

**Expediente: Acción de Inconstitucionalidad 217/2020
y su acumulada 249/2020
Asunto: Se presenta escrito en calidad de *amicus curiae***

MINISTRAS Y MINISTROS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

P R E S E N T E

Luis Fernando García Muñoz, en mi carácter de Director Ejecutivo y representante legal de la organización no gubernamental Red en Defensa de los Derechos Digitales A.C. (R3D), respetuosamente comparezco a fin de presentar escrito en calidad de *amicus curiae* en representación de dicha organización, dedicada a la defensa y promoción de los derechos humanos en el entorno digital.

I. OBJETO

El presente escrito tiene por objeto coadyuvar con esta H. Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, “SCJN” o “Suprema Corte”) en la resolución del Acción de Inconstitucionalidad 217/2020, y su acumulada 249/2020, presentadas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y el Senado de la República, respectivamente, en contra de los artículos 114 Quáter, 114 Quinquies, 114 Octies, 232 Bis, 232 Ter y 232 Quinquies de la Ley Federal del Derecho de Autor (en adelante “LFDA”), así como de los artículos 424 Bis, 427 Bis, 427 Ter y 427 Quater del Código Penal Federal adicionados mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 01 de julio de 2020.¹

En particular, el presente escrito pone a disposición de esta SCJN argumentos de derecho que demuestran:

- 1) El contenido y alcance del derecho a la libertad de expresión en el entorno digital, así como de los derechos a la ciencia y la cultura y sus diferencias con el régimen de propiedad intelectual.
- 2) La inconstitucionalidad de diversas porciones normativas del artículo 114 Octies, fracción II, inciso a), numeral 1 y fracción III y el artículo 232 Quinquies, fracción II de la LFDA que condicionan la no responsabilidad de proveedores de servicios en línea (PSL) al establecimiento de un mecanismo extrajudicial de censura previa ejecutada por particulares ante presuntas infracciones a derechos de autor (“notificación y retirada”).
- 3) La inconstitucionalidad de diversas porciones normativas de las fracciones I, inciso b) y II, incisos a), último párrafo, b), d) y e) del artículo 114 Octies de la LFDA que condiciona la no responsabilidad de proveedores de servicios de Internet (PSI) a la adopción de diversas medidas unilaterales de censura previa ejecutada por particulares.

¹ Consúltese https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5596012&fecha=01/07/2020#gsc.tab=0

- 4) La inconstitucionalidad del artículo 232 Quinquies, fracción III de la LFDA en tanto obliga a los PSI a la entrega de información personal que identifica a personas usuarias de servicios en Internet sin salvaguardas adecuadas para evitar invasiones ilegítimas a la privacidad y al derecho de expresión anónima.
- 5) La inconstitucionalidad de los artículos 232 Ter y 114 Quater de la LFDA en tanto prohíben y sancionan la elusión de medidas tecnológicas de protección de manera amplia, vaga, imprecisa y restringiendo el ejercicio de derechos humanos de manera contraria a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.
- 6) La inconstitucionalidad de los artículos 232 Bis y 114 Quinquies de la LFDA al prohibir y sancionar el desarrollo y difusión de herramientas e información para la elusión de medidas tecnológicas de protección de manera amplia, vaga, imprecisa y restringiendo el ejercicio de derechos humanos de manera contraria a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.
- 7) La inconstitucionalidad del artículo 424 Bis, fracción II; la frase “o parcial” en el artículo 424 Bis, fracción III; el artículo 427 Bis; el artículo 427 Ter: y el artículo 427 Quáter del Código Penal Federal en tanto establecen sanciones penales de manera contraria a los principios de seguridad jurídica, legalidad, taxatividad, tipicidad y lesividad en materia penal y criminalizan conductas que constituyen un ejercicio legítimo de derechos humanos y actividades de alto interés público.
- 8) Las disposiciones del Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (TMEC) no constituyen obstáculo para declarar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas a la luz de las disposiciones del propio tratado y, en su caso, de lo que señala el artículo 15 constitucional.

II. INTERÉS DE LA PROMOVENTE

Red en Defensa de los Derechos Digitales, A.C. (en adelante, “R3D”) es una organización de la sociedad civil constituida el 24 de marzo de 2015, que se dedica a la promoción y protección de los derechos humanos. A través del uso e implementación de diversas herramientas legales y de comunicación, realiza investigación, litigio estratégico, incidencia pública y campañas con el objetivo de promover y proteger los derechos digitales en México.

En este sentido, tal como se observa en el Acta constitutiva número 98541, misma que se presenta en copia simple como ANEXO ÚNICO, celebrada ante el Notario Público número 104 de la Ciudad de México, R3D tiene como objeto social la defensa y promoción de los derechos humanos y la promoción y fomento educativo, cultural, artístico, científico y tecnológico. Para cumplir con dicho objeto social, R3D se centra principalmente en los derechos humanos a la libertad de expresión, la privacidad, la protección de datos personales y el acceso a la cultura. Lo anterior se invoca como hecho notorio a través de lo siguiente, señalado de manera enunciativa más no limitativa: la página web de la

asociación², los informes que ha publicado la misma³; diversas notas periodísticas que refieren a ésta⁴, e incluso, del reconocimiento y referencia a R3D en informes y publicaciones de organismos internacionales como por ejemplo, el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2016⁵.

Al respecto es importante señalar que la SCJN ha reconocido en diversas ocasiones el interés legítimo de R3D para combatir por vía de amparo normas que producen un efecto inhibitorio para el ejercicio de derechos humanos, incluyendo el derecho a la libertad de expresión, por ejemplo, al resolver el Amparo en Revisión 341/2022.

Aunado a lo anterior, de diversas manifestaciones realizadas por órganos jurisdiccionales⁶ se desprende que los juzgadores nacionales pueden recibir y admitir escritos de *amicus curiae*. Por tanto, en consideración de lo señalado en el artículo 1º constitucional respecto de la obligación de las autoridades de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos, y en atención al compromiso con la defensa y protección de los derechos humanos, R3D busca pronunciarse mediante el presente escrito ante esta H. SCJN a fin de que lo desarrollado pueda ser considerado para fortalecer los argumentos que permitan defender y proteger los derechos humanos que están en juego con las resoluciones que este Alto Tribunal determine adoptar.

III. ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

PRIMERO. EL CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ENTORNO DIGITAL, ASÍ COMO DE LOS DERECHOS A LA CIENCIA Y LA CULTURA Y SUS DIFERENCIAS CON EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD INTELECTUAL.

² R3D: Red en Defensa de los Derechos Digitales. Página web: <https://r3d.mx>

³ R3D, #GobiernoEspía, vigilancia sistemática a periodistas y defensores de derechos humanos en México, junio de 2017. Disponible en: <https://r3d.mx/2017/06/19/gobierno-espia/> ; R3D, El Estado de la Vigilancia: Fuera de Control, noviembre de 2016. Disponible en: <https://r3d.mx/2016/11/23/un-vistazo-al-estado-de-la-vigilancia-en-mexico/>

⁴ NYT, Ahmed, A., 'Somos los nuevos enemigos del Estado': el espionaje a activistas y periodistas en México, 19 de junio de 2017, Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2017/06/19/mexico-pegasus-nso-group-espionaje/> ;

NYT, Perloth, N., Programas de espionaje fueron usados contra promotores de un impuesto a los refrescos en México, 11 de febrero de 2017. Disponible en: <https://www.nytimes.com/es/2017/02/11/programas-de-espionaje-fueron-usados-contra-impulsos-de-un-impuesto-a-los-refrescos-en-mexico/>

⁵ CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 2016, OEA/Ser.LV/II, 15 de marzo de 2017, págs. 287 y 860. Disponible en:

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/informeannual2016rele.pdf>

⁶ Época: Décima Época; Registro: 2016906; Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito; Tipo de Tesis: Aislada; Registro: 2016906; Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 54, Mayo de 2018, Tomo III; Materia(s): Común; Tesis: I.10o.A.8 K (10a.); Página: 2412. AMICUS CURIAE. SUSTENTO NORMATIVO DEL ANÁLISIS Y CONSIDERACIÓN DE LAS MANIFESTACIONES RELATIVAS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO; Registro Núm. 1605; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época; Pleno; Tomo XXVII, Marzo de 2008, página 1889. ACUERDO GENERAL NÚMERO 2/2008, DE DIEZ DE MARZO DE DOS MIL OCHO, DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN EL QUE SE ESTABLECEN LOS LINEAMIENTOS PARA LA CELEBRACIÓN DE AUDIENCIAS RELACIONADAS CON ASUNTOS CUYO TEMA SE ESTIME RELEVANTE, DE INTERÉS JURÍDICO O DE IMPORTANCIA NACIONAL.

De manera previa al análisis de los conceptos de invalidez específicos, resulta pertinente desarrollar el contenido y alcance de algunos derechos y conceptos cruciales para la comprensión de las violaciones alegadas.

Las obligaciones generales de derechos humanos

El párrafo tercero del artículo 1o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante “la Constitución”) establece las obligaciones generales del Estado de promover, respetar, proteger y garantizar derechos humanos. Estas obligaciones, en específico la obligación de proteger, incluye la obligación del Estado de evitar y no propiciar violaciones a derechos humanos en relaciones entre particulares⁷, en particular cuando actores privados acumulan y ejercen poder capaz de afectar significativamente su ejercicio⁸.

Lo anterior, en consonancia con lo que establecen, por ejemplo, el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “CADH”) y el principio 2 b) de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos (en adelante “los Principios Rectores”) incluye la obligación de no adoptar disposiciones legales que generen o permitan violaciones derechos humanos.

Bajo este marco de referencia es que deben ser analizadas las disposiciones legales impugnadas, las cuales, como será desarrollado en detalle en los siguientes apartados, en algunos casos obligan a actores privados a implementar mecanismos violatorios de derechos humanos y en otros propician dichas violaciones mediante la imposición de sanciones administrativas que incumplen el parámetro de regularidad constitucional.

El derecho a la libertad de expresión

⁷ Ver Tesis aislada.Tesis XXVII.3o. J/25 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 15 Tomo III, febrero de 2015, página 2256, de rubro: “**DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIÓN DE PROTEGERLOS EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**”; y Tesis aislada.Tesis 2a. III/2018 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 50 Tomo I, enero de 2018, página 532, de rubro: “**DERECHO HUMANO A UN MEDIO AMBIENTE SANO. EL ESTADO TIENE LA OBLIGACIÓN DE TOMAR LAS MEDIDAS POSITIVAS TENDIENTES A PROTEGERLO CONTRA ACTOS DE AGENTES NO ESTATALES.**”.

⁸ Ver Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 15/2012 (9a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo I, abril de 2013, página 798, de rubro: “**DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.**”; y Ver Tesis aislada.Tesis 1a. CDXXVII/2014 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 13 Tomo I, diciembre de 2014, página 243, de rubro: “**PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. FACTORES PARA MEDIR LA INCIDENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.**”.

El derecho a la libertad de expresión se encuentra reconocido en los artículos 6º y 7º de la Constitución, en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante “PIDCP”) y en el artículo 13 de la CADH. En particular este último se distingue por el nivel excepcionalmente protector del derecho a la libertad de expresión. Como ha sido señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”): “[...] *las garantías de la libertad de expresión contenidas en la [CADH] fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al minimum las restricciones a la libre circulación de las ideas*”.⁹

Es por ello que tanto la Corte IDH como la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante “SCJN”) han resaltado la preponderancia de la libertad de expresión y reiterado que esta constituye la piedra angular de una sociedad democrática y una condición esencial para que ésta esté suficientemente informada.¹⁰

El derecho a la libertad de expresión comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. En este sentido, tanto la Corte IDH¹¹, como la SCJN¹² han precisado que el conocimiento de la opinión ajena o de la información de la que disponen otros resulta ser tan importante como el derecho a difundir la propia.

De esta manera, tanto la Corte IDH como la SCJN han explicado de manera reiterada que el derecho a la libertad de expresión posee dos dimensiones: una dimensión individual y una dimensión social. Esta doble dimensión “requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”.¹³

Respecto de la dimensión individual de la libertad de expresión, es importante resaltar lo indicado por la Corte IDH en el sentido de reconocer que esta primera dimensión:

⁹ Corte IDH. Serie A No. 5. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, párr. 52.

¹⁰ Corte IDH. Serie C No. 73. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo y Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 68 y SCJN. 1ª Sala. Amparo Directo 28/2010. Sentencia de 23 de noviembre de 2011.

¹¹ Corte IDH. Serie A No. 5. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, párr. 32.

¹² SCJN. 1ª Sala. Amparo en Revisión 1595/2006. Sentencia de 29 de noviembre de 2006.

¹³ Corte IDH. Serie C No. 107. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr 108; Serie C No 111. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr.77.; y I Serie C No. 74. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001, párr. 146.

“no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente.”¹⁴

Igualmente, respecto a la dimensión social de la libertad de expresión, la Corte IDH ha enfatizado que este derecho es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas, por tanto, comprende también “el derecho de todos a conocer opiniones, relatos y noticias vertidas por terceros”.¹⁵

El concepto de “doble dimensión de la libertad de expresión” y su relevancia constitucional también han sido recogidos por la SCJN, la cual ha afirmado que este derecho, por un lado, asegura a las personas espacios esenciales para el despliegue de su autonomía y, por otro, goza de una vertiente pública, colectiva o institucional que los convierte en piezas básicas para el adecuado funcionamiento de una democracia representativa.¹⁶

El derecho a la libertad de expresión no solo protege la expresión oral, escrita o visual sino que, como lo señala la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la CIDH”), este derecho protege las expresiones humanas “en todas sus formas y manifestaciones”¹⁷.

De igual manera, en cuanto al contenido de las expresiones, ha sido establecida, tanto por la SCJN como por la Corte IDH, la regla de la presunción de cobertura *ab initio* para todo tipo de expresiones. En palabras de la SCJN, “existe una presunción general de cobertura constitucional de todo discurso expresivo o informativo, misma que se justifica por la obligación primaria de neutralidad del Estado frente a los contenidos de las opiniones e informaciones difundidas, así como por la necesidad de garantizar que, en principio, no

¹⁴ Corte IDH. Serie C No. 107. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 109; Serie C No. 73. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo y Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 65; y Serie C No 111. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 78.

¹⁵ Corte IDH. Serie C No. 107. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 110; y Serie C No 111. Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 79.

¹⁶ SCJN. Pleno. Acción de Inconstitucionalidad 66/2009. Sentencia de 24 de marzo de 2011.

¹⁷ CIDH. Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en octubre de 2000, en el 108 período ordinario

existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos *a priori* del debate público”.¹⁸

Por supuesto, el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto y admite restricciones, sin embargo, a diferencia de otros derechos, tanto la Constitución como la CADH establecen reglas específicas y particularmente estrictas para su restricción, lo cual, como ha sido mencionado anteriormente, distingue a nuestro sistema jurídico del europeo, e incluso, del estadounidense.

En este sentido, se destaca la regla establecida en los artículos 7 de la Constitución y 13 de la CADH respecto de que las restricciones a la libertad de expresión no deben establecerse mediante la censura previa, sino exclusivamente mediante responsabilidades ulteriores.

La Corte IDH ha señalado que la censura previa implica “la supresión radical de la libertad de expresión, que tiene lugar cuando, por medio del poder público se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias. (...) En tal hipótesis, hay una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática”.¹⁹

En este sentido, la SCJN ha explicado los alcances de la prohibición de censura previa al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 29/2011:

*La prohibición de la censura, en otras palabras, no significa que la libertad de expresión no tenga límites, o que el legislador no esté legitimado para emitir ex ante, normas en consideración a los mismos. Lo que significa e implica es que **estos límites no pueden hacerse valer mediante un mecanismo por el cual una autoridad excluya sin más a un determinado mensaje del conocimiento público; los límites deben hacerse valer a través de la atribución de responsabilidades —civiles, penales, administrativas— posteriores. No se trata, pues, de que no se pueda regular el modo y manera de expresión, ni que no se puedan poner reglas, incluso respecto del contenido de los mensajes. El modo de aplicación de estos límites, sin***

¹⁸ Ver Tesis de Jurisprudencia ,1a./J. 32/2013 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1, abril de 2013, página 540, de rubro: “**LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO AL HONOR. EXPRESIONES QUE SE ENCUENTRAN PROTEGIDAS CONSTITUCIONALMENTE**; 1ª Sala. Amparo Directo 25/2010. Sentencia de 28 de marzo de 2012; 1ª Sala. Amparo Directo 26/2010. Sentencia de 28 de marzo de 2012; SCJN. 1ª Sala. Amparo Directo 28/2010. Sentencia de 23 de noviembre de 2011; y 1ª Sala. Amparo Directo 8/2012. Sentencia de 4 de julio de 2012.

¹⁹ Corte IDH. Serie C No. 135. Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 69.

*embargo, no puede consistir en excluir el mensaje del conocimiento público.*²⁰ (resaltado añadido)

De esta manera, para el ordenamiento jurídico mexicano “es más tolerable el riesgo derivado de los eventuales daños generados por la expresión y la información que el riesgo de una restricción general de las libertades correspondientes”.²¹

De igual manera, tanto el artículo 7 de la Constitución como el artículo 13.3 de la CADH establecen la prohibición de restricciones indirectas a la libertad de expresión, dentro de las cuáles la SCJN ha reconocido, por ejemplo, la atribución de responsabilidad a intermediarios que participan en la cadena de difusión de información, pues ello se traduciría en el establecimiento de un mecanismo de censura previa o indirecta delegado a los particulares.²²

Por el contrario, como se ha señalado, las restricciones al derecho a la libertad de expresión únicamente pueden ser establecidas mediante responsabilidades ulteriores que, a su vez, deben cumplir con una serie de requisitos para considerarse compatibles con el parámetro de regularidad constitucional:

1. La limitación debe estar **definida en forma precisa y clara a través de una ley formal y material y orientada al logro de objetivos imperiosos** autorizados por la Constitución y la CADH.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se ha advertido que “las normas vagas, ambiguas, amplias o abiertas, por su simple existencia, disuaden la emisión de informaciones y opiniones por miedo a sanciones, y pueden llevar a interpretaciones judiciales amplias que restringen indebidamente la libertad de expresión; de allí que el Estado deba precisar las conductas que pueden ser objeto de responsabilidad ulterior, para evitar que se afecte la libre expresión”.²³

De manera coincidente, la SCJN ha señalado que dada la importancia de la libertad de expresión, en todo Estado democrático debe evitarse cualquier acto de autoridad

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

²¹ SCJN. 1ª Sala. Amparo Directo 8/2012. Sentencia de 4 de julio de 2012.

²² SCJN. 1ª Sala. Amparo Directo 3/2011. Sentencia de 30 de enero de 2013.

²³ CIDH. Informe Anual 2009. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo III (Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión). OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009. Párr. 70.

que pueda generar un “efecto de desaliento” en la población, inhibiendo con ello una libertad y derecho fundamental para cualquier democracia²⁴.

En particular, cuando la consecuencia de la limitación puede implicar una sanción de naturaleza penal, la Corte IDH ha señalado que “es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad”²⁵. Es decir, resulta necesario “utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles”,²⁶ lo cual implica “una clara definición de la conducta incriminada, la fijación de sus elementos y el deslinde de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales”.²⁷

De manera coincidente, la SCJN ha establecido que “un tipo penal será inconstitucional, por vulnerar el principio de taxatividad, si es sobre-inclusivo, desde dos perspectivas, la del ciudadano quien no podrá anticipar qué tipo de acción comunicativa está prohibida, y desde la perspectiva de la autoridad, quien se ve beneficiado con la falta de definición precisa para adquirir un poder ilícito de prohibir acciones comunicativas con las cuales no coincide. De ahí que si un tipo penal criminaliza una categoría demasiado amplia de discurso en la circunstancia específica punible, especialmente, si es público, deberá concluirse que sobre ella pesa una presunción de inconstitucionalidad.

El incumplimiento del principio de taxatividad, aplicado en temas de libertad de expresión y acceso a la información, genera el vicio de validez constitucional ordinariamente asociado en la jurisprudencia de esta Suprema Corte de Justicia, a saber, en la falla de la ley en prevenir con certeza al destinatario, qué tipo de conducta está prohibido. Sin embargo, lo específico de su aplicación en este ámbito radica en la existencia de un doble vicio de validez adicional:

a) Una norma penal que no satisface el principio de taxatividad genera efectos perjudiciales para el ámbito de deliberación pública –sobre el cual se proyectan las libertades de expresión y acceso a la información–, ya que las personas, al no tener certeza sobre el tipo de discurso en el que no pueden participar, decidirán

²⁴ SCJN. 1ª Sala. Amparo Directo en Revisión 172/2019. Sentencia de 10 de abril de 2019. Párr. 35.

²⁵ Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 55.

²⁶ Ídem

²⁷ Ídem

preventivamente no participar del todo en dicha actividad comunicativa, por miedo de resultar penalizados. En ello radica el efecto inhibitorio generado por la falta de taxatividad de un tipo penal.

b) El incumplimiento del principio de taxatividad genera que un tipo penal sirva de fundamento a la autoridad ministerial y/o judicial para ejercer discreción e introducir sus valoraciones personales sobre el tipo de discurso que debería estar prohibido en una circunstancia específica. El vicio de validez se constata cuando la norma resulta apta para dotar a las autoridades del poder para prohibir acciones comunicativas con las cuales no coinciden. Este poder de discreción (generado por la falta de taxatividad) atenta contra el principal mecanismo de control democrático que tienen los ciudadanos sobre sus autoridades: la crítica impopular.”²⁸

2. Las restricciones al derecho a la libertad de expresión deben cumplir con los requisitos de **idoneidad, necesidad y proporcionalidad**.

En este sentido, la Corte IDH ha explicado que el requisito de **idoneidad** implica que “cualquier limitación al derecho a la libertad de expresión debe ser un instrumento idóneo para cumplir la finalidad que se busca a través de su imposición— esto es, debe tratarse de una medida efectivamente conducente para obtener los objetivos legítimos e imperiosos que mediante ella se persiguen—. En otras palabras, las limitaciones deben ser adecuadas para contribuir al logro de finalidades compatibles con la Convención Americana, o estar en capacidad de contribuir a la realización de tales objetivos”²⁹

Por su parte, respecto del requisito de **necesidad**, el sistema interamericano de derechos humanos ha clarificado que para que una restricción sea legítima “debe establecerse claramente la necesidad cierta e imperiosa de efectuar la limitación, es decir, que tal objetivo legítimo e imperativo no pueda alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de los derechos humanos.”³⁰

Como la Corte IDH ha señalado, el requisito de necesidad también implica que no debe limitarse más allá de lo estrictamente indispensable para garantizar el pleno

²⁸ SCJN. 1ª Sala. Amparo en Revisión 492/2014. Sentencia de 20 de mayo de 2015. Párrs. 104-105.

²⁹ Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177; CIDH. Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009. Párr. 87.

³⁰ CIDH. Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009. Párr. 85.

ejercicio y alcance del derecho a la libertad de expresión³¹. Este requisito sugiere que el medio restrictivo sea en realidad el medio menos gravoso disponible para “proteger los bienes jurídicos fundamentales (protegidos) de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro”, pues lo contrario llevaría al ejercicio abusivo del poder del Estado³². En otras palabras, entre varias opciones para alcanzar el mismo objetivo, debe escogerse la que restrinja en menor escala el derecho.³³

Finalmente, el requisito de **proporcionalidad** exige que cualquier restricción a la libertad de expresión debe ajustarse estrechamente al logro objetivo legítimo perseguido, interfiriendo en la menor medida posible con el ejercicio legítimo de tal libertad³⁴. Para determinar la estricta proporcionalidad de una limitación, ha de determinarse si el sacrificio de la libertad de expresión que ella conlleva resulta exagerado o desmedido frente a las ventajas que mediante ella se obtienen³⁵.

3. Las restricciones al derecho a la libertad de expresión deben respetar el derecho a las **garantías judiciales y el debido proceso**.

Como ha sido señalado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, las responsabilidades ulteriores derivadas del ejercicio abusivo de la libertad de expresión deben ser siempre ordenadas por un juez o autoridad jurisdiccional independiente e imparcial, respetando las garantías del debido proceso³⁶.

El derecho a la libertad de expresión en el entorno digital

Como ha sido ampliamente reconocido, las tecnologías digitales como Internet “han facilitado exponencialmente el ejercicio de la libertad de expresión en todas sus

³¹ Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 83; Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 85; Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 121-122; 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, párr. 46.

³² Corte IDH. Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009 Serie C No. 193, párr. 119.

³³ CIDH. Marco Jurídico Interamericano del Derecho a la Libertad de Expresión. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 51. 30 de diciembre de 2009. Párr. 86.

³⁴ Corte IDH. Caso de Eduardo Kimel Vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 83; Corte IDH. Caso Palamara Iribarne. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 85; Corte IDH. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 123; Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 46; CIDH.

³⁵ Corte IDH. Caso Kimel Vs. Argentina. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177, párr. 83.

³⁶ CIDH. Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.17/17. 15 de marzo 2017. Párr. 74; CIDH. Informe Anual 2013. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Capítulo IV (Libertad de Expresión e Internet). OEA/Ser.L/V/II.149. Doc. 50. 31 de diciembre de 2013, párr. 65.

dimensiones, diversificando y multiplicando los medios de comunicación, la audiencia -potencialmente global-, disminuyendo los costos y los tiempos, además de ofrecer condiciones inmejorables para la innovación y ejercicio de otros derechos fundamentales³⁷.

Dadas las características particulares de tecnologías como internet en cuanto a su naturaleza multidireccional e interactiva, su velocidad y alcance global a un relativo bajo costo, y sus principios de diseño descentralizado y abierto, el acceso a estas tecnologías ha adquirido un potencial inédito para la realización efectiva del derecho a buscar, recibir y difundir información.³⁸

Las tecnologías digitales permiten “la creación en colaboración y el intercambio de contenidos – es un ámbito donde cualquiera puede ser autor y cualquiera puede publicar. A la vez, ayuda a comunicarse, colaborar e intercambiar opiniones e información”.³⁹

Es por ello que organismos internacionales de derechos humanos han señalado, en primer lugar, que los estándares de protección de la libertad de expresión aplican al entorno digital del mismo modo que al entornos fuera de línea⁴⁰. No obstante, también ha sido establecido que los Estados deben tomar en cuenta las características singulares del entorno digital al momento de establecer enfoques regulatorios que puedan afectar su potencial para el ejercicio de derechos humanos.⁴¹

Dicho enfoque ha sido incorporado por la SCJN la cual ha incorporado el “principio de restricción mínima posible” por medio del cual “se reconoce que en el orden jurídico nacional y en el derecho internacional de los derechos humanos, existe el principio relativo a que el flujo de información por Internet debe restringirse lo mínimo posible, esto es, en circunstancias excepcionales y limitadas”⁴²

³⁷ CIDH. Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente. Párr. 80; CIDH. Libertad de Expresión e Internet. Párr. 2 y 36.

³⁸ CIDH. Libertad de Expresión e Internet. Párr. 36.

³⁹ CIDH. Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente. Párr. 81.

⁴⁰ ONU. Consejo de Derechos Humanos. Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet. A/HRC/20/L.13. 29 de junio de 2012. Párr. 1; Relator Especial de las Naciones 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 para la Libertad de Expresión de la CIDH y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP). Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet. 1 de junio de 2011. Principio 1. a)

⁴¹ Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet. Principios 1 b), c) y d)

⁴² Ver Tesis Aislada ,2a. CII/2017 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 43, Junio de 2017, Tomo 2, página 1433, de rubro: “**FLUJO DE INFORMACIÓN EN RED ELECTRÓNICA (INTERNET). PRINCIPIO DE RESTRICCIÓN MÍNIMA POSIBLE.**”

De esta manera, tanto a nivel nacional como en el derecho internacional de los derechos humanos se ha considerado que no constituyen restricciones admisibles por el parámetro de regularidad, por ejemplo, el bloqueo obligatorio de sitios web enteros, direcciones IP, puertos, protocolos de red o ciertos tipos de usos (como las redes sociales) en tanto constituyen medidas extremas—análogas a la prohibición de un periódico o una emisora de radio o televisión— que solo podría estar justificada conforme a estándares internacionales, por ejemplo, en situaciones verdaderamente excepcionales, como es el caso de medidas idóneas, necesarias y proporcionales en contra del abuso sexual infantil⁴³.

De igual manera, se ha considerado que los sistemas de filtrado de contenidos impuestos por gobiernos o proveedores de servicios comerciales que no sean controlados por el usuario final constituyen una forma de censura previa y no representan una restricción justificada a la libertad de expresión⁴⁴.

Un aspecto fundamental para la libertad de expresión en el entorno digital es la limitación de la responsabilidad de los intermediarios en Internet. Como ha sido reconocido por la CIDH y mecanismos especiales de protección de derechos humanos de la ONU el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en entornos digitales depende, en gran medida, de un amplio espectro de actores, principalmente privados, que actúan como intermediarios al brindar servicios como el acceso y la interconexión; la transmisión, procesamiento y encaminamiento del tráfico; el alojamiento de material publicado por terceros y el acceso a este, la referencia a contenidos o la búsqueda de materiales en la red; la realización de transacciones financieras; y la conexión entre usuarios a través de plataformas de redes sociales, entre otros.⁴⁵

En este sentido, en virtud del poder que los intermediarios poseen para ejercer control sobre cómo y con quién se comunican sus usuarios, se han convertido en actores clave en la protección de los derechos a la libertad de expresión y la privacidad. Los esquemas amplios de responsabilidad de intermediarios por expresiones de terceras personas generan incentivos para la censura privada de expresiones legítimas⁴⁶. Por ello, la limitación de su

⁴³ Ver Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet. Principio 3 a); y Ver Tesis Aislada ,2a. CIV/2017 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 43, Junio de 2017, Tomo 2, página 1429, de rubro: **“BLOQUEO DE UNA PÁGINA ELECTRÓNICA (INTERNET). DICHA MEDIDA ÚNICAMENTE ESTÁ AUTORIZADA EN CASOS EXCEPCIONALES.**

⁴⁴ Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet. Principio 3 b)

⁴⁵ CIDH. Libertad de Expresión e Internet. Párr. 91; y ONU. Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/HRC/17/27. 16 de mayo de 2011. Párr. 38.

⁴⁶ CIDH. Libertad de Expresión e Internet. Párr. 105.

responsabilidad respecto de contenidos generados por terceros resulta fundamental para la protección del derecho a la libertad de expresión en el entorno digital.

Al respecto, en el derecho internacional de los derechos humanos se ha establecido la regla general de que ninguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché debe 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 ("principio de mera transmisión")⁴⁷.

Como mínimo, organismos internacionales de derechos humanos han señalado que "no se debería exigir a los intermediarios que controlen el contenido generado por usuarios y no deberían estar sujetos a normas extrajudiciales sobre cancelación de contenidos que no ofrezcan suficiente protección para la libertad de expresión"⁴⁸.

Cabe resaltar que la Primera Sala de la SCJN también ha reconocido el principio de no responsabilidad de intermediarios en Internet, por ejemplo al resolver el Amparo directo en revisión 1956/2020 en donde —por mayoría de 4 votos a 1— determinó que los propietarios de las páginas electrónicas que sirven como plataforma intermediaria entre ofertantes y solicitantes de empleos no serían responsables por los actos de discriminación en los cuales lleguen a incurrir los empleadores usuarios al formular las ofertas de empleo, cuando actúen como medios o vehículos neutros para hacer posible la conexión entre quienes ofrecen trabajo y quienes buscan obtenerlo⁴⁹.

En igual sentido, al resolver el Amparo en Revisión 341/2022, en donde al determinar la incompatibilidad de la doctrina del "derecho al olvido" con las normas constitucionales en materia de libertad de expresión y libre acceso a la información consideró —entre otras cosas— que "no puede asignarse a entidades privadas, tales como motores de búsqueda en Internet, la obligación de vigilar y determinar qué información cumple una función pública y cuál debe eliminarse de los resultados de búsqueda, lo que generaría un incentivo para

⁴⁷ Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet. Principio 2 a)

⁴⁸ Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet. Principio 2 b). Ver también. Principios de Manila sobre responsabilidad de intermediarios. Disponibles en: <https://www.manilaprinciples.org/es>

⁴⁹ Primera Sala. Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 24/2022 (11a.), Undécima Época, página 656, Tomo II, Libro 12 del Semanario Judicial y su Gaceta, de Abril de 2022. Registro Digital: 2024454. de rubro: **NO DISCRIMINACIÓN. LAS EMPRESAS PROPIETARIAS DE PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS INTERMEDIARIAS DE EMPLEABILIDAD NO SON RESPONSABLES POR LOS ACTOS DE DISCRIMINACIÓN COMETIDOS POR LOS USUARIOS EN ÉSTAS, CUANDO ACTÚEN COMO MEDIOS O VEHÍCULOS NEUTROS.**

estos intermediarios de Internet para remover información y evitar responsabilidades civiles o administrativas, además de que la facultad que se le podría asignar a un órgano del Estado para esta determinación podría constituir un medio para la censura indirecta, sin la existencia de un juicio y sin seguir las formalidades del debido proceso.”⁵⁰ y estableció en su ejecutoria que *“la norma combatida, al establecer un derecho privado para exigir, post mortem, la eliminación o desindexación de información a publicadores o intermediarios en internet, sin que siquiera la eliminación o desindexación sea determinada por un juez y sin consideración alguna del interés público y del derecho a la información y a la libertad de expresión de terceros es flagrantemente violatoria del parámetro de regularidad constitucional”*⁵¹.

Finalmente, tanto la CIDH como el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la ONU⁵², han resaltado la importancia que tiene la protección del anonimato para garantizar la vigencia del derecho a la libertad de expresión en el entorno digital al señalar, por ejemplo, que *“los Estados deben evitar la implementación de cualquier medida que restrinja, de manera arbitraria o abusiva, la privacidad de los individuos (...) entendida en sentido amplio como todo espacio de intimidad y anonimato, libre de amedrentamiento y de represalias, y necesario para que un individuo pueda formarse libremente una opinión y expresar sus ideas así como buscar y recibir información, sin ser forzado a identificarse o a revelar sus creencias y convicciones o las fuentes que consulta”*⁵³.

A este respecto se ha entendido que en cualquier caso las personas usuarias *“deben tener derecho a permanecer bajo anonimato y cualquier disputa sobre este punto debe ser resuelta exclusivamente en sede judicial”*.⁵⁴

También, se ha indicado que *“la prohibición del uso de medidas de elusión cuando estas se usan para proteger legítimamente el derecho a la comunicación anónima o para el uso de*

⁵⁰ Primera Sala. Tesis aislada. 1a. II/2023 (11a.), Undécima Época, página 2379, Tomo II, Libro 22 del Semanario Judicial y su Gaceta, de Febrero de 2023. Registro Digital: 2025995. de rubro: **DERECHO AL OLVIDO. EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1392 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA CIUDAD DE MÉXICO QUE ESTABLECE ESTE DERECHO ES INCOMPATIBLE CON LAS NORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN.**

⁵¹ Amparo en revisión 341/2022. Red en Defensa de los Derechos Digitales, A.C. 23 de noviembre de 2022. Mayoría de tres votos de los Ministros Juan Luis González Alcántara Carrancá, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidentes: Ministras Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto particular y Ana Margarita Ríos Farjat, quien reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá. Página 27 de la sentencia.

⁵² Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye. A/HRC/29/32. 22 de mayo de 2015. Párr. 38.

⁵³ CIDH. Libertad de Expresión e Internet. Párr. 132.

⁵⁴ CIDH. Libertad de Expresión e Internet. Párr. 109.

manera legítima de los bienes de una persona, no debe ser considerada como medida legítima para la protección de los derechos de autor”⁵⁵.

El derecho a la ciencia y la cultura y sus diferencias con el régimen de propiedad intelectual

El derecho a la ciencia y la cultura se encuentra reconocido por la Constitución y por tratados internacionales de derechos humanos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “PIDESC”) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante “Protocolo de San Salvador”).

La Constitución establece en el artículo 3, fracción V que “toda persona tiene derecho a gozar de los beneficios del desarrollo de la ciencia y la innovación tecnológica”. Igualmente, el artículo 4, párrafo décimo segundo reconoce que “toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales. El Estado promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, atendiendo a la diversidad cultural en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa. La ley establecerá los mecanismos para el acceso y participación a cualquier manifestación cultural”.

De igual manera, el artículo 15 del PIDESC y 14 del Protocolo de San Salvador reconocen los derechos de toda persona a:

- “a) Participar en la vida cultural;
- b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
- c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”

El contenido y alcance de estos derechos ha sido primordialmente desarrollado en el derecho internacional de los derechos humanos, en particular por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “Comité DESC”), intérprete autorizado del PIDESC, así como por el trabajo de la Relatoría Especial sobre Derechos Culturales de la ONU.

⁵⁵ CIDH. Libertad de Expresión e Internet. Párr. 83.

De conformidad con la Observación General N° 21, el Comité DESC entiende que la cultura comprende, entre otras cosas, “las formas de vida, el lenguaje, la literatura escrita y oral, la música y las canciones, la comunicación no verbal, los sistemas de religión y de creencias, los ritos y las ceremonias, los deportes y juegos, los métodos de producción o la tecnología, el entorno natural y el producido por el ser humano, la comida, el vestido y la vivienda, así como las artes, costumbres y tradiciones, por los cuales individuos, grupos y comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas. La cultura refleja y configura los valores del bienestar y la vida económica, social y política de los individuos, los grupos y las comunidades”.⁵⁶

Por su parte, en la Observación General N° 25, el Comité DESC define a la ciencia como “el proceso en virtud del cual la humanidad, actuando individualmente o en pequeños o grandes grupos, hace un esfuerzo organizado, mediante el estudio objetivo de los fenómenos observados y su validación a través del intercambio de conclusiones y datos y el examen entre pares, para descubrir y dominar la cadena de causalidades, relaciones o interacciones; reúne subsistemas de conocimiento de forma coordinada por medio de la reflexión sistemática y la conceptualización; y con ello se da a sí misma la posibilidad de utilizar, para su propio progreso, la comprensión de los procesos y de los fenómenos que ocurren en la naturaleza y en la sociedad”.⁵⁷

Si bien suelen confundirse estos derechos con los derechos de propiedad intelectual, como el derecho de autor, tanto el Comité DESC, como la Relatoría Especial han sido enfáticos en establecer la diferencia entre el derecho a la ciencia y la cultura (incluyendo el derecho a la protección de la autoría) y el régimen jurídico de propiedad intelectual.

Por ejemplo, en la Observación General N° 17, el Comité DESC ha señalado que los derechos a la ciencia y la cultura “son derechos fundamentales, inalienables y universales del individuo y, en ciertas circunstancias, de grupos de individuos y de comunidades. Los derechos humanos son fundamentales porque son inherentes a la persona humana como tal, mientras que los derechos de propiedad intelectual son ante todo medios que utilizan los Estados para estimular la inventiva y la creatividad, alentar la difusión de producciones creativas e innovadoras, así como el desarrollo de las identidades culturales, y preservar la

⁵⁶ Comité DESC. Observación general N° 21 (2010) sobre el Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/GC/21/Rev.1. 17 de mayo de 2010. Párr. 13.

⁵⁷ Comité DESC. Observación general N° 25 (2020), relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1 b), 2, 3 y 4, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/GC/25. 30 de abril de 2020. Párr. 4.

integridad de las producciones científicas, literarias y artísticas para beneficio de la sociedad en su conjunto.

En contraste con los derechos humanos, los derechos de propiedad intelectual son generalmente de índole temporal y es posible revocarlos, autorizar su ejercicio o cederlos a terceros. Mientras que en la mayoría de los sistemas de propiedad intelectual los derechos de propiedad intelectual, a menudo con excepción de los derechos morales, pueden ser transmitidos y son de alcance y duración limitados y susceptibles de transacción, enmienda e incluso renuncia, los derechos humanos son la expresión imperecedera de un título fundamental de la persona humana. Mientras que el derecho humano a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de las producciones científicas, literarias o artísticas propias protege la vinculación personal entre los autores y sus creaciones y entre los pueblos, comunidades y otros grupos y su patrimonio cultural colectivo, así como los intereses materiales básicos necesarios para que contribuyan, como mínimo, a un nivel de vida adecuado, los regímenes de propiedad intelectual protegen principalmente los intereses e inversiones comerciales y empresariales. Además, el alcance de la protección de los intereses morales y materiales del autor prevista en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 no coincide necesariamente con lo que se denomina derechos de propiedad intelectual en la legislación nacional o en los acuerdos internacionales.”⁵⁸

En efecto, tanto el Comité DESC como la Relatoría Especial han destacado que la equiparación entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos humanos a la ciencia y la cultura “es falsa y engañosa”⁵⁹ y por ende “es importante pues no equiparar los derechos de propiedad intelectual con el derecho humano reconocido en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15”⁶⁰.

Si bien “algunos elementos de la protección de la propiedad intelectual se exigen —o al menos se alientan firmemente— por remisión al derecho a la ciencia y la cultura. Otros elementos de la legislación sobre los derechos de autor contemporánea van más allá de lo que exige el derecho a la protección de la autoría y pueden incluso ser incompatibles con el derecho a la ciencia y la cultura”⁶¹.

⁵⁸ Comité DESC. Observación General N° 17 (2005). Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto). Párrs. 1-2.

⁵⁹ ONU. Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed. A /HRC/28/57. 24 de diciembre de 2014. Párr. 26.

⁶⁰ Comité DESC. Observación General N° 17. Párr. 3.

⁶¹ ONU. Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed. A /HRC/28/57. 24 de diciembre de 2014. Párr. 26.

En este sentido ha reiterado el Comité DESC en la Observación General N° 25 relativa a la ciencia y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 15, párrafos 1 b), 2, 3 y 4, del PIDESC) al señalar que “la propiedad intelectual puede afectar negativamente al avance de la ciencia y el acceso a sus beneficios”⁶² de diversas maneras. Por ello ha enfatizado que “se debe alcanzar un equilibrio entre la propiedad intelectual y el acceso y el intercambio abierto de los conocimientos científicos y sus aplicaciones, especialmente los vinculados a la realización de otros derechos económicos, sociales y culturales, como los derechos a la salud, la educación y la alimentación. El Comité reitera que, en última instancia, la propiedad intelectual es un producto social y tiene una función social y, por consiguiente, los Estados partes tienen el deber de impedir que se impongan costos irrazonablemente elevados para el acceso a medicamentos esenciales, semillas u otros medios de producción de alimentos, o a libros de texto y material educativo, que menoscaben el derecho de grandes segmentos de la población a la salud, la alimentación y la educación.”⁶³

El Comité DESC ha sido consistente en señalar que el derecho a la protección de la autoría no es un derecho absoluto, sino que se complementa y limita con los demás derechos a la ciencia y la cultura, así como otros derechos humanos como el derecho a la libertad de expresión⁶⁴. En un sentido similar, la SCJN ha reconocido que los derechos de los titulares de derechos de autor no justifican, por sí mismas, restricciones al derecho a la libertad de expresión⁶⁵.

Por el contrario, resulta indispensable que exista un sistema robusto de excepciones y limitaciones al derecho de autor. Como ha señalado la Relatoría Especial de la ONU sobre derechos culturales:

“Las excepciones y limitaciones de los derechos de autor —que definen los usos específicos que no requieren una licencia del titular de los derechos— constituyen una parte fundamental del equilibrio que los derechos de autor deben lograr entre los intereses de los titulares de derechos en relación con el control exclusivo y los intereses de terceros con respecto a la participación cultural.

⁶² Comité DESC. Observación general N° 25 (2020), párr. 60.

⁶³ Comité DESC. Observación general N° 25 (2020), párr. 62.

⁶⁴ Comité DESC. Observación General N° 17. Párr. 4.

⁶⁵ Ver Tesis Aislada ,2a. CIX/2017 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 43, Junio de 2017, Tomo 2, página 1437, de rubro: “**LIBERTAD DE EXPRESIÓN EJERCIDA A TRAVÉS DE LA RED ELECTRÓNICA (INTERNET). LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR NO JUSTIFICA, EN SÍ Y POR SÍ MISMA, EL BLOQUEO DE UNA PÁGINA WEB.**”

Una función esencial de las excepciones y limitaciones es contribuir a que el arte pueda ser un medio de vida. Las licencias legales pueden facilitar las transacciones creativas y aumentar los ingresos de los creadores.

Otra función esencial es fomentar nuevas expresiones de creatividad. Las excepciones y limitaciones al derecho de autor pueden permitir que la caricatura, la parodia, la imitación y el apropiacionismo se basen en obras anteriores claramente reconocibles con el fin de expresar algo nuevo y diferente. Los creadores de documentales también necesitan libertad para utilizar las imágenes, los videoclips o la música necesarios para contar una determinada historia. En función del régimen de excepciones y limitaciones de cada país, esas prácticas artísticas pueden estar claramente definidas como legales o sumirse en una zona de ambigüedad jurídica que hace que sea difícil que los creadores comercialicen y distribuyan sus obras.

Las excepciones y limitaciones también pueden ampliar las oportunidades educativas al promover un mayor acceso a material de aprendizaje. Por ejemplo, los regímenes de derecho de autor de China, Tailandia y Viet Nam prevén excepciones y limitaciones que autorizan expresamente muchas formas de copia con fines educativos. En otros países, las excepciones y limitaciones determinan si los libros de texto se pueden alquilar con fines comerciales y si los investigadores y los estudiantes pueden hacer una copia para uso personal de material prestado. Las excepciones y limitaciones de los derechos de autor que permiten la digitalización y la exposición pueden facilitar las técnicas de aprendizaje a distancia, creando nuevas oportunidades para los estudiantes de los países en desarrollo o las regiones rurales.

Además, las excepciones y limitaciones también pueden ampliar el espacio para la cultura no comercial. Cuando el derecho de representación en público se define en términos generales, pueden establecerse excepciones y limitaciones para que los servicios religiosos, las actuaciones escolares, los festivales públicos y otros supuestos sin ánimo de lucro no tengan que obtener licencias para representar obras musicales o teatrales.

Una perspectiva de derechos humanos también requiere examinar a fondo las posibilidades que tienen las excepciones y limitaciones de los derechos

de autor para promover la inclusión y el acceso a las obras culturales, en especial para los grupos desfavorecidos.

Los defensores de los derechos de las personas con discapacidad vienen expresando desde hace tiempo su preocupación por que la legislación sobre los derechos de autor pueda impedir la adaptación de las obras a formatos aptos para las personas con discapacidad cuando los titulares de los derechos de autor no publiquen las obras en formatos accesibles, como el Braille, ni permitan que otros lo hagan. Para resolver ese problema, muchos países han aprobado excepciones y limitaciones a los derechos de autor que permiten que las organizaciones autorizadas sin ánimo de lucro produzcan y distribuyan obras accesibles para las personas con discapacidad. (...)

Los problemas de traducción y las barreras lingüísticas también son motivo de preocupación para quienes hablan idiomas no dominantes. Los regímenes que regulan los derechos de autor son formalmente neutrales en cuanto al idioma de una obra. Sin embargo, en la práctica los resultados son muy distintos, ya que la protección de los derechos de autor ofrece pocos incentivos financieros para escribir y publicar en la mayoría de los idiomas del mundo.”⁶⁶

En virtud de lo anterior es que se ha recomendado, entre otras cosas, reconocer que los Estados “tienen la obligación positiva de establecer un sistema sólido y flexible de excepciones y limitaciones a los derechos de autor para cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos”, “interpretar la “regla de los tres pasos” de la legislación internacional sobre los derechos de autor de manera que fomente el establecimiento de ese sistema de excepciones y limitaciones”⁶⁷ y “velar por que las excepciones y limitaciones no puedan dejarse sin efecto en un contrato o verse indebidamente perjudicadas con medidas tecnológicas de protección o contratos en línea en el entorno digital”⁶⁸.

SEGUNDO. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE DIVERSAS PORCIONES NORMATIVAS DEL ARTÍCULO 114 OCTIES, FRACCIÓN II, INCISO A), NUMERAL 1 Y FRACCIÓN III Y EL ARTÍCULO 232 QUINQUIES, FRACCIÓN II DE LA LFDA QUE CONDICIONAN LA NO RESPONSABILIDAD DE PROVEEDORES DE SERVICIOS EN LÍNEA (PSL) AL

⁶⁶ ONU. Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed. A /HRC/28/57. 24 de diciembre de 2014. Párr. 26.

⁶⁷ ONU. Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed. A /HRC/28/57. 24 de diciembre de 2014. Párr. 104.

⁶⁸ ONU. Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed. A /HRC/28/57. 24 de diciembre de 2014. Párr. 107.

ESTABLECIMIENTO DE UN MECANISMO EXTRAJUDICIAL DE CENSURA PREVIA EJECUTADA POR PARTICULARES ANTE PRESUNTAS INFRACCIONES A DERECHOS DE AUTOR (“NOTIFICACIÓN Y RETIRADA”).

Este apartado se refiere a la inconstitucionalidad de las siguientes porciones normativas, identificadas con resaltado y subrayado para mayor claridad:

“Artículo 114 Octies.- Los Proveedores de Servicios de Internet no serán responsables por los daños y perjuicios ocasionados a los titulares de derechos de autor, derechos conexos y demás titulares de algún derecho de propiedad intelectual protegido por esta Ley, por las infracciones a derechos de autor o derechos conexos que ocurran en sus redes o sistemas en línea, siempre y cuando ellos no controlen, inicien o dirijan la conducta infractora, aunque tenga lugar a través de sistemas o redes controladas u operadas por ellos o en su representación, conforme a lo siguiente:

(...)

II. Los Proveedores de Servicios en Línea no serán responsables de las infracciones, así como de los datos, información, materiales y contenido que se encuentren almacenados o se transmitan o comuniquen a través de sus sistemas o redes controlados u operadas por ellos o en su representación, y en los casos que direccionen o vinculen a usuarios a un sitio en línea, cuando:

a) De manera expedita y eficaz, remuevan, retiren, eliminen o inhabiliten el acceso a materiales o contenidos dispuestos, habilitados o transmitidos **sin el consentimiento del titular del derecho de autor o derecho conexo,** **y** que estén alojados en sus sistemas o redes, una vez que cuente con conocimiento cierto de la existencia de una **presunta** infracción en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Cuando reciba un aviso por parte del titular de los derechos de autor o derechos conexos o por alguna persona autorizada para actuar en representación del titular, en términos de la fracción III de este artículo, o

(...)

III. El aviso a que se refiere el inciso a), numeral 1, de la fracción anterior, deberá presentarse a través de los formularios y sistemas conforme lo señale el reglamento de la Ley, en los cuales se establecerá la información suficiente para identificar y localizar el material o contenido infractor.

Dicho aviso contendrá como mínimo:

1. Señalar nombre del titular o representante legal y medio de contacto para recibir notificaciones;

2. Identificar el contenido de la infracción reclamada;

3. Manifiestar el interés o derecho con respecto a los derechos de autor, y

4. Especificar los datos de la ubicación electrónica a la que se refiere la infracción reclamada.

El usuario cuyo contenido sea removido, retirado, eliminado o inhabilitado por una **probable** conducta infractora y que considere que el Proveedor de Servicios en Línea se encuentra en un error, podrá solicitar se restaure el contenido a través de un contra-aviso, en el que deberá demostrar la titularidad o autorización con la que cuenta para ese uso específico sobre el contenido removido, retirado, eliminado o inhabilitado, o justificar su uso de acuerdo a las limitaciones o excepciones a los derechos protegidos por esta Ley.

El Proveedor de Servicios en Línea que reciba un contra-aviso de acuerdo a lo establecido en el párrafo anterior, deberá informar sobre el contra-aviso a la persona quien presentó el aviso original, y habilitar el contenido objeto del contra-aviso, a menos que la persona que presentó el aviso original inicie un procedimiento judicial o administrativo, una denuncia penal o un mecanismo alternativo de solución de controversias en un plazo no mayor a 15 días hábiles a partir de la

fecha en el que el Proveedor de Servicios en Línea haya informado sobre el contra-aviso a la persona quien presentó el aviso original.

(...)

Artículo 232 Quinquies.- Se impondrá una multa de mil hasta veinte mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización:

II. Al Proveedor de Servicios en Línea que no remueva, retire, elimine o inhabilite el acceso de forma expedita al contenido que ha sido objeto de un aviso por parte del titular del derecho de autor o derecho conexo o por alguna persona autorizada para actuar en representación del titular, o de autoridad competente, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 114 Octies de esta Ley.”

En este sentido, el artículo 114 Octies de la LFDA establece un esquema de responsabilidad de intermediarios en Internet en el que se condiciona la ausencia de responsabilidad de los proveedores de servicios en Internet por contenidos generados por las personas usuarias de sus servicios, también referida como “puerto seguro” (*safe harbor*), a cambio de la realización de diversos actos.

En este apartado se considera la inconstitucionalidad del esquema de responsabilidad de intermediarios por el que se condiciona la ausencia de responsabilidad de “proveedores de servicios en línea”⁶⁹ (en adelante “PSL”) por el contenido generado por personas usuarias que es almacenado, transmitido o comunicado a través de los sistemas controlados y operados por dichos PSL, e incluso se establecen sanciones por el incumplimiento de la condición establecida

La condición establecida por el artículo 114 Octies, fracción II, inciso a) de la LFDA —cuyo incumplimiento es subsecuentemente sancionado por el artículo 232 Quinquies, fracción II— consiste en la remoción, retiro, eliminación o inhabilitación del acceso, de manera

⁶⁹ Los Proveedores de Servicios en Línea (PSL) son definidos por el artículo 114 Septies de la LFDA como: “Aquella persona que realiza alguna de las siguientes funciones:

- a) Almacenamiento temporal llevado a cabo mediante un proceso automático;
- b) Almacenamiento, a petición de un usuario, del material que se aloje en un sistema o red controlado u operado por o para un Proveedor de Servicios de Internet, o
- c) Direccionamiento o vinculación a usuarios a un sitio en línea mediante el uso de herramientas de búsqueda de información, incluyendo hipervínculos y directorios.”

expedita y eficaz, de cualquier contenido o material respecto del cual exista “conocimiento cierto de una presunta infracción”.

De manera particularmente grave, el numeral 1 del artículo 114 Octies, fracción II, inciso a) referido considera que un PSL debe considerar como “conocimiento cierto” la recepción de un simple “aviso por parte del titular de los derechos de autor o derechos conexos o por alguna persona autorizada para actuar en representación del titular”.

De esta manera, mediante este esquema, conocido como de “notificación y retirada” (*notice and takedown*) un PSL se encuentra obligado a remover cualquier contenido almacenado o difundido a través de sus servicios cuando un particular le de aviso de una “supuesta infracción” pues de lo contrario se pueden generar dos tipos de consecuencias. La primera es que puede ser considerado responsable de la supuesta infracción a derechos de autor y la segunda, establecida en el artículo 232 Quinquies, fracción II, una multa de mil a veinte mil veces el valor diario de la UMA.

El esquema de “notificación y retirada” establecido por las porciones normativas impugnadas constituye un sistema de censura previa delegado a particulares, en virtud de que obliga a los PSL a censurar expresiones alojadas o comunicadas mediante sus servicios antes de que exista una determinación, por parte de una autoridad judicial competente, respecto de su ilicitud.

De esta manera las disposiciones impugnadas eliminan la presunción general de cobertura general de toda expresión, que como ha sido señalado anteriormente ha sido reiteradamente reconocida por la SCJN y la Corte IDH. Por el contrario, establecen una presunción de ilicitud sobre cualquier contenido reclamado como infractor por un particular y disponen —sin más— su exclusión del conocimiento público, es decir, disponen medidas de censura previa prohibidas por el artículo 7 de la Constitución y 13.2 de la CADH.

Es por ello que se consideran inconstitucionales las porciones normativas “presunta” y “probable” contenidas, respectivamente, en el inciso a), fracción II y en el párrafo tercero de la fracción III del artículo 114 Octies, además de la totalidad del numeral 1 del mencionado inciso a) y la totalidad del artículo 232 Quinquies.

Resulta pertinente precisar que el análisis respecto de si un contenido constituye o no una infracción a derechos de autor es un análisis complejo que no puede simplemente presumirse, incluso en el caso de que la persona que realice el aviso demuestre la

titularidad del derecho de autor. Esto es así en virtud de que el derecho de autor y los derechos conexos poseen excepciones y limitaciones reconocidas, por ejemplo, en los artículos 148 y 151 de la LFDA, además de los límites que implican otros derechos humanos como el derecho a la libertad de expresión.

Es en este sentido que se considera inconstitucional la porción normativa “sin el consentimiento del titular del derecho de autor o derecho conexo, y” contenida en el inciso a) de la fracción II del artículo 114 Octies, en tanto no reconoce que existen circunstancias, reconocidas por la propia LFDA, y justificadas en aras de la protección del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la cultura y la ciencia, en las que las personas tienen derecho a utilizar obras protegidas por derechos de autor sin el consentimiento del titular del derecho de autor o derecho conexo.

Si bien la fracción III del artículo 114 Octies establece un mecanismo para la rehabilitación del contenido censurado mediante la emisión de un “contra-aviso”, dicha disposición impugnada condiciona la rehabilitación a que la persona que realizó el aviso original no inicie un procedimiento administrativo o judicial, para lo cual se dispone un plazo de quince días hábiles.

Es decir, el aviso original detona la remoción automática de expresiones en línea cuya ilicitud no ha sido determinada por una autoridad judicial competente, lo cual en sí mismo ya es abiertamente inconstitucional, pero de manera adicionalmente gravosa, el contenido removido no es rehabilitado, al menos, hasta que transcurran quince días hábiles, o incluso, se sugiere que la remoción se prolonga el tiempo que el procedimiento judicial o administrativo tarde en desarrollarse. Es por ello que también se reclama la inconstitucionalidad de los párrafos, primero, segundo y último de la fracción III del artículo 114 Octies.

El mecanismo de “notificación y retirada” que contemplan las disposiciones impugnadas constituye un mecanismo de censura privada delegada a particulares que no es compatible con el derecho a la libertad de expresión según lo consagran la Constitución y la CADH como consistentemente ha sido reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos.

Como ha sido mencionado anteriormente, no es compatible con el parámetro de regularidad constitucional el “exigir a los intermediarios que controlen el contenido generado por usuarios y no deberían estar sujetos a normas extrajudiciales sobre cancelación de

contenidos que no ofrezcan suficiente protección para la libertad de expresión (como sucede con muchas de las normas sobre "notificación y retirada" (...))⁷⁰.

Existe creciente evidencia empírica respecto de los efectos adversos para la libertad de expresión del sistema de notificación y retirada. Como ha sido observado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, "regímenes de notificación y retirada extrajudicial han provocado frecuentemente la remoción de contenidos legítimos, incluso especialmente protegidos"⁷¹.

Por ejemplo, una investigación publicada por el diario estadounidense Wall Street Journal reveló la sencilla manera en la que el sistema de "notificación y retirada" vigente en los Estados Unidos es utilizado para remover contenidos legítimos⁷². Por ejemplos como este es que la sanción prevista en el artículo 232 Quinquies, fracción I, para la persona que realice una "falsa declaración" al realizar un aviso que remueva un contenido en línea, no remedia de forma alguna los efectos violatorios para el derecho a la libertad de expresión que genera el mecanismo de "notificación y retirada".

De igual manera, un estudio empírico llevado a cabo por académicos de la Universidad de Berkeley reveló que alrededor de un 31% de los avisos en los que se reclama una supuesta infracción a derechos de autor en Estados Unidos son problemáticos, en el sentido de que la información contenida en el aviso no correspondía con el material reclamado (4.2%), no cumplía con requisitos de información definidos por la ley (19%), pretendía remover contenido amparado por excepciones y limitaciones a derechos de autor (6.6%), entre otras irregularidades⁷³. Dado que se calcula que hoy en día, los PSL reciben millones de avisos diarios⁷⁴, se colige que cientos de miles de contenidos en Internet son removidos

⁷⁰ Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet. Principio 2 b). Ver también. Principios de Manila sobre responsabilidad de intermediarios. Disponibles en: <https://www.manilaprinciples.org/es>

⁷¹ CIDH. Libertad de Expresión e Internet. Párr. 105; ONU. Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/HRC/17/27. 16 de mayo de 2011. Párr. 42.; European Digital Rights (EDRi). Enero de 2011. The slide from "self-regulation" to corporate censorship: The scale and significance of moves to entrust internet intermediaries with a cornerstone of democracy –open electronic communications networks. Pág. 32-34; Electronic Frontier Foundation (EFF). Takedown Hall of Shame; Center for Democracy and Technology. 12 de octubre de 2010. Report on Meritless DMCA Takedowns of Political Ads; SELTZER, W. Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment. Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 24. Pág. 171, 2010; Berkman Center Research Publication No. 2010-3; URBAN, J. & QUILTER, L. Efficient Process or "Chilling Effects"? Takedown notices under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act. 22 Santa Clara Comp. & High Tech. L. J. 621, 677 (2006); Open Business. Latin America & Caribbean. 3 de abril de 2013. La DMCA como forma de censura. El caso del documental del Presidente Correa.

⁷² The Wall Street Journal. *Google Hides News, Tricked by Fake Claims*. 15 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/google-dmca-copyright-claims-takedown-online-reputation-11589557001>

⁷³ Jennifer M. Urban, Joe Karaganis, and Brianna L. Schofield. *Notice and Takedown in everyday practice*. Version 2. Actualizado en marzo de 2017. Páginas 11-12. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2755628

⁷⁴ The Wall Street Journal. *Google Hides News, Tricked by Fake Claims*. 15 de mayo de 2020.

diariamente de manera arbitraria como producto de la legislación estadounidense, similar a la que es combatida.

Adicionalmente, un estudio empírico realizado por un académico de la Universidad de Harvard demuestra, entre otras cosas, el efecto inhibitor (*“chilling effect”*) que el mecanismo de “notificación y retirada” genera para el ejercicio de la libertad de expresión y la insuficiencia del mecanismo de contra-aviso para remediar esos efectos⁷⁵.

Cabe señalar adicionalmente, que existen otros esquemas de “puertos seguros” (*“safe harbor”*), susceptibles de ser compatibles con el ordenamiento jurídico mexicano, como es el caso de la legislación canadiense, la cual contempla un mecanismo de “notificación y notificación”, por medio del cual los PSL no son sancionados ni pierden la protección de “puerto seguro” por no remover contenidos que un particular reclame supuestamente infringen derechos de autor, sino que únicamente se encuentran obligados a transmitir los avisos a los usuarios supuestamente infractores y, en su caso, a transmitir los contra-avisos al notificante original, o en su caso, el cumplimiento de resoluciones judiciales definitivas que determinen la ilicitud del contenido y dispongan su remoción⁷⁶.

En este sentido, es claro que las restricciones al derecho a la libertad de expresión que generan las normas combatidas no se apegan al *test* de necesidad y proporcionalidad, en tanto existen medidas menos gravosas para conseguir el fin perseguido y, en cualquier caso, el sacrificio al derecho a la libertad de expresión resulta desproporcionado frente a los objetivos que persiguen las medidas combatidas.

Este esquema, tampoco es compatible con decisiones recientes la Primera Sala de la SCJN en las que ha reconocido la incompatibilidad de esquemas amplios de responsabilidad de intermediarios con el parámetro de regularidad constitucional. Por ejemplo, al resolver el Amparo Directo en Revisión 1956/2020 —por mayoría de 4 votos a 1— determinó que los propietarios de las páginas electrónicas que sirven como plataforma intermediaria entre ofertantes y solicitantes de empleos no serían responsables por los actos de discriminación en los cuales lleguen a incurrir los empleadores usuarios al formular las ofertas de empleo, cuando actúen como medios o vehículos neutros para hacer posible la conexión entre quienes ofrecen trabajo y quienes buscan obtenerlo⁷⁷. En igual sentido, en este caso no

⁷⁵ Jonathan W. Penney. *Privacy and Legal Automation: The DMCA as a Case Study*. 22 STAN. TECH. L. REV. 412 (2019). Págs. 464-468. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3504247

⁷⁶ Ver. CIDH. Libertad de Expresión e Internet. Párr. 109.

⁷⁷ Primera Sala. Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 24/2022 (11a.), Undécima Época, página 656, Tomo II, Libro 12 del Semanario Judicial y su Gaceta, de Abril de 2022. Registro Digital: 2024454. de rubro: **NO DISCRIMINACIÓN. LAS EMPRESAS PROPIETARIAS DE PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS**

puede considerarse que los propietarios de páginas electrónicas que sirven como plataforma intermediaria entre publicantes y receptores de información sean responsables de infracciones a derechos de autor que ni siquiera han sido determinadas como tales por una autoridad judicial competente.

En igual sentido, al resolver el Amparo en Revisión 341/2022, en donde la Primera Sala de la SCJN determinó la incompatibilidad de la doctrina del “derecho al olvido” con las normas constitucionales en materia de libertad de expresión y libre acceso a la información se consideró —entre otras cosas— que “no puede asignarse a entidades privadas, tales como motores de búsqueda en Internet, la obligación de vigilar y determinar qué información cumple una función pública y cuál debe eliminarse de los resultados de búsqueda, lo que generaría un incentivo para estos intermediarios de Internet para remover información y evitar responsabilidades civiles o administrativas, además de que la facultad que se le podría asignar a un órgano del Estado para esta determinación podría constituir un medio para la censura indirecta, sin la existencia de un juicio y sin seguir las formalidades del debido proceso.”⁷⁸ y estableció en su ejecutoria que “la norma combatida, al establecer un derecho privado para exigir, post mortem, la eliminación o desindexación de información a publicadores o intermediarios en internet, sin que siquiera la eliminación o desindexación sea determinada por un juez y sin consideración alguna del interés público y del derecho a la información y a la libertad de expresión de terceros es flagrantemente violatoria del parámetro de regularidad constitucional”⁷⁹.

En igual sentido, sería incompatible con dicho precedente validar normas como el artículo 114 Octies y el artículo 232 Quinquies, fracción II, que exigen establecer un derecho privado para exigir la remoción de información sin que sea determinado por un juez la existencia de una infracción a derechos de autor, sino que basta para ello un mero aviso de alguien que se ostente —sin que necesariamente demuestre— ser titular de derechos de autor y sin que se evalúe la existencia de una excepción y limitación a los derechos de autor u otra

INTERMEDIARIAS DE EMPLEABILIDAD NO SON RESPONSABLES POR LOS ACTOS DE DISCRIMINACIÓN COMETIDOS POR LOS USUARIOS EN ÉSTAS, CUANDO ACTÚEN COMO MEDIOS O VEHÍCULOS NEUTROS.

⁷⁸ Primera Sala. Tesis aislada. 1a. II/2023 (11a.), Undécima Época, página 2379, Tomo II, Libro 22 del Semanario Judicial y su Gaceta, de Febrero de 2023. Registro Digital: 2025995. de rubro: **DERECHO AL OLVIDO. EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 1392 BIS DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA CIUDAD DE MÉXICO QUE ESTABLECE ESTE DERECHO ES INCOMPATIBLE CON LAS NORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBRE ACCESO A LA INFORMACIÓN.**

⁷⁹ Amparo en revisión 341/2022. Red en Defensa de los Derechos Digitales, A.C. 23 de noviembre de 2022. Mayoría de tres votos de los Ministros Juan Luis González Alcántara Carrancá, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Disidentes: Ministras Norma Lucía Piña Hernández, quien reservó su derecho para formular voto particular y Ana Margarita Ríos Farjat, quien reservó su derecho para formular voto particular. Ponente: Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá. Página 27 de la sentencia.

consideración respecto del interés público o del derecho a la libertad de expresión e información preponderante.

De esta forma, las normas impugnadas afectan de manera directa a las personas que se encuentran comprendidas dentro de la definición de “Proveedor de Servicios en Línea”, definidos en el artículo 114 Septies, fracción II, pues las disposiciones combatidas les imponen la obligación de remover contenidos almacenados o direccionados sin que, como ha sido señalado, sea demostrada su ilicitud, bajo la amenaza de ser sancionados de conformidad con lo que señala el artículo 232 Quinquies, lo cual incluso le impide a dichos PSL abstenerse de remover contenidos a los que haga referencia un aviso notoriamente falso, abusivo o violatorio del derecho a la libertad de expresión de las personas usuarias de los servicios prestados. De esta manera se impide a los PSL actuar de manera protectora del derecho a la libertad de expresión de las personas usuarias de sus servicios lo cual inhibe la prestación de los mismos.

Por otro lado, las personas usuarias de servicios prestados por PSL se ven afectadas por las disposiciones impugnadas de varias maneras. Primeramente, las normas combatidas producen, como ha sido señalado, un “efecto inhibitor”, “efecto de desaliento” o “*chilling effect*”, en tanto que las normas impugnadas, al establecer un mecanismo susceptible de censurar contenidos sin que la ilicitud de los mismos haya sido determinada por una autoridad judicial después de un análisis del contexto y de los hechos bajo garantías de un debido proceso, generan por un lado fenómenos de autocensura para evitar correr el riesgo de que un contenido generado por las personas usuarias sea censurado mediante este mecanismo, o incluso provoque la terminación de la cuenta de la persona usuaria por supuestas “infracciones reincidentes”. En segundo lugar, en atención a la doble dimensión del derecho a la libertad de expresión, las normas impugnadas impiden a las personas recibir contenidos generados por otras personas usuarias de servicios en línea cuyo alojamiento o puesta a disposición se ve afectada por el mismo “efecto inhibitor” al que se ha hecho referencia, e incluso, se afecta la accesibilidad material a contenidos censurados mediante este mecanismo, lo cual, además, puede resultar imposible para el usuario detectar que ha sucedido.

Por todo lo anterior, es claro que el mecanismo de “notificación y retirada” que establecen los artículos 114 Octies y 232 Quinquies, fracción II, no solo constituye una medida de censura previa delegada a particulares prohibida expresamente por los artículos 7 de la Constitución, 13.2 y 13.3 de la CADH sino que además, en cualquier caso, no cumple con los requisitos de necesidad y proporcionalidad para la restricción de los derechos a la

libertad de expresión, ni con el principio de seguridad jurídica y el requisito de cumplir con las garantías judiciales y debido proceso establecidos en los artículos 14 y 16 constitucionales y 8 de la CADH y 14 del PIDCP.

TERCERO. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE DIVERSAS PORCIONES NORMATIVAS DE LAS FRACCIONES I, INCISO B) Y II, INCISOS A), ÚLTIMO PÁRRAFO, B), D) Y E) DEL ARTÍCULO 114 OCTIES DE LA LFDA QUE CONDICIONA LA NO RESPONSABILIDAD DE PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET (PSI) A LA ADOPCIÓN DE DIVERSAS MEDIDAS UNILATERALES DE CENSURA PREVIA EJECUTADA POR PARTICULARES.

De manera similar al apartado anterior, el artículo 114 Octies condiciona la protección de “puerto seguro”, es decir, la no responsabilidad de Proveedores de Servicios de Internet (en adelante “PSI”) por el contenido alojado o comunicado por personas usuarias usando sus servicios, a la realización de otros actos que también comprometen severamente el derecho a la libertad de expresión.

Para mayor claridad se transcriben, resaltan y subrayan las porciones normativas cuya inconstitucionalidad se considera en este apartado:

“Artículo 114 Octies.- Los Proveedores de Servicios de Internet no serán responsables por los daños y perjuicios ocasionados a los titulares de derechos de autor, derechos conexos y demás titulares de algún derecho de propiedad intelectual protegido por esta Ley, por las infracciones a derechos de autor o derechos conexos que ocurran en sus redes o sistemas en línea, siempre y cuando ellos no controlen, inicien o dirijan la conducta infractora, aunque tenga lugar a través de sistemas o redes controladas u operadas por ellos o en su representación, conforme a lo siguiente:

I. Los Proveedores de Acceso a Internet no serán responsables de las infracciones, así como de los datos, información, materiales y contenidos que se transmitan o almacenen en sus sistemas o redes controladas u operadas por ellos o en su representación cuando:

(...)

b) Incluyan y no interfieran con medidas tecnológicas efectivas estándar, que protegen o identifican material protegido por esta Ley, que se desarrollan a través de un proceso abierto y voluntario por un

amplio consenso de titulares de derecho de autor y proveedores de servicios, que están disponibles de manera razonable y no discriminatoria, y que no imponen costos sustanciales a los proveedores de servicios o cargas sustanciales en sus sistemas de redes.

II. Los Proveedores de Servicios en Línea no serán responsables de las infracciones, así como de los datos, información, materiales y contenido que se encuentren almacenados o se transmitan o comuniquen a través de sus sistemas o redes controlados u operadas por ellos o en su representación, y en los casos que direccionen o vinculen a usuarios a un sitio en línea, cuando:

(...) **En ambos casos se deberán tomar medidas razonables para prevenir que el mismo contenido que se reclama infractor se vuelva a subir en el sistema o red controlado y operado por el Proveedor de Servicios de Internet posteriormente al aviso de baja o a la resolución emitida por la autoridad competente.**

b) **Si retiran, inhabilitan o suspenden unilateralmente y de buena fe, el acceso a la publicación, la difusión, comunicación pública y/o la exhibición del material o contenido, para impedir la violación de las disposiciones legales aplicables o para cumplir las obligaciones derivadas de una relación contractual o jurídica, siempre que tomen medidas razonables para notificar a la persona cuyo material se remueva o inhabilite.**

(...)

d) **Incluyan y no interfieran con medidas tecnológicas efectivas estándar que protegen o identifican material protegido por esta Ley, que se desarrollan a través de un proceso abierto y voluntario por un amplio consenso de titulares de derecho de autor y proveedores de servicios, que están disponibles de manera razonable y no discriminatoria, y que no imponen costos sustanciales a los proveedores de servicios o cargas sustanciales en sus sistemas o redes, y**

e) Tratándose de los Proveedores de Servicios en Línea a que se refieren los incisos b) y c) de la fracción II del artículo 114 Septies, deberán, además de lo previsto en el inciso inmediato anterior, no recibir un beneficio financiero atribuible a la conducta infractora, cuando el proveedor tenga el derecho y la capacidad de controlar la conducta infractora.

Estas disposiciones condicionan la protección de “puerto seguro”, es decir, la no responsabilidad de los PSI por el contenido generado por personas usuarias de sus servicios, a la realización de diversos actos definidos de forma ambigua y/o que producen efectos adversos al derecho a la libertad de expresión. En resumen se identifican cuatro tipos de obligaciones:

1. La inclusión y no interferencia de los PSI con “medidas tecnológicas” que “protegen o identifican material protegido” por la LFDA. *(Inciso b) de la fracción I y d) de la fracción II del art. 114 Octies)*
2. Tomar “medidas razonables” para “prevenir que el mismo contenido que se reclama infractor se vuelva a subir en el sistema o red controlado y operado por el PSI posteriormente al aviso de baja o a la resolución emitida por la autoridad competente”. *(Último párrafo del inciso a) de la fracción II del art. 114 Octies)*
3. Retirar, inhabilitar o suspender “unilateralmente y de buena fe” el acceso a contenidos “para impedir” violaciones a la LFDA o a relaciones contractuales. *(Inciso b) de la fracción II del art. 114 Octies)*
4. No recibir beneficios financieros atribuibles a conductas infractoras cuando el proveedor tenga “el derecho y la capacidad” de controlar la conducta infractora. *(Inciso e) de la fracción II del art. 114 Octies)*

De manera general debe advertirse que el propósito principal de las disposiciones de “puerto seguro” es otorgar certidumbre jurídica a los PSI respecto de la conducta que deben desplegar para evitar ser responsabilizados por infracciones cometidas por terceros. La lógica detrás de este tipo de disposiciones es que la incertidumbre jurídica provoca diversos fenómenos indeseables socialmente, como el incentivo para la sobreremoción de contenidos por parte de los PSI, incluyendo información de interés público, o que se inhiba

la innovación producto del temor o la materialización de acciones legales en contra de los PSI.

Lo que se busca, en esencia, es remover o limitar lo más posible el que actores privados como los PSI tengan responsabilidades que les obliguen a ejercer controles y tomar decisiones sobre la licitud o ilicitud de contenidos generado por personas usuarias. Tanto por los incentivos que esto genera para el establecimiento de mecanismos de censura privada, como por los efectos adversos a la competencia, la innovación y la diversidad que este tipo de obligaciones generan, derivado de los costos financieros y administrativos que imponen y que son resentidos de manera desproporcionada por PSI nuevos, pequeños y, en el caso de México, locales.

Lejos de cumplir con los objetivos que las disposiciones de “puerto seguro” deben perseguir, las disposiciones impugnadas a las que se refiere este apartado generan incertidumbre jurídica y promueven el establecimiento de mecanismos de remoción sobreinclusiva que constituyen mecanismos de censura privada, violando la obligación de proteger el derecho a la libertad de expresión.

1. Sobre la inclusión y no interferencia de los PSI con “medidas tecnológicas” que “protegen o identifican material protegido” por la LFDA. (Inciso b) de la fracción I y d) de la fracción II del art. 114 Octies)

Las disposiciones establecidas en el Inciso b) de la fracción I y d) de la fracción II del art. 114 Octies no otorgan certidumbre jurídica respecto de cuáles son las “medidas tecnológicas efectivas estándar que protegen o identifican material protegido por esta Ley, que se desarrollan a través de un proceso abierto y voluntario por un amplio consenso de titulares de derecho de autor y proveedores de servicios, que están disponibles de manera razonable y no discriminatoria, y que no imponen costos sustanciales a los proveedores de servicios o cargas sustanciales en sus sistemas o redes” que los PSI deben “incluir” y “no interferir”.

No existe certidumbre jurídica respecto de quién y cómo determina que una medida cuenta con un “amplio consenso de titulares de derechos de autor y proveedores de servicios”. Tampoco existe certidumbre jurídica respecto de cuándo puede considerarse que las medidas “están disponibles de manera razonable” ni cuándo las mismas “no imponen costos sustanciales” o “cargas sustanciales” en los sistemas y redes de los PSI.

Las disposiciones impugnadas fallan en establecer con claridad y precisión qué es lo que los PSI deben y no deben hacer para evitar ser responsabilizados. La ausencia de certidumbre jurídica incentiva la implementación de sistemas automatizados para la identificación y remoción de contenidos en Internet que son incompatibles con el derecho a la libertad de expresión, además de que genera efectos inhibitorios para la innovación y la diversidad de servicios en Internet.

Como ha sido desarrollado con anterioridad, la determinación respecto de si un contenido en Internet constituye una infracción a derechos de autor o, por el contrario, se encuentra amparado por el derecho a la libertad de expresión y las excepciones y limitaciones que la propia LFDA reconoce, representa un análisis complejo, altamente contextual que actores privados como los PSI no están en posición de determinar adecuadamente, mucho menos si la decisión recae exclusivamente en mecanismos automatizados de detección y remoción, especialmente si esos mecanismos remueven contenido antes de que siquiera sean publicados (filtros de subida).

En este sentido, no es objeto de la litis constitucional el determinar si los PSI pueden legítimamente implementar voluntariamente y respetando los derechos humanos de las personas usuarias, mecanismos automatizados para la detección de probables infracciones a derechos de autor, sin embargo, sí constituye parte de la litis constitucional y una violación al deber de protección del derecho a la libertad de expresión el que el Estado, mediante una Ley, condicione la protección de “puerto seguro” de los PSI a la realización de conductas inciertas y/o que impliquen la implementación de mecanismos automatizados de censura previa ejecutada por particulares, como lo serían los mecanismos automatizados de remoción antes de su publicación o mecanismos que únicamente basen una remoción en la detección del uso parcial o total de una obra protegida por derechos de autor o derechos conexos, pues dichos mecanismos no son susceptibles de determinar si el uso de una obra protegida se encuentra amparado en el derecho a la libertad de expresión y en las excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos establecidos en los artículos 148 y 151 de la LFDA.

- 2. Sobre la condición de tomar “medidas razonables” para “prevenir que el mismo contenido que se reclama infractor se vuelva a subir en el sistema o red controlado y operado por el PSI posteriormente al aviso de baja o a la resolución emitida por la autoridad competente”. (Último párrafo del inciso a) de la fracción II del art. 114 Octies)**

Lo señalado en el punto anterior resulta igualmente aplicable respecto del último párrafo del inciso a) de la fracción II del art. 114 Octies, en tanto exige a los PSL “tomar medidas razonables para prevenir que el mismo contenido que se reclama infractor se vuelva a subir en el sistema o red controlado y operado por el Proveedor de Servicios de Internet posteriormente al aviso de baja o a la resolución emitida por la autoridad competente”.

En este sentido, se genera incertidumbre jurídica respecto de lo que constituyen “medidas razonables”, pero además, se condiciona la protección de “puerto seguro” a que el PSL impida, de manera previa, el alojamiento o publicación de un contenido respecto del cual haya existido un “aviso de baja” previo. Lo anterior atenta contra el derecho a la libertad de expresión por varias razones.

Como fue desarrollado en el apartado anterior, el mecanismo de “notificación y retirada” obliga a la remoción de contenidos mediante un mero aviso, antes de que una autoridad judicial competente haya determinado la licitud o ilicitud del contenido, lo cual viola el derecho a la libertad de expresión. En este sentido, resulta adicionalmente violatorio el exigir a los PSL que extiendan los efectos de esa censura previa a futuro, respecto de cualquier contenido respecto del cual, de igual manera, tampoco existe una determinación judicial respecto de su ilicitud.

Inclusive en el caso en el que la ilicitud de un contenido hubiera sido previamente determinada, no puede presumirse que un contenido futuro que utilice, por ejemplo, el mismo fragmento de video o audio respecto del cual ya existe un precedente de remoción, sea ilícito. Esto se debe a que el nuevo contenido bien podría contar con una licencia que el contenido previamente removido no contaba o por que el contexto de su utilización podría justificar su uso de conformidad con las excepciones y limitaciones al derecho de autor y el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Como se ha mencionado previamente, resultaría particularmente problemática la interpretación de que las “medidas razonables” a las que se refiere la porción normativa impugnada implicara la obligación de parte de los PSL de implementar mecanismos automatizados para la identificación y remoción de contenidos antes de su publicación (filtros de subida), en tanto, como se ha mencionado, dichos mecanismos únicamente son susceptibles de detectar una coincidencia entre un contenido que pretende ser “subido” al sistema o red del PSL y un contenido parte de una base de datos elaborada por el PSL, sin que dicho sistema sea susceptible de realizar el análisis jurídico complejo y altamente

contextual que se requiere para determinar si un contenido efectivamente constituye una infracción a algún derecho de autor o derecho conexo.

Existe amplia evidencia de los efectos violatorios al derecho a la libertad de expresión generados por los “filtros de subida”⁸⁰, además de sus limitaciones técnicas, ineficacia y de los efectos contrarios a la competencia, la innovación y la diversidad⁸¹. Es por ello que organismos internacionales de derechos humanos, como el Relator Especial para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Derechos Culturales de la ONU han advertido que “la utilización de instrumentos automatizados para evitar la infracción de los derechos de autor en música e imágenes en el momento de su carga han planteado preocupaciones por el exceso de bloqueos, y las solicitudes de que el filtrado en el momento de la carga se aplique también a los contenidos relacionados con el terrorismo y otros tipos de contenido amenazan con el establecimiento de regímenes totalitarios y desproporcionados de censura previa a la publicación”⁸².

3. Sobre la condición de retirar, inhabilitar o suspender “unilateralmente y de buena fe” el acceso a contenidos “para impedir” violaciones a la LFDA o a relaciones contractuales. (Inciso b) de la fracción II del art. 114 Octies)

La condición establecida en el Inciso b) de la fracción II del art. 114 Octies para que los PSL resulta absolutamente contradictoria con los objetivos de las disposiciones de “puerto seguro” y genera incertidumbre jurídica que, de igual manera a como ha sido descrito anteriormente, constituye un incumplimiento de la obligación de proteger el derecho a la libertad de expresión en tanto incentiva el establecimiento de mecanismos de censura privada.

En concreto, esta disposición condiciona la protección de “puerto seguro” a que el PSL retire, inhabilite o suspenda, unilateralmente y “de buena fe”, el acceso y comunicación de

⁸⁰ Ver EFF. *YouTube's Content ID (C)ensorship Problem Illustrated*. 10 de marzo de 2010. Disponible en: <https://www.eff.org/deeplinks/2010/03/youtubes-content-id-c-ensorship-problem>; EFF. *Copyright and Crisis: Filters Are Not the Answer*. 21 de abril de 2020. Disponible en: <https://www.eff.org/deeplinks/2020/04/copyright-and-crisis-filters-are-not-answer>

⁸¹ Evan Engstrom and Nick Feamster. *The limits of filtering: A look at the functionality and shortcomings of content detection tools*. Marzo de 2017. Págs. 22-26. Disponible en: <https://static1.squarespace.com/static/571681753c44d835a440c8b5/t/58d058712994ca536bbfa47a/1490049138881/FilteringPaperWebsite.pdf>

⁸² Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye. A/HRC/38/35. 6 de abril de 2018. Párr. 32; ONU. Consejo de Derechos Humanos. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed. A /HRC/28/57. 24 de diciembre de 2014. Párr. 51.

contenidos “para impedir la violación de las disposiciones legales” o para “cumplir las obligaciones derivadas de una relación contractual o jurídica”.

Como se ha mencionado anteriormente, el objetivo de las disposiciones de “puerto seguro” es dar certidumbre jurídica y eliminar lo más posible la intervención de intermediarios, como los PSL, en la definición respecto de si un contenido alojado o comunicado a través de sus servicios es o no ilícito. Esta disposición, por el contrario, exige a los PSL justamente llevar a cabo ese tipo de decisiones a cambio de poder mantener la protección de “puerto seguro”.

De esta manera, se incentiva que los PSL tomen determinaciones que afectan el derecho a la libertad de expresión de sus usuarios antes de que una autoridad judicial competente determine la supuesta ilicitud. Estos esquemas, como se ha afirmado, provocan justamente lo que las disposiciones de “puerto seguro” pretenden evitar y el derecho internacional de los derechos humanos ha sido enfático en condenar, que los PSL monitoreen y controlen el contenido generado por usuarios, a sabiendas, además, de que el error que genere el bloqueo de un contenido legítimo no le genera mayor consecuencia, más que la obligación de “tomar medidas razonables para” notificar a la persona usuaria afectada, mientras que, por el contrario, el error que genere la disponibilidad de un contenido presuntamente infractor puede tener la consecuencia jurídica de ver la protección de “puerto seguro” cuestionada por acciones legales. Este panorama es justamente lo que configura los incentivos para un sistema extenso de remoción extrajudicial de expresiones tendiente a cometer errores, es decir, un sistema de censura privada prohibido por la Constitución y la CADH.

De nuevo, se clarifica que no es parte de la litis constitucional si los PSL pueden o no tomar decisiones unilaterales para remover contenidos, ni qué condiciones de respeto de derechos humanos les son exigibles para ese efecto. Sin embargo, lo que forma parte del examen constitucional es que el establecimiento de dichos sistemas, sin establecer además, las salvaguardas necesarias para evitar violaciones a derechos humanos y garantizar la rendición de cuentas, sea exigido por el Estado como condición para obtener la protección de “puerto seguro”. Por ello, también se insiste en que dicha disposición es incompatible con el parámetro de regularidad constitucional al constituir una violación a la obligación de proteger el derecho a la libertad de expresión, al no constituir una restricción idónea, necesaria o proporcional, además de violar los derechos derivados del principio de legalidad, garantías judiciales y debido proceso.

4. Sobre la condición de no recibir beneficios financieros atribuibles a conductas infractoras cuando el proveedor tenga “el derecho y la capacidad” de controlar la conducta infractora. (Inciso e) de la fracción II del art. 114 Octies)

Finalmente, en el inciso e) de la fracción II del art. 114 Octies, de nuevo, se condiciona la protección de “puerto seguro” de los PSL a que no reciban “beneficios financieros atribuibles” a conductas infractoras cuando el proveedor tenga “el derecho y la capacidad de controlar la conducta”. De manera similar a otras condicionantes establecidas en las normas impugnadas a las que se refiere el presente apartado, esta disposición derrota el propósito del sistema de “puerto seguro”, en particular, debido a que no exige que el PSL tenga conocimiento de la infracción, mediante una determinación de ilicitud por parte de una autoridad judicial competente, sino que únicamente requiere la satisfacción de los siguientes elementos:

1. Una conducta infractora.
2. Un beneficio financiero atribuible a dicha conducta.
3. Tener el “derecho y la capacidad” para “controlar” la conducta.

Adicionalmente a la falta de certeza jurídica respecto de cuándo se considera que un PSL posee “capacidad para controlar” una conducta infractora, en cualquier caso, la disposición impugnada contempla que aún cuando el PSL no tenga conocimiento de la conducta infractora, aún podría perder la protección de “puerto seguro” por obtener un beneficio financiero atribuible a la conducta y tener la posibilidad jurídica y técnica de impedir la conducta. Lo anterior elimina la certeza jurídica de la protección de “puerto seguro” y genera incentivos para que el PSL establezca sistemas de censura privada como los descritos anteriormente.

Es decir, esta disposición elimina la protección de “puerto seguro” en la práctica, en tanto genera el mismo efecto que la ausencia de este esquema. Los PSL tienen que asegurarse de identificar cualquier conducta infractora y controlarla para evitar ser responsabilizados, lo cual genera la necesidad del monitoreo y remoción de contenidos bajo la premisa de que es preferible para el PSL errar en favor de la censura, aún cuando la ilicitud del contenido no sea clara, generando así efectos adversos para la libertad de expresión, la innovación, la competencia y la pluralidad.

De esta manera, por las mismas razones que ya han sido expuestas ampliamente, esta porción normativa también viola la obligación de proteger respecto del derecho a la libertad

de expresión, así como los derechos derivados del principio de legalidad, garantías judiciales y debido proceso.

De manera similar a lo señalado en el apartado anterior, las personas que califican bajo los conceptos de Proveedores de Servicios de Internet, lo cual incluye tanto a los Proveedores de Acceso a Internet como los Proveedores de Servicios en Línea según se encuentran definidos en el artículo 114 Septies de la LFDA, se ven directa y automáticamente afectadas por la vigencia de las normas impugnadas en este apartado en tanto las mismas generan incertidumbre jurídica e imponen cargas que no cumplen con los requisitos de necesidad y proporcionalidad, las cuales, en la práctica, anulan el principio de no responsabilidad de intermediarios generando incentivos para la implementación de políticas que redundan irremediablemente en afectaciones a la libertad de expresión de sus usuarios. En este sentido, las personas usuarias de los servicios prestados por los PAI y PSL, también se ven afectadas de manera directa y automática por las normas combatidas en tanto las condicionantes impuestas a los PAI y PSL para aspirar a obtener la protección de “puerto seguro” implican la implementación de medidas que restringen los derechos a recibir, buscar y difundir información en Internet, que constituyen medidas de censura previa delegada a particulares, constituyéndose así como restricciones indirectas al derecho a la libertad de expresión, sin atención a los requisitos de necesidad y proporcionalidad y sin siquiera contemplar medidas de transparencia y rendición de cuentas para evitar o mitigar los efectos adversos en el derecho a la libertad de expresión.

Es por todo lo anterior que las normas combatidas resultan inconstitucionales, al implicar el incumplimiento de la obligación de proteger el derecho a la libertad de expresión e incumplir los principios de seguridad jurídica, debido proceso y garantías judiciales establecidos en los artículos 1, 6, 7, 14 y 16 de la Constitución; 1.1, 2, 8 y 13 de la CADH; y 14 y 19 del PIDCP.

CUARTO. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 232 QUINQUIES, FRACCIÓN III DE LA LFDA EN TANTO OBLIGA A LOS PSI A LA ENTREGA DE INFORMACIÓN PERSONAL QUE IDENTIFICA A PERSONAS USUARIAS DE SERVICIOS EN INTERNET SIN SALVAGUARDAS ADECUADAS PARA EVITAR INVASIONES ILEGÍTIMAS A LA PRIVACIDAD Y AL DERECHO DE EXPRESIÓN ANÓNIMA.

La fracción III del artículo 232 Quinquies establece sanciones para los PSI que no proporcionen de manera expedita información que esté en su posesión que identifique una persona presuntamente infractora de derechos de autor o derechos conexos. Para mayor claridad se transcribe, resalta y subraya la norma impugnada:

Artículo 232 Quinquies.- Se impondrá una multa de mil hasta veinte mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización:

(...)

III. Al Proveedor de Servicios de Internet que no proporcione de manera expedita a la autoridad judicial o administrativa, previo requerimiento, la información que esté en su posesión y que identifique al presunto infractor, en los casos en que dicha información se requiera con el propósito de proteger o hacer cumplir el derecho de autor o los derechos conexos dentro de un procedimiento judicial o administrativo.

La disposición impugnada carece de precisión y claridad en diversas porciones normativas. Aunado a lo anterior, atenta gravemente en contra de la privacidad de las personas usuarias de Internet y de su derecho a la expresión anónima, en virtud de que no establece salvaguardas adecuadas para evitar injerencias arbitrarias en sus derechos humanos, además de que potencialmente contraviene disposiciones constitucionales expresas relacionadas al derecho a la inviolabilidad de comunicaciones privadas, en atención a las siguientes consideraciones:

1. Contenido y alcance de los derechos a la privacidad y su relación con el derecho a la libertad de expresión, el principio de legalidad, las garantías judiciales y del debido proceso

En primer lugar, es preciso desarrollar el contenido y alcance de los derechos a la privacidad, incluyendo el derecho a la inviolabilidad de comunicaciones privadas, así como su vinculación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

El artículo 16 de la Constitución, así como el artículo 11 de la CADH y 17 del PIDCP reconocen el derecho a la privacidad.

Al respecto, la Corte IDH ha señalado que el artículo 11 de la CADH prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios, sus correspondencias o sus comunicaciones. En ese sentido, la Corte ha sostenido que “el ámbito de la privacidad se

caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”⁸³.

Adicionalmente, la Corte IDH ha interpretado que “la fluidez informativa que existe hoy en día coloca al derecho a la vida privada de las personas en una situación de mayor riesgo debido a las nuevas herramientas tecnológicas y su utilización cada vez más frecuente. Este progreso (...) no significa que las personas deban quedar en una situación de vulnerabilidad frente al Estado o a los particulares. De allí que el Estado debe asumir un compromiso, aún mayor, con el fin de adecuar a los tiempos actuales las fórmulas tradicionales de protección del derecho a la vida privada”⁸⁴.

Tanto la Corte IDH⁸⁵ como la SCJN⁸⁶ ha señalado que el ámbito de protección del derecho a la privacidad contemplado en el artículo 11, así como el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas reconocido en el artículo 16 constitucional comprende no solo al contenido de las comunicaciones privadas sino que puede extenderse a los “datos de tráfico de comunicaciones” o “metadatos” como lo son la identidad de los comunicantes o la identificación de una dirección de protocolo de internet (IP).

Igualmente, resulta fundamental resaltar la estrecha vinculación existente entre el derecho a la privacidad y el derecho a la libertad de expresión. En efecto, las Relatorías Especiales para la Libertad de Expresión de la CIDH y la ONU han consistentemente resaltado la importancia que tiene la protección del anonimato para garantizar la vigencia del derecho a la libertad de expresión en el entorno digital al señalar, por ejemplo, que “los Estados deben evitar la implementación de cualquier medida que restrinja, de manera arbitraria o abusiva, la privacidad de los individuos (...) entendida en sentido amplio como todo espacio de intimidad y anonimato, libre de amedrentamiento y de represalias, y necesario para que un individuo pueda formarse libremente una opinión y expresar sus ideas así como buscar y

⁸³ Corte IDH. Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 165, párr. 95; Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 193, párr. 55; y Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 113.

⁸⁴ Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 115.

⁸⁵ Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 114.

⁸⁶ Ver Tesis Aislada ,1a. CLV/2011, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Agosto de 2011, Tomo XXXIV, página 221, de rubro: “**DERECHO A LA INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS. SU OBJETO DE PROTECCIÓN INCLUYE LOS DATOS QUE IDENTIFICAN LA COMUNICACIÓN.**”

recibir información, sin ser forzado a identificarse o a revelar sus creencias y convicciones o las fuentes que consulta”⁸⁷.

El anonimato constituye un medio para la protección de la privacidad y ha sido particularmente destacado en su relación con la libertad de expresión por facilitar la participación en el discurso público sin identificarse, evitando de esta manera posibles represalias asociadas con la opinión. Por ello, deben garantizarse espacios anónimos, libres de observación y documentación de actividades e identidades.⁸⁸

En este sentido, los Estados tienen la obligación de respetar el discurso anónimo como ejercicio de la privacidad y la libertad de expresión y solo excepcionalmente exigir la autenticación o identificación fehaciente de quien se expresa, aplicando un criterio de proporcionalidad.⁸⁹ Igualmente, en el derecho internacional de los derechos humanos se ha entendido que, en cualquier caso, las personas usuarias “deben tener derecho a permanecer bajo anonimato y cualquier disputa sobre este punto debe ser resuelta exclusivamente en sede judicial”.⁹⁰

Naturalmente, el derecho a la privacidad no es un derecho absoluto y, por lo tanto, puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley, perseguir un fin legítimo y ser necesarias en una sociedad democrática⁹¹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las medidas de restricción al derecho a la privacidad, deben ser precisas e indicar reglas claras y detalladas sobre la materia⁹², tales como las circunstancias en que dicha medida puede ser adoptada; las personas autorizadas para solicitarla, ordenarla y a llevarla a cabo; el procedimiento a seguir entre otros elementos⁹³.

Al respecto, el Relator Especial de las Naciones Unidas para la protección y promoción del derecho a la libertad de expresión y la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han señalado en la Declaración Conjunta sobre Programas de Vigilancia y su Impacto en la Libertad de Expresión que:

⁸⁷ CIDH. Libertad de Expresión e Internet. Párr. 132.

⁸⁸ CIDH. Libertad de Expresión e Internet. Párr. 130-134.

⁸⁹ CIDH. Libertad de Expresión e Internet. Párr. 134.

⁹⁰ CIDH. Libertad de Expresión e Internet. Párr. 109.

⁹¹ Corte IDH. Caso Tristán Donoso, supra nota 29, párr. 56; ; y Caso Escher, supra nota 29, párr. 116.

⁹² Caso Escher y otros vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, párr. 131.

⁹³ Ídem

“Los Estados deben garantizar que la intervención, recolección y uso de información personal (...) estén claramente autorizadas por la ley a fin de proteger a la persona contra interferencias arbitrarias o abusivas en sus intereses privados. La ley deberá establecer límites respecto a la naturaleza, alcance y duración de este tipo de medidas, las razones para ordenarlas, las autoridades competentes para autorizar, ejecutar y supervisarlas y los mecanismos legales para su impugnación.”⁹⁴

De igual manera, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante “TEDH”) ha señalado que la ley debe ser lo suficientemente clara en sus términos para otorgar a los ciudadanos una indicación adecuada respecto de las condiciones y circunstancias en que las autoridades están facultadas para recurrir a dichas medidas.⁹⁵ Además, ha señalado que en vista del riesgo de abuso, las medidas que interfieren con el derecho a la privacidad deben basarse en una ley que sea particularmente precisa, en vista de que la tecnología disponible para realizar esas actividades continuamente se vuelve más sofisticada⁹⁶.

En igual sentido, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló recientemente que:

“Las normas legales vagas o ambiguas que otorgan facultades discrecionales muy amplias son incompatibles con la Convención Americana, porque pueden sustentar potenciales actos de arbitrariedad que se traduzcan en la violación del derecho a la privacidad o del derecho a la libertad de pensamiento y expresión garantizados por la Convención.

(...) Las leyes que habiliten la interceptación de las comunicaciones deben establecer con claridad y precisión las causas que el Estado puede invocar para solicitar esa interceptación, que sólo puede ser

⁹⁴ Declaración Conjunta sobre Programas de Vigilancia y su Impacto en la Libertad de Expresión del Relator Especial de las Naciones Unidas para la protección y promoción del derecho a la libertad de expresión y la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2013, párr. 8.

⁹⁵ TEDH. Caso de Uzun vs. Alemania. Aplicación No. 35623/05. Sentencia de 2 de Septiembre de 2010, párr. 61; Caso de Valenzuela Contreras vs. España. Aplicación No. 58/1997/842/1048. Sentencia de 30 de Julio de 1998, párr. 46.

⁹⁶ TEDH. Caso de Uzun vs. Alemania. Aplicación No. 35623/05. Sentencia de 2 de Septiembre de 2010, párr. 61; Weber y Sarabia vs. Alemania. Aplicación No. 54934/00. Decisión de 29 de Junio de 2006. párr. 93.

autorizada por un juez. Asimismo, se deben establecer por ley garantías vinculadas a la naturaleza, alcance y duración de las medidas de vigilancia; los hechos que podrían justificar esas medidas y las autoridades competentes para autorizarlas, llevarlas a cabo y supervisarlas. La ley debe ser clara en cuanto a posibles remedios para los abusos cometidos en el ejercicio de esas facultades.”⁹⁷

Por otro lado, el TEDH ha resaltado en su jurisprudencia reiterada que la existencia de salvaguardas adecuadas y efectivas resulta determinante para el análisis respecto de la necesidad y proporcionalidad de legislaciones que facultan invasiones a la privacidad.⁹⁸ La relevancia de garantías efectivas en contra del abuso de medidas que invaden el derecho a la privacidad ha sido destacada recientemente por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas⁹⁹, el Relator Especial de la ONU para el Derecho a la Libertad de Expresión y Opinión¹⁰⁰, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de la ONU¹⁰¹, la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos¹⁰², así como por organizaciones de la sociedad civil y expertos que han recogido las mejores prácticas derivadas de la jurisprudencia y doctrina comparada y han elaborado los Principios Internacionales sobre la Aplicación de los Derechos Humanos a la Vigilancia de las Comunicaciones¹⁰³.

Como ha sido señalado, una de las salvaguardas fundamentales para inhibir los riesgos de abuso de las medidas de vigilancia encubierta es el control judicial. La relevancia fundamental del control judicial previo o inmediato de medidas que invaden la privacidad de las personas ha sido resaltada recientemente por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha señalado que:

⁹⁷ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión e Internet. 31 de diciembre de 2013. OEA/Ser.L/V/II.

⁹⁸ TEDH. Caso de la Asociación para la Integración Europea y los Derechos Humanos y Ekimdzhev vs. Bulgaria. Aplicación No. 62540/00. Sentencia de 28 de Junio de 2007; Caso Weber y Sarabia vs. Alemania. Aplicación No. 54934/00. Decisión de 29 de Junio de 2006.

⁹⁹ Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Resolución A/RES/68/167 sobre el derecho a la privacidad en la era digital. 18 de Diciembre de 2013.

¹⁰⁰ ONU. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de expresión Frank La Rue. 17 de abril de 2013. A/HRC/23/40, párr. 81:

¹⁰¹ OACNUDH. El derecho a la privacidad en la era digital. 30 de Junio de 2014. A/HRC/27/37, párr. 37.

¹⁰² CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión e Internet. 31 de diciembre de 2013. OEA/Ser.L/V/II.

¹⁰³ Principios Internacionales sobre la Aplicación de los Derechos Humanos a la Vigilancia de las Comunicaciones, disponible en: <https://es.necessaryandproportionate.org/text>

“Las decisiones de realizar tareas de vigilancia que invadan la privacidad de las personas deben ser autorizadas por autoridades judiciales independientes, que deben dar cuenta de las razones por las cuales la medida es idónea para alcanzar los fines que persigue en el caso concreto; de si es lo suficientemente restringida para no afectar el derecho involucrado más de lo necesario; y de si resulta proporcional respecto del interés que se quiere promover”¹⁰⁴.

Así mismo, debe resaltarse que de acuerdo con lo que señala el artículo 16 constitucional, las injerencias a la vida privada que constituyan interferencias con el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, lo cual puede incluir datos que identifican a personas usuarias de Internet, se encuentran limitadas respecto de las autoridades que pueden solicitar la autorización judicial federal para llevar a cabo dichas medidas, así como limitaciones en razón de la materia. Por ejemplo, no se encuentran autorizadas este tipo de interferencias en materia civil o administrativa.

Igualmente, se han reconocido otras salvaguardas indispensables para inhibir los riesgos inherentes de abuso de las medidas de vigilancia, como lo son la supervisión independiente, las medidas de transparencia o el derecho de notificación al afectado.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana ha señalado que *“los Estados deben establecer mecanismos de supervisión independientes sobre las autoridades encargadas de realizar las tareas de vigilancia”*¹⁰⁵.

En igual sentido, en la resolución “El derecho a la privacidad en la era digital”, adoptada por consenso por los miembros de la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 2013, se recomienda a los Estados establecer o mantener “mecanismos nacionales de supervisión independiente y efectivos capaces de asegurar la transparencia, cuando proceda, y la rendición de cuentas por las actividades de vigilancia de las comunicaciones y la interceptación y recopilación de datos personales que realice el Estado”¹⁰⁶ Por su parte, el Relator Especial sobre el derecho a la libertad de opinión y expresión de la Organización de las Naciones Unidas ha expresado que:

¹⁰⁴ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión e Internet. 31 de diciembre de 2013. OEA/Ser.L/V/II, párr. 165.

¹⁰⁵ CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión e Internet. 31 de diciembre de 2013. OEA/Ser.L/V/II, párr. 170

¹⁰⁶ ONU. Asamblea General. Resolución aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2013. 68/167. El derecho a la privacidad en la era digital. A/RES/68/167. 21 de enero de 2014.

“Los Estados deben ser completamente transparentes respecto del uso y alcance de los poderes y técnicas de vigilancia de las comunicaciones. Deben publicar, como mínimo, información agregada sobre el número de solicitudes aprobadas y rechazadas, una desagregación de las solicitudes por proveedor de servicios y por investigación y propósito.

Los Estados deben otorgar a los individuos suficiente información para permitirles comprender totalmente el alcance, naturaleza y aplicación de leyes que permiten la vigilancia de comunicaciones. Los Estados deben permitir a los proveedores de servicios la publicación de los procedimientos que aplican para manejar la vigilancia de comunicaciones estatal, adherirse a esos procedimientos, y publicar registros sobre la vigilancia de comunicaciones estatal. (...)”¹⁰⁷.

Otra de las salvaguardas fundamentales para proteger el derecho a la vida privada, garantizar el debido proceso y el acceso a un recurso efectivo es el derecho de notificación a la persona usuaria afectada. Es decir, la obligación de parte de la autoridad de notificar a una persona que su privacidad o datos personales fueron interferidos. Si bien, dicha notificación, puede no poder llevarse a cabo de manera previa o inmediata, en tanto se podría frustrar el éxito de una investigación, dicha notificación debe llevarse a cabo cuando no esté en riesgo una investigación, no exista riesgo de fuga, de destrucción de evidencia o el conocimiento pueda generar un riesgo inminente de peligro a la vida o integridad personal de alguna persona.

Este derecho de notificación a las personas afectadas por medidas de vigilancia ha sido reconocido, por ejemplo, por el Relator Especial sobre el derecho a la libertad de opinión y expresión de la Organización de las Naciones Unidas:

“Los individuos deben contar con el derecho a ser notificados que han sido sujetos de medidas de vigilancia de sus comunicaciones o que sus comunicaciones han sido accedidas por el Estado. Reconociendo que la notificación previa o concurrente puede poner en riesgo la efectividad de la vigilancia, los individuos deben ser notificados, en cualquier caso, una vez que la vigilancia ha sido completada y se cuenta con la posibilidad de buscar la

¹⁰⁷ Informe del Relator Especial sobre el derecho a la libertad de opinión y expresión de la Organización de las Naciones Unidas. 17 de Abril de 2013. A/HRC/23/40

reparación que proceda respecto del uso de medidas de vigilancia de las comunicaciones”¹⁰⁸

Este derecho de notificación ha sido reconocido, además, por el TEDH, el cual determinó en el *Caso Ekimdziev vs. Bulgaria* que una vez que la vigilancia ha cesado y ha transcurrido el tiempo estrictamente necesario para que el propósito legítimo de la vigilancia no sea puesto en riesgo, la notificación al afectado debe llevarse a cabo sin dilación.¹⁰⁹

En atención a los principios descritos, a continuación se analizan las porciones normativas combatidas.

2. Sobre la información “que identifique al presunto infractor”.

La norma impugnada establece la obligación de los PSI de proporcionar información “que identifique al presunto infractor”. Lo anterior no constituye una identificación clara y precisa de la información que puede ser requerida.

Las categorías de datos que están comprendidas en la frase “información (...) que identifique al presunto infractor” pueden variar considerablemente e incluir, desde información como el nombre, correo electrónico o número telefónico otorgado por la persona usuaria, hasta datos como el número de identificación de la dirección del protocolo de Internet (dirección IP), datos de localización geográfica en un momento determinado o de manera continua por lapsos de tiempo indeterminados, datos bancarios o incluso datos biométricos, entre otros, dependiendo de la información “que esté en posesión” del PSI.

La incertidumbre jurídica generada por la vaguedad de la frase “información (...) que identifique al presunto infractor” genera, por un lado, una afectación para las personas que encuadran en la definición PSI establecida en el artículo 114 Septies de la LFDA, en tanto no les permite identificar los requerimientos válidos de aquéllos que excedan las facultades de la autoridad requirente. De igual manera, vulnera los derechos de las personas usuarias de los servicios prestados por los PSI en virtud de que la disposición impugnada no hace previsible, de manera clara y precisa, los casos, circunstancias y la información personal que puede ser accesada por terceros y la manera en la que el conocimiento de esa información puede poner en riesgo sus derechos humanos, incluyendo su derecho a la vida,

¹⁰⁸ Ídem.

¹⁰⁹ TEDH. Caso de la Asociación para la Integración Europea y los Derechos Humanos y Ekimdzhev vs. Bulgaria. Aplicación No. 62540/00. Sentencia de 28 de Junio de 2007.

la integridad física y la libertad personal, además de su derecho a la libertad de expresión en casos en los que el anonimato resulta fundamental para proteger esos derechos.

En este sentido, la norma impugnada es contraria al parámetro de regularidad constitucional al vulnerar el derecho a la privacidad, el derecho a la libertad de expresión y el principio de legalidad reconocidos en los artículos 6, 7, 14 y 16 constitucionales, 11 y 13 de la CADH y 17 y 19 del PIDCP.

3. Sobre las autoridades facultadas para hacer los requerimientos y la finalidad material

En un sentido similar punto anterior, la norma impugnada a la que se hace referencia en este apartado establece de manera vaga e imprecisa las autoridades que pueden requerir la información “que identifique al presunto infractor”. La norma utiliza la frase “autoridad judicial o administrativa” sin definir el carácter local o federal de la misma y, en el caso de las autoridades administrativas, no clarifica cuáles de ellas pueden realizar los requerimientos a los que se refiere la disposición.

Lo anterior, de nuevo, implica que los PSI no poseen certidumbre jurídica para determinar si un requerimiento fundamentado en esta norma es válido o transgrede las facultades de la autoridad requirente, lo cual genera los mismos efectos contrarios al parámetro de regularidad constitucional identificados en el punto anterior.

Así mismo, debe señalarse que la vaguedad de la porción normativa analizada implica la posibilidad de que, incluso, se realicen requerimientos respecto de los cuales resultan aplicables las normas que protegen el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

En este sentido, adicionalmente a que como se ha señalado, el derecho internacional de los derechos humanos requiere que la información que identifica a un usuario de Internet únicamente sea revelada por virtud de una autorización en sede judicial¹¹⁰, mientras que la norma autoriza a autoridades administrativas a realizar los requerimientos, es preciso observar que, bajo el entendimiento de que la norma impugnada permite el acceso a información protegida por el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, la

¹¹⁰ CIDH. Libertad de Expresión e Internet. Párr. 109.

disposición impugnada incumple con el mandato expreso del artículo 16 constitucional en al menos dos sentidos.

Primero, permite el acceso a información protegida por este derecho sin la necesidad de una autorización de la autoridad judicial federal y en segundo lugar, permite el acceso a la información protegida por este derecho respecto de materias que el artículo 16 constitucional restringe como lo es la materia administrativa. De esta forma, se actualiza otra vulneración al parámetro de regularidad constitucional.

4. Sobre el proceso a seguir y la ausencia de salvaguardas contra el abuso

Finalmente, como ha sido anticipado anteriormente, la norma impugnada permite injerencias en el derecho a la privacidad, incluyendo al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, sin necesidad de control judicial previo, pero adicionalmente, sin que exista ninguna salvaguarda en contra del abuso de este mecanismo para la identificación de personas que, no solo tienen una expectativa de privacidad, sino que dependen del anonimato para poder ejercer libremente su derecho a la libertad de expresión, en incluso, la protección de su seguridad personal frente a posibles represalias.

Por ejemplo, no se disponen medidas de transparencia por parte de los PSI o de las autoridades requirentes, ni se contempla la obligación de notificación a la persona afectada, de manera que sea posible utilizar los mecanismos de control judicial susceptibles de remediar el ejercicio abusivo del poder público. De esta manera, como ha sido desarrollado en el punto 1 de este apartado, la ausencia de salvaguardas adecuadas implica el incumplimiento de los requerimientos de necesidad y proporcionalidad que se desprenden de las normas que protegen el derecho a la privacidad.

De esta manera, de nuevo se actualizan violaciones a los derechos a la privacidad, libertad de expresión, así como al principio de seguridad jurídica, garantías judiciales y debido proceso establecidos en los artículos 6, 7, 14 y 16 de la Constitución, 8, 11 y 13 de la CADH, 14, 17 y 19 del PIDCP.

Se concluye este apartado clarificando que no se niega de manera absoluta la posibilidad de que sea considerado compatible con el parámetro de regularidad constitucional una disposición que permita a autoridades obtener información que sea susceptible de identificar a un presunto infractor de derechos de autor o derechos conexos, sin embargo, la disposición impugnada sencillamente no observa los límites y requisitos constitucionales y

convencionales respecto de la claridad y precisión de las normas que definen la información que puede ser solicitada, las autoridades facultadas para ser requirentes, el control judicial previo y la inclusión de salvaguardas adecuadas para evitar que mediante este procedimiento se interfiera de manera severa con derechos humanos como la privacidad y la libertad de expresión de las personas usuarias de servicios prestados por los PSI, incluso sin que las mismas puedan tener conocimiento de dichas interferencias, lo cual imprime aún mayor importancia al reconocimiento de la inconstitucionalidad del artículo 232 Quinquies, fracción III.

QUINTO. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 232 TER Y 114 QUATER DE LA LFDA EN TANTO PROHIBEN Y SANCIONAN LA ELUSIÓN DE MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN DE MANERA AMPLIA, VAGA, IMPRECISA Y RESTRINGIENDO EL EJERCICIO DE DERECHOS HUMANOS DE MANERA CONTRARIA A LOS PRINCIPIOS DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD.

El artículo 232 Ter de la LFDA prohíbe de manera general la elusión de medidas tecnológicas de protección de la siguiente manera:

Artículo 232 Ter.- Se impondrá multa de mil hasta diez mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización, a quien eluda una medida tecnológica de protección efectiva que controle el acceso a una obra, interpretación o ejecución, o fonograma protegido por esta Ley.

El artículo 114 Bis, fracción I define a las medidas tecnológicas de protección (en adelante “MTP”) como “cualquier tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de su operación, proteja el derecho de autor, derecho del artista intérprete o ejecutante o derecho del productor del fonograma, **o que controle el acceso** a una obra, a una interpretación o ejecución o a un fonograma.”

En esencia, las MTP constituyen mecanismos técnicos que obstaculizan o pretenden impedir el acceso a una obra de maneras distintas a las preferidas por un titular de derechos de autor. Originalmente, las MTP fueron desarrolladas por parte de algunos titulares con la intención de obstaculizar el acceso y/o copia de obras contenidas en soportes materiales como los discos de video digital (DVD), los cuales usualmente están protegidos por un sistema de cifrado que impide el acceso, reproducción y copia del contenido a menos de que se cuente con la “llave” para descifrar el contenido. Los reproductores de DVD, por ejemplo, poseen dicha “llave”, de manera que los mismos permiten la reproducción del DVD. No obstante, existen tecnologías que permiten eludir esa protección y acceder, copiar o reproducir el contenido del DVD de maneras distintas a las

previstas o deseadas por el titular. Por ejemplo, tecnologías coloquialmente conocidas como *ripper*.

De esta manera, en primer lugar debe reconocerse que **la prohibición de la elusión de MTP establecida en las normas combatidas constituye una interferencia en el ejercicio de derechos humanos** que para considerarse compatible con el parámetro de regularidad constitucional debe satisfacer los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad entre otros elementos como será desarrollado más adelante.

- 1. La ausencia de un nexo causal entre la elusión de una MTP y una infracción a derechos de autor implica que la prohibición de la elusión de MTP constituye una restricción a derechos humanos que no satisface los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.**

Es importante señalar que el acceso, copia o reproducción del contenido del DVD de una manera distinta a la dispuesta por el titular no necesariamente constituye una infracción a los derechos de los titulares. Por ejemplo, en el caso de la adquisición legal de un DVD u otra obra audiovisual, el acceso y reproducción privada del contenido e incluso la copia privada del contenido no solo no constituye una infracción sino que constituye justamente el uso normal de la obra, o en el caso de la copia privada, el ejercicio de una excepción y limitación a los derechos de autor reconocida por el artículo 148 fracción IV de la LFDA.

En este sentido, resulta crucial comprender que **la elusión de medidas tecnológicas de protección no se encuentra ligada necesariamente a una infracción a derechos de autor**, por el contrario, existen múltiples usos no infractores de derechos de autor ligados a dichas elusiones, e incluso de un alto interés público, como se detallará más adelante.

Con el paso del tiempo, las MTP no solo han sido utilizadas para la protección de fonogramas y obras audiovisuales, sino que preponderantemente, son utilizadas para controlar el acceso al *software*, que constituye una “obra literaria” según la LFDA. Lo anterior representa consecuencias considerablemente más complejas que las MTP descritas, en virtud de que, a diferencia de un DVD que protege el acceso a un fonograma u obra audiovisual, el cual típicamente tiene limitadas funcionalidades (la reproducción visual y/o sonora de la obra), las MTP que protegen el acceso al código que constituye el *software*, controlan el acceso a información que describe y permite múltiples funcionalidades usualmente complejas que dependen, por ejemplo, del dispositivo electrónico (*hardware*) que dicho *software* controla o en el cual se encuentra embebido.

De nuevo se reitera que el acceso a dicha información no necesariamente constituye una infracción a derechos de autor sino que, por el contrario, el acceso a dicha información permite la realización de múltiples actividades no solo no infractoras, sino que se encuentran explícitamente permitidas o que incluso resultan ser de interés público o esenciales para el ejercicio de derechos humanos, como será detallado más adelante.

De hecho, no existe evidencia que permita concluir que las MTP tienen un efecto significativo en la prevención de infracciones a derechos de autor y, por el contrario, existe amplia evidencia de los efectos adversos al interés público y al ejercicio de derechos humanos generados a partir de las prohibiciones legales amplias y vagas respecto de la elusión de dichas MTP.

En este sentido, como ha sido anticipado, constituye el primer y más fundamental vicio de constitucionalidad del artículo 232 Ter, el hecho de que, a pesar de que el fin legítimo perseguido declarado por el emisor de la norma, a saber, la protección de los derechos de los titulares de derechos de autor frente a potenciales infracciones a los mismos, no requiere un nexo causal necesario entre la elusión de las MTP y la materialización de dichas infracciones.

De hecho, carece de lógica jurídica la expectativa de que una potencial persona infractora, determinada a cometer una infracción a derechos de autor ya sancionada severamente, y en ocasiones desproporcionadamente por las leyes, sea persuadida por otra prohibición legal respecto de una actividad preparatoria, y en ocasiones ni siquiera necesaria, para la materialización de la infracción a los derechos de autor. De esta manera, son las personas no infractoras y las personas sin intención infractora las que se ven primordialmente afectadas por esta prohibición.

Así, cuando la elusión es necesaria, por ejemplo para un ejercicio expresivo, lo cual incluye el desarrollo de *software* o de otras tecnologías, la norma revierte la presunción general de cobertura constitucional, lo cual contraviene el derecho a la libertad de expresión.

De esta manera, la prohibición como regla general de la elusión de MTP establecida en el artículo 232 Ter, sin permitir de manera general una elusión para cualquier fin legal sino únicamente permitirla en limitadas circunstancias, y sin requerir que la elusión deba necesariamente estar vinculada a una infracción a derechos de autor, constituye una violación a los derechos a la libertad de expresión, a la cultura y a la ciencia, incluyendo el

derecho a beneficiarse del progreso científico y tecnológico y a la propiedad en virtud de que no constituye una medida de restricción idónea, necesaria o proporcional al ejercicio de esos derechos.

- 2. La insuficiencia, vaguedad e imprecisión de excepciones para proteger actividades de elusión de MTP necesarias para el ejercicio de derechos humanos implican que las prohibiciones explícitas e implícitas respecto de la elusión de medidas tecnológicas de protección constituyen una restricción a derechos humanos que vulnera el parámetro de regularidad constitucional.**

En segundo lugar, si bien el artículo 114 Quáter establece una serie de excepciones a la regla general de prohibición de las elusión de MTP, tanto la redacción limitada, vaga e imprecisa de las excepciones, como la ausencia de excepciones que protejan usos no infractores fundamentales para el ejercicio de derechos humanos y para la satisfacción del interés público, representan la inconstitucionalidad de los dos artículos impugnados a los que se hace referencia en este apartado.

El artículo 114 Quáter impugnado, establece una limitada lista de excepciones a la prohibición de la elusión de medidas tecnológicas de protección, la cual se transcribe a continuación:

Artículo 114 Quáter.- No se considerarán como violación de la presente Ley aquellas acciones de elusión o evasión de una medida tecnológica de protección efectiva que controle el acceso a una obra, interpretación o ejecución, o fonograma protegidos por esta Ley, cuando:

I. Los procesos de ingeniería inversa no infractores realizados de buena fe respecto de la copia que se haya obtenido legalmente de un programa de computación que efectivamente controle el acceso en relación con los elementos particulares de dichos programas de computación que no han estado a disposición de la persona involucrada en esa actividad, con el único propósito de lograr la interoperabilidad de un programa de computación creado independientemente con otros programas;

II. La inclusión de un componente o parte del mismo, con la finalidad única de prevenir el acceso a los menores a contenidos inapropiados, en línea, de una tecnología, producto, servicio o dispositivo que por sí mismo no está prohibido;

III. Las actividades realizadas por una persona de buena fe con la autorización del propietario de una computadora, sistema o red de

cómputo, realizadas con el único propósito de probar, investigar o corregir la seguridad de esa computadora, sistema o red de cómputo;

IV. El acceso por parte del personal de una biblioteca, archivo o una institución educativa o de investigación, cuyas actividades sean sin fines de lucro, a una obra, interpretación o ejecución, o fonograma al cual no tendrían acceso de otro modo, con el único propósito de decidir si se adquieren ejemplares de la obra, interpretación o ejecución, o fonograma;

V. Las actividades no infractoras cuyo único fin sea identificar y deshabilitar la capacidad de compilar o diseminar información de datos de identificación personal no divulgada, que reflejen las actividades en línea de una persona física, de manera que no afecte la capacidad de cualquier persona de obtener acceso a una obra, interpretación o ejecución, o fonograma;

VI. Las actividades llevadas a cabo por personas legalmente autorizadas en términos de la legislación aplicable, para los efectos del cumplimiento de la Ley y de salvaguardar la seguridad nacional;

VII. Las actividades no infractoras realizadas por un investigador que haya obtenido legalmente una copia o muestra de una obra, interpretación o ejecución no fijada o muestra de una obra, interpretación o ejecución, o fonograma con el único propósito de identificar y analizar fallas en tecnologías para codificar y decodificar información;

VIII. Las actividades realizadas sin fines de lucro por una persona con el objeto de hacer accesible una obra, interpretación o ejecución, o un fonograma, en lenguajes, sistemas y otros modos, medios y formatos especiales, para personas con discapacidad, en términos de lo dispuesto en los artículos 148, fracción VIII y 209, fracción VI de la presente Ley, y siempre y cuando se realice a partir de una copia legalmente obtenida, y

IX. Cualquier otra excepción o limitación para una clase particular de obras, interpretaciones o ejecuciones, o fonogramas, cuando así lo determine el Instituto a solicitud de la parte interesada basado en evidencia.”

Las excepciones previstas en el artículo impugnado son en muchos casos vagas e imprecisas y no ofrecen certidumbre jurídica respecto de las actividades de elusión de MTP permitidas y prohibidas, lo cual, además de contravenir el principio de legalidad y su

subprincipio de tipicidad, aplicable a la materia sancionatoria administrativa¹¹¹, genera un “efecto inhibitor” para el ejercicio de derechos humanos como el de libertad de expresión, el derecho a la propiedad o el derecho a beneficiarse del progreso científico y tecnológico. A continuación se enuncian diversos ejemplos de actividades de elusión de MTP que constituyen un ejercicio de derechos humanos que, sin embargo, se ven limitadas de manera ilegítima por las disposiciones impugnadas:

2.1. Interoperabilidad

La interoperabilidad consiste en hacer un producto o servicio producto o servicio funcione con un producto o servicio existente. La creación de un producto o servicio interoperable constituye un acto expresivo protegido por el derecho a la libertad de expresión y es también un ejercicio del derecho a beneficiarse de la cultura y del progreso científico y tecnológico. La interoperabilidad es además fundamental para la innovación y la competencia pues evita que se erijan monopolios a partir del diseño no interoperable de productos y servicios, por lo que la interoperabilidad, por ejemplo, entre programas de computación constituye un interés público de suma relevancia.

Para lograr la interoperabilidad, frecuentemente resulta necesario tener acceso al código de un programa o *software* para conocer la manera en que otro programa debe ser desarrollado para lograr dicha interoperabilidad. De esta manera, las MTP, al controlar el acceso a dichos programas (que constituyen una obra literaria conforme a la LFDA), restringen de manera técnica la interoperabilidad, lo cual puede ser resuelto mediante una elusión de dichas MTP, sin embargo, las sanciones a la elusión de las mismas constituyen una barrera jurídica a dicha interoperabilidad, a menos de que, como fue argumentado anteriormente, para que la elusión sea ilegal la misma deba estar vinculada a una infracción a derechos de autor o, al menos, existan excepciones robustas que protejan la actividad de elusión que tenga como finalidad la interoperabilidad.

La fracción I del artículo 114 Quáter establece, en una primera lectura, una excepción para situaciones en las que la finalidad es “la interoperabilidad de un programa de computación creado independientemente con otros programas”. Sin embargo, de una lectura más profunda de la disposición se aprecian limitantes que hacen impracticable e inutilizable la excepción para lograr los fines de interoperabilidad supuestamente permitidos.

¹¹¹ Ver Tesis Aislada , 1a. CCCXVIII/2014 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Septiembre de 2014, Libro 10, Tomo 1, página 588, de rubro: “**PRINCIPIO DE LEGALIDAD. MODULACIÓN APLICABLE A LA VERTIENTE SANCIONATORIA DEL MODELO DEL ESTADO REGULADOR.**”

En primer lugar, la deficiente redacción limita los “procesos de ingeniería inversa” permitidos a que sean desarrollados respecto de “**un programa de computación que efectivamente controle el acceso** en relación con los elementos particulares de dichos programas de computación que no han estado a disposición de la persona involucrada en esa actividad”. La deficiente redacción transcrita significa que el proceso de ingeniería inversa permitido es el realizado sobre el programa de computación que “controla el acceso”, es decir, respecto de la MTP y no respecto del programa de computación protegido por una MTP. Resulta imposible lograr la interoperabilidad de un programa de computación independiente sin tener la posibilidad de realizar un proceso de ingeniería inversa respecto del programa de computación protegido por el MTP.

En cualquier caso, la frase “con el único propósito” limita de manera irrazonable la realización de actividades de ingeniería inversa legítimas pero diversas a ese “único propósito” descrito, por ejemplo, con fines experimentales o inclusive para desarrollar una ventaja competitiva o un servicio innovador. De esta manera, la deficiente redacción de la fracción en comento restringe actos de elusión de MTP que tengan múltiples propósitos a pesar de que todos ellos sean legítimos.

De esta manera, es claro que las normas impugnadas restringen de manera directa o, al menos, derivado de la deficiente técnica legislativa producen un efecto inhibitorio de actos de elusión que tienen como finalidad legítima la interoperabilidad, lo cual implica una vulneración de los derechos a la libertad de expresión y a beneficiarse del progreso cultural, científico y tecnológico, cuyo contenido y alcance ha sido previamente desarrollado.

Como evidencia de las insuficiencias provocadas por esta excepción, resulta pertinente mencionar que una excepción prácticamente idéntica en la legislación estadounidense¹¹², incluso más generosa que la fracción I que se analiza, no ha sido útil para proteger actividades de elusión con fines de interoperabilidad como el desarrollo de tecnologías y productos independientes para la operación remota de puertas de estacionamiento¹¹³ o el uso de cartuchos de tinta para impresora desarrollados independientemente del fabricante de la impresora¹¹⁴. Inclusive, la propia Oficina de Derechos de Autor de los Estados Unidos

¹¹² *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)*. 17 U.S. Code § 1201 - *Circumvention of copyright protection systems*. Sección 1 (f).

¹¹³ Ver EFF. *Chamberlain Group Inc. v. Skylink Technologies Inc.* Disponible en: <https://www.eff.org/cases/chamberlain-group-inc-v-skylink-technologies-inc>

¹¹⁴ Ver EFF. Cory Doctorow. *Felony Contempt of Business Model: Lexmark's Anti-Competitive Legacy*. 28 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.eff.org/deeplinks/2019/06/felony-contempt-business-model-lexmarks-anti-competitive-legacy>

ha reconocido la insuficiencia de la excepción analizada para proteger usos legítimos como la elusión de MTP para permitir la instalación de aplicaciones en dispositivos de telefonía móvil, por lo que dicha Oficina ha reconocido y dispuesto excepciones adicionales para realizar elusiones conocidas como “*jailbreak*” o “*root*”¹¹⁵ necesarias para los fines legítimos mencionados.

2.2. Seguridad informática

La seguridad informática representa de manera creciente un elemento fundamental para la libertad y autonomía de las personas. Dicha seguridad informática depende de la labor de investigación de miles de personas dedicadas a probar, investigar y corregir la seguridad de sistemas, lo cual frecuentemente implica la necesidad de eludir MTP.

La fracción III del artículo 114 Quáter contempla una excepción relacionada a seguridad informática que, sin embargo, limita severamente las posibilidades de elusión para la investigación de seguridad. La frase “con el único propósito de probar, investigar o corregir la seguridad de esa computadora, sistema o red de cómputo” limita exageradamente las actividades de personas investigadoras de seguridad, las cuales no tienen ese “único propósito”, sino que usualmente tienen múltiples propósitos legítimos que trascienden a la “computadora, sistema o red de cómputo” específica. Por ejemplo, pueden tener el propósito de generar y avanzar el conocimiento con fines académicos, educativos o para beneficio de otras personas que utilicen una tecnología similar. Pueden a su vez, tener el propósito de proteger la privacidad o autonomía de otras personas usuarias de una computadora, sistema o red de maneras que entran en conflicto con la visión del fabricante respecto de lo que constituye “la seguridad del dispositivo”.

De nuevo, una disposición similar en la legislación estadounidense ha sido considerada insuficiente para ofrecer un marco legal con certidumbre jurídica suficiente para promover las actividades de investigación de seguridad por la propia Oficina de Derechos de Autor de los Estados Unidos, la cual ha reconocido y adoptado excepciones adicionales para proteger esta actividad¹¹⁶.

¹¹⁵ Ver U.S. Copyright Office. 37 CFR Part 201 [Docket No. 2017–10]. Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies. Final Rule. 26 de Octubre de 2018. Disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2018-10-26/pdf/2018-23241.pdf>; U.S. Copyright Office. Title 37: Patents, Trademarks, and Copyrights Part 201—GENERAL PROVISIONS Subchapter A—Copyright Office and Procedures. §201.40 Exemptions to prohibition against circumvention. Disponible en: <https://www.copyright.gov/title37/201/37cfr201-40.html>; y EFF. Parker Higgins. *Jailbreaking Is Not A Crime—And EFF Is Fighting To Keep It That Way*. 6 de noviembre de 2014. Disponible en: <https://www.eff.org/deeplinks/2014/11/jailbreaking-not-crime-and-eff-fighting-keep-it-way>

¹¹⁶ Ver U.S. Copyright Office. 37 CFR Part 201 [Docket No. 2017–10]. Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies. Final Rule. 26 de Octubre de 2018. Disponible

De esta manera, es claro que las normas impugnadas restringen de manera directa o, al menos, derivado de la deficiente técnica legislativa producen un efecto inhibitorio de actos de elusión que tienen como finalidad legítima probar, investigar o corregir la seguridad de un sistema, red o programa o dispositivo, por ejemplo, cuando dicha finalidad va acompañada de otras finalidades legítimas o cuando dicha actividad se realiza sin autorización del “propietario” en aras del interés público cuando lo cual implica una vulneración de los derechos a la libertad de expresión y a beneficiarse del progreso cultural, científico y tecnológico, cuyo contenido y alcance ha sido previamente desarrollado.

2.3. Protección del derecho a la privacidad

La excepción contemplada en la fracción V del artículo impugnado, de nuevo posee una redacción deficiente, confusa e imprecisa que genera incertidumbre jurídica y desprotege actividades legítimas, de interés público e importantes para el ejercicio de derechos.

Dicha excepción describe las actividades permitidas como aquellas “cuyo único fin sea identificar y deshabilitar la capacidad de compilar o diseminar información de datos de identificación personal no divulgada, que reflejen las actividades en línea de una persona física”. De nuevo el uso de la frase “cuyo único fin” restringe de manera irrazonable los actos de elusión, sin embargo, es el resto de la frase transcrita lo que limita las posibilidades de la excepción para la protección de la privacidad.

Primeramente, destaca el uso de la palabra “compilar” respecto de las capacidades que pueden ser identificadas y deshabilitadas, la cual, diverge en alcance respecto de la palabra “recolectar” que es la palabra utilizada, por ejemplo, en el artículo 20.67.4 e) del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (TMEC). Lo anterior genera incertidumbre jurídica que produce un efecto inhibitorio respecto de actividades legítimas para la protección de la privacidad.

En cualquier caso, la limitación respecto a que la identificación o deshabilitación de la capacidades de “compilación” o “diseminación” de datos personales es únicamente respecto

en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2018-10-26/pdf/2018-23241.pdf>; U.S. Copyright Office. Title 37: Patents, Trademarks, and Copyrights Part 201—GENERAL PROVISIONS Subchapter A—Copyright Office and Procedures. §201.40 Exemptions to prohibition against circumvention. Disponible en: <https://www.copyright.gov/title37/201/37cfr201-40.html>; y EFF. Mitch Stoltz. *Copyright Office Proposes Modest Fixes to DMCA 1201, Leaves Fundamental Flaws Untouched*. 28 de junio de 2018. Disponible en: <https://www.eff.org/deeplinks/2017/06/copyright-office-proposes-modest-fixes-dmca-1201-leaves-fundamental-flaws>

a “las actividades en línea de una persona física” y no también respecto de las actividades fuera de línea de una persona física, restringe severa e injustificadamente la autonomía personal y el ejercicio del derecho a la privacidad y a la libertad de expresión. En particular en virtud de que de manera creciente, proliferan los dispositivos tecnológicos con capacidades de recolección de datos personales y su adopción, principalmente en el interior de los domicilios de las personas, se multiplica de manera acelerada como parte del modelo de negocios que ha sido coloquialmente denominado como “el Internet de las cosas”.

De esta manera, la fracción bajo análisis no permite la elusión de MTP para desactivar funcionalidades que implican una interferencia con el derecho a la privacidad, sino que establece limitaciones irrazonables e injustificadas que no superan los requisitos de necesidad y proporcionalidad, por lo que de nuevo se actualizan violaciones a los derechos a la libertad de expresión, a la privacidad y a beneficiarse del progreso cultural, científico y tecnológico.

2.4. Preservación de obras por parte de instituciones de memoria

Otros problemas derivados de la deficiente redacción de las excepciones incluyen, por ejemplo, la fracción IV del artículo 114 Quáter, la cual “permite” a instituciones de memoria como lo son los archivos y bibliotecas la elusión de MTP para tener acceso a una obra “a la cual no tendrían acceso de otro modo” y “con el único propósito de decidir si se adquieren ejemplares de la obra”.

Lo anterior limita severamente al personal de bibliotecas y archivos respecto del cumplimiento de sus actividades de interés público como lo es la preservación del conocimiento. De manera principal, debido a que el propósito para el cual se autoriza la elusión de MTP, a saber, “decidir si se adquieren ejemplares” es inútil para las instituciones de memoria, como se encuentra demostrado en más de 20 años de vigencia de una excepción similar en los Estados Unidos¹¹⁷, en las que dichas instituciones de memoria han señalado que jamás han requerido utilizar la excepción¹¹⁸.

Por el contrario, el artículo 114 Quáter de la LFDA omite autorizar la elusión de MTP para fines legítimos y de interés público llevados a cabo por bibliotecas y archivos, como es la

¹¹⁷ *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)*. 17 U.S. Code § 1201 - *Circumvention of copyright protection systems*. Sección 1 (d).

¹¹⁸ Ver *Comments of the Library Copyright Alliance on Section 1201 of the DMCA*. Disponible en: <http://www.ala.org/advocacy/sites/ala.org.advocacy/files/content/advleg/federallegislation/03-10-16%20LCA%20Comments%20on%20Section%201201%20of%20the%20Digital%20Millenium%20Copyright%20Act.pdf>

preservación de obras, lo cual, inclusive, se encuentra reconocido en el artículo 148, fracción V de la LFDA. De esta manera, a pesar de que conformidad a dicho artículo 148 la copia de una obra para fines de seguridad y preservación no constituye una infracción a derechos de autor, la elusión de MTP para esos fines sí constituye una infracción al artículo 232 Ter de la LFDA en tanto no existe una excepción reconocida en el artículo 114 Quáter que proteja dicha actividad.

De esta manera, las normas impugnadas restringen de manera irrazonable e injustificada el derecho de las personas dedicadas a la conservación de obras como parte de su labor dentro de instituciones de memoria, con lo cual no solo se restringe de manera contraria a los principios de necesidad y proporcionalidad el derecho de las personas que desempeñan dicha actividad sino que se atenta contra el derecho de la sociedad a tener acceso a la cultura y la ciencia, con lo cual, de nuevo, se vulnera el derecho a beneficiarse del progreso cultural, científico y tecnológico, así como al derecho a la libertad de expresión.

2.5. Accesibilidad para personas con discapacidad

Si bien la fracción VIII del artículo 114 Quáter establece una excepción relacionada a la elusión de MTP con el objeto de hacer accesibles obras, interpretaciones ejecuciones o fonogramas en lenguajes, sistemas y otros modos, medios y formatos para personas con discapacidad, dicha excepción exige que la elusión sea llevada a cabo sin fines de lucro, lo cual limita de manera injustificada las posibilidades de las personas con discapacidad para tener acceso a la cultura y la ciencia, en tanto dicha limitante impide que el acto de elusión —el cual en ocasiones requiere capacidades técnicas avanzadas que no se encuentran ampliamente disponibles, mucho menos de manera gratuita— pueda ser remunerado, de manera se desincentiva el ofrecimiento de servicios de elusión y hace a las personas con discapacidad depender de los limitados esfuerzos voluntarios y gratuitos que les permitan tener acceso a la cultura y la ciencia y ejercer el derecho a la libertad de expresión e información, violando además los artículos 21, 24 y 30 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante “CDPD”).

2.6. Uso de obras conforme al derecho a la libertad de expresión y a las excepciones y limitaciones a los derechos de autor y derechos conexos reconocidas en la LFDA para fines de enseñanza, investigación, crítica, difusión de información de interés público o realización de copias privadas de obras adquiridas legalmente.

El limitado listado contenido en el artículo 114 Quáter de la LFDA excluye de protección legal múltiples actividades de elusión de MTP para fines legítimos, de interés público y fundamentales para el ejercicio de los derechos humanos a la libertad de expresión, a participar en la vida cultural, a beneficiarse del progreso científico y tecnológico e incluso al derecho a la propiedad.

De manera similar a lo señalado respecto de las instituciones de memoria, a pesar de que los artículos 148 y 151 de la LFDA establecen diversas excepciones y limitaciones a los derechos de autor y derechos conexos, que eliminan la necesidad de autorización y/o remuneración respecto del titular de los derechos. Por ejemplo, bajo el amparo del derecho a la libertad de expresión en primer término, y además, por lo señalado en los artículos 148 y 151 de la LFDA, resulta legítima la utilización de fragmentos de una obra para la crítica, la enseñanza, la investigación o el reporte de sucesos de actualidad.

No obstante lo anterior, cuando el ejercicio de los derechos reconocidos en el párrafo anterior requiere la elusión de una MTP, la ausencia de una excepción en el artículo 114 Quáter de la LFDA implica la prohibición y sanción de dichas elusiones conforme a lo que señala el artículo 232 Ter de la LFDA y, en la práctica, la anulación de los derechos amparados por el derecho a la libertad de expresión, el derecho a participar en la vida cultural y el derecho a beneficiarse del progreso científico y tecnológico.

Por ejemplo, si para fines educativos, de crítica, reporte de sucesos de actualidad o para crear obras derivadas amparadas por el derecho a la libertad de expresión y por las excepciones y limitaciones reconocidas en el artículo 148, una persona requiere la obtención de un fragmento de una obra audiovisual contenida en un soporte material como un disco *DVD* o *Blu-Ray* adquirido legalmente, la obtención y uso de ese fragmento, se insiste, es legal. Sin embargo, cuando un disco *DVD* o *Blu-Ray* incluye una MTP como las tecnologías de cifrado que controlan el acceso conocidas como “*Content Scramble System*” o “*Advanced Access Content System*” respectivamente, la obtención del fragmento requiere la elusión de dicha MTP a través de tecnologías de elusión conocidas como “*ripper*”. Al no estar contemplada en el artículo 114 Quáter de la LFDA ninguna excepción que permita la elusión de dichas MTP para la obtención de fragmentos para los fines legalmente reconocidos como legítimos, en la práctica se impide el ejercicio de esos derechos.

Lo anterior genera consecuencias que interfieren de manera severa con los derechos a la libertad de expresión, a participar en la vida cultural y a beneficiarse del progreso científico y tecnológico. Por ejemplo, un estudio realizado por la Comisión Europea en el año 2016

evidencia que la imposibilidad de la elusión de MTP fueron el principal obstáculo reportado por docentes y alumnos para ejercer su derecho al acceso, descarga, uso o modificación legal de obras digitales para fines educativos amparados por la legislación aplicable.¹¹⁹

En el mismo sentido, la ausencia de una excepción a la prohibición de la elusión de MTP para fines educativos, de crítica, reporte sobre sucesos de actualidad y otros usos no lucrativos amparados por excepciones y limitaciones reconocidas en la LFDA y por el derecho a la libertad de expresión impide la creación legal de obras derivadas a partir de fragmentos de obras existentes para los fines descritos lo cual implica una restricción a la libertad de expresión, a participar en la vida cultural y a beneficiarse del progreso científico y tecnológico en su doble dimensión que no cumple con los requisitos de necesidad y proporcionalidad y que, por ende, no es compatible con el parámetro de regularidad constitucional.

De igual manera, el artículo 148 fracción IV de la LFDA reconoce el derecho a hacer una copia privada de obras adquiridas legalmente para uso privado y sin fines de lucro, sin embargo, cuando para la realización de dicha copia privada resulta necesaria la elusión de una MTP, al no existir una excepción reconocida en el artículo 114 Quáter de la LFDA, resulta imposible ejercer el derecho a la copia privada sin llevar a cabo la conducta sancionada por el artículo 232 Ter de la LFDA, lo cual, de nuevo, constituye una vulneración al ejercicio de los derechos a la libertad de expresión, a la propiedad, a participar en la vida cultural y a beneficiarse del progreso científico y tecnológico en tanto restringe el ejercicio de un derecho sin apego a los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

2.7. Diagnóstico, mantenimiento, reparación y modificación de dispositivos, aparatos y vehículos controlados por obras literarias (software) protegido por MTP

Se destaca que la prohibición de la elusión de MTP para fines de diagnóstico, modificación legal, mantenimiento y reparación de dispositivos, aparatos y vehículos resulta ser un obstáculo creciente para el ejercicio de derechos de los propietarios de los mismos. Dado

¹¹⁹ Ver European Commission. Assessment of the impact of the European copyright framework on digitally supported education and training practices. 2016: “numerous users reported that they have encountered restrictions in their educational activities because of technological protection measures. The survey data shows that 31.2 % of educators and 36.9 % of learners agree that they are not able to access, download, use or modify a digital work because of technological protection, making this the most frequently encountered copyright-related obstacle.”. Disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1ba3488e-1d01-4055-b49c-fdb35f3babc8>

que dicho diagnóstico, modificación, mantenimiento y reparación depende crecientemente del acceso al *software* que controla las funcionalidades de dichos dispositivos, aparatos y vehículos, y que el acceso a dicho *software* se encuentra crecientemente controlado y restringido por MTP, la prohibición de su elusión impide en ocasiones a sus legítimos propietarios inspeccionar y/o modificar el *software* que controla dichos dispositivos, aparatos y vehículos.

Es decir, a partir de la prohibición legal amplia establecida en el artículo 232 Ter y las deficiencias e insuficiencias de las excepciones reconocidas en el artículo 114 Quáter, se configura e incentiva un sistema de control sobre los usuarios de dispositivos tecnológicos adverso al ejercicio de derechos humanos y al interés público. Esto es así debido a que se conjuntan los siguientes elementos:

1. El fabricante de un dispositivo, aparato o vehículo, al desarrollar el *software* embebido que lo controla puede limitar, permitir o prohibir diversas funcionalidades, inclusive de maneras no deseadas o dañinas para la persona propietaria y usuaria de los mismos.
2. El fabricante puede controlar y restringir el acceso al *software* mediante la implementación de una MTP, obstaculizando la inspección del mismo, y con ello, la posibilidad de modificar las limitaciones, permisos o prohibiciones establecidas en el *software* que contravengan intereses legítimos de la persona propietaria y usuaria de los mismos o el interés público.
3. Las personas propietarias y usuarias de los dispositivos, aparatos o vehículos están legalmente impedidas por el art. 232 Ter de la LFDA para eludir la MTP para inspeccionar el *software*, y con ello, la posibilidad de usar, modificar, o incluso en algunos casos, diagnosticar, dar mantenimiento o reparar dichos dispositivos tecnológicos, a pesar de que dichas actividades no sean infractoras de los derechos de los titulares de derechos de autor y derechos conexos y que dichas actividades pueden resultar necesarias para el ejercicio de derechos humanos y para fines de interés público, como los fines educativos, la innovación, la competencia o la soberanía tecnológica.

Inclusive, los elementos descritos producen un efecto que resulta pertinente destacar, como lo es el detrimento del ejercicio del derecho a un medio ambiente sano, pues ante la obstaculización de actividades como el diagnóstico, mantenimiento, reparación o modificación de dispositivos, aparatos o vehículos, cuando el desarrollo de dichas actividades depende de la elusión de MTP para tener acceso a las obras literarias

(*software*) embebido que controla dichos dispositivos, aparatos o vehículos, se genera el efecto de impedir la extensión de la vida útil de los mismos, lo cual favorece el sobreconsumo, la generación de residuos electrónicos altamente tóxicos y otros efectos adversos al derecho a un medio ambiente sano¹²⁰.

Es debido al amplio riesgo de abusos que este sistema genera y a la evidencia de su materialización efectiva que, por ejemplo, la Oficina de Derechos de Autor de los Estados Unidos ha dispuesto diversas excepciones a la prohibición de la elusión de MTP para el diagnóstico, modificación, mantenimiento y reparación de dispositivos electrónicos como lo son computadoras, teléfonos móviles, automóviles, tractores, entre otros¹²¹. No obstante lo anterior, las normas impugnadas carecen de excepciones que protejan la realización de las actividades no infractoras descritas, actualizándose así violaciones al parámetro de regularidad constitucional adicionales, incluyendo a los derechos a libertad de expresión, a la propiedad, a participar en la vida cultural y a beneficiarse del progreso científico y tecnológico y a un medio ambiente sano.

En resumen, en virtud de que los artículos 232 Ter y 114 Quáter de la LFDA:

- 1) Generan incertidumbre jurídica, lo cual produce un efecto inhibitorio para el ejercicio de derechos humanos.
- 2) No requieren que el acto de elusión de las MTP deba estar vinculado a una infracción a los derechos de los titulares de derechos de autor y derechos conexos, restringiendo el ejercicio de derechos humanos de manera contraria a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.
- 3) En defecto de lo anterior, tampoco incluyen excepciones amplias y robustas que permitan y no sancionen la elusión de MTP en múltiples circunstancias no infractoras de los derechos de los titulares de derechos de autor, que constituyen ejercicios legítimos de derechos humanos y respecto de las cuales existe incluso un alto interés público, restringiendo, de nuevo, el ejercicio de derechos humanos de manera contraria a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

¹²⁰ EEB (2019) *Coolproducts don't cost the earth - full report*. Disponible en: www.eeb.org/coolproducts-report

¹²¹ Ver U.S. Copyright Office. 37 CFR Part 201 [Docket No. 2017–10]. Exemption to Prohibition on Circumvention of Copyright Protection Systems for Access Control Technologies. Final Rule. 26 de Octubre de 2018. Disponible en: <https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2018-10-26/pdf/2018-23241.pdf>; U.S. Copyright Office. Title 37: Patents, Trademarks, and Copyrights Part 201—GENERAL PROVISIONS Subchapter A—Copyright Office and Procedures. §201.40 Exemptions to prohibition against circumvention. Disponible en: <https://www.copyright.gov/title37/201/37cfr201-40.html>

Es claro que las normas combatidas violan los derechos a la libertad de expresión, a la ciencia y la cultura, incluyendo el derecho de acceso a la cultura y a beneficiarse del progreso científico y tecnológico, a la propiedad, así como al principio de legalidad, certeza jurídica, tipicidad, taxatividad y lesividad aplicables a la materia sancionatoria administrativa y por ende debe ser declarada su inconstitucionalidad.

Finalmente, si bien la fracción IX del artículo 114 Quáter establece la posibilidad de que el Instituto Nacional del Derecho de Autor añada excepciones, bajo ciertas condiciones estrictas, debe señalarse que dicha posibilidad no remedia las violaciones a derechos humanos descritas, las cuales se han actualizado a partir de la vigencia de las normas combatidas dado que, en primer lugar, el someter actos expresivos a sistemas de autorización previa constituye una medida de censura previa prohibida por el artículo 7° constitucional y 13 de la CADH. Además, la posibilidad mencionada en dicha fracción no se encuentra regulada, por lo que no ofrece garantías de certidumbre jurídica respecto del procedimiento, plazos, requisitos, alcance, vigencia, ni ningún otro aspecto que permita a las personas prever las posibilidades de dicho procedimiento por lo que lejos de remediar las violaciones alegadas, se profundiza en ellas.

En este sentido, por todo lo argumentado, esta H. SCJN debe reconocer la violación a los artículos 1, 3, fracción V, 4, párrafo quinto y décimo segundo, 6, 7, 14, 16, 27 de la Constitución, 1.1, 2, 8, 13 y 21 de la CADH; 11 y 14 del Protocolo de San Salvador; 14 y 19 del PIDCP; 12 y 15 del PIDESC; y 21, 24 y 30 de la CDPD en tanto vulneran los derechos humanos, especialmente de las personas propietarias de obras artísticas o literarias, propietarias de aparatos, dispositivos o vehículos controlados por *software* embebido cuyo acceso se encuentra controlado por MTP, docentes, investigadores, personas con discapacidad, productores audiovisuales, bibliotecarios y archivistas, desarrolladores de *software* o *hackers*¹²² y cualquier persona susceptible de ser sancionada por virtud de las normas combatidas.

SEXTO. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 232 BIS Y 114 QUINQUIES DE LA LFDA AL PROHIBIR Y SANCIONAR EL DESARROLLO Y DIFUSIÓN DE HERRAMIENTAS E INFORMACIÓN PARA LA ELUSIÓN DE MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN DE MANERA AMPLIA, VAGA, IMPRECISA Y RESTRINGIENDO EL EJERCICIO DE DERECHOS HUMANOS DE MANERA CONTRARIA A LOS PRINCIPIOS DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD.

¹²² Real Academia Española de la Lengua. "*hacker*" o "*jáquer*". Persona con grandes habilidades en el manejo de computadoras que investiga un sistema informático para avisar de los fallos y desarrollar técnicas de mejora.

El artículo 232 Bis establece la prohibición general de una serie de actividades encaminadas al desarrollo y distribución de herramientas para la elusión de MTP de la siguiente manera:

Artículo 232 Bis.- Se impondrá multa de mil hasta veinte mil veces el valor diario de la Unidad de Medida y Actualización a quien produzca, reproduzca, fabrique, distribuya, importe, comercialice, arriende, almacene, transporte, ofrezca o ponga a disposición del público, ofrezca al público o proporcione servicios o realice cualquier otro acto que permita tener dispositivos, mecanismos, productos, componentes o sistemas que:

I. Sean promocionados, publicados o comercializados con el propósito de eludir una medida tecnológica de protección efectiva;

II. Sean utilizados preponderantemente para eludir cualquier medida tecnológica de protección efectiva, o

III. Sean diseñados, producidos o ejecutados con el propósito de eludir cualquier medida tecnológica de protección efectiva.

A diferencia de las normas impugnadas a las que se hizo referencia en el apartado anterior, las cuales prohíben y sancionan la elusión de MTP, el artículo 232 Bis prohíbe y sanciona la realización de cualquier acto, incluida la producción, reproducción, fabricación, distribución, importación, comercialización, arrendamiento, almacenamiento, transporte, ofrecimiento, puesta a disposición al público, prestación de servicios “que permita tener dispositivos, mecanismos, productos, componentes o sistemas” (en adelante “herramientas e información”) que sean promocionados, publicados, comercializados, diseñados, producidos o ejecutados con el propósito de eludir una MTP o utilizados “preponderantemente” para eludir una MTP.

Es decir, además de prohibir y sancionar de manera amplia la elusión de MTP, la LFDA prohíbe y sanciona “cualquier acto” que permita a una persona contar con herramientas e información para llevar a cabo dicha elusión.

De igual manera que en el apartado anterior, los actos que permiten “tener” herramientas e información para llevar a cabo elusiones de MTP no se encuentran ligados necesariamente a una infracción a derechos de los titulares de derechos de autor y derechos conexos. por el contrario, incluso con los vicios de constitucionalidad desarrollados en el apartado anterior, la propia LFDA reconoce que existen circunstancias en las que resulta legítimo llevar a cabo elusiones de MTP, además del resto de circunstancias que inconstitucionalmente prohíbe y

sanciona la LFDA pero que resultan necesarias para el ejercicio de derechos humanos y para el interés público. Por ello, se actualiza de igual manera la inconstitucionalidad de los artículos a los que este apartado se refiere.

Ciertamente, el artículo 114 Quinquies establece excepciones a la prohibición y sanción prevista en el artículo 232 Bis de la siguiente manera:

Artículo 114 Quinquies.- No se considerará como violación a esta Ley, la conducta sancionada en el artículo 232 bis:

I. Cuando la misma se realice en relación con medidas tecnológicas de protección efectivas que controlan el acceso a una obra, interpretación o ejecución, o fonograma y en virtud de las siguientes funciones:

a) Las actividades realizadas por una persona sin fin de lucro, con el objeto de hacer un formato accesible de una obra, interpretación o ejecución, o un fonograma, en lenguajes, sistemas y otros modos, medios y formatos especiales para una persona con discapacidad, en términos de lo dispuesto en los artículos 148, fracción VIII y 209, fracción VI de la presente Ley, siempre y cuando se realice a partir de una copia legalmente obtenida;

b) Los procesos de ingeniería inversa no infractores realizados de buena fe respecto de la copia que se haya obtenido legalmente de un programa de computación que efectivamente controle el acceso en relación con los elementos particulares de dichos programas de computación que no han estado a disposición de la persona involucrada en esa actividad, con el único propósito de lograr la interoperabilidad de un programa de computación creado independientemente con otros programas;

c) Las actividades no infractoras realizadas por un investigador que haya obtenido legalmente una copia o muestra de una obra, interpretación o ejecución no fijada o muestra de una obra, interpretación o ejecución, o fonograma para identificar y analizar fallas en tecnologías para codificar y decodificar información;

d) La inclusión de un componente o parte del mismo, con la finalidad única de prevenir el acceso a los menores a contenidos inapropiados, en línea, de una tecnología, producto, servicio o dispositivo que por sí mismo no está prohibido;

e) Las actividades no infractoras realizadas de buena fe con la autorización del propietario de una computadora, sistema o red de

cómputo, realizadas con el único propósito de probar, investigar o corregir la seguridad de esa computadora, sistema o red de cómputo, y

f) Las actividades llevadas a cabo por personas legalmente autorizadas en términos de la legislación aplicable, para los efectos del cumplimiento de la Ley y de salvaguardar la seguridad nacional.

II. Cuando la misma se realice en relación con medidas tecnológicas efectivas que protegen cualquier derecho de autor o derecho conexo protegido en esta Ley y en virtud de las siguientes funciones:

a) Los procesos de ingeniería inversa no infractores realizados de buena fe respecto de la copia que se haya obtenido legalmente de un programa de computación que efectivamente controle el acceso en relación con los elementos particulares de dichos programas de computación que no han estado a disposición de la persona involucrada en esa actividad, con el único propósito de lograr la interoperabilidad de un programa de computación creado independientemente con otros programas, y

b) Las actividades llevadas a cabo por personas legalmente autorizadas en términos de la legislación aplicable, para los efectos del cumplimiento de la Ley y de salvaguardar la seguridad nacional.

No obstante, de igual manera que en el apartado anterior, se actualizan los vicios de inconstitucionalidad derivados de la incertidumbre jurídica que la deficiente redacción de las excepciones contenidas en las normas impugnadas, produciendo un efecto inhibitorio de actividades legítimas y necesarias para el ejercicio de derechos humanos y la protección del interés público. Lo mismo resulta aplicable respecto de las diversas actividades de elusión en legítimo ejercicio de los derechos humanos que no cuentan con excepciones reconocidas ni en el artículo 114 Quáter ni en el artículo 115 Quinquies. En este sentido, los argumentos vertidos a estos mismos efectos en el apartado anterior deben tenerse por aquí reproducidos como si a la letra se insertasen y en el mismo sentido debe considerarse que se actualiza la inconstitucionalidad de los artículos 232 Bis y 114 Quinquies.

Adicionalmente, resulta pertinente resaltar la manera agravada en la que las disposiciones impugnadas en el presente apartado vulneran el parámetro de regularidad constitucional.

Por ejemplo, a pesar de que el artículo 114 Quater permite, aunque de manera deficiente, incierta e inconstitucionalmente limitada, la realización de elusiones de MTP para algunos fines como los indicados en las fracciones IV y V de dicho artículo relacionadas a bibliotecas

y archivos y a datos personales respectivamente, el artículo 114 Quinquies no reconoce excepciones para la realización de actos que permitan contar con herramientas e información para llevar a cabo las elusiones permitidas, anulando o al menos obstaculizando en la práctica, de manera irrazonable e injustificada, el derecho de realizar dichas elusiones, y con ello restringe de manera contraria a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad el ejercicio de derechos humanos como la libertad de expresión, a la privacidad y a la ciencia y a la cultura, incluyendo el derecho de acceso a la cultura y a beneficiarse del progreso científico y tecnológico.

Es decir, a pesar de que la LFDA reconoce, aún defectuosamente, la legalidad de ciertas elusiones de MTP, de manera contradictoria prohíbe desarrollar o difundir herramientas e información que permita efectivamente ejercer ese derecho a eludir MTP.

Igualmente, si bien la fracción VIII del artículo 114 Quáter establece una excepción relacionada a la elusión de MTP con el objeto de hacer accesibles obras, interpretaciones ejecuciones o fonogramas en lenguajes, sistemas y otros modos, medios y formatos para personas con discapacidad, además de las insuficiencias de dicha excepción desarrollada en el apartado anterior, el artículo 114 Quinquies impone obstáculos adicionales para la libertad de expresión, el derecho a la educación y el derecho a la cultura y la ciencia de las personas con discapacidad, en tanto exige que los actos para tener herramientas e información que permitan la elusión de MTP con fines de accesibilidad para personas con discapacidad deban ser llevados a cabo por una “persona sin fin de lucro”.

Es decir, aún si el acto para tener herramientas e información para la elusión de MTP es llevado a cabo sin fines de lucro, si dicha actividad es llevada a cabo por una persona, por ejemplo, cuyo objeto social permita llevar a cabo actividades lucrativas, sería ilegal conforme a los artículos 232 Bis y 114 Quinquies, lo cual limita de manera injustificada las posibilidades de las personas con discapacidad para tener acceso a la cultura y la ciencia de manera violatoria de los artículos 21, 24 y 30 de la CDPD.

Las prohibiciones y sanciones amplias respecto de los actos que permiten a las personas desarrollar o publicar herramientas e información para la elusión de MTP, establecidas en los artículos 232 Bis y 114 Quinquies, aún cuando esos actos no se encuentren vinculados a una infracción a derechos de autor constiuyen una violación grave del derecho a la libertad de expresión y al derecho a la ciencia y la cultura, los cuales incluyen el derecho a

desarrollar código¹²³ y tecnologías que tienen múltiples usos legítimos, en sí mismos, como parte de la curiosidad e ingenio del ser humano, pero también en sus aplicaciones.

Inclusive, la sola difusión de instrucciones, tutoriales o técnicas que permitan a las personas adquirir el conocimiento para llevar a cabo elusiones de MTP para el ejercicio de derechos humanos y el desarrollo de actividades que benefician el interés público, es sancionada por las normas impugnadas, lo cual representa una clara violación a la libertad de expresión y al derecho a participar en la vida cultural y a beneficiarse de progreso científico y tecnológico.

En atención a los argumentos vertidos, los artículos impugnados deben ser considerados contrarios al parámetro de regularidad constitucional por violar el derecho a la libertad de expresión, a beneficiarse de la cultura y el progreso científico y tecnológico, así como a los principios de seguridad jurídica, legalidad, tipicidad, taxatividad y lesividad aplicables a la materia sancionatoria administrativa, reconocidos en los artículos 1, 3, fracción V, 4, párrafo décimo segundo, 6, 7, 14 y 16 de la Constitución, 1.1, 2, 8 y 13 de la CADH; 14 del Protocolo de San Salvador; 14 y 19 del PIDCP; 15 del PIDESC; y 21, 24 y 30 de la CDPD.

SEPTIMO. LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 424 BIS, FRACCIÓN II; LA FRASE “O PARCIAL” EN EL ARTÍCULO 424 BIS, FRACCIÓN III; EL ARTÍCULO 427 BIS; EL ARTÍCULO 427 TER; Y EL ARTÍCULO 427 QUÁTER DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL (CPF) EN TANTO ESTABLECEN SANCIONES PENALES DE MANERA CONTRARIA A LOS PRINCIPIOS DE SEGURIDAD JURÍDICA, LEGALIDAD, TAXATIVIDAD, TIPICIDAD Y LESIVIDAD EN MATERIA PENAL Y CRIMINALIZAN CONDUCTAS QUE CONSTITUYEN UN EJERCICIO LEGÍTIMO DE DERECHOS HUMANOS Y ACTIVIDADES DE ALTO INTERÉS PÚBLICO.

1. Respetto del artículo 424 Bis del CPF

El artículo 424 Bis, fracción II establece que:

Artículo 424 bis.- Se impondrá prisión de tres a diez años y de dos mil a veinte mil días multa:

II. A quien fabrique con fin de lucro un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar los dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación, o

Como ha sido establecido por la SCJN, del principio de legalidad en materia penal se desprende que al “legislador le es exigible la emisión de normas claras, precisas y exactas respecto de la conducta reprochable, así como de la consecuencia jurídica por la comisión

¹²³ Ver *Bernstein v. USDOJ*, 176 f. 3d 1132 (9th cir. 1999). Disponible en: https://epic.org/crypto/export_controls/bernstein_decision_9_cir.html

de un ilícito; esta descripción no es otra cosa que el tipo penal, el cual debe estar claramente formulado. Para determinar la tipicidad de una conducta, el intérprete debe tener en cuenta, como derivación del principio de legalidad, al de taxatividad o exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley. Es decir, la descripción típica no debe ser de tal manera vaga, imprecisa, abierta o amplia, al grado de permitir la arbitrariedad en su aplicación. Así, el mandato de taxatividad supone la exigencia de que el grado de determinación de la conducta típica sea tal, que lo que es objeto de prohibición pueda ser conocido por el destinatario de la norma.”¹²⁴

En este sentido, la norma impugnada incumple el mandato de taxatividad al no establecer de manera clara, precisa y exacta la conducta reprochable, como se desprende del análisis de sus elementos:

1. El sujeto activo es cualquier persona.
2. La conducta es la fabricación de un dispositivo o sistema cuya finalidad sea desactivar dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación.
3. El elemento subjetivo consiste en que la conducta se lleva a cabo “con fines de lucro”.

Los elementos descritos son amplios, vagos e imprecisos, en particular la frase “dispositivos electrónicos de protección de un programa de computación”. Dicha porción normativa genera enorme confusión e incertidumbre jurídica en tanto no resulta claro el tipo de “protección” que los “dispositivos electrónicos” realizan respecto de un programa de computación.

De igual manera, la conducta no delimita al sujeto activo, de manera que incluso el propio propietario, titular de derechos del programa de computación o alguna persona con autorización de alguno de ellos encuadraría en la hipótesis normativa prevista.

La norma impugnada tampoco exige una intencionalidad ilícita, es decir, sanciona la fabricación de cualquier dispositivo o sistema que desactive un dispositivo electrónico que proteja a un programa de computación sin importar si dicha desactivación se encuentra prohibida o permitida por las leyes o por la persona que tenga facultad legal de autorizar o negar la autorización de dicha inhabilitación.

¹²⁴ Ver Tesis de Jurisprudencia , Tesis: 1a./J. 54/2014 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Julio de 2014, Libro 8, Tomo 1, página 131, de rubro: “**PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL EN SU VERTIENTE DE TAXATIVIDAD. ANÁLISIS DEL CONTEXTO EN EL CUAL SE DESENVUELVEN LAS NORMAS PENALES, ASÍ COMO DE SUS POSIBLES DESTINATARIOS**”.

Inclusive, la norma no delimita si la finalidad sancionada debe ser una finalidad exclusiva o preponderante del dispositivo. Lo anterior implica que aún cuando el dispositivo fabricado posee diversas finalidades, inclusive preponderantemente lícitas y distintas, pero el mismo dispositivo también tiene o puede tener una finalidad para desactivar “los dispositivos electrónicos de protección de un sistema de protección”, entonces la conducta sería delictiva.

Así mismo, la norma impugnada ignora las múltiples circunstancias en las que la “desactivación” es autorizada por la ley o requerida para el ejercicio de derechos o para satisfacer el interés público, como lo son las elusiones de medidas tecnológicas de protección (MTP) permitidas por los artículos 114 Quáter y 115 Quinquies de la LFDA, así como aquéllas elusiones de MTP -que como fue desarrollado anteriormente- son legítimas y necesarias para el ejercicio de derechos como la libertad de expresión, la privacidad, la ciencia y la cultura, la adaptación de obras para hacerlas accesibles a personas con discapacidad, las actividades llevadas a cabo por instituciones de memoria con fines de preservación, el diagnóstico y reparación de dispositivos e incluso actividades facultadas en interés de la protección de la seguridad pública y la seguridad nacional.

Por lo tanto, resulta irrazonable criminalizar actividades y actos expresivos, como lo es la fabricación y programación de dispositivos que tienen múltiples usos legales, inclusive cuando dichas actividades se llevan a cabo con fines de lucro, en atención al derecho a la libertad de comercio reconocida en el artículo 5 constitucional.

De esta manera, es claro que la amplitud y vaguedad de la norma impugnada implica su inconstitucionalidad en tanto genera un efecto inhibitor para el ejercicio de derechos humanos y limita de manera contraria a los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, los derechos a la libertad de expresión, a la ciencia y la cultura, incluyendo el derecho de acceso al a cultura y a beneficiarse del progreso científico y tecnológico, a la libertad de comercio, a la privacidad y los derechos de las personas con discapacidad, así como los principios de certeza jurídica, legalidad penal, tipicidad, taxatividad y lesividad en esa materia.

2. Respecto de la porción normativa “o parcial” contenida en el delito establecido en el artículo 424 Bis, fracción III del Código Penal Federal

El artículo 424 bis, fracción III del Código Penal Federal que se combate establece lo siguiente:

Artículo 424 bis.- Se impondrá prisión de tres a diez años y de dos mil a veinte mil días multa:

III. A quien grabe, transmita o realice una copia total o **parcial** de una obra cinematográfica protegida, exhibida en una sala de cine o lugares que hagan sus veces, sin la autorización del titular del derecho de autor o derechos conexos.

Lo conducta delictiva descrita en este artículo, conocida como “*camcording*”, se encuentra definida de manera excesivamente amplia, en específico al criminalizar la grabación, transmisión o copia de una obra cinematográfica exhibida en una sala de cine o lugares similares, incluso cuando dicha grabación, transmisión o copia sea parcial o incidental y no afecte la explotación normal de la obra cinematográfica.

Es el caso frecuente de la grabación de fragmentos limitados y su comunicación mediante servicios de comunicación pública masiva, también conocidos como “redes sociales” o la grabación y transmisión de videos que documentan las reacciones del público dentro de una sala de cine respecto de escenas específicas¹²⁵.

De esta forma, el artículo 424 bis, fracción III sanciona de manera sobreinclusiva y severa, con hasta 10 años de prisión, ejercicios del derecho a la libertad de expresión triviales para la consecución del fin legítimo perseguido, a saber, la protección de los derechos patrimoniales de los titulares de derechos de autor.

Se afirma lo anterior en tanto la sola grabación o transmisión o realización de una copia parcial de una obra cinematográfica sin la autorización del titular de derechos de autor o derechos conexos no necesariamente implica la generación de un daño a dichos titulares en tanto, como se demuestra con los ejemplos invocados en párrafos precedentes, dichas conductas no sustituyen ni afectan la explotación normal de la obra, como si es dable reconocer respecto de la grabación, transmisión o realización de una copia total de la obra cinematográfica.

¹²⁵ **Advertencia: Los siguientes enlaces incluyen la revelación de detalles de la trama de obras de ficción, que pueden reducir o afectar el interés de quien aún no los conoce.**

Ver Youtube. *Reacción México - Avengers...Assemble*. 29 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=wXPwQVUc1UA>; *"I am your Father" - Cinema Reaction* (1980). 3 de enero de 2010. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=eZCo_hZLyh0; Audience reaction - Harry Potter and Voldemort's final fight. 10 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=GbMswJ51MBE>

En este sentido, es claro que la norma combatida no constituye una restricción idónea, necesaria o proporcional e incumplen el principio de proporcionalidad en materia penal¹²⁶ y que la misma genera un efecto inhibitorio, efecto de desaliento o “*chilling effect*” para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, por tanto, debe reconocerse la inconstitucionalidad de la porción normativa “o parcial” contenida en el artículo 424 Bis, fracción III del Código Penal Federal.

3. Respeto del artículo 427 Bis del CPF

El artículo 427 Bis del Código Penal Federal establece el siguiente delito:

Artículo 427 Bis.- A quien, a sabiendas y con fines de lucro eluda sin autorización cualquier medida tecnológica de protección efectiva que utilicen los productores de fonogramas, artistas, intérpretes o ejecutantes, así como autores de cualquier obra protegida por derechos de autor o derechos conexos, será sancionado con una pena de prisión de seis meses a seis años y de quinientos a mil días multa.

De esta forma, el artículo impugnado establece los siguientes elementos del tipo penal:

1. La elusión de Medidas Tecnológicas de Protección (MTP);
2. El elemento subjetivo: Con conocimiento de ello, derivado de las palabras “a sabiendas”;
3. Elemento subjetivo: Con fines de lucro;
4. Elemento normativo: Sin autorización.

Como ha sido desarrollado con amplitud anteriormente, **la elusión de medidas tecnológicas de protección no se encuentra ligada necesariamente a una infracción a derechos de autor**, por el contrario, existen múltiples usos no infractores de derechos de autor ligados a dichas elusiones, e incluso de un alto interés público, algunas de las cuales, incluso, son reconocidas en el artículo 114 Quáter de la LFDA como legales.

¹²⁶ Ver Tesis aislada, Tesis: 1a. CCXXXVI/2011 (9a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Noviembre de 2011, Libro 2, Tomo 1, página 209, de rubro: “**SECUESTRO EXPRESS. EL ARTÍCULO 163 BIS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL QUE LO SANCIONA, NO TRASGREDE LA GARANTÍA DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA PENAL (TEST DE PROPORCIONALIDAD EN MATERIA PENAL).**”

a. Sobre el incumplimiento del principio de taxatividad en materia penal derivado de la falta de claridad respecto del elemento de ausencia de autorización

El cuarto elemento del tipo penal contenido en la norma impugnada en el presente apartado relacionado a las palabras “sin autorización” genera confusión e incertidumbre jurídica respecto de quién resulta necesario que otorgue dicha autorización, es decir, si la elusión de MTP debe estar autorizada por el titular de derechos de autor o derechos conexos, el legal propietario o persona autorizada mediante licencia para usar la obra o si la autorización puede derivar de las leyes, por ejemplo el artículo 114 Quáter, el cual reconoce excepciones que permiten la elusión de MTP.

De esta manera, la incertidumbre jurídica derivada de la vaguedad e imprecisión del tipo penal impugnado implica que para las personas resulta imposible prever bajo que condiciones una elusión de una MTP constituye una conducta punible conforme al CPF, si las condiciones que exige coinciden o divergen de lo establecido como infracción administrativa en términos de la LFDA, lo cual claramente, y por ese solo hecho, implica una transgresión al principio de taxatividad en materia penal que genera un efecto inhibitorio para el ejercicio de derechos humanos como la libertad de expresión, el derecho a la participación en la vida cultural y a beneficiarse del progreso científico y tecnológico, la propiedad, la libertad de comercio, entre otros derechos posibilitados por la elusión de MTP.

b. Sobre la inconstitucionalidad de la prohibición de la elusión de MTP permitidas por la LFDA

Como ha sido señalado anteriormente, el artículo 114 Quáter de la LFDA reconoce (aunque deficientemente) algunas excepciones a la regla general de prohibición de la elusión de MTP, las cuales constituyen un ejercicio de derechos como la libertad de expresión, la privacidad, la participación en la vida cultural, a beneficiarse del progreso científico y tecnológico, entre otros derechos, sin embargo, la norma impugnada no reconoce dichas hipótesis, con lo que se criminalizan conductas que se encuentran permitidas por la legislación en materia de derechos de autor.

De esta manera, resulta evidente que la restricción al ejercicio de derechos humanos posibilitado por elusiones a MTP, reconocidas por la propia LFDA como conductas legales, no constituye una restricción que satisfaga los requisitos de necesidad y proporcionalidad y

anula, en la práctica, las mencionadas excepciones reconocidas en la LFDA, en perjuicio, además, del interés público.

c. Sobre la inconstitucionalidad de la prohibición de la elusión de MTP no reconocidas por la LFDA como legales pero que constituyen ejercicios legítimos de derechos humanos.

Aún en la hipótesis de que se interprete que la norma impugnada sí contempla, con claridad y precisión, que las excepciones previstas en el artículo 114 Quáter de la LFDA también excluyen la responsabilidad penal a quienes encuadran en las mismas, subsiste la inconstitucionalidad de la norma combatida en tanto existen múltiples finalidades legítimas para la elusión de MTP, que constituyen ejercicios legítimos de derechos humanos y no generan un daño que justifique su represión mediante sanciones de naturaleza penal.

Como ha sido señalado anteriormente, la elusión de una MTP no implica una infracción a derechos de autor, ni necesariamente lastima los intereses de los titulares de derechos de autor. De hecho, no existe evidencia que permita concluir que las MTP tienen un efecto significativo en la prevención de infracciones a derechos de autor y, por el contrario, existe amplia evidencia de los efectos adversos al interés público y al ejercicio de derechos humanos generados a partir de las prohibiciones legales amplias y vagas respecto de la elusión de dichas MTP.

En este sentido, como ha sido anticipado, constituye el primer y más fundamental vicio de constitucionalidad de la norma impugnada, el hecho de que, a pesar de que el fin legítimo perseguido declarado por el emisor de la norma, a saber, la protección de los derechos de los titulares de derechos de autor frente a potenciales infracciones a los mismos, no requiere un nexo causal necesario entre la elusión de las MTP y la materialización de dichas infracciones.

De esta manera, la prohibición como regla general de la elusión de MTP establecida en el artículo 427 Bis, sin permitir de manera general una elusión para cualquier fin legal sino únicamente permitirla en limitadas circunstancias, y sin requerir que la elusión deba necesariamente estar vinculada a una infracción a derechos de autor, constituye una violación a los derechos a la libertad de expresión, a la cultura y a la ciencia, incluyendo el derecho a beneficiarse del progreso científico y tecnológico y a la propiedad en virtud de

que no constituye una medida de restricción idónea, necesaria o proporcional al ejercicio de esos derechos.

Subsiste lo anterior, incluso ante la existencia de los elementos de conocimiento (“a sabiendas”) o de ausencia de “fines de lucro” en tanto dichos elementos no modifican la legitimidad del ejercicio de derechos humanos, los beneficios al interés público ni representan la materialización de daño alguno al interés que la norma dice perseguir.

En segundo lugar, aún en el caso de que se considere que las excepciones establecidas en el artículo 114 Quáter de la LFDA excluyen la responsabilidad penal por las conductas mencionadas en dichas excepciones, dada la redacción limitada, vaga e imprecisa de las excepciones reconocidas en la LFDA, así como la ausencia de excepciones, tanto en la LFDA como en el CPF, que protejan usos no infractores fundamentales para el ejercicio de derechos humanos y para la satisfacción del interés público, debe concluirse que subsiste la inconstitucionalidad del artículo 427 Bis del CPF impugnado.

Por lo tanto, debe concluirse que resulta claro que el art. 427 Bis del CPF viola los derechos a la libertad de expresión, a la ciencia y la cultura, incluyendo el derecho de acceso a la cultura y a beneficiarse del progreso científico y tecnológico, a la propiedad, así como al principio de legalidad, certeza jurídica, tipicidad, taxatividad y lesividad en materia penal y por ende debe ser declarada su inconstitucionalidad.

En este sentido, por todo lo argumentado, se debe reconocer que el artículo 427 Bis del Código Penal Federal constituye una violación a los artículos 1, 3, fracción V, 4, párrafo quinto y décimo segundo, 6, 7, 14, 16, 27 de la Constitución, 1.1, 2, 8, 13 y 21 de la CADH; 11 y 14 del Protocolo de San Salvador; 14 y 19 del PIDCP; 12 y 15 del PIDESC; y 21, 24 y 30 de la CDPD.

4. Respetto del artículo 427 Ter y 427 Quater del CPF

De manera similar al concepto de invalidez anterior, los artículos 427 Ter y 427 Quáter establecen delitos relacionados con el desarrollo o comunicación de herramientas e información para la elusión de MTP de la siguiente manera:

Artículo 427 Ter.- A quien, con fines de lucro, fabrique, importe, distribuya, rente o de cualquier manera comercialice dispositivos, productos o componentes destinados a eludir una medida tecnológica de protección efectiva que utilicen los productores de fonogramas, artistas, intérpretes o ejecutantes, así como los autores de cualquier obra protegida por el derecho

de autor o derecho conexo, se le impondrá de seis meses a seis años de prisión y de quinientos a mil días multa.

Artículo 427 Quáter.- A quien, con fines de lucro, brinde u ofrezca servicios al público destinados principalmente a eludir una medida tecnológica de protección efectiva que utilicen los productores de fonogramas, artistas, intérpretes o ejecutantes, así como los autores de cualquier obra protegida por derecho de autor o derecho conexo, se le impondrá de seis meses a seis años de prisión y de quinientos a mil días multa.

A diferencia de la norma combatida a la que se hizo referencia en el apartado anterior, la cual prohíbe y sanciona la elusión de MTP, los artículos 427 Ter y 427 Quáter prohíben y sanciona cualquier acto de fabricación, importación, distribución, renta o comercialización de herramientas para la elusión de MTP así como el ofrecimiento o prestación de servicios de elusión de MTP.

Es decir, además de prohibir y sancionar de manera amplia la elusión de MTP, el CPF prohíbe y sanciona diversos actos que permiten a una persona contar con herramientas, información y la disponibilidad de servicios para llevar a cabo dicha elusión.

De igual manera que en el caso del artículo 427 Bis, los actos que permiten contar con herramientas e información para llevar a cabo elusiones de MTP no se encuentran ligados necesariamente a una infracción a derechos de los titulares de derechos de autor y derechos conexos. por el contrario, incluso con las deficiencias y vicios de constitucionalidad a los que se ha hecho referencia anteriormente, la propia LFDA reconoce que existen circunstancias en las que resulta legítimo llevar a cabo elusiones de MTP, además del resto de circunstancias que inconstitucionalmente prohíben y sanciona administrativa y penalmente pero que resultan necesarias para el ejercicio de derechos humanos y para el interés público. Por ello, se actualiza de igual manera la inconstitucionalidad de los artículos impugnados en el presente apartado.

A pesar de que el artículo 114 Quinquies de la LFDA establece excepciones que potencialmente excluyen, aún de manera insuficiente, la responsabilidad administrativa respecto de las mismas conductas a las que hacen referencia las normas del CPF combatidas, los artículos 427 Ter y 427 Quater del CPF no admiten excepción alguna.

Es decir, la sanción penal resulta aplicable en todos los casos, sin admitir excepción alguna, inclusive en aquéllos casos en los que existe una excepción reconocida en los artículos 114 Quáter y 114 Quinquies de la LFDA que autorizan la elusión de MTP y el desarrollo y comunicación de herramientas e información para llevar a cabo una elusión de MTP.

Como ejemplo de la irrazonabilidad e inconstitucionalidad de las normas impugnadas, debe observarse que el resultado de las mismas implica que a pesar de que la elusión de MTP que se pretenda hacer se encuentre cubierta por alguna excepción establecida en el artículo 114 Quáter de la LFDA y que la herramienta, servicio o información para la elusión de la MTP haya sido desarrollada, prestado o comunicada dentro de las excepciones que reconoce el artículo 114 Quinquies de la LFDA, la misma seguirá siendo una conducta delictiva si el desarrollo o comunicación de la herramienta o información para la elusión de MTP o la prestación directa del servicio de elusión se hace con fines de lucro.

En este sentido, es claro que la criminalización absoluta y sin excepciones establecida en los artículos 427 Ter y 427 Quáter del Código Penal Federal viola abierta y frontalmente los derechos a la libertad de expresión, a la privacidad, a la propiedad, a beneficiarse de la cultura y el progreso científico y tecnológico, a la libertad de comercio, a un medio ambiente sano, así como a los principios de seguridad jurídica, legalidad en materia penal, tipicidad, taxatividad y lesividad, reconocidos en los artículos 1, 3, fracción V, 4, párrafo quinto y décimo segundo, 5, 6, 7, 14 y 16 de la Constitución; 1.1, 2, 8, 11, 13, 21 de la CADH; 11 y 14 del Protocolo de San Salvador; 14, 17 y 19 del PIDCP; 12 y 15 del PIDESC; y 21, 24 y 30 de la CDPD.

Adicionalmente, de igual manera que en el caso del artículo 427 Bis, se actualizan los vicios de inconstitucionalidad derivados de la incertidumbre jurídica que la deficiente redacción de las excepciones contenidas en la LFDA, produciendo un efecto inhibitor de actividades legítimas y necesarias para el ejercicio de derechos humanos y la protección del interés público. Lo mismo resulta aplicable respecto de las diversas actividades de elusión en legítimo ejercicio de los derechos humanos que no cuentan con excepciones reconocidas ni en el artículo 114 Quáter ni en el artículo 115 Quinquies. En este sentido, los argumentos vertidos a estos mismos efectos anteriormente deben tenerse por aquí reproducidos, *mutatis mutandis*, como si a la letra se insertasen y en el mismo sentido debe considerarse que se actualiza la inconstitucionalidad de los artículos 427 Ter y 427 Quáter del CPF.

Las prohibiciones y sanciones amplias respecto de los actos que permiten a las personas desarrollar o publicar herramientas e información para la elusión de MTP, así como ofrecer servicios de elusión para finalidades lícitas, en ejercicio del derecho a la libertad de comercio, aún cuando esos actos no se encuentren vinculados a una infracción a derechos de autor, constituyen una violación grave del derecho a la libertad de expresión y al derecho

a la ciencia y la cultura, los cuales incluyen el derecho a desarrollar código¹²⁷ y tecnologías que tienen múltiples usos legítimos, en sí mismos, como parte de la curiosidad e ingenio del ser humano, pero también en sus aplicaciones.

De esta manera, es claro que las restricciones impuestas a la fabricación, importación, distribución, renta o comercialización de herramientas para la elusión de MTP así como el ofrecimiento o prestación de servicios de elusión de MTP, con fines de lucro, aún cuando dichas elusiones sean para finalidades legítimas, lícitas conforme a la LFDA, fundamentales para el interés público y para el ejercicio de derechos humanos, constituyen restricciones que incumplen los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

En este sentido, es claro que la criminalización absoluta y sin excepciones establecida en los artículos 427 Ter y 427 Quáter del Código Penal Federal viola abierta y frontalmente los derechos a la libertad de expresión, a la privacidad, a la propiedad, a beneficiarse de la cultura y el progreso científico y tecnológico, a la libertad de comercio, así como a los principios de seguridad jurídica, legalidad en materia penal, tipicidad, taxatividad y lesividad, reconocidos en los artículos 1, 3, fracción V, 4, párrafo quinto y décimo segundo, 5, 6, 7, 14, 16 y 22 de la Constitución; 1.1, 2, 8, 11, 13, 21 de la CADH; 11 y 14 del Protocolo de San Salvador; 14, 17 y 19 del PIDCP; 12 y 15 del PIDESC; y 21, 24 y 30 de la CDPD.

OCTAVO. SOBRE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL ARTÍCULO 20.89 DEL TRATADO ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y CANADÁ (TMEC) Y EL PRINCIPIO DE INALTERABILIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CELEBRACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 15 DE LA CONSTITUCIÓN.

Finalmente, resulta pertinente advertir que las obligaciones derivadas de los artículos 20.89, 20.67 y 20.68 del TMEC no constituyen obstáculo para que esta H. SCJN determine la inconstitucionalidad de las normas combatidas.

Si bien, los artículos 20.89, 20.67 y 20.68 del TMEC establecen diversas obligaciones a ser implementadas por las partes contratantes —entre ellas el Estado Mexicano— que guardan relación con las normas combatidas, el TMEC otorga a México un margen de apreciación para la implementación de las obligaciones establecidas en dicho tratado comercial que le permite realizar dicha implementación de manera consistente con sus obligaciones de derechos humanos.

¹²⁷ Ver *Bernstein v. USDOJ*, 176 f. 3d 1132 (9th cir. 1999). Disponible en: https://epic.org/crypto/export_controls/bernstein_decision_9_cir.html

En particular, se hace referencia a la nota al pie número 119 contenida en el artículo 20.89 inciso 3 dentro del Capítulo 20 del TMEC, el cual reconoce que México puede adecuar la implementación de las disposiciones a las que se refiere el artículo 20.89 a las obligaciones constitucionales que posee el Estado Mexicano al señalar que: “Las Partes entienden que una Parte que aún tenga que implementar las obligaciones previstas en los párrafos 3 y 4 lo hará de una manera que sea a la vez efectiva y **de conformidad con las disposiciones constitucionales vigentes de esa Parte.**”.

Igualmente, se hace referencia al artículo 20.67.4 (h) el cual permitía al Congreso de la Unión ampliar las excepciones a la prohibición de la elusión de MTP. De igual manera se destacan las notas al pie 69 y 71, las cuales ofrecen a México posibilidades para implementar diversas disposiciones de maneras menos restrictivas.

No obstante lo anterior, en cualquier caso, el artículo 15 constitucional establece que no se encuentra autorizada la celebración de tratados “en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”. Por lo que, en todo caso esta H. SCJN tendría que llevar a cabo un análisis de regularidad constitucional de las normas relevantes del TMEC, aunque, se reitera, no se considera que sea necesario.

IV. PETITORIO

Por lo anteriormente expuesto, a esta H. Suprema Corte de Justicia de la Nación le solicito:

PRIMERO.- Tener por presentado el presente escrito en calidad de *amicus curiae*.

SEGUNDO.- En su oportunidad, emita resolución en el presente asunto tomando en cuenta las consideraciones vertidas en el presente escrito en calidad de *amicus curiae* y declare la inconstitucionalidad de las disposiciones normativas que se detallan en el ANEXO UNO.

PROTESTO LO NECESARIO, en la Ciudad de México, a los once días del mes de enero del año dos mil veinticuatro.

LUIS FERNANDO GARCÍA MUÑOZ
EN REPRESENTACIÓN DE
RED EN DEFENSA DE LOS DERECHOS DIGITALES (R3D)

ANEXO UNO

Disposiciones cuya inconstitucionalidad se considera debe ser declarada

- Las porciones normativas del **artículo 114 Octies de la LFDA** siguientes:
 - **La fracción I, inciso b) en su totalidad.**
 - Las porciones “**sin el consentimiento del titular del derecho de autor o derecho conexo, y**” y “**presunta**” de la fracción II inciso a).
 - **El numeral 1 de la fracción II inciso a).**
 - **El último párrafo de la fracción II inciso a).**
 - **Los incisos b), d) y e) de la fracción II en su totalidad.**
 - **De la fracción III las siguientes porciones:**

“III. El aviso a que se refiere el inciso a), numeral 1, de la fracción anterior, deberá presentarse a través de los formularios y sistemas conforme lo señale el reglamento de la Ley, en los cuales se establecerá la información suficiente para identificar y localizar el material o contenido infractor.

Dicho aviso contendrá como mínimo:

- 1. Señalar nombre del titular o representante legal y medio de contacto para recibir notificaciones;**
- 2. Identificar el contenido de la infracción reclamada;**
- 3. Manifestar el interés o derecho con respecto a los derechos de autor, y**
- 4. Especificar los datos de la ubicación electrónica a la que se refiere la infracción reclamada.”**

La palabra “probable” en el segundo párrafo.

El último párrafo en su totalidad.

- **El artículo 232 Quinquies, fracciones II y III de la LFDA en su totalidad.**
- **Los artículos 114 Quater, Quinquies, 232 Bis y 232 Ter de la LFDA en su totalidad.**

- **El artículo 424 Bis, fracción II; la frase “o parcial” en el artículo 424 Bis, fracción III; el artículo 427 Bis; el artículo 427 Ter: y el artículo 427 Quáter del Código Penal Federal.**