶ 76; Nunziato, Dawn Carla. “Preservar la libertad en Internet en las Américas”. CELE. *Hacia una Internet libre de censura. Propuestas para América Latina*, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2012, p. 20.

³⁷ Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet, *supra* nota 32, Punto 1 (e).

³⁸ Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/HRC/17/27, *supra* nota 36, ¶ 70; Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas...”, *supra* nota 6, ¶ 77.

Finalmente, en relación con la pornografía infantil, ésta se encuentra prohibida por el Código de la Niñez y Adolescencia (en adelante CNA) y tipificada en el COIP dentro del delito de trata de personas como una forma de explotación.³⁹ En el ámbito administrativo, la LOC establece una prohibición de cualquier tipo de publicidad o propaganda de pornografía infantil a los medios de comunicación.⁴⁰

El CNA determina que la pornografía infantil “... es toda representación, por cualquier medio, de un niño, niña y adolescente en actividades sexuales explícitas, reales o simuladas; o de sus órganos genitales, con la finalidad de promover, sugerir o evocar la actividad sexual”.⁴¹

Tomando en consideración que el Consejo de Derechos Humanos ha afirmado que “los mismos derechos que las personas tienen *offline* también deben ser protegidos en línea...”,⁴² en el caso que nos ocupa, los derechos a la integridad personal de niños, niñas y adolescentes, es posible afirmar que la amplia cobertura que establece el CNA a cualquier medio por el cual se cometa el delito, se traduce en que éste abarca asimismo los medios digitales.

4. Responsabilidad de intermediarios en internet

La legislación ecuatoriana no reguló expresamente los supuestos de responsabilidad de intermediarios por los contenidos en línea. Sin embargo, a través de la LOC y su Reglamento se generó un espacio para responsabilizar a los medios de comunicación por contenidos de terceros, incluyendo lo que éstos difunden a través de sus portales.

Entre los aspectos más cuestionados de la LOC se encuentra su regulación de la opinión. En sus artículos 3 y 17, la Ley de Comunicación otorga a una Superintendencia el control sobre opiniones producidas, recibidas, difundidas e intercambiadas a través de medios de comunicación. La legislación es tan incompatible con una sociedad democrática que se aplicó incluso para sancionar a caricaturistas.⁴³

A esto se suma la cuestionable definición de la censura previa contenida en la LOC, cuyo artículo 18 incluye como una forma de censura previa la omisión deliberada y recurrente de la difusión de información catalogada como de interés público e impone una sanción administrativa. La norma fue ampliamente utilizada como fundamento para procesar a medios de comunicación que no cubrieron asuntos de interés del partido de gobierno o de uno de sus funcionarios, así como para obligar a los medios a difundir de forma exclusiva la “verdad” oficial.

Además, en su artículo 26, la LOC prohíbe la difusión de información que, de manera directa o a través de terceros, sea producida de forma concertada y publicada reiterativamente a través de uno o más medios de comunicación con el propósito de desprestigiar a una persona natural o jurídica o reducir su credibilidad pública, conducta que denomina “linchamiento mediático”.

La vigencia de la LOC concedió al ejecutivo amplias facultades para limitar las expresiones críticas de su gestión y generó enormes presiones en los medios de comunicación, en algunos casos comprometiendo su supervivencia.

³⁹ Art. 91, COIP, *supra* nota 14.

⁴⁰ Art. 94, LOC 2013, disponible en: <http://bit.ly/1oWrdBW>

⁴¹ Art. 69, Código de la Niñez y Adolescencia 2003, disponible en: <http://bit.ly/1oWrdBW>

⁴² Consejo de Derechos Humanos, *The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet*, A/HRC/32/L.20, 27 de junio de 2016, punto 1.

⁴³ Superintendencia de la Información y Comunicación, Trámite No. 002-INPS-DNJPO-SUPERCOM-2014 en contra de Rodrigo Xavier Bonilla Zapata (Caso “Bonil”) Diario El Universo, 10 de enero de 2014.

Si bien la LOC expresamente señala que “... no regula la información u opiniones que de modo personal se emitan a través de [la red]” (artículo 4), sí advierte que los contenidos de los medios “pueden ser generados o replicados por el medio de comunicación a través de internet” (artículo 5). Esta disposición fue ampliada por su reglamento general que reconoció como medios de comunicación a las plataformas electrónicas en las que se difunda información del medio “... que distribuy[a] contenidos informativos y de opinión” (artículo 3).

Con relación a las obligaciones del medio y sus portales de internet, la Ley establece un régimen de responsabilidad condicionada respecto a los comentarios de los usuarios en dichas páginas,⁴⁴ que finalmente se traduce en un régimen de responsabilidad objetiva. Establece que los comentarios de los usuarios del portal son directamente atribuibles al proveedor de contenido, aún cuando este último no haya participado en los mismos, cuando incumple con las obligaciones de: (i) informar de manera clara al usuario sobre su responsabilidad personal respecto de los comentarios emitidos, (ii) generar mecanismos de registro de los datos personales que permitan su identificación, o (iii) diseñar e implementar mecanismos de autorregulación que eviten la publicación y permitan la denuncia y eliminación de contenidos que lesionen los derechos consagrados en la Constitución y la ley.

A simple vista, la primera obligación no parece desproporcionada ya que este tipo de *disclaimers* y advertencias justamente permiten al medio explicar a los internautas que la responsabilidad por sus comentarios en el portal será individual. Sin embargo, respecto a la segunda obligación, resulta absurdo pensar que el medio pueda generar un mecanismo que le permita identificar y a su vez asegurarse que la persona detrás del comentario sea la misma que registra sus datos personales. Claramente esta disposición desconoce la arquitectura original de internet y además la posibilidad del uso del anonimato como protección de las personas para no ser molestadas a causa de sus opiniones y poder buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.⁴⁵ El actual Relator Especial para la Libertad de Expresión, David Kaye, se pronunció con preocupación sobre las disposiciones de la LOC afirmando que “... esta responsabilidad de los intermediarios resultará en políticas para el registro con nombres reales, lo que menoscaba el anonimato o en la supresión total de publicaciones en los sitios web que no pueden permitirse implementar procedimientos de control, lo que perjudicaría a los medios independientes y más pequeños”.⁴⁶

La tercera obligación resulta aún más alarmante puesto que exigir al medio de comunicación diseñar e implementar mecanismos de autorregulación que eviten la publicación y permitan la denuncia y eliminación de contenidos que lesionen derechos, demanda del intermediario una excesiva capacidad jurídica para ponderar derechos e interpretar la ley. Al respecto, el anterior Relator Frank La Rue determinó que aún en el supuesto de que los intermediarios cuenten con la capacidad operativa y técnica para revisar los contenidos publicados por los internautas, “... tampoco tienen, ni tienen que tener, el conocimiento jurídico necesario para identificar en qué casos un contenido puede efectivamente producir un daño antijurídico que debe ser evitado”.⁴⁷

⁴⁴ Art. 20, LOC, *supra* nota 40: [...] Los comentarios formulados al pie de las publicaciones electrónicas en las páginas web de los medios de comunicación legalmente constituidos serán responsabilidad personal de quienes los efectúen, salvo que los medios omitan cumplir con una de las siguientes acciones: 1. Informar de manera clara al usuario sobre su responsabilidad personal respecto de los comentarios emitidos; 2. Generar mecanismos de registro de los datos personales que permitan su identificación, como nombre, dirección electrónica, cédula de ciudadanía o identidad, o; 3. Diseñar e implementar mecanismos de autorregulación que eviten la publicación, y permitan la denuncia y eliminación de contenidos que lesionen los derechos consagrados en la Constitución y la ley. [...]

⁴⁵ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye, Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 22 de mayo de 2015, A/HRC/29/32, ¶ 1.

⁴⁶ *Ibid.*, ¶ 54.

⁴⁷ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, A/HRC/17/27, *supra* nota 36, ¶ 42.

Incluso en la criticada sentencia del TEDH en el caso del portal de noticias “Delfi” en Estonia se estableció que el actor privado estaría obligado a adoptar mecanismos para remover comentarios sin demora únicamente en los casos donde el proveedor de contenido se considera un intermediario activo, es decir, que es el único que tiene los medios técnicos para modificar o eliminar los comentarios de los usuarios; y cuando la forma de los comentarios representan daño grave e inminente a través de discursos de odio o amenazas directas contra la integridad física de los individuos.⁴⁸

A esto se suma el mencionado proyecto de ley para regular contenidos en redes sociales a través del cual se pretende imponer responsabilidad a estas plataformas por no dar de baja inmediatamente contenidos supuestamente ilícitos. Como veremos, el Proyecto de Ley que Regula los Actos de Odio y Discriminación en Redes Sociales e Internet impone a las redes sociales una carga excesiva de obligaciones. En primer lugar, es claro que quien redactó y remitió el proyecto tiene un gran desconocimiento sobre la manera en la que operan los intermediarios en internet. No sólo impone un control excesivo a estos actores, sino que confunde en una sola categoría mal llamada “proveedores de servicios de redes sociales” (artículo 2) a los proveedores de servicio de internet (conocidos como ISP por sus siglas en inglés) y a las plataformas de redes sociales.

Si bien diferentes organismos han clasificado de manera distinta a los intermediarios en la red,⁴⁹ existen diferencias técnicas importantes entre quienes custodian la infraestructura física necesaria para acceder a la totalidad de los contenidos, servicios y aplicaciones en internet (ISP) y los actores privados, también llamados *web 2.0 applications* que tienen como característica principal animar a las personas a conectarse e interactuar con otros usuarios y compartir contenido en línea.⁵⁰

Dentro del conjunto de obligaciones irracionales que el proyecto pretende imponer a los “proveedores de servicios de redes sociales” se encuentran: (i) el establecimiento de un procedimiento eficaz para solventar reclamos o reportes sobre contenido ilegal (artículo 5), (ii) la elaboración de un informe trimestral en relación a la gestión de estos reclamos o reportes (artículo 3), y (iii) la designación de un agente interno con residencia permanente en Ecuador para cumplir con estas obligaciones (artículo 7).

Además de pretender que estos “proveedores de servicio” se conviertan en guardianes de todo el contenido digital, el proyecto les asigna una responsabilidad excesiva al obligarlos a examinar la presunta ilegalidad de todos los contenidos denunciados en línea, cuando el intermediario no está -ni debería estar- en una posición jurídica como para tener que tomar decisiones sobre la licitud o no de los contenidos subidos a la red.⁵¹ Justamente, por esta falta de capacidad jurídica, la mayoría de los estados imponen responsabilidad cuando estos actores privados no retiran el contenido tras recibir una orden judicial. Al respecto, la CIDH citando el punto 2.b de la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet determinó que

⁴⁸ El portal de noticias *Delfi* era considerado un ejemplo de intermediario activo porque, [1] creaba contenido para que sus usuarios respondan al mismo; [2] una vez que una respuesta al contenido era subida por algún usuario, los autores reales de los comentarios no podían modificar o eliminar sus comentarios; y [3] solo el portal era quien tenía los medios técnicos para modificar o eliminar los comentarios subidos al mismo. *Vid.* TEDH, “Delfi AS v Estonia”, sentencia de 16 de junio de 2015, ¶¶ 144, 145, 159; Véase. TEDH, “Lehideux and Isorni v. France”, sentencia de 23 de septiembre de 1998, ¶¶ 47 y 53; “Pavel Ivanov v. Russia”, sentencia de 20 de febrero de 2007, disponibles en: <http://cmiskp.echr.coe.int/>

⁴⁹ Article 19 distingue entre proveedores de servicio de internet, de alojamiento web, plataformas de medios sociales y motores de búsqueda; el Ex Relator Especial Frank La Rue identificó a los ISPs, motores de búsqueda, “*blogging services*”, comunidades en línea y plataformas de medios sociales; en contraste, la OCDE identificó a los procesadores de datos, intermediarios de comercio electrónico, sistemas de pago por internet y a las plataformas de redes participativas como intermediarios de Internet relevantes.

⁵⁰ Article 19, *Internet Intermediaries. Dilemma of Liability*, 2013, p.6; Mackinnon, Rebecca y otros, *Fostering Freedom Online. The Role of Internet Intermediaries*, UNESCO, 2013, p. 22.

⁵¹ Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/HRC/17/27, *supra* nota 36, ¶ 42.

[c]uando se trata de intermediarios de internet, es conceptual y prácticamente imposible, sin desvirtuar toda la arquitectura de la red, sostener que los intermediarios tengan el deber legal de revisar todos los contenidos que circulan por su conducto o presumir razonablemente que, en todos los casos, está bajo su control evitar el daño potencial que un tercero pueda generar utilizando sus servicios. A este respecto, resulta claro que los intermediarios no deben estar sujetos a obligaciones de supervisión de los contenidos generados por los usuarios con el fin de detener y filtrar expresiones ilícitas.⁵²

En la práctica, una red social como Facebook, Instagram, o Twitter que recibe cientos o miles de comentarios y publicaciones en un solo día, debería contar con un elevado personal técnico especializado en la determinación de contenidos ilícitos para monitorear cada denuncia sobre un contenido en específico. “La decisión de eliminar contenidos expresados por terceras personas a través de internet requeriría de un conocimiento jurídico muy elevado que permita identificar con claridad los casos de contenidos realmente antijurídicos o discriminatorios, capaces de producir daños o lesionar derechos que los medios están obligados a evitar”.⁵³

Frente a tan estrictos estándares, ante la incertidumbre sobre una eventual responsabilidad respecto de contenidos controversiales o chocantes, y ante el alto costo que implicaría tener la capacidad jurídica de analizar objetivamente la ilicitud o no de un contenido en línea en un tiempo irrazonable, es lógico que una plataforma de red social prefiera remover un contenido presuntamente ilícito antes que arriesgarse a una eventual responsabilidad, que en la práctica resulta calificándose como responsabilidad objetiva.

El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones anteriormente referidas puede representar sanciones administrativas que van entre los cien y quinientos salarios básicos unificados. Es claro que la intención y estrategia del estado ecuatoriano es la de utilizar a los intermediarios como puntos de control para finalmente minimizar progresivamente el espacio de debate en el entorno digital. Finalmente, a los estados les resulta más fácil identificar y coaccionar a los actores privados antes que a los responsables directos del contenido en línea, tanto por la dificultad de identificarlos como por la posibilidad de que se encuentren en distintas jurisdicciones, sea físicamente o porque actúan a través de un servidor con una dirección IP simulada. En este sentido, la CIDH resaltó ha resaltado que “existe un mayor incentivo económico en buscar la responsabilidad de un intermediario que en buscar la de un usuario individual”⁵⁴, lo que claramente se verifica con la cuantiosa sanción administrativa que puede imponer una dependencia del ejecutivo. En ese intento de regular a como dé lugar las expresiones que se difunden en la red, resultaría absurdo pensar que Ecuador pudiese llegar a aplicar en la práctica un régimen de sanciones administrativas extraterritorialmente y, además, imponer una serie de obligaciones a actores privados que se encuentran por fuera de su jurisdicción.

Sin duda, tanto la discriminación como los discursos de odio *online* merecen ser combatidos en la red y, en consecuencia, se debe exigir la actuación de las empresas con la debida diligencia frente a los derechos humanos. No obstante, este actor privado no debería ser responsabilizado a menos que la empresa intermediaria de internet intervenga específicamente en los contenidos ilícitos o se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación.⁵⁵ En los términos en los que está planteado, el proyecto de ley se traduce en un peligroso incentivo para la censura privada, como ya sucedió con las disposiciones de la LOC que imponen similares obligaciones a los medios de comunicación que tenían espacios para comentarios en línea.

⁵² CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Libertad de Expresión... supra* nota 34, ¶ 96.

⁵³ Salazar, Daniela. “El Impacto de la Ley Orgánica de Comunicación en Internet”, *Regulación de Internet y Derechos Digitales en Ecuador*, Quito, 2016, p. 142.

⁵⁴ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Libertad de Expresión... supra* nota 34, ¶ 93.

⁵⁵ Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet, *supra* nota 32, Punto 2.

Con base en estos antecedentes, tanto la responsabilidad que impone la LOC a los portales de los medios de comunicación social como la responsabilidad que pretende imponer el Proyecto de Ley a las plataformas de redes sociales vulneran el principio de mera transmisión, reconocido tanto en los Principios Manila sobre Responsabilidad de los Intermediarios (en adelante Principios Manila) como en la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión en Internet (en adelante Declaración Conjunta).

Los Principios Manila establecen que “[l]os intermediarios deberían ser inmunes a la responsabilidad por contenido de terceros en circunstancias en las que no han estado involucrados en la modificación de dicho contenido” (principio 1.b). Por su parte, la Declaración Conjunta determina que

[n]inguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo (punto 2.a).

5. Protección de datos personales “derecho al olvido”

La protección a la intimidad y datos personales empezó a debatirse formalmente en Ecuador a través de un proyecto de ley en 2010. Éste buscaba garantizar la protección de los derechos a la intimidad y privacidad a través de la regulación del manejo de los datos personales al alcance de terceros en virtud de la expansión tecnológica.⁵⁶ Aunque el proyecto de ley fue archivado en primer debate por carecer de la condición y alcance jerárquico de ley orgánica,⁵⁷ en julio de 2016 se presentó otro similar llamado Proyecto de Ley Orgánica de Protección de los Derechos a la Intimidad y Privacidad sobre Datos Personales.

Éste proyecto presenta varios aspectos preocupantes que, aunque parezca contradictorio, eran parte del conjunto de observaciones por las cuales el primer proyecto fue archivado. Por ejemplo, establece la creación innecesaria de un organismo administrativo-burocrático de imposición de sanciones con presencia nacional.⁵⁸ Sobresale del proyecto de ley: [1] la posibilidad del ejecutivo de bloquear temporal o definitivamente a los sistemas informáticos, páginas web, blogs o similares en nombre de la protección de datos personales, y [2] la apertura al “derecho al olvido” a través de la suspensión de un contenido que resulta total o parcialmente inexacto.

Uno de los puntos de amplio debate durante el primer proyecto de ley fue la creación de un órgano administrativo para la protección de datos personales manejados por terceros, por sus amplias potestades tanto de control y supervisión como de imposición de sanciones civiles. No obstante, en el segundo proyecto se crea nuevamente la figura de una Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales como ente de la función ejecutiva (artículo 11), al que se le atribuyen facultades que deberían reservarse a una autoridad judicial. En el actual proyecto, además de determinar las responsabilidades de las infracciones a la ley, el ente administrativo tiene la facultad de imponer sanciones que podrían resultar desproporcionadas y excesivas. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ya se había pronunciado al respecto cuando analizó la LOC. Cuestionó al Ecuador argumen-

⁵⁶ Proyecto de Ley de Protección a la Intimidad y a los Datos Personales 2010, disponible en: <http://bit.ly/1oWrdBW>.

⁵⁷ Asamblea Nacional. Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, Informe para segundo debate del Proyecto a la Ley de Protección a la Intimidad y a los Datos Personales, 07 de mayo de 2012.

⁵⁸ *Ibíd.*

tando que, “el establecimiento de instancias administrativas, con autoridad para establecer controles, límites y sanciones que puedan afectar sustancialmente el ejercicio de[...] (...) derecho a la libertad de expresión [...], resulta problemático desde la perspectiva de los artículos 13, 8 y 25 de la Convención Americana”,⁵⁹ más aún cuando es un organismo adjunto al Ejecutivo.

Además de la falta de autonomía del ente administrativo, resulta preocupante la facultad de la “Autoridad Nacional” de bloqueo temporal o definitivo dado que este poder no se limita exclusivamente a las bases de datos sino que afecta a la totalidad de los sistemas de información (artículo 12.3). A esto debe sumarse el hecho de que la referida potestad está planteada en términos amplios, sin que se determinen los casos habilitantes o las excepciones, como podrían ser los discursos de interés público y otros discursos protegidos. Tampoco se fija en la norma un procedimiento sancionatorio, sino que se lo deja en manos de la autoridad administrativa, lo que abre la puerta a posibles arbitrariedades (artículo 28). Dado que las medidas de bloqueo pueden afectar otros derechos como el acceso a la información de interés público, en su Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet, los Relatores han establecido que esta restricción solo será excepcionalmente admisible bajo los estrictos términos del artículo 13 de la CADH⁶⁰. En este sentido, la Relatoría Especial de la CIDH ha establecido que estas medidas deben contar con salvaguardas que eviten el abuso por parte de la autoridad, tales como “la transparencia respecto de los contenidos cuya remoción haya sido ordenada, así como información pormenorizada sobre su necesidad y justificación. A su vez, (...) debe ser adoptada solamente cuando sea la única medida disponible para alcanzar una finalidad imperativa y resultar estrictamente proporcionada al logro de [la misma]”.⁶¹ Finalmente, aunque la condición del bloqueo se basa en la existencia de un “riesgo cierto de afectación a los derechos constitucionales” (artículo 12.3), esto resulta en una declaración ambigua que se puede prestar a una amplia interpretación por parte de la autoridad administrativa, vulnerando la dimensión colectiva de la libertad de expresión.

De igual manera, el marco normativo del proyecto abre la posibilidad de que un particular solicite directamente al responsable del almacenamiento de la información suprimir un determinado contenido que resulte total o parcialmente inexacto (artículo 8), es decir, permite la incorporación de la desindexación de datos o el “derecho al olvido”. Esta figura, que fue formalmente introducida a través del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJCE), establece la obligación del motor de búsqueda de eliminar vínculos a páginas web de la lista de resultados obtenida a partir del nombre de una persona, aún en el supuesto de que esta información no sea eliminada previa o simultáneamente de éstas y, en su caso, aunque la publicación en dichas páginas sea en sí misma lícita.⁶² Bajo la creciente importancia de la ley de protección de datos personales y al intentar garantizar una protección eficaz y completa al derecho a la intimidad, se ha utilizado este mecanismo como un medio para restringir ilegítimamente el acceso a la información de dominio público⁶³. Sobre esta discusión, el Relator para la Libertad de Expresión, David Kaye manifestó que

*el alcance y la aplicación del [derecho al olvido] pone de relieve cuestiones relativas a cómo alcanzar el equilibrio adecuado entre el derecho a la vida privada y la protección de datos personales, por un lado, y el derecho a buscar, recibir y difundir información que incorpore ese tipo de datos, por otro*⁶⁴

⁵⁹ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Carta a Ecuador del 28 de junio de 2013, p. 3, disponible en: <http://bit.ly/2BZrLnO>.

⁶⁰ Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet, *supra* nota 32, Punto 3 a)

⁶¹ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. *Libertad de Expresión...* *supra* nota 34, ¶ 87.

⁶² TJCE, “Google Spain S.L., Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González”, sentencia del 13 de mayo de 2014, ¶ 88, disponible en: <http://bit.ly/1fPvM8J>

⁶³ Article 19, *Freedom of expression and the private sector in the digital age*, 2016, p. 9.

⁶⁴ Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye, A/HRC/32/38, 11 de mayo de 2016, ¶ 42.

Adicionalmente, es importante considerar cómo varios países latinoamericanos han intentado replicar la decisión del TJCE, en donde la amenaza recae en la baja de información considerada como personal o de intimidad que resulta de interés público.⁶⁵ Por ejemplo, en 2015, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales de México (INAI) ordenó a Google retirar un enlace de una revista que vinculaba a un empresario con actos de corrupción. Asimismo, en junio de 2016, la Dirección General de Datos Personales de Perú ordenó a Google desindexar ciertos resultados relativos a una acusación penal y fijó una multa ante la negativa. De manera similar, la Corte Suprema de Chile ordenó eliminar de los motores de búsqueda de un medio de comunicación la noticia sobre un hecho delictivo publicado hace más de una década.⁶⁶ Un denominador común de los casos referidos es la falta de comprensión sobre el concepto y los efectos de la aplicación del denominado “derecho al olvido”, que se utilizó como una herramienta comercial para retirar contenido “incómodo” de figuras públicas.⁶⁷

Por la manera en la que está redactada la norma en el proyecto de ley y considerando el contexto ecuatoriano, una figura pública que quiera eliminar o desindexar información en defensa de la protección del honor (un derecho consagrado en la Constitución), podría utilizar esta causal para solicitar la baja de columnas de opinión o noticias que podrían constituir contenidos de interés público. Finalmente, cabe preguntarse si es necesaria la incorporación de esta figura. El derecho a la intimidad o privacidad podría protegerse a través de medidas menos restrictivas, evitando una suspensión innecesaria en el entorno digital que terminaría vulnerando el principio de neutralidad en la red.

La protección de datos personales es una herramienta necesaria para la promoción del progreso tecnológico, el desarrollo de contenidos en línea y del comercio electrónico pero puede tornarse en un instrumento que desincentiva el desarrollo de la industria digital en razón de las restricciones, controles y requisitos que la normativa podría exigir.⁶⁸

6. La protección a los derechos de autor

Como último punto, Ecuador mantuvo una legislación silenciosa con respecto a la regulación de la propiedad intelectual: no ha tenido la necesidad de exigir su aplicabilidad para efectuar desmontajes por alegadas violaciones de derechos de autor. En su mayoría, los desmontajes han sido en aplicación de la Sección 512 del Digital Millennium Copyright Act⁶⁹ (DMCA), a partir de la cual el gobierno⁷⁰ ha exigido permanentemente la baja de contenidos en línea que le resultaban incómodos.

Las normas que se han encargado de regular lo relativo a la propiedad intelectual e industrial en el Ecuador han sido la derogada Ley de Propiedad Intelectual (1998) y el actual Código Orgánico de la Economía Social de los

⁶⁵ Simon, Farith y otros, “Observaciones al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de los Derechos a la Intimidad y Privacidad sobre los Datos Personales” en: *Regulación de Internet y Derechos Digitales en Ecuador*, Editorial USFQ – Colección Iuris Dictio, 2016, p. 261.

⁶⁶ R3D (Red en defensa de los Derechos Digitales), “Ganamos! Tribunal anula resolución del INAI sobre el falso «derecho al olvido», *R3D México*, 24 de agosto de 2016, disponible en: <https://r3d.mx/2016/08/24/amparo-inai-derecho-olvido/>; Díaz, Marianne, “Derecho al olvido” en Latinoamérica: un paso hacia delante, dos pasos hacia atrás”, *Derechos Digitales*, 25 de agosto de 2016, disponible en: <http://bit.ly/2Cka9ig>; Poder Judicial República de Chile, “Corte Suprema aplica Derecho al Olvido y ordena a medio de comunicación eliminar registro de noticia”, *Noticias del Poder Judicial*, 22 de enero de 2016, disponible en: <http://bit.ly/1KQGVYa>

⁶⁷ Véase, CSJN, “María Belén Rodríguez c. Google Inc”, sentencia del 28 de octubre de 2014; CNCiv., “Da Cunha, Virginia c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro”, sentencia del 10 de agosto de 2010.

⁶⁸ Simon, Farith y otros, “Observaciones al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de los Derechos a la Intimidad y Privacidad sobre los Datos Personales”... *supra* nota 65, p. 261.

⁶⁹ House of Representatives, 2281 The Digital Millennium Copyright Act, 1998, §512.

⁷⁰ Directamente (a través de la Secretaría de Comunicación) o contratando a la empresa “Ares Rights”.

Conocimientos (2016), conocido como Código de Ingenios.

En relación con el entorno digital, la Ley de Propiedad Intelectual regulaba el derecho de reproducción, en el cual se incluía la fijación o la réplica de la obra por cualquier medio o procedimiento “... conocido o por conocerse” (Artículo 21). La norma no sólo incluía la reproducción a través de medios digitales sino que además reconocía tecnología por desarrollarse. El artículo 83 de la Ley establecía 11 casos mediante los cuales se puede hacer uso de una obra protegida por derechos de autor sin la autorización del titular.⁷¹ Si bien estas excepciones podrían asimilarse a la doctrina el uso justo o *fair use*, esta última va más allá de una lista taxativa y establece, además, parámetros de valoración para determinar si el uso del material protegido es lícito o si se incurre en una infracción.⁷² Por esta razón, la norma era insuficiente ya que no proveía criterios de evaluación que pudiesen extenderse a varios supuestos de la doctrina del uso justo sino que se limitaba a excepciones taxativas.

En este punto es importante resaltar que cualquier medida que esté dirigida a proteger los derechos de autor debe estar rigurosamente delimitada. Debe servir para poner fin a la vulneración cometida por un tercero, sin que se vean afectados los usuarios de internet que recurren a los servicios de un proveedor para acceder lícitamente a la información. De lo contrario, la injerencia no estaría justificada a la luz del objetivo perseguido.⁷³ En este sentido, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH reconoció que si bien en la protección de los derechos de autor existe un interés público, no se debe omitir la capacidad singular del entorno digital como un espacio libre y abierto para promover, en forma instantánea y a bajo costo, la libertad de expresión y el acceso al conocimiento y los bienes culturales.⁷⁴

Por su parte, el Código de Ingenios concibe al conocimiento, la creatividad y la innovación como un bien de interés público y determina, además, que el conocimiento será de libre acceso y no tendrá más restricciones que las establecidas en el Código, la Constitución, los tratados e instrumentos internacionales y la ley; y que su distribución se realizará de manera justa, equitativa y democrática (Artículo 4). Bajo estos antecedentes, el Código ya introduce una vulneración a la dimensión tanto moral como patrimonial reconocidas en la anterior Ley de Propiedad Intelectual, por ejemplo, la reivindicación de la paternidad de la obra y las limitaciones de su explotación.⁷⁵ De igual forma, el Código reconoce la posibilidad de los titulares de derechos de autor y conexos para establecer medidas de protección contra usos no autorizados por ellos, como por ejemplo el cifrado (Artículo 127). Aun cuando esta medida podría generar una proliferación de mecanismos de protección que restringirían el acceso a la información, incluso de contenidos de interés público, el Código posteriormente reconoce la obligación de los medios de dejar sin efecto o neutralizar las medidas tecnológicas adoptadas para usuarios que quieran hacer uso de información en el dominio público o que estén dentro de las limitaciones y excepciones de los derechos de autor (Artículo 129). Es decir, el mismo Código reconoce fallidamente las restricciones innecesarias que devendrían de la aplicación aislada y general del artículo 127, puesto que los mecanismos de filtrado ya fueron aplicados de una manera posiblemente discrecional, vulnerando, por ejemplo, el principio de neutralidad en la red y la dimensión colectiva del conjunto de usuarios en la red. Al respecto, la Relatora Especial sobre los Derechos Culturales, Farida Shaheed manifestó que “las excepciones y limitaciones de los derechos de autor [que definen los usos lea-

⁷¹ Art. 83, Ley de Propiedad Intelectual 1998: Siempre que respeten los usos honrados y no atenten a la normal explotación de la obra, ni causen perjuicios al titular de los derechos, son lícitos, exclusivamente, los siguientes actos, los cuales no requieren la autorización del titular de los derechos ni están sujetos a remuneración alguna [...] (no existe documento en línea de fuente oficial).

⁷² 17 U.S. Code § 107 - Limitations on exclusive rights: Fair use.

⁷³ TJCE, “UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film Verleih GmbH”, sentencia del 27 marzo de 2014, ¶¶ 56 y 63.

⁷⁴ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Libertad de Expresión... supra* nota 34, ¶ 76.

⁷⁵ Arts. 18 y 20, Ley de Propiedad Intelectual, 1998 (no existe documento en línea de fuente oficial).

les al mismo] (...) constituyen una parte fundamental del equilibrio [que debe lograrse] entre los intereses de los titulares en relación con el control exclusivo y los intereses de terceros con respecto a la participación cultural”.⁷⁶

Aun cuando el actual Código incorpora una norma que reconoce el uso justo de una obra bajo los parámetros contemplados en la legislación estadounidense sobre *fair use*, establece una prohibición similar a la anterior Ley de Propiedad Intelectual en tanto “prohíbe realizar cualquier acto que tenga como finalidad inducir, permitir, facilitar u ocultar la infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente título...”⁷⁷. De esta manera, la normativa genera un efecto inhibitorio en los usuarios que pretenden ejercer el uso legítimo de contenido en línea. Si bien en Ecuador no ha existido una normativa exhaustiva en la materia, con la aprobación del Código de Ingenios se generan espacios potencialmente atentatorios contra un internet libre, abierto y democrático, puesto que no se garantiza el acceso para usos legítimos y se restringe desproporcionadamente la promoción y el ejercicio de los derechos culturales y de la libertad de expresión en línea.

IV. Consideraciones finales

Lejos de adecuarse a los estándares interamericanos sobre libertad de expresión, la legislación en Ecuador se caracterizó por un aumento progresivo de las herramientas que permiten al Estado restringir, de manera directa o indirecta, el derecho a expresar libremente las opiniones e ideas, así como a buscar y difundir libremente la información. Esto distingue a Ecuador de otros países de la región, donde las tendencias o bien no están marcadas, o bien son favorables para el ejercicio de la libertad de expresión. Las restricciones indebidas inicialmente afectaban a quienes se expresaban a través de medios de comunicación tradicionales, así como a quienes hacían uso del derecho a la protesta social para cuestionar las políticas gubernamentales. Hoy en día esas restricciones también son palpables en las redes sociales, así como en otros espacios de expresión a través de internet. Las normas constitucionales consagran el derecho a la libertad de expresión e incorporan al bloque constitucional la protección que ofrecen los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos. Sin embargo, no han sido eficaces para la tutela de la libertad de expresión en su dimensión individual o social.

Un repaso por el desarrollo legislativo de las últimas décadas permite concluir que, aun siendo escasas en comparación con otros países de la región, las leyes que tienen un impacto en la libertad de expresión fueron eficaces para lograr su objetivo de restringir de manera ilegítima el ejercicio de este derecho fundamental. Resulta preocupante la vigencia de disposiciones de la LOC y del COIP que otorgan al gobierno un amplio margen de discreción para sancionar de manera desproporcionada a sus críticos y opositores.

La vigencia de estas normas que restringen de manera ilegítima la libertad de expresión tuvo un efecto doble respecto del debate público robusto: por un lado, el efecto inhibitorio y, por otro, el efecto de trasladar tal debate al entorno digital. En respuesta, el gobierno buscó adoptar normas que permitan sancionar a quienes hacen uso de blogs, redes sociales y otros espacios de internet para expresar su opinión sobre temas de interés público o para compartir información que los medios tradicionales se abstienen de publicar debido a las consecuencias que enfrentan a la luz de la LOC. Especialmente preocupantes resultan el proyecto de Ley Orgánica de Protección de

⁷⁶ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed, Políticas sobre los derechos de autor y el derecho a la ciencia y la cultura, A/HRC/28/57, 24 de diciembre de 2015, ¶ 61.

⁷⁷ Art. 128, Código Orgánico de Economía Social de Conocimiento e Innovación 2016, disponible en: <http://bit.ly/1oWrdBW>.

Derechos a la Intimidad y Privacidad sobre los Datos Personales y el proyecto de Ley que Regula los Actos de Odio y Discriminación en Redes Sociales e Internet, ambos propuestos por el oficialismo.

Desde mayo de 2017, un nuevo presidente gobierna Ecuador. Si bien es parte del mismo partido político que el ex mandatario Rafael Correa, Lenin Moreno ha buscado diferenciarse del gobierno anterior, al menos en términos de la tolerancia hacia la crítica. A pesar de que no es probable que se derogue la LOC, pues existe un mandato constitucional que ordena la existencia de tal norma, el gobierno actual abrió un espacio para discutir posibles reformas a este cuestionado cuerpo legal.

Si bien la mayoría de la Asamblea es todavía del oficialismo, la división entre los partidarios de Rafael Correa y los de Lenin Moreno fortaleció a la oposición y disminuyó las posibilidades de que sean aprobados proyectos de ley como el de protección de datos personales o el de regulación de redes sociales e internet, al menos en los términos en los que están planteados.

Si bien este trabajo se ha enfocado en el estudio del marco legislativo de Ecuador, es necesario señalar que la fuente de las restricciones no se encuentra únicamente en la legislación, por más defectuosa que sea, sino en su aplicación por parte de los jueces y órganos administrativos de adjudicación. En un Estado constitucional como Ecuador, los jueces y autoridades públicas tienen a su alcance suficientes herramientas para aplicar directamente la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, realizando siempre la interpretación más favorable a la protección de los derechos de la persona. La falta de independencia de los jueces frente al ejecutivo y las consecuencias desfavorables que enfrentan cuando deciden casos en contra del gobierno han generado que las decisiones judiciales apliquen la normativa vigente a través de interpretaciones incompatibles con los estándares internacionales y con la efectiva vigencia del derecho a la libertad de expresión. El clima de intolerancia y polarización, fomentado por las más altas autoridades del ejecutivo, tuvo un impacto nefasto en la efectiva vigencia del derecho a la libertad de expresión en Ecuador.

A lo anterior se suma el desconocimiento sobre el funcionamiento y la arquitectura de internet que tienen las autoridades de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Resulta imperativo que este espacio democratizador de la palabra sea protegido frente a la vigencia de políticas, leyes o decisiones judiciales que tiendan a restringir, de manera directa o indirecta, las posibilidades de un debate público libre y robusto a través de internet. Si no empezamos cuanto antes a defender un internet libre, habremos desaprovechado esta última trinchera desde la cual ha sido posible la defensa de la democracia en Ecuador.

V. Bibliografía

17 U.S. Code § 107 - Limitations on exclusive rights: Fair use.

Article 19, *Internet Intermediaries. Dilemma of Liability*, 2013.

Article 19, *Freedom of expression and the private sector in the digital age*, 2016.

Asamblea Nacional, Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado, Informe para segundo debate del Proyecto a la Ley de Protección a la Intimidad y a los Datos Personales, 07 de mayo de 2012.

CIDH, Criminalización de Defensoras y Defensores de DDHH, Doc. No. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 49/15, 31 de diciembre 2015.

CIDH, Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, OEA/Ser. L/V/II.88, doc. 9 rev., 17 de febrero de 1995.

CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Carta a Ecuador del 28 de junio de 2013, p. 3, disponible en: <http://bit.ly/2BZrLnO>.

CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Libertad de Expresión e Internet*, 2013

CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, 2010.

Código Orgánico de Economía Social de Conocimiento e Innovación 2016, disponible en: <http://bit.ly/1oWrdBW>.

Código Orgánico Integral Penal (COIP) 2014, disponible en: <http://bit.ly/1oWrdBW>.

Código de la Niñez y Adolescencia 2003, disponible en: <http://bit.ly/1oWrdBW>.

Código Penal 1971 (no existe documento en línea de fuente oficial).

Consejo de Derechos Humanos, *The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet*, A/HRC/32/L.20, 27 de junio de 2016.

Constitución del Ecuador 1997 (no existe documento en línea de fuente oficial).

Constitución del Ecuador 1998 (no existe documento en línea de fuente oficial).

Constitución del Ecuador 2008, disponible en: <http://bit.ly/1oWrdBW>.

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

Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica”, sentencia del 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 107.

Corte IDH, “Caso Kimel Vs. Argentina”, sentencia del 2 de mayo de 2008, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 177.

Corte IDH, “Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile”, sentencia del 29 de mayo de 2014, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 279.

Corte IDH, “Caso Palamara Iribarne vs. Chile”, sentencia del 22 de noviembre de 2005, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, No. 135.

Corte IDH, “Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela”, sentencia del 03 de septiembre de 2012, Fondo y Reparaciones, Serie C, No. 249.

Corte Nacional de Justicia, “Juicio No. 840-2011 MV”, sentencia del 27 de febrero de 2012, disponible en: <http://bit.ly/2szKa6U>.

Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, Juicio No. 17721-2014-1331, sentencia del 15 de julio de 2016; Corte Provincial de Pichincha del Ecuador, Sala Penal, Juicio No. 17124-2014-0585, sentencia del 09 de marzo de 2017, disponibles en: <http://bit.ly/2Er1mgn>

CNCiv., “Da Cunha, Virginia c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro”, sentencia del 10 de agosto de 2010.

CSJN, “María Belén Rodríguez c. Google Inc”, sentencia del 28 de octubre de 2014.

Declaración Conjunta Sobre Internet y sobre Medidas Anti-Terroristas, Relator Especial de las Naciones Unidas para la Liber-

- tad de Opinión y Expresión, Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión, 21 de diciembre de 2005.
- Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet, Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión, y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), 01 de junio de 2011.
- Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y “Noticias Falsas” (“Fake News”), Desinformación y Propaganda, Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión, y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), 07 de marzo de 2017.
- Declaración Conjunta sobre Wikileaks, Relator Especial de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión y Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 21 de diciembre de 2010.
- Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, CIDH, 2000.
- Díaz, Marianne, “Derecho al olvido” en Latinoamérica: un paso hacia delante, dos pasos hacia atrás”, *Derechos Digitales*, 25 de agosto de 2016, disponible en: <http://bit.ly/2Cka9ig>
- House of Representatives, 2281 The Digital Millennium Copyright Act, 1998, §512.
- Juzgado Décimo de Garantías Penales de Pichincha, Juicio No. 17260-2012-0570, Auto de llamamiento a juicio de fecha 25 de julio de 2012, disponible en: <http://bit.ly/2Er1mgn>
- Ley Orgánica de Comunicación (LOC) 2013, disponible en: <http://bit.ly/1oWrdBW>
- Ley de Propiedad Intelectual 1998 (no existe documento en línea de fuente oficial).
- Mackinnon, Rebecca y otros, *Fostering Freedom Online. The Role of Internet Intermediaries*, UNESCO.
- Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye, Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 22 de mayo de 2015, A/HRC/29/32.
- Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye, A/HRC/32/38, 11 de mayo de 2016.
- Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed, Políticas sobre los derechos de autor y el derecho a la ciencia y la cultura, A/HRC/28/57, 24 de diciembre de 2015.
- Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, A/HRC/17/27, 16 de mayo de 2011.
- Nunziato, Dawn Carla, “Preservar la libertad en Internet en las Américas”, CELE, *Hacia una Internet libre de censura. Propuestas para América Latina*, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2012.

ONU, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Protección de los defensores de los derechos humanos, A/HRC/RES/22/6.

Poder Judicial República de Chile, “Corte Suprema aplica Derecho al Olvido y ordena a medio de comunicación eliminar registro de noticia”, *Noticias del Poder Judicial*, 22 de enero de 2016, disponible en: <http://bit.ly/1KQGVYa>

Proyecto de Ley de Protección a la Intimidación y a los Datos Personales 2010, disponible en: <http://bit.ly/1oWrdBW>

R3D (Red en defensa de los Derechos Digitales), “Ganamos! Tribunal anula resolución del INAI sobre el falso «derecho al olvido”, *R3D México*, 24 de agosto de 2016, disponible en: <http://bit.ly/2ErziJR>

Salazar Marín, Daniela, “La acción por incumplimiento como mecanismo de exigibilidad de sentencias e informes de organismos internacionales de derechos humanos en Ecuador”, en: *Revista Iuris Dictio*, 2013.

Salazar, Daniela, “El Impacto de la Ley Orgánica de Comunicación en Internet”, en: *Regulación de Internet y Derechos Digitales en Ecuador*, Editorial USFQ – Colección Iuris Dictio, 2016.

Simon, Farith y otros, “Observaciones al Proyecto de Ley Orgánica de Protección de los Derechos a la Intimidación y Privacidad sobre los Datos Personales”, en: *Regulación de Internet y Derechos Digitales en Ecuador*, Editorial USFQ – Colección Iuris Dictio, 2016.

TEDH, “Delfi AS v Estonia”, sentencia del 16 de junio de 2015, disponible en: <http://bit.ly/2F2tebC>

TEDH, “Handyside v. The United Kingdom”, sentencia del 07 de diciembre de 1976, disponible en: <http://bit.ly/2F2tebC>

TEDH, “Lehideux and Isorni v. France”, sentencia del 23 de septiembre de 1998, disponible en: <http://bit.ly/2F2tebC>

TEDH, “Pavel Ivanov v. Russia”, sentencia del 20 de febrero de 2007, disponible en: <http://bit.ly/2F2tebC>

TJCE, “Google Spain S.L., Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González”, sentencia del 13 de mayo de 2014, disponible en: <http://bit.ly/1fPvM8J>

TJCE, “UPC Telekabel Wien GmbH v Constantin Film Verleih GmbH”, sentencia del 27 marzo de 2014.

Unidad Judicial de Contravenciones con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, Juicio Contravenciones Penales No. 1751-2017-00262 seguido por Rafael Vicente Correa Delgado en contra de Juan Martín Pallares Carrión, sentencia de fecha 07 de marzo de 2017, disponible en: <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/>

Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha, Proceso No. 17294-2017-00080, desistimiento de fecha 17 de agosto de 2017, disponible en: <http://bit.ly/2Er1mgn>