

Hacia una Internet libre de censura III:
estándares, contextos y aprendizajes
en el Sistema Interamericano

Hacia una Internet libre de censura III estándares, contextos y aprendizajes en el Sistema Interamericano

Agustina Del Campo

COMPILADORA

Facultad de Derecho

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



Hacia una Internet libre de censura III : estándares, contextos y aprendizajes en el sistema interamericano / Agustina Del Campo... [et al.]; compilado por Agustina Del Campo. - 1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Universidad de Palermo - UP, 2019. 112 p. ; 17 x 24 cm. - (Hacia una Internet libre de censura)

ISBN 978-950-9887-41-1

1. Internet. 2. Derecho a la Libertad de Expresión. 3. Sistema Interamericano de Derechos Humanos. I. Del Campo, Agustina, comp.
CDD 341

Compiladora:
Agustina Del Campo

Universidad de Palermo
Rector
Ing. Ricardo H. Popovsky

Diseño general:
Departamento de Diseño
de la Universidad de Palermo

Facultad de Derecho
Decano
Dr. Leandro Vergara

Corrección:
Carla Ortiz Rocha

Centro de Estudios en Libertad de Expresión
y Acceso a la Información (CELE)
Directora
Agustina Del Campo

Editado por la Universidad
de Palermo, mayo de 2019,
Buenos Aires, Argentina

Mario Bravo 1050
(C1175ABW) Ciudad de Buenos Aires
Argentina
Tel.: (54 11) 5199-4500 | cele@palermo.edu |
www.palermo.edu/cele

© 2019 Fundación Universidad
de Palermo

ISBN 978-950-9887-41-1

Mayo de 2019



Hecho el depósito que marca la
ley 11.723

Cantidad de ejemplares: 200

Impresión: MPA
Luis Sáenz Peña 647 (1110)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Licencia Creative Commons 4.0. Los artículos de este libro se distribuyen bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional. Pueden ser compartidos y adaptados mientras no se haga un uso comercial del material, bajo la condición de reconocer a los autores y autoras y mantener esta licencia para las obras derivadas.

Impreso en la Argentina / Printed
in Argentina

Este libro fue realizado en el marco de un proyecto auspiciado por la **Fundación Panamericana para el Desarrollo.**

Índice

- 7 Prólogo
Agustina Del Campo
- 9 Presentación
Catalina Botero Marino
- 15 Desafíos y oportunidades para el desarrollo de nuevos estándares de libertad de expresión en internet: el Sistema Interamericano
Agustina Del Campo
- 37 Reflexiones sobre libertad de expresión, jurisprudencia de la Corte Interamericana y el desafío de internet
Alejandra Gonza
- 59 Dieciocho años de la Declaración de Principios de la Libertad de Expresión: ¿cuál es su futuro frente a lo que hemos aprendido?
Issa Luna Pla
- 77 Respuestas frente a las distopías de la comunicación pública contemporánea: la improbable apuesta por la autorregulación corporativa y la alfabetización digital
Silvio Waisbord

101 Libertad de expresión, internet y principios
fundamentales

Roberto Saba

Prólogo

Agustina Del Campo

En los últimos años y a la luz de los rápidos y significativos desarrollos en materia tecnológica, hemos sido testigos de la emergencia de nuevos fenómenos que desafían y actualizan el debate en el reconocimiento de la libertad de expresión. Se han reabierto debates en torno al poder de los monopolios en la circulación del discurso, la desinformación y la falsedad de las noticias, el derecho a la privacidad y la protección de datos personales, el anonimato, la censura previa, la regulación del discurso de odio, las responsabilidades del sector privado, por mencionar solo algunos de los temas que actualmente son noticia en nuestra región y el mundo. Frente a este escenario, podría preguntarse cual es la relevancia y vigencia de los estándares en materia de libertad de expresión actuales y cómo difieren los desafíos de la era digital con aquellos que definieron los documentos clave del marco interamericano.

La Opinión Consultiva No. 5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es quizás el documento de mayor relevancia y puntapié inicial para el trabajo sobre libertad de expresión en la región. La Opinión Consultiva surgió como una guía para entender el rol clave de la libertad de expresión y el papel fundamental que juegan medios de comunicación y el periodismo, y aportó al marco jurídico interamericano la primera interpretación detallada del Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece las condiciones para que una restricción a la libertad de expresión o a la actividad de los medios de comunicación sea legítima y compatible con la Convención. En la Opinión Consultiva la Corte destaca el rol del periodismo y que la regulación de los medios de comunicación tiene que construirse bajo unas condiciones de funcionamiento que sean adecuadas a la libertad de expresión, precisamente por ser vehículos o medios para el ejercicio de esa libertad fundamental.

Quince años después de la Opinión Consultiva, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, aprobada por Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2000, vino a resumir en trece principios los estándares y avances jurisprudenciales y doctrinarios a nivel regional y comparado. La Declaración es un documento fundamental para la interpretación del Artículo 13 de la Convención Americana, referencia ineludible para la promoción y salvaguarda de la libertad de expresión y resultado de un proceso de construcción que lejos de imponerse de arriba hacia abajo fue efecto del camino recorrido por una multiplicidad de actores en el continente. La

Declaración de Principios de Libertad de Expresión es amplia en su contenido y rica en la interpretación y sistematización de estándares regionales en esta materia. Conjuntamente, la OC 5/85, la Declaración de Principios de 2000 y la Convención Americana, conforman un marco de protección amplio y generoso para el ejercicio de la libertad de expresión en el continente.

Los instrumentos que actualmente comprenden los principales estándares en materia de libertad de expresión en la región fueron producto de una época y un momento histórico determinado. En la actualidad, y en el marco del debate sobre libertad de expresión en la era digital, se ha argumentado que la OC -5/85 tiene la misma relevancia que hace 30 años al mismo tiempo que se ha sostenido que los estándares allí contenidos podrían plantear un marco demasiado inflexible frente a los desarrollos tecnológicos y eventualmente ir detrimento de la libertad que originalmente quisieron proteger.

Ahora bien, ¿es este marco de referencia adecuado y suficiente para responder a los desafíos que emergen del ámbito digital? El debate en torno a la necesidad de evaluar críticamente los estándares existentes y re-evaluar la existencia de lagunas o vacíos legales en el espacio interamericano comenzó a rondar en algunos espacios del continente. Durante 2017 surgieron tímidamente voces que identificaron la necesidad de nuevos estándares interamericanos a la luz de los desarrollos de Internet y también surgieron algunas propuestas para abordarlos. Este documento se propone contribuir a esta conversación revisando el marco de referencia en el sistema interamericano a la luz de estas nuevas problemáticas, evaluar la vigencia y relevancia de los estándares, constatar su amplitud y riqueza, y verificar si existen nuevos vacíos que convendría abordar.

Con estas preguntas disparadoras, esta nueva publicación del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) reúne las respuestas de académicas y académicos de la región que desde distintas perspectivas consideran críticamente la contribución de los documentos y estándares desarrollados hasta el momento y cuál es la proyección y relevancia de los mismos de cara al futuro en distintas disciplinas, incluyendo el acceso a la información, el periodismo de investigación, el constitucionalismo o el derecho penal.

Esta publicación fue realizada gracias al apoyo de la Fundación Panamericana para el Desarrollo en el marco de un proyecto conjunto con el CELE (2018-2019). Agradecemos a las y los autores que contribuyeron artículos para esta edición y especialmente al equipo del CELE que trabajó en ello. Especial reconocimiento merece Natalia Torres, investigadora del CELE y coordinadora de este proyecto.

Presentación

Catalina Botero Marino

El desarrollo y uso convergente de las distintas tecnologías está transformando de manera radical el mundo que conocemos. Los factores de producción, el acceso y el mantenimiento del poder, las formas de comunicación pública y privada están sometidos a dramáticos procesos de cambio cuyas verdaderas dimensiones apenas alcanzamos a intuir. Según Klaus Schwab, en su escala y complejidad, la transformación impulsada por lo que se ha denominado la “cuarta revolución industrial” será distinta a todo lo que la humanidad ha atestiguado hasta ahora.

En particular, en cuanto se refiere a los procesos de comunicación, la vertiginosa evolución tecnológica no puede ser descrita como una simple innovación. Se trata de un cambio de paradigma. Estamos frente a un nuevo modelo de comunicación que sustituye los principios sobre los cuales operaba la comunicación pública hasta ahora y que funciona con prácticas que eran impensables hasta hace un par de décadas. En efecto, de un modelo de comunicación pública jerarquizado, cerrado, centralizado y localizado, se pasa a un modelo que, al menos en teoría, es interactivo, abierto, descentralizado, global y convergente. El usuario final de internet es, al mismo tiempo, creador, promotor y destinatario de contenidos de todo tipo (voz, sonido, imágenes o texto), que se difunde globalmente de manera casi instantánea, en los más diversos formatos y plataformas, con vocación de permanencia. En los países con democracias más o menos abiertas, basta tener acceso a una computadora personal o a un teléfono inteligente para poder participar activamente en la red global de información.

Ciertamente, como lo señala Silvio Waisbord en el artículo que escribió para este volumen, más de la mitad de la población mundial no tiene acceso regular a internet y una parte importante tiene conexión de baja calidad. Sin embargo, pese a estos serios problemas de accesibilidad, las nuevas formas

de comunicación han democratizado el conocimiento y la conversación pública como nunca antes en la historia humana, pero no solo eso. Esta nueva manera de comunicar ha servido para que las personas se organicen, se reúnan y se asocien para generar efectivas movilizaciones sociales o eficaces formas de acción colectiva. Las redes sociales han fortalecido el control a los abusos del poder y las nuevas tecnologías de la comunicación han servido de manera decisiva a la innovación y a la creación de conocimiento.

Sin embargo, los desafíos no son menos destacables que los aciertos. Como lo ponen de presente tanto Silvio Waisbord como Roberto Saba en sus respectivos textos, es urgente estar atentos a la cara distópica del nuevo modelo. El ejercicio de la libertad de expresión en internet no solo afronta los riesgos habituales que enfrenta este derecho, como la violencia o el uso del derecho penal para silenciar las expresiones disidentes. El nuevo y complejo ecosistema de información apareja nuevas amenazas como, por ejemplo, formas masivas de vigilancia y espionaje inéditas hasta ahora; intromisiones asfixiantes en la privacidad; extraordinaria concentración –y, por consiguiente, posibilidad de moderación– de flujos informativos por pocos actores; y eficaces, sofisticadas y opacas formas de censura o de manipulación.

En particular, uno de los fenómenos de mayor preocupación en los más recientes procesos electorales ha sido la manipulación política a raíz de la circulación de información deliberadamente falsa, creada y puesta en circulación con el propósito de engañar al público o a una parte de él. Si la función fundamental de la libertad de expresión es el autogobierno individual y colectivo, el impacto de los fenómenos de desinformación en internet no debe ser minimizado. Roberto Saba resume bien los dos factores de riesgo que, según Cass Sunstein, amenazan una verdadera deliberación a través de internet: la homofilia y los filtros. La homofilia es la tendencia a buscar y difundir la información que refleja nuestras propias creencias o deseos. Los filtros, a su turno, limitan la información a la que accedemos y terminan creando nichos o cámaras de eco que nos impiden poner a prueba nuestras propias creencias o ampliar nuestros horizontes culturales y de reflexión. No es difícil que en este contexto aumente la intolerancia y se premie a quien propone un pensamiento radical e irreflexivo. No es solo que un sector de la población sea engañado. Lo más grave es que parecería que no le importa el engaño siempre que refleje sus convicciones.

La pregunta genérica que se formula en este volumen es si la protección de la libertad de expresión en el nuevo modelo comunicativo –en su doble dimensión individual y colectiva– exige nuevas reglas de gobernanza, o si los principios y las reglas existentes y diseñados para un mundo *offline* son

suficientes para proteger este derecho cuando se ejerce *online*. En particular, algunos de los autores se preguntan qué tan útiles han sido los principios establecidos por el sistema interamericano de protección de derechos humanos para proteger el derecho a la libertad de expresión y si se debería reformular la Declaración de Principios de Libertad de Expresión aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el año 2000, para actualizarla de conformidad con los nuevos desafíos.

Issa Luna Plaa, en su artículo, comienza por preguntarse por el impacto y la relevancia de la Declaración en la jurisprudencia interamericana en materia de libertad de expresión. La autora es clara al indicar que el objeto de su análisis es el impacto que ha tenido la Declaración en las decisiones de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH) y no en el derecho comparado. Luego de una lectura de la jurisprudencia, la autora encuentra que la Comisión Interamericana y la Corte solo se han referido a la Declaración en muy excepcionales oportunidades. Tiene razón. La Corte IDH no suele citar la Declaración básicamente porque la Corte no suele hacer referencia explícita a la *soft law* originada en los órganos extraconvencionales del sistema interamericano. Sería interesante una investigación que permita ofrecer las explicaciones de esta actitud, pero el hallazgo de la autora es cierto. Y por esta misma razón, la CIDH no suele citar expresamente a la Declaración en las demandas ante la Corte. Es una cuestión de estrategia.

Ahora bien, de ese hallazgo ¿puede derivarse la inutilidad de este tipo de declaraciones en las que la propia Comisión Interamericana sistematiza los principios que habrán de guiar la interpretación de las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos? No lo creo. Y tampoco creo que esta conclusión se derive del artículo de Plaa, pues –como ya mencioné– la propia autora señala que limitará su estudio, exclusivamente, al uso explícito de la Declaración en los casos resueltos por la CIDH y la Corte IDH.

En mi criterio, la Declaración ha tenido dos funciones fundamentales: mantener la cohesión de la Comisión Interamericana en torno a los principios que consagra y servir como instrumento de litigio estratégico en los distintos países de la región. No tengo el espacio para explicar las dos afirmaciones que acabo de formular y por ello me limito a exponer sumariamente dos argumentos a su favor. De una parte, a diferencia de las dificultades metodológicas de la jurisprudencia de la Corte –que Alejandra Gonza en su artículo pone de presente–, la CIDH ha sido consistente en la interpretación del artículo 13 de la Convención. Desde la aprobación de la Declaración hasta hoy, han pasado literalmente decenas de comisionados y comisiona-

das y no todos han sido sensibles a la defensa de la libertad de expresión, al menos no en los términos de la Declaración. Sin embargo, en todos los casos decididos por la CIDH, en las medidas cautelares y en los distintos informes y los comunicados de prensa, la Comisión Interamericana ha sido reiterativa en seguir explícita o implícitamente los principios consagrados en la Declaración. Esta consistencia se debe fundamentalmente al respeto de la Comisión Interamericana por sus propias decisiones, entre ellas –de manera particularmente destacada– la citada Declaración de Principios de Libertad de Expresión. En cuanto al uso de la Declaración como instrumento de litigio interno, basta mencionar que tanto dicha Declaración como los informes de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión aprobados por la CIDH, que la desarrollan o explican, han sido citados, expresamente en sentencias de los más altos tribunales constitucionales de países como Colombia, Brasil o México.

En suma, coincido con la autora en que la Declaración de Principios de Libertad de Expresión es un documento pobremente citado en los casos presentados ante la Corte IDH y en las sentencias de esta corporación. Probablemente esto ayudaría a explicar las inconsistencias metodológicas de la Corte que son cuidadosamente demostradas por Gonza en su artículo. Sin embargo, esto no desacredita la importancia de una declaración de principios para guiar la interpretación de derechos que se encuentran formulados en cláusulas de textura abierta como las que consagra la Convención Americana y, en particular, el artículo 13 de la citada Convención.

No encuentro, por consiguiente, que una declaración de principios de libertad de expresión en internet resulte inocua. La pregunta es si es necesaria y si es pertinente. ¿Es necesario hacer una nueva declaración de principios para actualizar la actual Declaración a los desafíos de internet? ¿Son suficientes los principios existentes? Y, de no serlo ¿es una nueva declaración el instrumento adecuado para actualizarlos?

En su artículo, Silvio Waisbord explica las razones por las cuales considera que el nuevo ecosistema de comunicación pública necesita ser pensado con instrumentos distintos que sirvan para resolver adecuadamente los novedosos desafíos que plantea. El argumento central del artículo es que “los parámetros tradicionales de la regulación de la prensa y la expresión son insuficientes para entender los problemas con ecologías informativas con mayores opciones y nuevos actores y estructuras”. Para Waisbord, los modelos regulatorios fueron pensados en un mundo de opciones limitadas y no en el actual sistema –abierto y desordenado– en el cual surgen, cuando menos, dos fenómenos que se escapan a dicha regulación: 1) el desplaza-

miento –al menos parcial– de los medios tradicionales y el surgimiento de nuevos intermediarios de la expresión pública (los “medios sociales” y los “gigantes de internet”); y 2) la proliferación de plataformas que permiten la expresión individual y colectiva sin sistemas de autorregulación (curación corporativa de contenidos) ni regulación institucional. Cómo hacer frente a estos fenómenos para defender genuinamente el derecho a la libertad de expresión y la deliberación como bien público esencial en una democracia es el tema del artículo de Waisbord. La agudeza de su análisis, en contravía de los discursos que minimizan los riesgos existentes, muestra que enfrentamos desafíos serios y graves que no pueden simplemente dejarse a un lado.

Sin embargo, la última pregunta se refiere a la forma de afrontar esos desafíos y si es una declaración de principios de libertad de expresión en internet la mejor manera cómo el sistema interamericano puede hacerles frente. La respuesta de Roberto Saba a esta pregunta es clara y convincente: no parece apropiado intentar “codificar” principios para desafíos que aún no terminamos de entender. Es cierto, como lo menciona Saba, que la naturaleza y la función del derecho a la libertad de expresión no varía por la existencia de internet. Ni la manera de entender la libertad de expresión ni las viejas amenazas a este derecho parecen desaparecer en los nuevos modelos de comunicación. En ese sentido, los remedios tradicionales siguen siendo importantes. Pero el ejercicio de la libertad de expresión a través de internet también plantea nuevos y serios problemas que pueden incluso llegar a comprometer las condiciones de posibilidad de una genuina deliberación pública. Para afrontarlos, resulta más adecuado ir construyendo una “masa crítica” de decisiones nacionales e internacionales que nos permita “pisar sobre seguro” antes de revisar la Declaración original e introducirle cambios y nuevas reglas. Coincido con el autor cuando afirma que intentar una nueva declaración en el actual contexto de incertidumbre sobre las reglas más adecuadas para la gobernanza de internet puede conducir a la expedición de un documento banal –en el sentido de que este no sea más que una repetición de los viejos principios– o inconsistente –que, por ejemplo, pese a buscar proteger internet, termine comprometiendo su arquitectura–.

El camino es pensar los nuevos problemas a la luz de los viejos y nuevos principios, promover la resolución de casos que nos permitan allanar el camino para encontrar las mejores orientaciones y ampliar la conversación sobre la gobernanza de internet a todos los actores interesados. Este libro es un aporte fundamental a esa conversación.

Desafíos y oportunidades para el desarrollo de nuevos estándares de libertad de expresión en internet: el Sistema Interamericano

Agustina Del Campo

I. Introducción

En los últimos veinte años hemos visto avances sustantivos en el fortalecimiento del derecho a la libertad de expresión en el continente y en la consolidación de las democracias en la región. Cuando en 1997 se creó la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE), existían leyes y prácticas de censura directa, la ley penal protegía a funcionarios y funcionarias públicas de la crítica, la deshonra y la difamación, no se reconocía el derecho de acceso a la información, ni existía una conciencia social en torno a las implicancias del asesinato de periodistas. Actualmente, en las Américas, al menos 23 países tienen leyes de acceso a la información pública, muchos de ellos han derogado sus leyes de desacato, y otros tantos han despenalizado las calumnias e injurias –particularmente cuando la expresión se refiere a asuntos de interés público o funcionarios públicos–.¹ Además, respondiendo a las recomendaciones de la RELE, algunos países de la región particularmente afectados por el fenómeno de la violencia contra periodistas, adoptaron protocolos para su protección e incluso desarrollaron fiscalías especializadas para investigar estos crímenes.²

A pesar de estos avances,³ en los últimos años la libertad de expresión ha

¹ RELE, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF, 2/09, 30 diciembre, 2009, disponible en: <https://bit.ly/1on89fG>, último acceso: 12 de febrero de 2019.

² Son los casos de Guatemala, México y Colombia, por ejemplo.

³ A nivel global, el documento de la UNESCO sobre tendencias globales en libertad de expresión y medios de comunicación (2014) relevaba tendencias similares, reconociendo un crecimiento en el acceso a la información y en los procesos de despenalización de

sufrido importantes embates a nivel global y regional. Freedom House, en 2017, por ejemplo, reportaba que el derecho estaba en su punto más bajo en trece años⁴ debido principalmente a las amenazas contra periodistas y medios de prensa en democracia, y la presión sobre los medios de comunicación en regímenes autoritarios.⁵ En las Américas, de acuerdo a los últimos informes de la propia RELE, la coyuntura actual está marcada por problemáticas vinculadas a la impunidad, la polarización social y política, y la desigualdad. A los países latinoamericanos que ya sufrían niveles altos de polarización, se sumó recientemente Estados Unidos, donde se están verificando fuertes debates en torno a los límites de la expresión ofensiva, el derecho a manifestarse, la libertad de expresión en universidades e, incluso, aparecen fuertes presiones desde el poder ejecutivo frente a la prensa crítica.⁶

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) y su Relatoría para la Libertad de Expresión han desempeñado, a lo largo de estos años, un rol de relevancia en la promoción y el desarrollo del derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información a nivel local y regional. Este documento pretende describir la agenda desarrollada por el Sistema Interamericano a lo largo de los años e identificar oportunidades y desafíos en algunos de los principales ejes de trabajo vinculados a este derecho. Además, y en directa relación con la temática que nos cita en esta publicación, este trabajo describe distintos instrumentos a través de los cuales el SIDH ha desarrollado sus estándares y su trabajo en esta materia. El documento concluye con algunas propuestas concretas a fin de alimentar el debate en torno al futuro de la agenda regional de libertad de expresión en la era digital.

la difamación, pero alertando sobre los problemas en la implementación de estas leyes y estándares y la creciente necesidad de seguimiento en la implementación. UNESCO, “Tendencias mundiales en libertad de expresión y desarrollo de los medios”, 2014, disponible en: <https://bit.ly/2U7hr6K>, último acceso: 12 de febrero de 2019.

⁴ Freedom House, “Freedom of the Press Report”, 2017, disponible en: <https://bit.ly/2ptfNvD>, último acceso: 12 de febrero de 2019.

⁵ *Ibid.* Reporteros sin Fronteras en su informe de 2017 destacaba la “erosión generalizada de las condiciones para ejercer el periodismo en el mundo” y “el clima de hostilidad contra los medios impulsado por Donald Trump y [cómo] las legislaciones restrictivas en Europa erosionan la libertad de prensa en las democracias occidentales” como algunas de las principales conclusiones. Reporteros sin Fronteras, “Informe anual 2017. Reporteros Sin Fronteras constata una erosión generalizada de las condiciones para ejercer el periodismo en el mundo”, 1º de febrero, 2018, disponible en: <https://bit.ly/2CNOH8y>, último acceso: 12 de febrero de 2019.

⁶ Para leer más, entre otros, Freedom House, “Freedom of the Press Report”, *op. cit.*

II. Algo de historia: desarrollo de la agenda del Sistema Interamericano en libertad de expresión

La agenda del Sistema Interamericano en materia de libertad de expresión y acceso a la información fue construida a partir del análisis de las peticiones individuales presentadas por las víctimas, las audiencias temáticas recibidas y las visitas *in loco* realizadas por las Relatoras y los Relatores Especiales y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). La agenda comparada, la coyuntura política y el financiamiento –además de los intereses de quienes han ocupado el cargo de Relator/a– han sido y son los motores fundamentales detrás de los casos resueltos por el Sistema, sus estándares y sus prácticas. Los avances en la materia se manifiestan en diferentes herramientas e instrumentos: sentencias y recomendaciones producto del análisis de casos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión o CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), opiniones consultivas, la Declaración de Principios de 2000, informes anuales y temáticos de la RELE, declaraciones conjuntas de las relatorías especiales en las regiones y las Naciones Unidas.⁷

La protección regional del derecho a la libertad de expresión es rica y amplia. Uno de los primeros y más importantes hitos en la materia fue la Opinión Consultiva 5/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas, solicitada por el Estado de Costa Rica después de haber litigado un caso sobre el tema ante la CIDH.⁸ En el ámbito de la Comisión, uno de los primeros y más importantes hitos fue el informe de 1994 sobre la compatibilidad del desacato con la Convención Americana (CADH), producto de una solución amistosa en un caso llevado adelante contra el Estado Argentino.⁹ Y posteriormente la adopción de la Declaración de Principios de 2000, que resume los estándares interamericanos desarrollados hasta ese momento.

Desde la perspectiva del litigio, el listado de casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos muestra un claro desarrollo y fortalecimiento progresivo del derecho regional. El primer caso contencioso en llegar a la Corte IDH fue el caso de “La Última Tentación de Cristo” (Chile), que versa sobre censura previa y data de 2001.¹⁰ De ahí en adelante, los casos se

⁷ Ver, <https://bit.ly/1jJuZXG>, último acceso: 12 de febrero de 2019.

⁸ Corte IDH, OC5-85, 13 de noviembre de 1985, disponible en: <https://bit.ly/2KIEVAt>, último acceso: 12 de febrero de 2019.

⁹ Ver CIDH, Informe anual 1994.

¹⁰ Corte IDH, caso “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 5 de febrero de 2001.

refirieron a restricciones indirectas (2001)¹¹ y a difamación penal (2004, 2008, 2009, 2011)¹² principalmente. En 2005, la Corte resolvió el primer caso sobre desacato,¹³ y en 2006 el primer caso en materia de acceso a la información pública.¹⁴ En 2009, se decidió el primer caso sobre responsabilidad de funcionarios públicos sobre sus expresiones.¹⁵ Los primeros casos de violencia contra periodistas y trabajadores de medios no llegaron sino hasta 2010¹⁶ y los de privacidad y libertad de expresión recién en 2011.¹⁷ En 2014, la Corte resolvió el primer caso sobre protesta social¹⁸ y en 2015 la Corte se pronunció sobre el uso del poder estatal para regular frecuencias como mecanismo de censura indirecta, y también se refirió a la temática de diversidad y pluralismo

¹¹ Corte IDH, caso “Ivchar Bronstein vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 6 de febrero de 2001. Ver, además, Corte IDH, caso “San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 8 de febrero de 2018.

¹² Corte IDH, caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 2 de julio de 2004; caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 31 de agosto de 2004; caso “Kimel vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 2 de mayo de 2008; caso “Tristan Donoso”, Fondo Reparaciones y Costas, sentencia del 27 de enero de 2009; “Usón Ramírez vs. Venezuela”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 20 de noviembre de 2009, aunque este caso tiene todos los elementos del desacato, la Corte lo analizó como un caso de calumnias e injurias a las fuerzas armadas; Corte IDH, caso “Mémoli vs. Argentina”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 22 de agosto de 2013.

¹³ “Palamara Iribarne vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 22 de noviembre de 2005.

¹⁴ Corte IDH, caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 22 de noviembre de 2006. Caso “Gomes Lund vs. Brasil”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de noviembre de 2010. Caso “I.V. vs. Bolivia”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 30 de noviembre de 2016.

¹⁵ Corte IDH, caso “Ríos y otros vs. Venezuela”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28 de enero de 2009. Y “Perozo y otros vs. Venezuela”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28 de enero de 2009.

¹⁶ “Cepeda Vargas vs. Colombia”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26 de mayo de 2010. Y a este lo siguieron los casos “González Medina y familiares vs. República Dominicana”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 27 de febrero de 2012. “Vélez Restrepo vs. Colombia”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 3 de septiembre de 2012. “Uzcatogui vs. Venezuela”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 3 de septiembre de 2012. Corte IDH, caso “Herzog y otros vs. Brasil”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 15 de marzo de 2018. Corte IDH, caso “Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 13 de marzo de 2018.

¹⁷ Corte IDH, caso “Fontevicchia D’Amico vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de noviembre de 2011.

¹⁸ Corte IDH, caso “Norín Catriman y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de mayo de 2014.

en la radiodifusión.¹⁹ También, en 2015, se pronunció sobre el uso de figuras ambiguas y el poder disciplinario del Estado para silenciar empleados y funcionarios públicos —en este caso, magistrados judiciales opositores al Gobierno de turno—. ²⁰ Más recientemente, la Corte también se refirió casos de libertad de expresión en el ámbito laboral.²¹ La gran mayoría de los casos tanto de la Corte como de la Comisión, con honradas excepciones, se construyen sobre los anteriores, mostrando a través de la jurisprudencia el proceso de maduración del derecho a la libertad de expresión en la región.²²

Casos Contenciosos CORTEIDH por Año y Tema														
TEMAS	2001	2004	2005	2006	2008	2009	2010	2011	2012	2014	2015	2016	2018	Total
Acceso a la información		1		1			1							2
Calumnias e injurias		2			1	1								4
Censura previa	1													1
Deber de garantía						1								1
Desacato			1			1								2
Libertad de expresión de funcionarios públicos											1			1
Privacidad y libertad de expresión								1						1
Protesta social										1				1
Restricción indirecta	1											1		2
Violencia/impunidad						1	1		2				3	7
Persecución/ deber de garantía									1					1
Acceso a la información/ consentimiento informado													1	1
Art. 13.5		1												1
Total	2	3	1	1	1	4	2	1	3	1	2	1	3	25

También ha sido relevante el trabajo desarrollado por la CIDH en materia de litigio, que resolvió un volumen más grande de casos y cuya agenda temá-

¹⁹ Corte IDH, caso “Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 22 de julio de 2015.

²⁰ Corte IDH, caso “López Lone y otros vs. Honduras”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 5 de octubre de 2015.

²¹ Corte IDH, caso “Lagos del Campo vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas, Excepciones Preliminares, sentencia del 31 de agosto de 2017.

²² A diferencia de lo que plantea Gonza en el artículo preparado para esta edición, los casos Mémoli contra Argentina y Usón Ramírez contra Venezuela (Corte IDH) son a mi entender una desviación en la jurisprudencia de la Corte —decisiones equivocadas—, pero que no ponen el resto de sus principios y jurisprudencia en jaque.

tica es, por ende, también más amplia. En líneas generales, la jurisprudencia de ambos organismos está alineada.

Informes Tematicos de la RELE por Año y Tema																					
TEMA	1982	1984	1996	1997	1998	1999	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2013	2014	2015	2016	2017	2018	Total
Acceso a la Informacion						1		1						1							3
Censura			2				1	1									1	1		1	7
Lib. de expresion y lib. Sindical			1											1							2
Lib. De catedra												1									1
Lib. de expresion y funcionarios publicos																1	1				2
Persecucion			1			1			2												4
Privacidad y lib. de expresion														1							1
Protesta social														1	1						2
Restricciones indirectas	1				1											1					3
Violencia/impunidad			1	1	1	2				2	3	1	3	1			1	1			17
Derecho a la verdad					1																1
Colegacion obligatoria		1																			1
Difamacion penal/desacato										2	1			1							4
Difamacion civil											1										1
Total	1	1	5	1	3	4	1	2	2	4	5	2	5	5	1	1	3	2	0	1	49

La agenda de litigio, aun cuando se ha hecho significativamente más rica en los últimos años, no refleja la riqueza de la agenda propia de la RELE. Hasta la fecha persiste una brecha importante entre el nivel de especialización logrado por la RELE en el ámbito de la CIDH y el nivel de especialización y diversidad temática de la jurisprudencia interamericana en esta materia, particularmente de la Corte. Por la coyuntura política, la heterogeneidad de la región y los cambios tecnológicos, en la agenda de la RELE actualmente conviven temas de larga y corta data, problemáticas persistentes como la violencia contra periodistas o concentración de medios, y problemáticas nuevas como la responsabilidad de intermediarios o la ya famosa “desinformación”. Dicha riqueza se ve con más claridad en los informes temáticos, los estudios realizados y los informes anuales, complementados por las Declaraciones Conjuntas de los Relatores de distintos sistemas regionales y globales.

Informes temáticos de la RELE por año y tema																	
TEMA	1998	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2008	2009	2010	2012	2013	2014	2015	2016	2018	Total
Acceso a la información			1		1	1	1		2	2	2		1	1	1		13
Acceso a la información y violencia contra la mujer																1	1
Desacato y difamación	1	1		1		1											4
Discurso de odio						1								1			2
Internet												1			1		2
Mujeres y libertad de expresión				1													1
Pobreza y libertad de expresión				1													1
Procesos electorales							1										1
Protesta social							1										1
Publicidad oficial					1					1							2
Radiodifusión									1								1
Restricciones indirectas						1											1
Transición y TV digital													1				1
Violencia contra periodistas								1				1			1		3
General				1					3		2				1		7
Ética y medios				1													1
Colegiación obligatoria	1																1
Total	2	1	1	5	2	4	3	1	6	3	4	2	2	2	4	1	43

Al igual que con los casos, el listado de informes temáticos también permite ver la construcción y creciente complejidad de los temas de libertad de expresión a nivel regional. Entre los informes cabe destacar aquellos dedicados al diagnóstico, la identificación de estándares y los de seguimiento que han proliferado en la agenda a partir de la evolución normativa en esta materia a nivel regional.

Las Declaraciones Conjuntas de los Relatores de distintas regiones y de las Naciones Unidas permiten relacionar la agenda regional con las agendas comparadas y globales en esta materia y contribuyen a crear estándares mínimos comunes a todas las regiones. Desde la primera Declaración Conjunta en 1999, se ve un creciente trabajo de diálogo y colaboración entre las distintas regiones y una multiplicación de Declaraciones Conjuntas, además del desarrollo de comunicados, visitas o consultas conjuntas que se han impulsado recientemente. Cabe destacar como positiva en esta materia la práctica iniciada en el año 2010 por las Relatorías de la CIDH y el Relator de las Naciones Unidas con una visita a México y una nueva visita a ese país que tuvo lugar en noviembre de 2017, la consulta conjunta que realizaron los Relatores en diciembre de 2016 sobre internet y libertad de expresión,²³

²³ Consulta realizada en el marco del Foro de Gobernanza de Internet de Naciones Unidas realizado en el mes de diciembre de 2016 en México. La consulta fue coorganizada

o la presentación conjunta que hicieron ante la Federal Communications Commission (FCC) en Estados Unidos sobre neutralidad de la red.²⁴

Declaraciones conjuntas por año y tema																					
Tema	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	Total
Acceso a la información y secreto						1															1
Ataque a defensores de derechos humanos																	1				1
Control gubernamental de medios de comunicación						1															1
Desinformación y propaganda																				1	1
Diversidad y radiodifusión									1												1
Extremismo violento y lib de expresión																		1			1
Independencia de los medios de comunicación	1																				1
Internet y terrorismo							1														1
Lib. De expresión en conflicto armado																1	1				2
Lib. De expresión y partidos políticos											1										1
Lib. De expresión en internet			1									1	1	1							4
Libertad religiosa, lib. De expresión y terrorismo										1											1
Medios e internet																				1	1
Protesta social															1						1
Transición digital terrestre															1						1
Universalidad de la lib expresión																1					1
Vigilancia y lib. Expresion															1						1
Violencia contra periodistas		1		1			1	1						1							5
Wikileaks													1								1
Total	1	1	1	1	1	1	2	1	1	1	1	2	1	2	3	2	2	1	1	1	27

El rol de la RELE en el desarrollo y la promoción de instrumentos previos, paralelos y posteriores al litigio han permitido afianzar la protección del derecho a la libertad de expresión más allá de lo litigado, y han facilitado la implementación de los estándares elaborados por el Sistema. Así, por ejemplo, la RELE desarrolló cuatro informes temáticos sobre difamación criminal y desacato entre 1998 y 2004, además del informe de la CIDH de

por los Relatores, artículo 19 y el CELE.

²⁴ Ver página de la RELE para más información sobre el tema, disponible en: <https://bit.ly/1jJuZXG>, último acceso: 12 de febrero de 2019.

1994 sobre esta temática, acompañando el desarrollo de la jurisprudencia interamericana al respecto. De la misma manera, en materia de acceso a la información pública, la RELE generó cuatro informes entre el 2001 y el 2004 –previo a su reconocimiento jurisprudencial en 2006–, y ocho posteriores, desarrollando aspectos específicos del derecho –por ejemplo, el informe sobre acceso a la información judicial y mujeres de 2015, o el informe sobre acceso a la información sobre violación de derechos humanos de 2010– y acompañando el proceso legislativo que vivió la región desde entonces. El desarrollo de un informe específico acerca del Marco Jurídico Interamericano en materia de libertad de expresión, aprobado por la CIDH en 2009, constituye otro muy buen ejemplo de la estandarización promovida por la Relatoría y la complementariedad en los mecanismos utilizados intrasistema para consolidar estándares y promover la libertad de expresión en la región.

Sin perjuicio de ello, uno de los primeros desafíos hacia el futuro que queda claramente expuesto en esta primera sección es la consolidación jurisprudencial de los estándares desarrollados hasta el momento por la RELE y por la CIDH en temáticas que aún no han sido abordadas por la Corte y la casuística regional. Entre otros temas, cabe destacar la falta de jurisprudencia en materia de internet y libertad de expresión.

III. Posibles ejes para pensar la agenda regional sobre libertad de expresión en la era digital a futuro

Hasta aquí se relevó brevemente el progreso y el crecimiento de la agenda del SIDH desde 1998 hasta la fecha. Sin perjuicio de otros temas que puedan ser relevantes, se identifican a continuación algunos ejes sustantivos vigentes en la agenda actual de la RELE que plantean oportunidades y desafíos de cara al futuro enfatizando aquellos vinculados con la agenda digital en vista de la relevancia que la misma tiene en la agenda legislativa regional.²⁵

1. Discurso público/político y democracia

La relación entre la democracia y la libertad de expresión tiene un fuerte anclaje en el desarrollo normativo e interpretativo en el Sistema Interamericano y es un eje que actualmente requiere cierta continuidad. Entre los hitos fundacionales

²⁵ Ver datos y análisis del Observatorio Legislativo CELE, disponible en: <http://www.observatoriolegislativocele.com>, último acceso: 12 de febrero de 2019.

cabe destacar, entre otros documentos, la OC 5/85 sobre la colegiación obligatoria de periodistas, la Declaración de Principios en Libertad de Expresión de 2000 y la jurisprudencia tanto de la Comisión como de la Corte. Esta vinculación también encuentra reflejo en el desarrollo de la Carta Democrática Interamericana de Derechos Humanos y en el análisis de la Corte IDH en los primeros casos sobre censura, difamación criminal y restricciones indirectas, donde se desarrolla la especial protección debida al discurso público, y al discurso político específicamente, la adopción del estándar de la real malicia para proteger a la prensa frente a información errónea, inexacta o falsa, y el reconocimiento del derecho de acceso a la información pública. Todas estas normas derivadas de la Convención tuvieron un fundamento íntimamente vinculado al rol de la libertad de expresión en una sociedad democrática. Y muchos de los casos resueltos, sobre todo entre los primeros, prima la atención sobre las expresiones relativas a funcionarios públicos en estrecha relación con su desempeño.²⁶

De cara al futuro, algunos desafíos vinculados a esta temática merecen particular atención. El traslado del discurso público al ámbito digital es actualmente un hecho. Si bien internet no es el único medio por el cual se dialoga sobre temas de interés público o político, lo cierto es que el peso de este medio está creciendo exponencialmente y está siendo un eje fundamental desde hace varios años, por ejemplo, de las campañas electorales en la región.²⁷ En este marco, han surgido algunos desafíos regulatorios tanto a nivel regional como a nivel global. Se han reinsertado temas como las calumnias e injurias a los candidatos, la desinformación en campañas electorales, así como la responsabilidad de las empresas de internet por la publicación o difusión de contenido de terceros.

Otro tema que ha aparecido en este contexto es el intento de regulación de expresiones “ofensivas” que afectan a funcionarios o candidatos a cargos electivos. Los proyectos de ley sobre estos temas en Brasil, Paraguay y Venezuela incluyen la regulación de contenidos ofensivos, incluso sobre candidatos a cargos públicos o partidos políticos en período de elecciones, estableciendo en algunos casos obligaciones de remoción de dichos contenidos en internet y en otros la criminalización del discurso so pretexto de promover el debate “civilizado” en democracia.

A través de la “regulación de intermediarios” o incluso la amenaza de

²⁶ Ver Corte IDH, casos “Herrera vs. Costa Rica”, “Canese vs. Paraguay”, “Palamara Iribarne vs. Chile”, *op. cit.*, entre otros.

²⁷ Ver ejemplos de Brasil o México. En Argentina, la campaña presidencial de 2015 ya fue intensa en redes sociales, y este año el actual Gobierno ya adquirió software para desarrollar su campaña no solo en redes abiertas sino también en Whatsapp.

regulación en algunos casos, algunos Estados están promoviendo la eliminación directa y privada de contenidos y la determinación de la legalidad e ilegalidad de las expresiones en internet. Los proyectos de ley surgidos en Brasil, Ecuador, Venezuela y Paraguay son las últimas cuatro manifestaciones de un fenómeno que también se vislumbra en México, Perú y Colombia entre otros países de las Américas²⁸ y del mundo, y que no parece distinguir colores políticos o ideológicos. Existen iniciativas y presiones similares en Europa, por ejemplo, vinculadas con el discurso discriminatorio, el crecimiento de la extrema derecha y el terrorismo y la radicalización.²⁹ Este tipo de regulaciones, además de otras como el Digital Millennium Copyright Act (DMCA),³⁰ generan incentivos para que empresas privadas remuevan contenidos a pedido de parte, sin notificación al autor y sin debido proceso.

A todo lo antedicho se suman fenómenos “nuevos” como el de la “desinformación”, particularmente famoso a partir de las elecciones presidenciales de 2016 en Estados Unidos, la campaña del Brexit en el Reino Unido y el plebiscito por la paz en Colombia, y que –por las consecuencias que está generando a nivel global– pueden requerir seguimiento particular. Entre ellas:

- Creciente llamado a regular/monitorear la expresión, particularmente, en periodos electorales.
- Crecientes presiones para que las empresas intermediarias tomen medidas para detectar y limitar la circulación de información supuestamente falsa, mitigar el impacto de estas noticias en las redes y/o eliminar cuentas vinculadas con el fenómeno. Ya existen numerosas

²⁸ Ver proyecto de ley que regula los actos de odio y discriminación en redes sociales e internet (2017), disponible en: <https://bit.ly/2OGdDDp>, último acceso: 26 de febrero de 2019; proyecto de ley contra el odio, la intolerancia y por la convivencia pacífica (2017), disponible en: <https://bit.ly/2uGqrRg>, último acceso: 26 de febrero de 2019.

²⁹ El comunicado del G7 a fines de octubre, el cual solicitaba que se adoptaran medidas y se desarrollaran mecanismos para eliminar contenidos terroristas dentro de la hora de subidos, es una manifestación clara de este fenómeno. Ver comunicado: G7 Italia, “Fight Against Terrorism and Violent Extremism: Turning Commitments into Action”, 19-20 de octubre, 2017, disponible en: <https://bit.ly/2G8pAz3>, último acceso: 12 de febrero de 2019. Ver también la Ley NetzDG de Alemania, entrada en vigor en 2018, que impone severas multas a los intermediarios que no remuevan o bloqueen contenido ilegal conforme las leyes alemanas.

³⁰ La DMCA es una norma estadounidense que establece cierta inmunidad para las empresas de internet, la cual establece un sistema de “puerto seguro”: las empresas no serán responsables civilmente por la publicación y difusión de contenido protegido por derechos de autor salvo que reciban una notificación particular para remover dicho contenido y no lo eliminen de circulación. Para ver más sobre el tema y los problemas vinculados a su implementación en América Latina: Bertoni, Eduardo y Sadinsky, Sophia, “El uso de la DMCA para limitar la libertad de expresión”, *Internet y derechos humanos II*, Buenos Aires, CELE, 2016.

iniciativas en distintos medios y plataformas tendientes a combatir las *fake news* y muchas otras están siendo evaluadas y desarrolladas.³¹

Distintos académicos advierten además que usuarios y Gobiernos están incidiendo y presionando a las empresas para que restrinjan contenido a través de sus términos y condiciones de servicio. UNESCO³² destacaba que la tendencia global va hacia la tercerización de decisiones en torno a la censura y remoción de contenidos que no están más siendo asumidas por los Estados sino delegadas a empresas privadas, cuyas obligaciones en materia de derechos humanos es hasta la fecha objeto de fuertes debates.

Para lidiar con estos temas indudablemente existen ya algunos principios y estándares en el marco del SIDH que aparecen trasladables directamente o por analogía. Los informes de la RELE en esta materia han contribuido significativamente para poder aplicar dichas normas a nuevos contextos y realidades, entre ellos, la velocidad y la amplitud de la difusión, la vocación de permanencia de la expresión *online* y la descentralización que caracteriza a este entorno.

2. Criminalización del discurso: discurso de odio y otras expresiones agraviantes

Durante las décadas del 90 y 2000, los esfuerzos regionales en el marco del SIDH estuvieron principalmente dirigidos a despenalizar el desacato y las calumnias e injurias. Estos eran dos de los principales problemas que aquejaban a la prensa, al periodismo y a quienes hacían parte del debate público en la región (políticos, candidatos, farándula, etc.). La despenalización de la difamación se logró en varios países, pero no pudo extinguirse. Actualmente, a ello se suma una creciente tendencia a la regulación penal del discurso discriminatorio y el discurso de odio, particularmente en internet.

El discurso de odio y la incitación a la violencia y la discriminación, que no son nuevos, adquirieron en los últimos años un rol central en la agenda pública.³³ En parte por su difusión a través de internet, pero indudablemente también por una concientización generalizada en torno al tema (ejemplo de

³¹ Ver, Cortés, Carlos e Isaza, Luisa, *Noticias falsas en internet: la estrategia para combatir la desinformación*, Buenos Aires, CELE, 2017, disponible en: <https://www.palermo.edu/cele/pdf/FakeNews.pdf>, último acceso: 12 de febrero de 2019.

³² UNESCO, "Tendencias mundiales en libertad de expresión y desarrollo de los medios", *op. cit.*

³³ Bertoni, Eduardo, *Libertad de expresión en el Estado de Derecho*, 2º ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.

ello son las numerosas convenciones a nivel regional y global que incluyen lenguaje en torno a la necesidad de combatir la discriminación y la violencia contra la mujer, personas afrodescendientes, indígenas, personas con discapacidad, etc.). En el marco del SIDH, se adoptaron en 2013 dos convenciones nuevas: una sobre discriminación racial –vigente a partir de 2017– y otra sobre tolerancia.³⁴ Estas convenciones se suman a otras sobre personas con discapacidad, indígenas y mujeres, con lenguaje similar.³⁵

Si bien existe jurisprudencia en materia de discriminación y derecho a la igualdad en el SIDH, no existen precedentes jurisprudenciales en torno al artículo 13.5 de la Convención. En términos concretos y restrictivos, este último establece el tipo de discurso que deberá estar prohibido al interior de los Estados y lo limita a aquel que además incite a la violencia. A diferencia de la Corte, la RELE sí ha desarrollado el tema en algunos informes, en el Marco Jurídico Interamericano de 2009 y en Declaraciones Conjuntas (Declaración Conjunta sobre Difamación de Religiones y sobre Legislación Antiterrorista y Antiextremista, 2008; Declaración Conjunta sobre la Libertad de Expresión y el Combate al Extremismo Violento, 2016). Más recientemente, el informe conjunto de la RELE con la Relatoría LGBT de 2015 constituye un aporte importante y además transversal, incorporando y armonizando la interpretación de las normas en esta temática desde la perspectiva de dos relatorías relevantes.

Desde el Observatorio Legislativo del CELE hemos relevado múltiples iniciativas legislativas en los últimos años tendientes a criminalizar y/o

³⁴ Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia (A-69), disponible en: <https://bit.ly/1HO2jNB>, último acceso: 12 de febrero de 2019; Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (A-68), disponible en: <https://bit.ly/1HO0iRn>, último acceso: 12 de febrero de 2019. Artículo 4: Los Estados se comprometen a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar, de acuerdo con sus normas constitucionales y con las disposiciones de esta Convención, todos los actos y manifestaciones de racismo, discriminación racial y formas conexas de intolerancia, incluyendo:

i. El apoyo privado o público a actividades racialmente discriminatorias y racistas o que promuevan la intolerancia, incluido su financiamiento.

ii. La publicación, circulación o diseminación, por cualquier forma y/o medio de comunicación, incluida la internet, de cualquier material racista o racialmente discriminatorio que: a) defienda, promueva o incite al odio, la discriminación y la intolerancia; b) apruebe, justifique o defienda actos que constituyan o hayan constituido genocidio o crímenes de lesa humanidad, según se definen en el derecho internacional, o promueva o incite a la realización de tales actos.

³⁵ Los dos textos contemplan la obligación de “prevenir, eliminar, prohibir y sancionar (...) ‘la publicación, circulación o diseminación, por cualquier forma y/o medio de comunicación, incluida la internet’ de expresiones que “defiendan, promuevan o inciten al odio, la discriminación y la intolerancia”.

“erradicar” el discurso discriminatorio u ofensivo, definiendo a este de manera amplia, vaga y ambigua³⁶ y generando amenazas serias a la libertad de expresión por su amplitud, que invita a la discrecionalidad y al abuso. Los fenómenos que preceden vienen además acompañados de fuertes presiones contra el anonimato, presiones que comprometen la libertad de expresión y la privacidad de las personas, particularmente aquellos más vulnerables. Los proyectos de ley surgidos en Argentina, Brasil, Venezuela y Paraguay son expresiones recientes de este fenómeno que no solo es local sino regional. La tendencia resulta particularmente preocupante por la relevancia del tema no solo a nivel regional sino global. Si bien no es nuevo –UNESCO destacaba la tendencia ya en 2014– resulta particularmente alarmante la persistencia de la criminalización como mecanismo de respuesta frente a expresiones ofensivas e incluso abusivas y la falta de especificidad en los tipos penales que se proponen y plantean. Quizás el litigio de casos individuales y concretos logre mayor granularidad en torno a las obligaciones y a los límites del Estado al momento de regular este tipo de expresiones y consagrar jurisprudencialmente los estándares que la Relatoría ya ha desarrollado. Indudablemente, el trabajo continuo de la Relatoría en este tema, abordando propuestas alternativas a la criminalización, ha sido y será importante.

3. Autorregulación

Una de las premisas fundamentales de la protección de la libertad de prensa en la región fue promover el principio de autorregulación de la prensa en lo que hace al control de calidad y ética de los contenidos. La OC-5 abordó directamente este punto a partir de la pregunta formulada. En ella se discernía la posibilidad de establecer una colegiación obligatoria de periodistas, similar a la que rige el ejercicio de otras profesiones como la medicina o la abogacía. La Corte, siguiendo estándares y principios preexistentes, declara la incompatibilidad de esta colegiación obligatoria para el ejercicio de la profesión periodística, en tanto entiende que, a diferencia de otras profesiones, la libertad de expresión es la materia prima de los y las periodistas. Periodistas son quienes ejercen profesionalmente su libertad de expresión, dice la Corte.³⁷ La regulación de la profesión del periodista y la prensa está íntimamente vinculada con la libertad editorial y los riesgos de regularla exceden los beneficios.

De otro lado, sí se ha establecido la obligación estatal de regular los

³⁶ Ver <http://www.observatoriolegislativocele.com>.

³⁷ Corte IDH, OC-5/85.

monopolios y garantizar –a través de acciones positivas– la pluralidad de los medios de comunicación y evitar la exclusión *a priori* de ciertas voces o sectores del debate. Estas obligaciones positivas en el marco interamericano implican atender no solo a restricciones estatales sino también a restricciones privadas cuando estas tuvieran impactos similares a las primeras. Los ejemplos en el SIDH son principalmente analógicos y refieren por ejemplo a la distribución de papel de periódicos.³⁸

De cara al futuro, el desarrollo y la interpretación de los estándares interamericanos para el contexto de internet adquieren particular relevancia. Desde 2016, particularmente, asistimos a una seguidilla de “escándalos” vinculados a la regulación privada de contenidos por parte de empresas de internet como Facebook, Twitter o YouTube. Estas redes sociales, que originariamente enarbolaron el estandarte de la libertad de expresión y la no censura, en los últimos años han desarrollado complejos códigos para regir la circulación y difusión de contenidos en sus plataformas. Entre otras cosas cuentan con definiciones propias de “discurso de odio”, amenazas, personas vulnerables, incitación al delito, discriminación, etc. Y, actualmente, ya cuentan con complejas tecnologías que les permiten no solo remover contenidos denunciados bajo términos y condiciones de servicio, sino también detectar y hasta filtrar *a priori* algunas de estas categorías de expresiones (por ejemplo, imágenes de nudismo).³⁹ También han desarrollado complejos y oscuros algoritmos para determinar los niveles de visibilidad y difusión de determinados contenidos y su priorización respecto de otros.⁴⁰ ¿Qué significan las obligaciones positivas del Estado para promover la libertad de expresión en esta área? ¿Qué implican estas obligaciones de cara a la interjurisdiccionalidad que caracteriza a estas plataformas? ¿Qué requisitos de debido proceso deben garantizar estas empresas respecto de sus propios usuarios? ¿Qué constituye medidas proporcionales y necesarias en este nuevo ecosistema? Todas estas preguntas están actualmente en agenda y se debaten a nivel global, regional y local. El desafío se hace incluso más complejo si atendemos a los niveles de concentración del mercado que estas empresas tienen a nivel global.

Por otra parte, la transparencia de los intermediarios en la priorización de información a través de los algoritmos que permiten acceder a informa-

³⁸ Ver texto del artículo 13.3 CADH.

³⁹ UN SRFOE, “Report on Content Moderation”, junio, 2018, disponible en: <https://bit.ly/2VpUgV8>, último acceso: 12 de febrero de 2019.

⁴⁰ Naciones Unidas, Asamblea General, “Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, 29 de agosto, 2018, disponible en: <http://undocs.org/es/A/73/348>, último acceso: 12 de febrero de 2019.

ción en la red comienza a ser otro fenómeno relevante para los expertos en libertad de expresión. El último informe del Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión de Naciones Unidas versó precisamente sobre este tema, abordando los desafíos para la libertad de expresión que plantea la inteligencia artificial, entendida de manera amplia, y constituye un primer acercamiento al tema.⁴¹ Convendría seguir de cerca estas conversaciones y empezar a debatir regionalmente estos temas.

4. Libertad de expresión y privacidad

Tanto a nivel global como a nivel interamericano, las primeras relatorías en ocuparse del tema de internet y derechos humanos fueron las de libertad de expresión. Sin embargo, en el marco de las Naciones Unidas fueron distintas y diversas las agencias y expertos que avanzaron eventualmente sobre el tema.⁴² Además de los Relatores, el Consejo de Derechos Humanos cuenta con dos resoluciones dirigidas directamente al reconocimiento de todos los derechos humanos en internet (A/HRC/32/L.20, 2016; A/HRC/20/L.13, 2012).

En el marco del Sistema Interamericano, hasta el momento es la RELE quien se ha dedicado y especializado en el estudio de esta temática. Desde la perspectiva de la libertad de expresión, ha tocado diversas y profundas aristas, incluyendo privacidad, derechos económicos, sociales y culturales, derechos de asociación y reunión, e incluso derechos humanos y empresas. Los puntos de contacto entre estos temas y la RELE son claros y han quedado incluso plasmados en las breves páginas que anteceden. También la Corte IDH ha establecido la ineludible vinculación entre la libertad de expresión y la privacidad en varios de sus casos y convendría incluso que la Corte pudiera profundizar en ellos a la luz del desarrollo tecnológico.⁴³

⁴¹ UN SRFOE, "Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression", A/73/348, 29 de agosto, 2018, disponible en: <https://bit.ly/2G8OAX9>, último acceso: 26 de febrero de 2019.

⁴² Cabe destacar como relevante el informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación (2015), disponible en: <https://bit.ly/2uQOYDf>, último acceso: 26 de febrero de 2019; o el de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias acerca de la violencia en línea contra las mujeres y las niñas desde la perspectiva de los derechos humanos (2018), disponible en: <https://bit.ly/2UGtmrC>, último acceso: 26 de febrero de 2019; y el del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, que ya ha emitido informes que hacen referencia al ejercicio de derechos vinculados con sus mandatos en internet.

⁴³ Corte IDH, "Tristán Donoso vs. Panamá", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 27 de enero de 2009.

La agenda de privacidad vinculada al derecho a la libertad de expresión incluye vigilancia (masiva y dirigida), integridad de las comunicaciones, y protección de datos, incluyendo retención de datos, biometría, transferencia transfronteriza de datos, entre otras aristas y aspectos. A medida que crece la habilidad para captar, almacenar, analizar y procesar datos gracias al desarrollo de la tecnología, crecen los riesgos asociados a la interferencia tanto estatal como privada en la vida privada de las personas.

En 2016, se dio a conocer que varios países de la región habían adquirido software de vigilancia de Hacking Team o habían establecido conversaciones con dicha empresa para adquirirlo a espaldas de sus ciudadanos. A principios de 2017, un grupo de organizaciones denunció que el Gobierno mexicano estaba espionando a periodistas, defensores y defensoras de derechos humanos, etc., a través del uso del malware “Pegasus”.⁴⁴ En 2016, la Electronic Frontier Foundation (EFF) sacó su informe “Ojos que no parpadean”,⁴⁵ exponiendo el estado de la vigilancia en doce países de la región y concluyendo que las leyes y prácticas en muchos de los países de la región requieren mayor especificidad y actualización ante el sustancial incremento en la capacidad de vigilancia que tienen actualmente los Estados. Las leyes que se están adoptando vienen muchas veces a legitimar prácticas preexistentes y a ampliar las potestades de vigilancia estatal, por ejemplo, a través de leyes sobre retención de datos.

Además de la vigilancia estatal, que plantea numerosos problemas, por la forma en que internet funciona y el rol de las empresas intermediarias en las distintas capas que hacen a internet, surgen interrogantes clave en torno a la protección de la privacidad frente a las empresas privadas. La creciente capacidad para la captación, el procesamiento y la agregación de datos de las empresas de internet, en condiciones de funcionamiento y uso poco transparentes, genera especiales preocupaciones en torno al derecho a la privacidad de los usuarios. Esta preocupación se extiende también a la seguridad de dichos datos respecto de privados, del propio Estado y de terceros. El desarrollo de internet de las cosas, la inteligencia artificial, las ciudades inteligentes, etc., a su vez, amplían el universo de temas que surgen como preocupantes dentro de esta vasta agenda que indudablemente se encuentra en pleno desarrollo.

⁴⁴ R3D: Red en Defensa de los Derechos Digitales, “#GobiernoEspía: vigilancia sistemática a periodistas y defensores de derechos humanos en México”, 19 de junio, 2017, disponible en: <https://bit.ly/2rMBBjx>, último acceso: 12 de febrero de 2019.

⁴⁵ Rodríguez, Katitza, “Ojos que no parpadean: El estado de la vigilancia en América Latina”, <https://bit.ly/2UrGGAT>, último acceso: 12 de febrero de 2019.

IV. Desafíos específicos de la agenda digital

La arquitectura y el funcionamiento de internet dependen en gran parte de su estructura de gobernanza y requieren, para su comprensión en muchos casos, de niveles altos de especialización y especificidad. De la misma manera en que en su momento se requirió un conocimiento técnico del funcionamiento de medios, licencias o frecuencias, actualmente existe una necesidad de otro tipo de conocimiento, potenciado por el continuo y permanente desarrollo tecnológico.

Además, internet afecta transversalmente a todos los temas en la agenda de libertad de expresión. Por su naturaleza global y abierta y su particular estructura de gobernanza, quizás puedan destacarse dos desarrollos en este marco que generan desafíos importantes en términos de recursos y metodología de cara al futuro: el primero vinculado a la multiplicación de foros donde se debaten cuestiones vinculadas a la libertad de expresión y la privacidad en internet: el Foro de Gobernanza de Internet de Naciones Unidas es solo uno y a él se suman los foros de gobernanza de internet regionales (LAC IGF) y los nacionales.⁴⁶ A estos se agregan los foros internacionales como la Unión Internacional de Telecomunicaciones, la Organización Mundial de Comercio, la Asamblea General de la ONU, UNESCO, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y sus diversos grupos de trabajo y Relatores, la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN), el Internet Engineering Task Force, etc.

Un segundo desafío que amerita atención es la creciente securitización del debate en torno a internet y a las comunicaciones.⁴⁷ A raíz del aumento de las preocupaciones en torno a la seguridad digital y a las comunicaciones, tanto de las personas como de la infraestructura, se ha incrementado la participación estatal en debates de internet desde la perspectiva de la seguridad nacional, la inteligencia y la defensa. La preocupación en torno a la “seguridad” afecta distintas aristas del derecho a la libertad de expresión, incluyendo el acceso a la información y a la ampliación de la agenda nacional de vigilancia. Existen tanto a nivel regional como global nuevos espacios dedicados al debate de ciberseguridad, por ejemplo, donde se

⁴⁶ Ver Aguerre, Carolina, “Redes de gobernanza de internet a nivel nacional. La experiencia de casos recientes en América Latina”, *Hacia una internet libre de censura II*, Buenos Aires, CELE, 2017, p. 11, disponible en: <https://bit.ly/2w04CMu>, último acceso: 12 de febrero de 2019.

⁴⁷ Puddephatt, Andrew y Kaspar, Lea, *Advancing Human Rights in the Evolving Digital Environment*, 2017.

debaten regulaciones y condiciones que afectarán el ejercicio de derechos humanos en internet, incorporando el derecho a la libertad de expresión.

Finalmente, la ampliación de ejes con contenido digital también constituye un desafío importante. A medida que la tecnología se desarrolla y se masifica, la distinción entre el ejercicio de derechos *online* y *offline* se va disipando. En este marco, se diversifican las temáticas y actores que debaten la dimensión digital de los distintos derechos humanos y se acelera el ritmo de especialización necesario para contribuir sustantivamente en la búsqueda de consensos y acuerdos.⁴⁸ La agenda digital, por las características propias de internet, requiere en muchos casos un trabajo conjunto con otros Relatores y grupos, de otras regiones y de las Naciones Unidas. Atentos a la experiencia de la región y del Sistema Interamericano y sus estándares, más amplios y protectorios comparativamente que otros, la RELE y el SIDH tienen la oportunidad y el reto de actuar mancomunadamente con otros Relatores Especiales y expertos de otras regiones, distinguiendo, protegiendo, difundiendo y pensando soluciones viables para los desafíos más importantes del momento.

V. Posibles conclusiones hacia una agenda digital

El objeto de esta publicación fue precisamente invitar a una serie de académicos versados en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y en temas de libertad de expresión a reflexionar en torno a las necesidades que enfrenta la región tras el advenimiento de internet. Este documento resume gran parte del trabajo y las estrategias utilizadas hasta el momento por el SIDH para lidiar con problemáticas tradicionales y nuevas vinculadas a la libertad de expresión y el acceso a la información en diferentes medios. E identifica sucintamente algunos de los principales desafíos que han surgido en la agenda global y regional. Una primera lección aprendida de este estudio es la necesidad de mirar al pasado para planear y construir sobre esas bases el futuro: de la revisión surge que hay un rico bagaje de estándares, principios, interpretaciones, plasmados en declaraciones, jurisprudencias, opiniones consultivas, soluciones amistosas, e informes. Muchas de ellas ya avanzan en temas que actualmente se encuentran nuevamente en agenda y es necesario reflotarlas, otras han sentado bases que probablemente permitan construir las interpretaciones y los estándares del futuro. Este ejercicio ha de ser colectivo, tanto dentro del SIDH como entre quienes trabajamos con él.

⁴⁸ *Ibíd.*

De otro lado, está claro de este estudio que los temas son múltiples y diversos, que no todos tienen el mismo nivel de desarrollo previo o de análisis local o comparado, y que, al igual que la expresión en internet, tienen vocación de permanencia. Requieren atención constante, no solo en el desarrollo de estándares sino en su interpretación, implementación y supervisión a lo largo del tiempo.

También surge de la lectura del documento que no existe una sola “forma” o un solo “camino” para lograr la implementación de cambios en los marcos y las soluciones legales desde el SIDH. A lo largo del tiempo se han utilizado distintas estrategias, respondiendo a distintas temáticas, coyunturas políticas regionales, conformaciones en la RELE, la CIDH y la Corte, etc., que han tendido a complementarse mutuamente. Una lectura del relevamiento histórico del trabajo realizado sugiere, ciertamente, la necesidad de consolidar jurisprudencialmente el desarrollo temático y sustantivo de la RELE particularmente respecto a temáticas digitales y lo que implican: descentralización, velocidad, difusión y permanencia, prensa digital, discurso de odio, discriminación, polarización, tecnologías de vigilancia y nuevos formatos de concentración –no de medios sino de empresas globales de internet, jurisdicción–.

El litigio de casos ante el Sistema contribuyó al desarrollo de importantes cambios en la región. Cambios que afectaron la historia de muchos de nuestros países. Los casos de Perú donde se declararon incompatibles las amnistías por crímenes de lesa humanidad vienen inmediatamente a la cabeza. O el caso “Simón” en Argentina que citando jurisprudencia convencional declara inconstitucionales las leyes de punto final y obediencia debida. Y, aunque el SIDH no siempre ha sido constante en su razonamiento, con sus decisiones ha confirmado o refutado estándares vigentes, contribuyendo a solidificar consensos duraderos.⁴⁹

El permanente monitoreo y acompañamiento a los Estados en la implementación de estándares interamericanos de libertad de expresión y acceso a la información es particularmente importante en este momento, donde a nivel mundial parece haber un retroceso en la protección de la libertad de

⁴⁹ Obviamente, también ha servido para frenar iniciativas y procesos como la despenalización de la expresión por calumnias e injurias, o paralizar el debate en torno a la necesidad de leyes civiles específicas en torno a la reparación por abusos en el ejercicio de un derecho. Ver Del Campo, Agustina, *Calumnias e Injurias: La situación en el fuero civil después de la ley 26.551*, Buenos Aires, CELE, 2013, disponible en: <https://bit.ly/2uXvYCS>, último acceso: 26 de febrero de 2019. Por eso se hace incluso más necesario pensar una estrategia de litigio a fin de avanzar sobre seguro en temas de alta volatilidad y permanente cambio.

expresión y una contracción en los estándares para su promoción y protección. Los cambios tecnológicos que trajeron una amplia democratización, descentralización y acceso al debate público, también generaron, más recientemente, un ambiente propenso a la restricción, la reapertura de ciertos debates y los replanteos de estándares asentados.

El nivel de especialización que adquieren algunas discusiones y la expansión temática de ciertos ejes plantea desafíos en la priorización y la dedicación de recursos, además de importantes retos en torno a la estrategia. Irónicamente, en algunos temas, la “urgencia” en su abordaje contrasta manifiestamente con la inestabilidad y la volatilidad del campo de estudio, caracterizada por la velocidad y el desarrollo constante. Esta contradicción ha de tenerse en cuenta al momento de elegir estrategias, marcos y mecanismos cuando lo que se pretende construir son consensos y acuerdos perdurables en el tiempo como los que históricamente caracterizaron el trabajo del SIDH.

Bibliografía

- Aguerre, Carolina, “Redes de gobernanza de internet a nivel nacional. La experiencia de casos recientes en América Latina”, *Hacia una internet libre de censura II*, Buenos Aires, CELE, 2017, p. 11, disponible en: <https://bit.ly/2w04CMu>, último acceso: 12 de febrero de 2019.
- Bertoni, Eduardo, *Libertad de expresión en el Estado de Derecho*, 2º ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.
- Bertoni, Eduardo y Sadinsky, Sophia, “El uso de la DMCA para limitar la libertad de expresión”, *Internet y derechos humanos II*, Buenos Aires, CELE, 2016.
- Cortés, Carlos e Isaza, Luisa, *Noticias falsas en internet: la estrategia para combatir la desinformación*, Buenos Aires, CELE, 2017, disponible en: <https://bit.ly/2D7dDJ1>, último acceso: 12 de febrero de 2019.
- Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia (A-69), disponible en: <https://bit.ly/1HO2jNB>, último acceso: 12 de febrero de 2019.
- Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia (A-68), disponible en: <https://bit.ly/1HO2jNB>, último acceso: 12 de febrero de 2019.
- Del Campo, Agustina, *Calumnias e Injurias: La situación en el fuero civil después de la ley 26.551*, Buenos Aires, CELE, 2013, disponible en:

- <https://bit.ly/2uXvYCS>, último acceso: 26 de febrero de 2019.
- Freedom House, Freedom of the Press Report, 2017, disponible en: <https://bit.ly/2ptfNvD>, último acceso: 12 de febrero de 2019.
- G7 Italia, “Fight Against Terrorism and Violent Extremism: Turning Commitments into Action”, 19-20 de octubre, 2017, disponible en: <https://bit.ly/2G8pAz3>, último acceso: 12 de febrero de 2019.
- Naciones Unidas, Asamblea General, “Promoción y protección de los derechos humanos: cuestiones de derechos humanos, incluidos otros medios de mejorar el goce efectivo de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, 29 de agosto, 2018, disponible en: <http://undocs.org/es/A/73/348>, último acceso: 12 de febrero de 2019.
- Naciones Unidas, “Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression”, A/73/348, 29 de agosto, 2018, disponible en: <https://bit.ly/2G8OAX9>, último acceso: 26 de febrero de 2019.
- Puddephatt, Andrew y Kaspar, Lea, *Advancing Human Rights in the Evolving Digital Environment*, 2017.
- R3D: Red en Defensa de los Derechos Digitales, “#GobiernoEspía: vigilancia sistemática a periodistas y defensores de derechos humanos en México”, 19 de junio, 2017, disponible en: <https://bit.ly/2rMBBjx>, último acceso: 12 de febrero de 2019.
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE), *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF, 2/09, 30 diciembre, 2009, disponible en: <https://bit.ly/1on89fG>, último acceso: 12 de febrero de 2019.
- Reporteros sin Fronteras, “Informe anual 2017. Reporteros Sin Fronteras constata una erosión generalizada de las condiciones para ejercer el periodismo en el mundo”, 1º de febrero, 2018, disponible en: <https://bit.ly/2CNOH8y>, último acceso: 12 de febrero de 2019.
- Rodríguez, Katitza, “Ojos que no parpadean: El estado de la vigilancia en América Latina”, <https://bit.ly/2UrGGAT>, último acceso: 12 de febrero de 2019.
- UNESCO, “Tendencias mundiales en libertad de expresión y desarrollo de los medios”, disponible en: <https://bit.ly/2U7hr6K>, último acceso: 12 de febrero de 2019.
- UN SRFOE, “Report on Content Moderation”, junio, 2018, disponible en: <https://bit.ly/2JSZ7cB>, último acceso: 12 de febrero de 2019.

Reflexiones sobre libertad de expresión, jurisprudencia de la Corte Interamericana y el desafío de internet¹

Alejandra Gonza

I. Introducción

El Sistema Interamericano ha desarrollado estándares generosos de protección a la libertad de pensamiento y expresión a través de la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.² La Convención incluye un concepto amplio del derecho que protege las opiniones, la difusión y la recepción de todo tipo de información e ideas –que abarca también el derecho al acceso a la información–³ y hay un consenso en que las restricciones deben ser excepcionales, estar expresamente permitidas por la Convención e interpretadas restrictivamente.⁴ La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos permeó la idea de otros tribunales y académicos sobre la importancia de la libertad de expresión

¹ En estas reflexiones, aplico las recomendaciones generales en relación al artículo 13 desarrolladas con el coautor del libro: Antkowiak, Thomas M. y Gonza, Alejandra, *The American Convention on Human Rights: Essential Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2017.

² *Ibid.*

³ La Corte Interamericana interpretó que el verbo “buscar” contenido en el texto del artículo 13 supone el derecho a acceder a la información en manos del Estado. Corte IDH, caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C, N° 151.

⁴ Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, nota 2, § 65; Corte IDH, caso “López Lone y otros vs. Honduras”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 5 de octubre de 2015, Serie C, N° 302, § 172.

como pilar de la democracia y de una sociedad libre⁵ y ha dejado claro que su reconocimiento en el Sistema Interamericano es comparativamente el más garantista de los tratados internacionales.⁶

Sin embargo, y aunque la Convención protege las expresiones de toda índole, vertidas por todos los medios de difusión y es ampliamente aceptado que esta protección alcanza a internet,⁷ todavía no se tiene claridad en la región sobre cómo enfrentar los desafíos que trajo “la red de redes”. Las propuestas discutidas por la sociedad civil y la academia son varias. Por un lado, se han sugerido distintas acciones como crear nuevos principios de libertad de expresión en el Sistema Interamericano, solicitar una nueva opinión consultiva sobre libertad de expresión en internet a la Corte Interamericana o promover resoluciones de la Organización de Estados Americanos para tratar el tema de forma general.⁸ Por otro lado, se ha evaluado la potencia del litigio estratégico y la relevancia de trabajar más efectivamente en la nominación de candidatos para los órganos del Sistema Interamericano que permitan el ingreso de jueces y comisionados con conocimiento específico en libertad de expresión e internet.

Pero para determinar el trabajo futuro es importante destacar que en el Sistema Interamericano no estamos partiendo de cero. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (RELE) ha emitido informes temáticos, realizado audiencias públicas y participado en Declaraciones conjuntas con otros relatores y

⁵ Ver, ejemplo, “New York Times Co. vs. Sullivan”, 376 U.S. 254, 271, 1964, donde se afirma: “A pesar de la probabilidad de excesos y abusos, estas libertades son, a largo plazo, esenciales para opiniones informadas y conductas adecuadas por parte de ciudadanos de una democracia” (traducción de la autora). Ver también: “Handyside vs. the United Kingdom”, Eur. Ct. H.R., App. N° 5.493/72, 1976, § 49, que afirma que “la libertad de expresión constituye uno de los pilares esenciales de tal sociedad, una de las condiciones básicas para su progreso y el desarrollo de toda persona”. Otro caso en el que afirma que la libertad de expresión es necesaria para descubrir la verdad es “John Stuart Mill, On Liberty and Considerations on Representative Government”, 1859, 14-15.

⁶ 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, N° 5, p. 50.

⁷ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.17/17, 15 de marzo, 2017; Antkowiak y Gonza, *supra* nota 1; y Kaye, David, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión*, U.N. Doc. A/HRC/32/38, 11 de mayo, 2016, § 6.

⁸ Sobre este tema, ver artículo incluido en esta publicación elaborado por el CELE.

expertos internacionales⁹ en los que se afirma la aplicación directa de los principios ya desarrollados en materia de libertad de expresión para todos los medios de comunicación¹⁰ al ámbito de internet. La RELE además ha recomendado la consideración de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos en los que se analiza el papel del sector privado en la materia.¹¹

Sin embargo, las posturas temáticas de la RELE pueden diferir sustancialmente con los criterios jurisprudenciales sentados en el sistema de casos desarrollado tanto por la CIDH como por la Corte Interamericana. En muchas ocasiones, y ante la falta de precedentes jurisprudenciales interamericanos, la RELE ha desarrollado posicionamientos al tener como referencia las decisiones de la Corte Europea.

La realidad de nuestro continente muestra que todavía hay una tendencia a reaccionar con derecho penal o con los medios más lesivos como sanciones civiles para resolver los conflictos que surgen por el ejercicio de la libertad de expresión,¹² lo que marca una tendencia a proteger el poder y el privilegio.¹³ Esta tendencia se exagera al hablar del potencial dañino de internet.

Este artículo busca incluir en la discusión sobre libertad de expresión e

⁹ “Declaración conjunta sobre la independencia y la diversidad de los medios de comunicación en la era digital”, 2018; “Declaración conjunta sobre libertad de expresión y ‘noticias falsas’ (fake news), desinformación y propaganda”, 2017; “Declaración conjunta sobre libertad de expresión e internet”, 2011.

¹⁰ RELE, *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*, supra, nota 3, § 82, nota 7; Kaye, David, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión*, U.N. Doc. A/HRC/35, 2018, §§ 6-8;

Ver también, Chang, Brian, “From Internet Referral Units to International Agreements: Censorship of the Internet by the UK and EU”, en: *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 49, N° 2, Nueva York, 2018.

¹¹ RELE, *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*, supra, nota 3, § 115, nota 7.

¹² CELE, *La regulación de internet y su impacto en la libertad de expresión en América Latina*, p. 10, disponible en: <http://observatoriolegislativocele.com>, último acceso: 21 de enero de 2019.

¹³ Para analizar la realidad de los delitos contra el honor luego de despenalizaciones parciales ver: Del Campo, Agustina, *Calumnias e injurias. A dos años de la reforma del Código Penal Argentino*, Buenos Aires, Centro de Estudios en Libertad de Expresión (CELE), Universidad de Palermo, septiembre, 2012; y Del Campo, Agustina, *Calumnias e injurias. La situación en el fuero civil después de la Ley 26.551*, Buenos Aires, Centro de Estudios en Libertad de Expresión (CELE), Universidad de Palermo, 2013. A su vez, un ejemplo de sentencia de la Corte Suprema de Argentina, luego de haber pasado por la Corte Interamericana en distintas ocasiones, sigue limitando la expresión para proteger a funcionarios públicos de insultos: Canicoba Corral, Rodolfo Aristides el Acevedo, Sergio Edgardo y otros sin daños y perjuicios, 14 de agosto de 2013.

internet los desafíos que surgen de la jurisprudencia en casos contenciosos de la Corte. La jurisprudencia reciente sobre libertad de expresión de la Corte Interamericana en el sistema de casos —especialmente a partir del caso “Kimel vs. Argentina” en el 2008— requiere una revisión para entender cuál es el punto de partida en el que actualmente nos encontramos. Reconocer las actuales debilidades permitirá avanzar de forma estratégica a una ruta de trabajo que sea un fiel reflejo de nuestra región.

En este sentido, en primer lugar, se analizarán algunos de los problemas metodológicos en la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana¹⁴ que impiden tener una mayor claridad conceptual sobre los límites permitidos a la libertad de expresión por el Estado y, en su caso, por empresas. En segundo lugar, se tratará de esclarecer el concepto de “discursos especialmente protegidos” y las consecuencias que debería tener tal determinación en el análisis de los casos. En tercer lugar, se discutirán los desafíos de la prohibición absoluta de la censura en los regímenes de responsabilidad de intermediarios de internet. En cuarto lugar, se planteará la necesidad de estudiar con detenimiento la jurisprudencia europea antes de trasladarla. Finalmente, se enunciarán algunas recomendaciones.

II. Problemas metodológicos en la interpretación de la Corte Interamericana

La libertad de expresión no es un derecho absoluto. En la última década, la Corte Interamericana fue definiendo las limitaciones posibles al derecho a la libertad de expresión en casos concretos. En este ejercicio, la Corte ha ratificado la prohibición, en principio, de la censura previa y consolidado la aplicación del test tripartito de legalidad, legitimidad y proporcionalidad al estudiar las responsabilidades ulteriores o restricciones indirectas.¹⁵ Sin embargo, si analizamos con detenimiento la jurisprudencia reciente, nos encontramos con varias deficiencias de método en el análisis del artículo 13 que generan incertidumbre sobre las posibilidades del Estado —y en el ámbito de internet, de las empresas— para limitar la libertad de expresión.

¹⁴ Para ver los desafíos de protección del derecho a la libertad de expresión a través de medidas cautelares y provisionales en el sistema interamericano: Rápido Ragozzino, Martina, *La inexistencia del requisito de daño irreparable para que se otorguen medidas de protección respecto al derecho a la libertad de expresión en el Sistema Interamericano. Reflexiones sobre el derecho a la libertad de expresión*, Quito, Editora Jurídica Cevallos, febrero, 2018.

¹⁵ Antkowiak y Gonza, *supra* nota 1.

En primer lugar, la Corte se fue alejando de su jurisprudencia inicial que rechazaba permear en el artículo 13 las limitaciones consagradas en otra sección de la Convención Americana o en otros tratados internacionales.¹⁶ De esta manera, fue incorporando restricciones adoptadas en la jurisprudencia de la Corte Europea y agregando, como fines legítimos para restringir la libertad de expresión, algunos no establecidos expresamente en la Convención, sino en el derecho interno, como por ejemplo la protección penal del honor de las Fuerzas Armadas,¹⁷ al distanciarse de un reproche directo de los delitos de desacato.¹⁸

En segundo lugar, desde el 2006, la Corte ha declarado violaciones autónomas al inciso 1 o norma general del artículo 13, sin identificar o clasificar con claridad el tipo de restricción que supusieron los actos u omisiones considerados contrarios a la Convención.¹⁹ Los casos resueltos suponían persecución y violencia en contra de periodistas,²⁰ defensores de derechos

¹⁶ Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas, nota 2, §§ 51 y 65. La Corte Interamericana tenía una posición de que las únicas limitaciones posibles a la libertad de expresión eran las expresamente consagradas en el artículo 13. Si una limitación no se encuadra en el artículo 13, aunque fuere una que se encuentra en la Convención Americana en otro artículo, o en el Convenio Europeo, por ejemplo, no se podría entender que fuere legítima, adoptando una posición que reduce al mínimo posible las causales de restricción al derecho. Sin embargo, por ejemplo, en el caso “Usón Ramírez vs. Venezuela”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 20 de noviembre de 2009, Serie C, N° 207, la Corte Interamericana acepta como fin legítimo la protección del honor de las Fuerzas Armadas, aunque no se encuentre expresamente en la Convención Americana, está en el derecho interno, §§ 62-66.

¹⁷ Corte IDH, caso “Usón Ramírez vs. Venezuela”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 20 de noviembre de 2009, Serie C, N° 207, § 66.

¹⁸ Para información sobre el trabajo de la CIDH en materia de despenalización de desacato ver: CIDH, *Informe Anual 1994*, “Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev., 17 de febrero, 1995, pp. 210-223; CIDH, “Verbitsky vs. Argentina”, caso N° 11.012, informe N° 22/94, acuerdo amistoso, 1995.

¹⁹ Antkowiak y Gonza, *supra*, p. 234, nota 1; Corte IDH, caso “López Álvarez vs. Honduras”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 1° de febrero de 2006, Serie C, N° 141, § 174.

²⁰ Sobre obstrucción de trabajo periodístico de reporteros televisivos por particulares ver: Corte IDH, caso “Perozo y otros vs. Venezuela”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28 de enero de 2009, Serie C, N° 195, § 118; Corte IDH, caso “Ríos y otros vs. Venezuela”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28 de enero de 2009, Serie C, N° 194, § 107. Sobre ataques por agentes de Estado a periodista ver: Corte IDH, caso “Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 3 de septiembre de 2012, Serie C, N° 248.

humanos²¹ o líderes políticos²² por parte de agentes de Estado o particulares. Claramente, estos casos podrían entenderse como casos de censura o responsabilidades ulteriores contemplados en el artículo 13.2, restricciones indirectas establecidas en el 13.3, discurso que afecta a la niñez y a la adolescencia regulado por el artículo 13.4 o discurso de odio e incitación a la violencia del artículo 13.5. De la letra de cada uno de estos incisos, pueden salir tanto las limitaciones permitidas como las no permitidas.

En tercer lugar, la Corte ha usado siempre el método de balance de derechos, el cual dota de igual protección convencional a todos los derechos, en vez de –en ciertas ocasiones– dar lugar preferencial a la libertad de expresión.²³ Particularmente preocupante es la jurisprudencia que acepta al derecho penal como medio legítimo para limitar la libertad de expresión debido a que *per se* es el medio más severo y agresivo, dado que el Estado cuenta con otros medios alternativos de menor lesividad. Los casos más ilustrativos son aquellos en que la Corte analizó el uso del derecho penal para proteger el derecho al honor y reputación frente a discursos especialmente protegidos, como artículos periodísticos o libros que denuncian violaciones a derechos humanos²⁴ o corrupción.²⁵ De esta manera, sin darles preferencia o considerarlos como ejercicio legítimo de derecho, la Corte simplemente hace un balance de derechos, y fundamenta las violaciones específicas a la libertad de expresión en el incumplimiento del requisito de proporcionalidad, por ser la sanción penal excesiva.

En cuarto lugar, la Corte ha relajado el rechazo categórico de la RELE sobre legislación vaga que sancione la expresión²⁶ al afirmar que “muchas

²¹ Sobre amenazas, hostigamiento y demanda de difamación penal contra defensor ver: Corte IDH, caso “Uzcátegui y otros vs. Venezuela”, Fondo y Reparaciones, sentencia del 3 de septiembre de 2012, Serie C, N° 249.

²² Sobre asesinato ver: Corte IDH, caso “Cepeda Vargas vs. Colombia”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26 de mayo de 2010, Serie C, N° 213.

²³ *Ibíd.*

²⁴ Corte IDH, caso “Kimel vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 2 de mayo de 2008, Serie C, N° 177; Corte IDH, caso “Usón Ramírez vs. Venezuela”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 20 de noviembre de 2009, Serie C, N° 207.

²⁵ Ver, por ejemplo, Corte IDH, caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 2 de julio de 2004, Serie C, N° 107; Corte IDH, caso “Ricardo Canese vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C, N° 111.

²⁶ Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE), *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.4/09, 25 de febrero, 2009, §§ 53-73; CIDH, Informe N° 27/18, Caso N° 12.127. Fondo (Publicación). “Vladimiro Roca Antunez y Otros. Cuba”, 24 de febrero de 2018.

leyes están formuladas en términos que, en mayor o menor medida, son vagos y cuya interpretación y aplicación son cuestiones de práctica”.²⁷

Finalmente, la Corte ha dejado en algunos casos a los tribunales internos la determinación final del carácter de interés público o no de expresiones cuestionadas en el ámbito internacional.²⁸ Por el contrario, sería deseable que, luego de años de litigio internacional, sean los órganos del Sistema Interamericano quienes determinen si las expresiones son especialmente protegidas, particularmente cuando la responsabilidad ulterior impuesta en un caso es la más severa del abanico de opciones disponibles para un Estado particular. De esta manera, trasladar los estándares internacionales sin corregir las deficiencias metodológicas en la interpretación de la Convención Americana podría generar un campo fértil para ampliar la discrecionalidad en la decisión de casos, lo que afecta a la libertad de expresión.

III. Necesidad de esclarecer conceptos convencionales para proteger la libertad de expresión en internet

Estrechamente relacionado con las deficiencias metodológicas en la interpretación del artículo 13 de la Convención se encuentra la necesidad de esclarecer los conceptos convencionales sobre expresiones especialmente protegidas y las consecuencias que esto debería traer. A su vez, se necesita claridad y comprensión sobre qué tipo de expresiones deberían tener menor protección, y justificarlo.

1. Discursos especialmente protegidos

El artículo 13.1 establece que toda persona tiene “derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. Los órganos del sistema han interpretado que “de toda índole” abarca todo tipo de expresiones, incluso las que ofenden, chocan, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o a cualquier sector de la población, puesto que así lo exigen los principios de pluralismo y tolerancia propios de las democra-

²⁷ Corte IDH, caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de noviembre de 2011, Serie C, Nº 238.

²⁸ Corte IDH, caso “Mémoli vs. Argentina”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 22 de agosto de 2013, Serie C, Nº 265.

cias.²⁹ A primera vista, pareciera otorgar amplia protección a la libertad de expresión frente a la interferencia estatal. La RELE afirma que existe una presunción de protección de toda expresión en el artículo 13.³⁰

La Corte Interamericana no ha realizado una separación tajante entre discurso protegido y no protegido por la Convención Americana. No tiene jurisprudencia sentada sobre discurso “claramente ilícito”, como su par europea.³¹ Solo ha establecido como categoría “especialmente protegida” a las opiniones, las expresiones y la información de interés público en sentido amplio,³² así como las expresiones que conllevan un aspecto de “identidad y dignidad” del emisor.³³

El Tribunal ha atendido casos de censura clásica, responsabilidades ulteriores por difamación penal o civil y restricciones indirectas impuestas por los Estados sobre expresiones ofensivas de interés público, discurso político, artículos periodísticos, líneas editoriales críticas a gobernantes o instituciones del Estado o religiosas.³⁴ De acuerdo a lo dictaminado por la Corte, muchas de las expresiones que generaron restricciones a este derecho deberían haber transcurrido sin interferencia estatal alguna por tratarse de un ejercicio legítimo del derecho.

De esta manera, la Corte Interamericana valora cierto tipo de discurso como especialmente protegido, pero no lo dota de inmunidad frente al actuar estatal, lo que permite que se judicialicen por años casos que no deberían, a mi entender, ocupar el tiempo de los juzgados nacionales. Desde mi punto de vista, debería excluirse del discurso especialmente protegido aquellas expresiones

²⁹ Corte IDH, caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, § 113; Corte IDH, caso “Ivcher Bronstein vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C, N° 74, § 152; caso “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, § 69.

³⁰ RELE, *Marco jurídico interamericano sobre libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF, 30 diciembre, 2009, § 232. Desde el 2009, la RELE en un esfuerzo de proveer claridad a esta materia, basada en la jurisprudencia de la Corte hizo referencia a tres tipos de discursos que entrarían en la categoría de especialmente protegidos: el discurso político y sobre asuntos de interés público, el discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos y el discurso que configura elemento de identidad o dignidad de quien se expresa. En realidad, pienso que hay solo dos.

³¹ ECHR, caso “Delfi As vs. Estonia”, sentencia de la Gran Cámara, 16 de junio de 2015.

³² Antkowiak y Gonza, *supra*, p. 238, nota 1.

³³ López Álvarez tiene una postura diferente a la de la Corte respecto a la protección de la expresión sobre sexualidad e identidad de género. RELE, *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*, *supra*, § 21, nota 26.

³⁴ Para más detalles específicos sobre estos casos ver: Antkowiak y Gonza, *supra*, p. 238, nota 1.

que se apoyan en la difusión intencional de información falsa o de información sobre la vida privada de las personas, cuando no revistan interés público y la persona no se hubiera expuesto voluntariamente al debate público.³⁵

2. Discursos con menor protección: necesidad de erradicar la reacción penal

La Corte Interamericana no cuenta con una lista de expresiones claramente ilícitas. Distinguiéndose de la Corte, la RELE consideró que existen ciertos tipos de discursos que se encuentran “excluidos del ámbito de protección del derecho a la libertad de expresión”: 1) la propaganda de guerra y la apología al odio que constituya incitación a la violencia; 2) la incitación directa y pública al genocidio; y c) la pornografía infantil. Este catálogo no surge de decisiones de casos concretos ni es llevado por la Relatoría a su máxima consecuencia en la práctica, debido a que cuando analiza las restricciones a estas expresiones aplica a estos discursos el test tripartito como forma de salvaguardar la libertad de expresión.³⁶ Por su parte, el Relator de las Naciones Unidas en vez de considerar ciertas expresiones fuera de la protección convencional indica que en realidad están sujetas a los condicionamientos de legalidad, necesidad y legitimidad³⁷ y deben ser estrictamente definidas para evitar una visión expansiva de la criminalización de la expresión.³⁸

La lista de expresiones “claramente ilícitas” parece surgir más de la recepción de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en algunos de sus casos en los que niega de plano la protección del artículo 10 por tratarse de conductas dirigidas a la destrucción de otros de los derechos consagrados en el Convención.³⁹ En esta categoría, la Corte Europea atiende los casos de expresiones que niegan el holocausto, que justifican políticas pronazis, que relacionan a musulmanes con graves actos de terrorismo, o que describen a judíos como la fuente del mal en Rusia.⁴⁰

Dejar *prima facie* fuera de la protección convencional de los contenidos “indeseables”, al definir de forma restrictiva el alcance de protección de los

³⁵ Lo contrario sucedió en: Corte IDH, caso “Fontevéchia y D’Amico vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 29 de noviembre de 2011, Serie C, N° 238.

³⁶ RELE, *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*, Capítulo 3 “Discursos no protegidos”, *supra*, pp. 20-21, nota 26.

³⁷ Kaye, David, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión*, U.N. Doc. A/HRC/35, 2018, § 8.

³⁸ Kaye, *supra* nota 7.

³⁹ Chang, *supra* nota 10.

⁴⁰ ECHR, “Delfi vs. Estonia”, § 136.

instrumentos internacionales, genera preocupación en algunos académicos⁴¹ y puede constituir un campo fértil para la censura.

La Corte Interamericana no ha hecho eco de estas “exclusiones” del ámbito de protección, quizás porque los casos analizados hasta el momento no han permitido tematizar los discursos a los que la propia Convención pareciera otorgar un grado menor de protección. La Corte Interamericana no se ha pronunciado sobre discursos verdaderamente problemáticos como discursos de odio o incitación a la violencia, o sobre información cuya circulación dañara o pusiera en grave peligro la vida o la integridad de las personas. No contamos con jurisprudencia de la Corte que desarrolle los incisos 4 y 5 del artículo 13 de la Convención Americana.⁴²

La falta de un desarrollo claro de conceptos convencionales puede afectar la libertad de expresión en internet si se empezara a vislumbrar un sistema de obligaciones y responsabilidades para las empresas y se desarrollara un régimen de responsabilidad de intermediarios por contenidos de terceros,⁴³ siguiendo a los principios ya desarrollados por la Corte Europea, sin atender los propios de la región.

La única jurisprudencia en la que parece perfilarse a reprochar algún tipo de expresión ha sido desarrollada en el marco de la protección de los derechos al honor y a la reputación de las personas, a través de las figuras penales de injurias y calumnias,⁴⁴ o de la vida privada a través de sanciones civiles,⁴⁵ permitidas hasta ahora al interpretar el artículo 13.2. Estos precedentes generan preocupación si fueren trasladados directamente a la discusión en línea. Internet constituye un espacio en donde cualquier persona puede verter sus comentarios, opiniones y sentimientos y, si la jurisprudencia actual en libertad de expresión es directamente aplicable, exponerse a sí misma o a

⁴¹ Nowak, 361.

⁴² Corte IDH, caso “Perez y otros vs. Venezuela”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28 de enero de 2009, Serie C, N° 195; Corte IDH, caso “Ríos y otros vs. Venezuela”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 28 de enero de 2009, Serie C, N° 194. En la sentencia “Perez y otros y Ríos y otros vs. Venezuela”, la Corte no se pronunció sobre declaraciones incendiarias realizadas por varios funcionarios públicos. Estas declaraciones identificaban medios de comunicación y parte de su personal como enemigos del pueblo venezolano que planeaban acciones subversivas.

⁴³ RELE, *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*, *supra*, nota 3, § 104, nota 7.

⁴⁴ Corte IDH, caso “Mémoli vs. Argentina”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de agosto de 2013, Serie C, N° 265. Único caso que entiende que no hay violación a libertad de expresión.

⁴⁵ Corte IDH, caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”.

intermediarios a una sanción penal por discurso ofensivo. Lamentablemente, algunas experiencias en la región de no tolerancia de la crítica o la referencia del derecho penal⁴⁶ o civil⁴⁷ por funcionarios públicos genera un panorama poco alentador para el desarrollo de consensos sobre la temática.⁴⁸

La sentencia en el caso “Mémoli vs. Argentina” es el precedente más delicado en materia de difamación para sostener con vehemencia la aplicación directa de los estándares interamericanos para proteger la libertad de expresión en internet. Por un lado, la Corte no solo consideró legítimo el uso del derecho penal para proteger el honor y la reputación de toda persona, sino que lo consideró una obligación positiva del Estado. Parte de los hechos tienen que ver con expresiones vertidas en denuncias públicas, administrativas y penales por parte de los periodistas Mémoli sobre el manejo de una mutual. La Corte –con tres disidencias– consideró que se trataba de asuntos que no revisten interés público. El Tribunal encontró particularmente grave que las expresiones se refirieran a personas privadas como posibles autores o encubridores de delitos, o su calificación como “delincuentes”, “inescrupulosos”, “corruptos” o que “se manejan con tretas y manganetas”, entre otras. Para la Corte Interamericana era suficientemente previsible para los autores de las expresiones que las mismas podrían dar lugar a una acción judicial por alegada afectación al honor o la reputación de los querellantes,⁴⁹ postura que en la actualidad hasta la Corte Europea considera una perspectiva que requiere una excesiva e impracticable previsión capaz de socavar el derecho a impartir información en internet.⁵⁰

La Corte Interamericana afirmó que la sanción penal a los periodistas era proporcionada y no estudió si el Estado había usado la restricción menos lesiva, ni si se habían corroborado otros elementos consagrados en el derecho internacional como la intencionalidad y falsedad de la información. Además, no reprochó la utilización de un tipo penal sobre el cual la propia Corte había

⁴⁶ Para analizar la realidad de estos delitos luego de despenalizaciones parciales ver: Del Campo, *Calumnias e injurias. A dos años de la reforma del Código Penal Argentino*, *supra* nota 13.

⁴⁷ Del Campo, *Calumnias e injurias. La situación en el fuero civil después de la Ley 26.551*, *supra* nota 13.

⁴⁸ Ver también Canicoba Corral, Rodolfo Aristides el Acevedo, Sergio Edgardo y otros sin daños y perjuicios, 14 de agosto de 2013. Sentencia de la Corte Suprema de Argentina, protegiendo a funcionarios públicos de insultos.

⁴⁹ Corte IDH, caso “Mémoli vs. Argentina”, § 137.

⁵⁰ Bange, Amalie, “Case Law from the European Court of Human Rights in 2016”, en: *National Law Review*, junio, 2017, disponible en: <https://www.natlawreview.com/article/case-law-european-court-human-rights-2016>, último acceso: 21 de enero de 2019.

exigido su modificación en una sentencia previa, por no cumplir con el principio de legalidad. Esta postura es contraria a los puntos de vista de numerosos expertos que sostienen que las sanciones penales paralizan la libertad de expresión y debilitan la democracia al proteger el poder y el privilegio.⁵¹

Por otro lado, esta sentencia corroboró algo que venía vislumbrándose desde la decisión del caso “Kimel”, en el sentido de que no existe inmunidad de interferencia estatal sobre opiniones, y desarrolló en más detalle la “gran responsabilidad” de los medios de comunicación y periodistas, al exigir deberes de veracidad e imparcialidad, contrario a los Principios de Libertad de Expresión de la CIDH.⁵² De esta forma, se vislumbra en la Corte Interamericana una categoría amplia especialmente protegida en la que entran el discurso de interés público y referido a identidad y dignidad, y, por otro lado, una menor protección de expresiones que afectan al honor, a la reputación y a la vida privada, pero sin claridad sobre la consecuencia diferencial de caer en una u otra categoría.

IV. Censura previa: estándares actuales ante el dilema de bloqueo y filtrado de contenidos por el Estado

Resultará difícil aplicar directamente los estándares vigentes en materia de censura a las expresiones en internet. El artículo 13.4 de la Convención prohíbe de forma tajante la censura previa salvo para “los espectáculos públicos (...) con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia”. La prohibición de la censura previa es única en la Convención Americana, al compararla con otros tratados de derechos humanos. Los Principios de la Comisión Interamericana incluso requieren a los Estados que prohíban la censura por ley.⁵³ En principio, tanto el Estado como las empresas involucradas en internet no deben censurar y deben permitir la difusión de información de toda índole.

⁵¹ Lisby, Gregory C., “No Place in the Law: The Ignominy of Criminal Libel in American Jurisprudence”, en: *Communication Law and Polity*, Vol. 9, Nº 4, 2004, pp. 433-438. También ver: Emerson, Thomas I., *The System of Freedom of Expression*, Nueva York, Random House, 1970; García Ramírez, Gonzalo y Ramos Vázquez, 58-59. Algunos autores defienden una despenalización parcial de la expresión. Ver, por ejemplo, Villanueva, Ernesto, *Derecho de la información*, México D.F., H. Cámara de Diputados, LIX Legislatura, Universidad de Guadalajara, Miguel Ángel Porrúa, 2006, p. 351; Bertoni, Eduardo, *Libertad de expresión en el Estado de derecho*, Buenos Aires, Del Puerto, 2008, pp. 7-10.

⁵² Antkowiak y Gonzalo, *supra*, p. 241, nota 1.

⁵³ Artículo 13.5.

La Corte no ha definido minuciosamente lo que entiende por censura previa ni establecido de forma detallada cuáles son los controles del Estado que se encuentran categóricamente prohibidos.⁵⁴ Muchos casos que podrían entenderse como controles previos por el Estado han sido analizados bajo la perspectiva de responsabilidades ulteriores o restricciones indirectas.⁵⁵ Tampoco se ha desarrollado jurisprudencia sobre el alcance de la censura que puede ejercer el Estado en la única excepción permitida por el artículo 13.4 de la Convención Americana anteriormente mencionado.

Este artículo necesitaría de mayor desarrollo para poder ser aplicado al internet. Tiene el potencial de abrir la puerta a la regulación de acceso a contenidos para la protección a la niñez y adolescencia, que genera un espacio para atender por ley, por ejemplo, el problema de la pornografía infantil, de especial preocupación para la RELE. Para interpretar la Convención Americana en materia de “censura permitida”, se requiere un desarrollo del concepto de “espectáculos públicos” y “moral de la infancia y la adolescencia”. Salvo esta excepción de censura limitada, la Corte ha sido enfática en señalar que en “todos los demás casos”⁵⁶ la expresión puede estar sujeta solo a responsabilidades ulteriores, pero no a censura.

De acuerdo a la interpretación estricta dada al artículo 13 por la Corte Interamericana hasta este momento, la Convención no permitiría la censura previa incluso sobre expresiones desalentadas por el artículo 13.5 que supongan “propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”. De acuerdo a la Convención, esta expresión “estará prohibida por la ley” pero –hasta el momento– no sujeta a la censura del Estado, sino a responsabilidades ulteriores que esa ley determine.⁵⁷ En la práctica, esta conclusión llevaría a afirmar el derecho a publicar por una vez todo tipo de contenidos sin control por parte del Estado ni de empresas involucradas, que se sujeta siempre al régimen de responsabilidades ulteriores luego de la difusión.

La Relatoría pareciera responder a este dilema a través de la distinción de contenidos con presunción de cobertura convencional de aquellos que no

⁵⁴ Antkowiak y Gonza, *supra* nota 1.

⁵⁵ *Ibíd.*

⁵⁶ Corte IDH, caso “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C, Nº 73, § 70.

⁵⁷ Antkowiak y Gonza, *supra* nota 1.

la tienen, inclusive el inciso 13.5 dentro de expresiones sin cobertura.⁵⁸ Los que tienen presunción de cobertura, es decir, que están claramente protegidos por la Convención Americana, y que no son los discursos de odio, no pueden ser objeto de medidas *ex ante* de filtrado de contenidos por Estados o empresas.⁵⁹ Sin embargo, la RELE entiende que esta presunción puede ser desvirtuada por la autoridad competente, independiente e imparcial, y, una vez desvirtuada, puede estar sujeta a medidas de bloqueo y filtrado de contenidos excepcionalmente. Pero llevar al máximo esta premisa sería muy difícil en la práctica.

La Relatoría ha dado el paso de admitir la adopción de medidas obligatorias de bloqueo y filtrado de contenidos específicos cuando estos sean “abiertamente ilícitos”. Estas medidas deben estar restringidas solamente al contenido ilegítimo, sin afectar otros contenidos, y pasar un estricto juicio de proporcionalidad. Estas conclusiones de la RELE nos llevan de nuevo a la necesidad de distinguir delitos graves del ejercicio legítimo de libertad de expresión.

El problema más difícil de resolver es que los estándares establecen que la determinación del carácter ilícito de un contenido debe provenir de una determinación judicial. Trasladado a internet, este proceso no responde a la realidad de que en la actualidad tanto las empresas como las agencias de noticias en línea trabajan en la moderación de los contenidos, filtrado y bloqueo, sin que esté totalmente claro si la moderación por su parte puede entenderse dentro de los límites convencionales.

V. Necesidad de estudiar con detenimiento la jurisprudencia europea

Aunque se ha entendido a la libertad de expresión como una libertad primordialmente negativa⁶⁰ en donde la mejor ley es la inexistente, la Corte Interamericana ha desarrollado el concepto de obligaciones positivas que genera obligaciones de regular el derecho a la libertad de expresión. Entre

⁵⁸ RELE, *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*, *supra*, nota 3, § 91, nota 7.

⁵⁹ *Ibíd.*, § 91.

⁶⁰ Barendt, Eric, *Freedom of Speech*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 100-103; Aguiar Aranguren, Asdrúbal, *La libertad de expresión. De Cadiz a Chapultepec*, Caracas, SIP, 2002; Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 102.

otras obligaciones positivas, la Corte ha afirmado que los Estados deben garantizar la pluralidad y la diversidad de puntos de vista en los medios,⁶¹ permitir protestas pacíficas, proteger a periodistas en riesgo⁶² y exigir que los funcionarios públicos verifiquen razonablemente la veracidad de los hechos base de sus opiniones.⁶³ Muchas de estas obligaciones repercuten en internet, pero la Corte Interamericana no ha resuelto el nivel de regulación permitido en relación con terceros intermediarios. En este contexto, la Corte Europea puede constituirse como una fuente de referencia en tanto ha desarrollado jurisprudencia y la Corte Interamericana se ha mostrado más abierta a incorporarla en sus decisiones.

La RELE promueve en su informe sobre Libertad de Expresión e Internet⁶⁴ que las responsabilidades ulteriores se impongan solo a los autores de las expresiones, no a los intermediarios y acepta que se establezca un sistema de inmunidad de responsabilidad de intermediarios por actos de terceros. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Europea es extremadamente exigente respecto de páginas de internet que facilitan la distribución de contenidos y noticias.

El caso “Delfi vs. Estonia” decidido por la Corte Europea marca el camino para una internet con fuerte poder de censura por parte de Estados y empresas. En este caso, la Gran Cámara de la Corte Europea desarrolló una serie de obligaciones extremadamente fuertes para portales de noticias con fines comerciales, por los comentarios de terceros publicados en respuesta a sus contenidos. La Corte Europea determinó obligaciones para las empresas proveedoras de servicios de contenidos de interferir en la libre circulación de comentarios en línea, aun cuando no reciban notificación de una posible víctima o terceros.⁶⁵ La Corte desarrolló la obligación de respeto al honor y el buen nombre por parte de empresas, para evitar causar daños y prevenir la publicación de comentarios con contenidos evidentemente ilícitos. El artículo publicado era balanceado, pero los comentarios anónimos eran vulgares, humillantes, difamatorios y amenazantes. Desde mi punto de vista, la Corte Europea los terminó considerando discurso de odio e incitación a la violencia de forma excesiva. La Gran Cámara encontró responsabilidad

⁶¹ Corte IDH, caso “Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 22 de junio de 2015, Serie C, N° 293, §§ 143-145.

⁶² Antkowiak y Gonza, *supra*, p. 233, nota 1.

⁶³ Corte IDH, caso “Perozo y otros vs. Venezuela”, nota 33, § 151.

⁶⁴ RELE, *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*, *supra*, § 82, nota 7.

⁶⁵ ECHR, “Delfi vs. Estonia”, Gran Cámara, 16 de junio de 2015.

del intermediario, a pesar de que se había procedido a la remoción rápida de los comentarios luego de haber sido notificados, así como también había establecido distintos sistemas de moderación, unidos a advertencias sobre que los comentarios realizados no representaban la opinión de la empresa.⁶⁶ De esta manera, la Corte Europea permite y exige a los Estados que impongan responsabilidades de control proactivo de expresión a los portales de noticias de internet, y dando una luz verde a la censura.

Aunque en otros casos luego de “Delfi”, la Corte Europea intentó terciar estos deberes por parte de intermediarios al ser más permisiva sobre el discurso agresivo en comentarios en portales de noticias, el peligro de establecer sistemas automáticos de censura en línea por las empresas todavía es latente, debido a la falta de línea clara para delimitar cuándo entramos en discursos de odio.⁶⁷ En el caso “Tamiz vs. The United Kingdom”, la Corte Europea tomó una postura diferente en relación con proveedores de servicios en internet que no son gestores de contenidos. En este caso, se pronunció sobre la posible responsabilidad de Google respecto de comentarios vertidos en un blog que usaba su plataforma “Blogger.com”. Aquí coincidió con las cortes domésticas al no encontrar responsabilidad de Google por comentarios de terceros y que en proveedores de internet solo podría darse si fallaran en remover inmediatamente o inhabilitar el acceso a la plataforma una vez que se enteren de la ilegalidad de los mismos.⁶⁸ Al hacerlo, la Corte tuvo un pronunciamiento que podría generar una reflexión sobre qué hacer con los comentarios vertidos en internet. Señaló que los comentarios potencialmente injuriosos pueden, en el contexto de internet, ser entendidos como conjeturas que no deben ser tomadas seriamente,⁶⁹ para fomentar un mundo en línea más tolerante.

Estas experiencias muestran que no es aconsejable trasladar directamente la jurisprudencia europea a nuestra jurisprudencia: nos hace falta discutir si es necesario generar una presunción de no responsabilidad de todo intermediario que pueda ser superada en ciertas ocasiones, o sentar como principio un sistema escalonado de obligaciones de intermediarios que dependa de su relación con los contenidos que publican o facilitan.

⁶⁶ *Ibid.*, § 159.

⁶⁷ En “Magyar Tartalomzolgálatok Egyesuelete and Index.hu Zrt vs. Hungary” se intenta marcar una diferencia al señalar que en el caso concreto no se trataba de discurso de odio o incitación a la violencia.

⁶⁸ “Tamiz vs. The United Kingdom”, § 84.

⁶⁹ *Ibid.*

VI. Recomendaciones para proteger la libertad de expresión en internet en el Sistema Interamericano

De conformidad a los capítulos desarrollados en este artículo, considero que en este momento no es oportuno activar pronunciamientos en abstracto sobre libertad de expresión e internet en el Sistema Interamericano, especialmente por la Corte Interamericana en su jurisdicción consultiva. La Relatoría ya hizo el trabajo temático y es momento de profundizar los estudios legislativos regionales y el análisis de las políticas de empresas que generan la mayor cantidad de controversias en nuestro continente. De esta manera, en el Sistema Interamericano necesitamos identificar las actuales lagunas, al activar la discusión a través de audiencias públicas y reuniones intersectoriales. Para ello sería importante:

- a. *Reconocer la necesidad de revertir cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana* para impulsar la despenalización de toda expresión, de forma que impida transferir las dificultades que trajeron los problemas metodológicos en la interpretación de la Corte Interamericana del artículo 13 de la Convención Americana. En este proceso, tanto la sociedad civil como la Comisión Interamericana deberían evitar solo rescatar los desarrollos de *obiter* que tienen una apariencia de protección amplia a la libertad de expresión y alertar a la Corte sobre el efecto nocivo de su jurisprudencia permisiva en el uso del derecho penal para sancionar la expresión.
- b. *Construir una identidad diferenciada de la RELE en relación a la Corte Interamericana* y retornar a la definición amplia de expresiones especialmente protegidas por la Convención, incluidas las opiniones, las expresiones de interés público o referidas a temas de interés público y darles inmunidad. Solo para los casos de difamación intencional grave por difusión de información falsa⁷⁰ o información de vida privada, recurrir al derecho de daños en sede civil, con protecciones especiales para periodistas y estrictos requerimientos de prueba para el denunciante: a) conocimiento de la falsedad de la información difundida o negligencia por descubrir la verdad, y b) daño concreto. Para el desarrollo sobre expresiones que, aunque tienen algo de protección en la Convención, no están especialmente protegidas, debe

⁷⁰ CIDH, principio 10 de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión.

partir de una interpretación estricta de la Convención Americana y evitar que puedan encuadrarse en ellas expresiones legítimas. De ella saldrán expresiones que puedan afectar los derechos de la niñez y la adolescencia protegidos en el artículo 13.4 y los discursos de odio e incitación a la violencia reprochados por el artículo 13.5.

- c. *Apoyar iniciativas para completar estudios regionales sobre legislación tendiente a regular internet y políticas empresariales vigentes*, de forma tal de poder completar el análisis del *status quo* lo antes posible,⁷¹ al entablar un diálogo con los Estados y empresas sobre la necesidad de uniformar la regulación de la materia con base a los principios de derechos humanos.
- d. *Aportar a la discusión regional sobre mecanismos alternativos efectivos* para la resolución de conflictos de derechos, que no fueren la respuesta penal y el uso abusivo del derecho civil de daños: mediación, disculpas, réplicas, correcciones, retracciones para proteger otros derechos,⁷² consejos de prensa, iniciativas multisectoriales.
- e. *Integrar la libertad de expresión en la agenda internacional de empresas y derechos humanos*. Los pasos a seguir en el futuro no pueden darse divorciados del desarrollo de la agenda de Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas. Distintas iniciativas en el ámbito universal han dado contenido concreto a las obligaciones de los Estados y de las empresas desde que se adoptaran los Principios de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos en el 2011. Para poder subirse al ritmo de la rápida evolución de respuestas por Estados, empresas y organismos internacionales, debemos evitar duplicar el trabajo realizado por expertos, analizarlos críticamente e identificar las lagunas. Asimismo, para dar contenido a las obligaciones de debida diligencia establecidas en los Principios Rectores de

⁷¹ Apoyar proyectos tendientes a ello en vez de duplicarlos en los órganos del sistema es una buena práctica. Ver: CELE, Observatorio Legislativo en Libertad de Expresión, el que cuenta con los resultados de los cuatro primeros países monitoreados: Argentina, Ecuador, México y Perú, disponible en: <http://observatoriolegislativocele.com>, último acceso: 22 de enero de 2019; Centro de Estudios en Libertad de Expresión (CELE), Universidad de Palermo, *La regulación de internet y su impacto en la libertad de expresión en América Latina*, Buenos Aires, CELE, UP, marzo, 2018.

⁷² Milo, Darío, *Defamation and Freedom of Speech*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 256-279.

Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, contamos con las guías recientes emitidas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)⁷³ y por el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas.⁷⁴ Estos informes contienen recomendaciones pertinentes para nuestra región.

- f. Aumentar la diversificación de los actores presentes en las mesas de diálogo, eventos de discusión, consultas oficiales de los distintos mecanismos universales y regionales de derechos humanos, para lograr mayor comprensión sobre los estándares sugeridos. Evaluar los avances y desafíos de las iniciativas intersectoriales. Esto se puede lograr al generar mecanismos efectivos que logren la participación oficial de directores ejecutivos y departamentos legales pertinentes en los procesos consultivos. Recientemente el Relator de las Naciones Unidas sobre Libertad de Expresión presentó un informe sobre obligaciones del sector de la tecnología de la información y las comunicaciones, para lo cual visitó distintas compañías. Es un buen punto de partida para enmarcar la discusión. Sin embargo, debemos generar foros de discusión en donde sectores de derechos humanos y empresas entablen diálogos honestos, provean posturas oficiales y se nutran de las fortalezas de cada sector. En este sentido, el informe del Relator solo contó con la respuesta de una empresa, pese a que visitó personalmente varias.⁷⁵*
- g. Trabajar con los Estados en los procesos de nominación de integrantes de los órganos del sistema y promover el nombramiento en los órganos del sistema de integrantes preparados para atender el desafío de internet, con profundo conocimiento en mecanismos alternativos menos lesivos.*

⁷³ OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, mayo, 2018.

⁷⁴ Organización de las Naciones Unidas (ONU), "Informe del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre medidas adoptadas por las empresas y los Gobiernos para avanzar en la aplicación de la diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos", ONU A/73/163, 16 de julio, 2018.

⁷⁵ Kaye, David, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión*, U.N. Doc. A/HRC/35, 2018.

Bibliografía

- Aguiar Aranguren, Asdrúbal, *La libertad de expresión. De Cadiz a Chapultepec*, Caracas, SIP, 2002.
- Antkowiak Thomas M. y Gonza, Alejandra, *The American Convention on Human Rights: Essential Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2017.
- Bange, Amalie, “Case Law from the European Court of Human Rights in 2016”, en: *National Law Review*, junio, 2017, disponible en: <https://bit.ly/2IpWcWR>, último acceso: 21 de enero de 2019.
- Barendt, Eric, *Freedom of Speech*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- Centro de Estudios en Libertad de Expresión (CELE), Universidad de Palermo, *La regulación de internet y su impacto en la libertad de expresión en América Latina*, Buenos Aires, CELE, UP, marzo, 2018.
- Centro de Estudios en Libertad de Expresión (CELE), *La regulación de internet y su impacto en la libertad de expresión en América Latina*, p. 10, disponible en: <http://observatoriolegislativocele.com>, último acceso: 21 de enero de 2019.
- Chang, Brian, “From Internet Referral Units to International Agreements: Censorship of the Internet by the UK and EU”, en: *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 49, N° 2, Nueva York, 2018.
- Del Campo, Agustina, *Calumnias e injurias. A dos años de la reforma del Código Penal Argentino*, Buenos Aires, Centro de Estudios en Libertad de Expresión (CELE), Universidad de Palermo, septiembre, 2012.
- Del Campo, Agustina, *Calumnias e injurias. La situación en el fuero civil después de la Ley 26.551*, Buenos Aires, Centro de Estudios en Libertad de Expresión (CELE), Universidad de Palermo, 2013.
- Emerson, Thomas I., *The System of Freedom of Expression*, Nueva York, Random House, 1970.
- Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991.
- Kaye, David, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión*, U.N. Doc. A/HRC/32/38, 11 de mayo, 2016.

- Kaye, David, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión*, U.N. Doc. A/HRC/35, 6 de abril, 2018.
- Lisby, Gregory C., “No Place in the Law: The Ignominy of Criminal Libel in American Jurisprudence”, en: *Communication Law and Polity*, Vol. 9, N° 4, 2004, pp. 433-438.
- Milo, Darío, *Defamation and Freedom of Speech*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Rápido Ragozzino, Martina, *La inexistencia del requisito de daño irreparable para que se otorguen medidas de protección respecto al derecho a la libertad de expresión en el Sistema Interamericano. Reflexiones sobre el derecho a la libertad de expresión*, Quito, Editora Jurídica Cevallos, febrero, 2018.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU), “Informe del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre medidas adoptadas por las empresas y los Gobiernos para avanzar en la aplicación de la diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos”, ONU A/73/163, 16 de julio, 2018.
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE), *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.4/09, 25 de febrero, 2009.
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*, OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.17/17, 15 de marzo, 2017.

Dieciocho años de la Declaración de Principios de la Libertad de Expresión: ¿cuál es su futuro frente a lo que hemos aprendido?

Issa Luna Pla

Resumen

En este artículo se argumenta que la Declaración de Principios de la Libertad de Expresión, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el año 2000, es un instrumento de política creado bajo elementos contextuales. Sin embargo, en la práctica y en el campo de las ciencias sociales los presupuestos conceptuales fueron superados y las expectativas de generar impacto normativo no son evidentes. Aquí se describen los antecedentes de la Declaración, y se analizan los discursos y las narrativas de los redactores de la época, desde el enfoque de los derechos humanos. Asimismo, se presenta la literatura académica empírica que ha criticado a los presupuestos y a las narrativas y se discute la vigencia de los postulados. El artículo concluye con un análisis sobre el futuro de la Declaración como instrumento de defensa de la libertad de expresión.

I. Introducción

El Sistema Interamericano protege a nivel regional la garantía de los derechos humanos entre los países Estados miembros de la Organización Americana de Derechos Humanos.¹ Este sistema está integrado por dos instituciones fundamentales en la protección de los derechos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (con sede en Washington D.C.,

¹ Para conocer sobre el Sistema Interamericano y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ver: <https://bit.ly/1kmG4oH>, último acceso: 18 de enero de 2019.

Estados Unidos) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (con sede en San José, Costa Rica). Ambas instituciones aplican e interpretan el principal instrumento de derecho internacional regional en el hemisferio: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como el Pacto de San José, que data del año 1969.²

En el año de 1997, la Comisión Interamericana creó, por acuerdo de los Estados miembros, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, como oficina permanente encargada de promover la defensa de las libertades de expresión e información previstas en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³ Como parte de esta labor de defensa y promoción, la Relatoría (o RELE) promovió en el año 2000 la Declaración de Principios de la Libertad de Expresión, firmada por diversos jefes de los Estados miembros como manifestación del compromiso político de respetar la libertad de expresión en los países de la región.

A dieciocho años de la publicación de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión, los editores de este libro plantean un debate revisionista pertinente: ¿qué tan vigente y útil ha sido esta Declaración en el Sistema Interamericano? ¿Es correcto afirmar que la Declaración generó un “estándar” en la región? ¿La Declaración se convirtió en un mecanismo de interpretación de la Convención y en una herramienta de defensa de las libertades de expresión e información como se pretendió?

En este artículo se ofrecen algunas respuestas a las preguntas planteadas. Si bien, para un análisis integral que responda a las preguntas del uso y vigencia de la Declaración de Principios, habría que estudiar los marcos normativos de los Estados miembros y la jurisprudencia de sus cortes constitucionales, este artículo se centra exclusivamente en el trabajo y la jurisprudencia derivados de las instituciones del Sistema Interamericano. El análisis se presenta tanto en el nivel normativo, es decir, el impacto jurisprudencial y las veces que se ha mencionado la Declaración de Principios en las decisiones de la Comisión y la Corte Interamericanas, así como en el nivel discursivo de la Declaración de Principios, como texto con intenciones políticas orientadas a la defensa y a la promoción de la libertad de expresión en los países del hemisferio.

² Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponible en: <https://bit.ly/2nQn5q5>, último acceso: 18 de enero de 2019.

³ Sobre el origen de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ver: <https://bit.ly/2nQn5q5>, último acceso: 18 de enero de 2019.

II. Elementos contextuales de la Declaración del 2000

El cambio de siglo marcó momentos relevantes para diversas democracias en la región. El sentimiento de abandonar el pasado de Gobiernos opresores y autoritarios en diversos países se acrecentó con la idea de la evolución, del progreso económico y de la garantía de las libertades cívicas. El final de los años 90 tuvo debates y movimientos intensos de defensa de la libertad de expresión y manifestación, derivados de las reminiscencias de la turbulencia política de las tres décadas precedentes. El cierre de dicha era lo marcó el consenso regional en torno a la creación de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Pero la construcción institucional para la aplicación del marco jurídico regional de derechos, y de la RELE, se hizo a base de consensos materializados en las declaraciones de compromisos y de principios semánticamente admisibles en las nuevas narrativas democráticas.

La Declaración de Chapultepec en 1994, la Declaración de Santiago en 1998 y, finalmente, la Declaración de Principios de la Libertad de Expresión del 2000 dan cuenta de la actividad entre actores sociales y políticos organizada a nivel internacional. Por primera vez en la historia del sistema interamericano los Estados miembros y la sociedad civil se reunió con la agenda específica de un solo derecho dentro del amplio catálogo de la Convención Americana de Derechos Humanos, para diseñar mecanismos eficientes de vigilancia y coordinación internacional para la libertad de expresión. Y, como todo movimiento social de los derechos humanos, este también se explica a partir de conflictos, de abusos y de la situación fuera de control en relación al respeto de las garantías de la libertad de expresión que compartían los Gobiernos de los países de la región.⁴

La Sociedad Interamericana de Prensa (SIP) fue una organización de periodistas sumamente activa en la época y, en ausencia de la organización de medios audiovisuales, la prensa marcó los tonos de las exigencias y de las demandas de garantía de libertades, gracias a su experiencia acumulada en el sufrimiento de los embates de los Gobiernos hacia los periódicos. En

⁴ Ishay, Micheline R., *The History of Human Rights. From Ancient Times to the Globalization Era*, Oakland, University of California Press, 2004. Robertson, A.H. y Merrills, J.G., *Human Rights in the World. An Introduction to the Study of the International Protection of Human Rights*, Nueva York, Manchester University Press, 1996. Rorty, Richard, "Human Rights, Rationality and Sentimentality", en: Shute, Stephen y Hurley, Susan (eds.), *On Human Rights. Oxford Amnesty Lectures 1993*, Nueva York, Basic Books, 1993, pp. 112-134.

marzo de 1994, la SIP, junto con diversos jefes de Estado, adoptó la Declaración de Chapultepec en el marco de la Conferencia Hemisférica sobre la Libertad de Expresión celebrada en la Ciudad de México.⁵ El principio 1º de dicha Declaración establece que “no hay personas ni sociedades libres sin libertad de expresión y de prensa. El ejercicio de esta no es una concesión de las autoridades; es un derecho inalienable del pueblo”. Este principio, en lo alto de la lista, apuntala el tono narrativo liberal de la época: los Gobiernos demócratas garantizan libertades cívicas por derecho de la sociedad. El discurso de la declaración endurece el énfasis en las obligaciones de los Gobiernos frente a la libertad de expresión, y lleva implícita la demanda de una nueva relación “gobiernos-ciudadanos”, que se aleja de la vieja “gobiernos-gobernados”.

Las prioridades expresadas en los principios de la Declaración de Chapultepec constituyen garantías de la libertad de expresión, la libertad de prensa y el derecho a la información. Para este momento, en los países del hemisferio ya se había ampliado la concepción decimonónica sobre la libertad de expresión, que privilegiaba la protección del emisor de la información. Se modificó significativamente en la segunda mitad del siglo XX para ampliar su alcance y contenido de manera tal que hoy comprende también a los receptores de la información.⁶

La Declaración de Santiago se firmó en la Segunda Cumbre de las Américas en abril de 1998 en Santiago de Chile.⁷ En esta cumbre, los países reconocieron el retraso en la región para garantizar la libertad de expresión y de prensa y al mismo tiempo vieron la necesidad de crear una Relatoría Especial. El nuevo Relator, Santiago Cantón, admitió en su informe anual de 1999 que la libertad de expresión e información en el hemisferio habían “mejorado notoriamente” en comparación con décadas pasadas, “cuando los

⁵ La Declaración fue ratificada por jefes de Estado y de Gobierno de: Argentina, Bolivia, Belice, Brasil, Chile Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Puerto Rico, Uruguay, Estados Unidos y República Dominicana.

⁶ López Ayllón, Sergio y Luna Pla, Issa, “Comentario artículo 6º constitucional”, en: Ferrer McGregor Pisot, Eduardo y Guerrero Galván, Luis René, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, México D.F., Miguel Ángel Porrúa, 2016. Luna Pla, Issa, *Movimiento social del derecho de acceso a la información en México*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2013. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *El acceso a la información como derecho*, Buenos Aires, Centro de Estudios Sociales y Legales, 2000.

⁷ “Declaración de Santiago”, Segunda Cumbre de las Américas, en: *Documentos oficiales del proceso de cumbres de Miami a Santiago*, Vol. I, Oficina de Seguimiento de Cumbres, Organización de los Estados Americanos, Santiago de Chile, 18-19 de abril, 1998.

regímenes dictatoriales y autoritarios” la restringían fuertemente.⁸ Ciertamente, la creación de la RELE en este contexto ya era en sí mismo una evidencia de esta mejoría y avance en reconocimiento de los abusos por parte de los Gobiernos y el compromiso de construir instituciones que impidan regresiones. Sin embargo, el mismo Relator afirmó que los primeros problemas que registró la Relatoría a sus casi dos años de existencia eran graves. En su informe 1999, la RELE documentó que en diversos países las prácticas de censura previa eran generalizadas, los asesinatos, las amenazas y los ataques a periodistas reiterados, y las persecuciones judiciales contra los comunicadores estaban respaldadas por la existencia de leyes de desacato.⁹ Las condiciones y las fuerzas políticas se manifestaron en otro tipo de ataques a los medios de comunicación en esta era, y para ellas se requirieron nuevas demandas, límites y controles al poder, reclamos de libertad, y tal como sucedió en las declaraciones políticas de Chapultepec y Chile: la creación de nuevos principios (o valores) para proteger la libertad de expresión.

A diferencia de las declaraciones anteriores, impulsadas exclusivamente por grupos de periodistas y víctimas de los abusos, en esta ocasión el Relator Especial reconoció “la necesidad imperiosa de desarrollar principios para fortalecer las democracias del hemisferio”. La Declaración no solamente protege periodistas sino también a medios de comunicación, pues estos últimos fungían como intermediarios en el modelo teórico ciudadanos-gobiernos.

La CIDH aprobó, en octubre de 2000, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión elaborada por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. El objetivo detrás de esta Declaración fue constituir un marco de referencia para el desarrollo de la legislación en materia de libertad de expresión, como guía para la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Relator Especial también la justificó a partir de la presunción de que serviría como uno de los instrumentos hemisféricos principales para la defensa, la promoción y la protección del derecho a la libertad de expresión.¹⁰ Aquí las razones de existencia y creación de los principios se distinguen de las declaraciones anteriores por dos intensiones: a) la creación de estándares, modelos de

⁸ Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1999, p. 15, disponible en: <https://bit.ly/2U1qBwq>, último acceso: 18 de enero de 2019.

⁹ *Ibid.*, p. 7.

¹⁰ Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2000, p. 4, disponible en: <https://bit.ly/2KWqR0R>, último acceso: 18 de enero de 2019.

representación de la garantía ideal de la libertad de expresión para ser emulados por los Estados miembros, y b) el uso político (y jurídico) de la Declaración para defender el derecho y como mecanismo de expansión de la interpretación de la Convención.¹¹ Este último punto contrajo un debate académico normativo importante sobre la fuerza y la validez del documento dentro del sistema jurídico del derecho internacional, en su intención de desarrollar una interpretación de la libertad plasmada en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹² A dieciocho años de la publicación de la Declaración de Principios, ¿es correcto afirmar que la Declaración generó un “estándar” en la región? ¿La Declaración se convirtió en un mecanismo de interpretación de la Convención y en una herramienta de defensa de las libertades de expresión e información?

III. Aplicación jurídica de la Declaración de Principios

La Declaración inaugura el siglo XXI con viarios dilemas, paradigmas y plegarias, y pone ciertas expectativas en este instrumento para agendarlos y resolverlos. Las estrategias de defensa de la Declaración apuestan a la creación de estándares regionales, que definan valores comunes y sean herramientas para ser usadas por otros grupos de defensa en sus argumentaciones y alegatos jurídicos frente a las autoridades judiciales y a los Gobiernos opresores. En este apartado, se analiza el uso que ha tenido la Declaración por las instituciones del Sistema Interamericano y cuál impacto normativo es posible advertir.

En el año 2000, la situación de la libertad de expresión en la región estaba suficientemente diagnosticada, gracias a la coordinación de instituciones y organizaciones de la sociedad civil y a su larga historia de defensa. Uno de

¹¹ “Luego de un amplio debate con diversas organizaciones de la sociedad civil y en respaldo a la Relatoría para la Libertad de Expresión, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión durante su 108° período ordinario de sesiones en octubre del año 2000. Dicha declaración constituye un documento fundamental para la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Su aprobación no solo es un reconocimiento a la importancia de la protección de la libertad de expresión en las Américas, sino que además incorpora al sistema interamericano los estándares internacionales para una defensa más efectiva del ejercicio de este derecho”. Ver: Interpretación de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión en: <https://bit.ly/2fls1iP>, último acceso: 18 de enero de 2019.

¹² Stainer, Henry J., Alston, Philip y Goodman, Ryan, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, 2° ed., Oxford, Oxford University Press, 2000. Klabbers, Jan, *An Introduction to International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

los problemas focalizados fue la utilización de los sistemas judiciales para limitar la libertad de expresión y las tareas informativas de los periodistas y de los medios de comunicación. El uso judicial contra la libertad era permitido a través de las leyes conocidas en este hemisferio como leyes de desacato.¹³ El primero en usar la Declaración como herramienta de persuasión fue la RELE y lo hizo en contra del desacato. En su informe anual del 2000, la Relatoría llamó a los Gobiernos a adecuar su legislación interna conforme a los parámetros de la Convención Americana y a los nuevos parámetros de la Declaración.¹⁴ Sin embargo, los casos contenciosos que arribaron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana escasamente recogieron y citaron la Declaración de Principios de la Libertad de Expresión del 2000.

De los 21 casos contenciosos en materia de libertad de expresión e información que se presentaron ante la Corte Interamericana en los últimos dieciocho años, solamente en tres se hizo referencia directa a la Declaración de Principios. En un primer momento, solamente los peritos periodistas y los representantes de las víctimas citaron la Declaración en los alegatos, específicamente en dos casos: “Ricardo Canese vs. Paraguay” sentencia de 31 de agosto de 2004¹⁵ y en “Palamara Iribarne vs. Chile” sentencia del 22 de noviembre de 2005.¹⁶ Durante los primeros años de existencia de la Declaración de Principios solamente la sociedad cercana al Sistema Interamericano, que pidieron justicia internacional, conocían el documento, lo que evidencia que la Declaración no funcionó como un estándar a gran escala y

¹³ Durante el año 2000, la Relatoría recibió información sobre aproximadamente sesenta denuncias de acciones judiciales contra periodistas y medios de comunicación. La Relatoría ha realizado un estudio sobre legislación existente en materia de libertad de expresión y ha corroborado que en varios Estados aún existen y se aplican las leyes de desacato para silenciar la crítica dirigida hacia funcionarios públicos. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

¹⁴ “El Relator Especial recomienda a los Estados miembros que adecuen su legislación interna conforme a los parámetros establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y sé de pleno cumplimiento a lo dispuesto por el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Asimismo, recomienda a los Estados miembros que consideren adecuar su legislación interna y sus prácticas según los parámetros establecidos por la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. El Relator Especial recomienda a los Estados miembros derogar las leyes que consagran la figura de desacato, ya que restringen el debate público, elemento esencial del funcionamiento democrático y además son contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 180.

¹⁵ Disponible en: <https://bit.ly/2G7XAvA>, último acceso: 18 de enero de 2019.

¹⁶ Disponible en: <https://bit.ly/2G93ooE>, último acceso: 18 de enero de 2019.

una herramienta de defensa jurídica como se esperaba.

En un segundo momento, la propia Corte Interamericana citó en el fondo de su sentencia la Declaración de Principios en el apartado de los estándares generales sobre el derecho a la libertad de expresión del caso “Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela”. La Corte se refirió a esta Declaración para explicar el alcance del derecho a la libertad de expresión frente a las diversas formas de restricciones indirectas, así como a los monopolios y a la asignación de licencias de radio y televisión, dados los méritos del caso.¹⁷ Es posible observar que la Corte Interamericana por sí misma no se apropió del texto de la Declaración de Principios al considerarla como estándar de interpretación de la Convención más que en un solo caso (“Granier y otros”) y lo hizo quince años después de su publicación.

Otros casos contenciosos que llegaron a la Corte por violaciones al artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos antes que los tres mencionados arriba no citaron a la Declaración de Principios (“Olmedo Bustos y otros vs. Chile” en 2001; “Ivcher Broinstein vs. Perú” en 2001; “Herrera Ullúa vs. Costa Rica” en 2004). En estos casos previos, la Comisión Interamericana tampoco citó a la Declaración de Principios como estándar y en todo caso, por los tiempos del litigio, no existía todavía este instrumento. El único caso donde la Comisión sí refirió a la Declaración de Principios fue en el caso “Granier y otros”, en su informe de fondo del caso (Nº 112/2) de febrero de 2013.¹⁸ Asimismo, la Comisión Interamericana citó a la Declaración también en una ocasión más en sus informes de fondo. Además del caso Garnier, lo hizo en el análisis del cumplimiento de obligaciones del Estado para garantizar la vida de Monoel Leal de Oliveira y en su interpretación del artículo 13 de la Convención Americana, como consta en el informe Nº 37/10 caso Nº 12.308.¹⁹

La Declaración que aquí estudiamos fue un instrumento firmado por los mandatarios de los Estados miembros del Sistema Interamericano, pero, desde su creación, la RELE promovió y participó en diversas declaraciones conjuntas firmadas entre organismos internacionales, organizaciones de la sociedad civil, expertos, periodistas y activistas en el campo. Por ejemplo, en el mismo año 2000 se acordó la Declaración Conjunta del Relator Especial

¹⁷ Caso “Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela”, §§ 143 y 163, sentencia del 22 de junio de 2015, disponible en: <https://bit.ly/1hRj7cs>, último acceso: 18 de enero de 2019.

¹⁸ Disponible en: <https://bit.ly/2JvISn1>, último acceso: 18 de enero de 2019.

¹⁹ Caso Manoel Leal de Oliveira de marzo del 2010, disponible en: <https://bit.ly/2UoAJVa>, último acceso: 18 de enero de 2019.

de las Naciones Unidas sobre Libertad de Expresión, el representante de la OSCE sobre Libertad de los Medios y la RELE.²⁰ Como esta declaración conjunta existen otras más que versan sobre los problemas regionales más destacados, como antiterrorismo (radiodifusión e internet), diversidad en radiodifusión, difamación de religiones, violencia contra periodistas o el combate al extremismo violento.²¹ A diferencia de la Declaración de Principios de la Libertad de Expresión del 2000, las declaraciones conjuntas no contaron con el acuerdo de los Estados miembros, pero siguieron la misma estrategia de defensa: crear estándares regionales de la protección y de la interpretación del artículo 13 de la Convención Americana.

La consecución de otras declaraciones promovidas por la RELE, vinculadas con las conductas de expresión humana y sus efectos frente a los Gobiernos, es indicativo de que la Declaración del 2000 fue generalista en su redacción y aludía a problemas que pronto quedaron rebasados por nuevas formas de amenazar esta libertad. Una forma de explicar esto es porque su poder normativo político fue corto y escaso en el derecho regional, pues en la jurisprudencia del Sistema Interamericano no tuvo la fuerza normativa esperada, y la RELE, junto con las organizaciones cercanas al Sistema Interamericano, recurrieron a la misma fórmula en sus estrategias de defensa a través de nuevas declaraciones.

Desde luego que faltaría analizar si la Declaración de Principios, como estándar, impactó el derecho nacional a través de las leyes y de la jurisprudencia de las cortes constitucionales, para poder determinar con mayor precisión si su fuerza de estándar ha sido evidente. Un análisis de esa naturaleza ameritaría revisar la validez o la jerarquía constitucional que cada país miembro del Sistema Interamericano le asignaba a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y luego discutir lo mismo para un documento político como la Declaración de Principios. Esto último nos permite advertir que los Estados difícilmente se apropiaron de esta Declaración, pues como documento político no aprobado por las dos terceras partes de los representantes de los pueblos, su validez normativa es discutible. A lo mucho, la Declaración de Principios impactó como discurso entre aquellos defensores por excelencia de la libertad de expresión: las asociaciones, los periodistas y la RELE, y las características de estos nos permiten analizar su trascendencia en los 18 años transcurridos.

²⁰ Disponible en: <https://bit.ly/2DgRw2b>, último acceso: 18 de enero de 2019.

²¹ Ver todas en: <https://bit.ly/2U4Itl1>, último acceso: 18 de enero de 2019.

IV. El nivel discursivo de la Declaración de Principios

El argumento sobre el que me interesa avanzar en este apartado es que los efectos normativo-políticos de la Declaración, junto con otros elementos, dependen de los discursos y de las narrativas en los que estaban basados. La Declaración de Principios de Libertad de Expresión del año 2000 hereda del siglo anterior las altas expectativas que establecieron las nuevas democracias latinoamericanas, basadas en la idea de una relación ciudadanos-gobiernos en regímenes no dictatoriales.

Por un lado, abundan preconcepciones liberales sobre la función y la relevancia de garantizar esta libertad frente a los Gobiernos modernos, y por otro, se expanden creencias en torno al impacto y efectos de la libertad de expresión en la relación gobierno-ciudadanos. En este apartado se identifican algunas preconcepciones y creencias, al tiempo que se discuten y contrastan con estudios empíricos de corte científico.

Valga advertir que, la Declaración, al ser un instrumento con un objetivo político-jurídico, no parte de premisas empíricas bien explicadas y demostradas. Se limita a enunciar y a describir cualidades y categorías conceptuales propias de un discurso. Por esta razón, es omisa en explicar cómo se lograrán sus objetivos y expectativas, y en qué aspectos y bajo cuáles circunstancias y contextos la garantía de la libertad de expresión (como cuerpo normativo) puede alcanzar esas metas.

1. Libertad de expresión para el fortalecimiento democrático

La Declaración incorpora la máxima del pensamiento filosófico clásico que vincula y justifica la libertad de expresión con la “forma” de gobierno democrática, que en el hemisferio se instauraba paulatinamente. El discurso que incorpora implica un apoyo a la prensa como medio por excelencia de la expresión crítica y como “instrumento indispensable para el funcionamiento de la democracia representativa, mediante la cual los ciudadanos ejercen su derecho a recibir, difundir y buscar información”.

Asimismo, la propia RELE en la Interpretación de la Declaración, en donde profundiza sobre el vínculo de la libertad de expresión y la democracia, añade la creencia de que dicho vínculo es funcional. Esta interpretación asegura que: “El respeto y protección de la libertad de expresión adquiere una función primordial, ya que sin ella es imposible que se desarrollen todos los elementos para el fortalecimiento democrático y el respeto a los derechos

humanos”.²² Si bien la libertad de expresión tiene una función factual de denuncia y crítica por la vía de los medios de comunicación, la Declaración de Principios y su interpretación presuponen que los efectos de estas denuncias tienen un impacto de fortalecimiento de la forma de gobierno y del respeto a los derechos humanos. En este mismo discurso es lógico afirmar que en la práctica empírica (y en todos los casos), el solo hecho de que los Gobiernos respeten la crítica y la denuncia los hace más democráticos, pero esto no podría probarse científicamente en un nivel institucional y de garantía de derechos humanos, al tratarse en todos los casos de categorías conceptuales (fortalecimiento democrático, respeto a los derechos humanos y a la protección de la libertad de expresión).

En el último siglo, las ciencias sociales han colocado agudamente en el debate conceptual de la democracia hallazgos significativos sobre su viabilidad e impacto. Estudios académicos empíricos se enfocan en contrastar con la realidad algunos aspectos de la dialéctica de la idea democrática, entendida como discusión, generada por la apertura de información.²³ La información tiene reglas que dependen de variables para que sea abierta o cerrada al público; el ejercicio de las opiniones informadas no necesariamente llevan a elegir mejores gobernantes y menos corruptos; la libertad de expresión se ejerce a través de los medios de comunicación y estos últimos dependen de un modelo económico incompatible con los esquemas de la narrativa democrática; la denuncia de las violaciones a derechos humanos y los abusos de poder en los medios de comunicación no conduce por sí misma a un vínculo de rendición de cuentas con efectos en el fortalecimiento institucional y democrático; y, finalmente, derivado de las tecnologías de información, la prensa, la radio y la televisión dejaron de ser los medios más influyentes frente al poder político, lo que cambia su lugar en la historia para el futuro.

²² Interpretación de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2>, último acceso: 22 de enero de 2019.

²³ Hood, Christopher y Heald, David (eds.), *Transparency. The Key to Better Governance?* Oxford, Oxford University Press, 2006. Curtin, Deirdre y Meijer, Albert Jacob, “Does Transparency Strengthen Legitimacy? A Critical Analysis of European Union Policy Documents”, en: *Information Polity*, Vol. 11, Ámsterdam, IOS Press, 2006, pp. 109-122. Bovaird, Tony, “Beyond Engagement and Participation: User and Community Coproduction of Public Services”, en: *Public Administration Review*, Vol. 67, N° 5, septiembre-octubre, 2007, pp. 846-860. Bovens, Mark, “Information Rights: Citizenship in the Information Society”, en: *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 10, N° 3, Utrecht, febrero, 2003, pp. 317-41. Stasavage, David, “Polarization and Publicity: Rethinking the Benefits of Deliberative Democracy”, en: *The Journal of Politics*, Vol. 69, N° 1, Chicago, febrero, 2007, pp. 59-72.

2. Libertad de expresión para la participación ciudadana

La participación ciudadana es uno de los componentes de la democracia en la filosofía liberal. De ahí que el vínculo ideológico entre la libertad de expresión y la participación ciudadana se encuentre en la misma línea argumentativa. En la Declaración de Principios de la Libertad de Expresión se afirma que, cuando se obstaculiza el libre debate de ideas y opiniones, “se limita la libertad de expresión y el efectivo desarrollo del proceso democrático”. Aquí no tenemos elementos para saber exactamente cuáles aspectos del proceso democrático se afectan sin libertad de expresión, que bien podrían ser, desde las ideas políticas y proselitistas que afectan la competencia política, o la afectación al derecho a la información para que los ciudadanos ejerzan un voto informado. Sin embargo, en la interpretación de la RELE se explica que, para que esto ocurra, la libertad de expresión debe empoderar a la ciudadanía: “A través de los comunicadores sociales, la ciudadanía adquiere el poder de participar y/o controlar el desempeño de las acciones de los funcionarios públicos”.²⁴ Al parecer, el lenguaje de la Declaración debe interpretarse como una protección a los emisores de la información, y como que sus efectos benefician al derecho a la información de los ciudadanos.

Como algunos otros términos de la época, llama la atención particularmente el uso del término “los comunicadores sociales” como los emisores, término que alude al modelo de comunicación que prevaleció hasta las últimas décadas del siglo pasado, basado en la clásica comunicación entre ciudadanos-gobierno. Veinte años después, cualquier persona (ciudadano o no de un país) con acceso a internet es un “comunicador” o emisor de información que puede participar e influir en cualquiera de los Gobiernos o de las democracias latinoamericanas.

La siguiente presunción interesante del texto de la Declaración de Principios es que, con información, los ciudadanos pueden participar en democracia. La narrativa de la Declaración que aquí estudiamos omite definir cuál información, en qué momento la deben recibir, y bajo cuáles reglas y contexto serviría cuando los actores gubernamentales permitan una participación. Asimismo, mientras más nos alejamos en tiempo de la fecha en la que se aprobó la Declaración, más se atomiza el concepto de “ciudadanos” en individuos y grupos con múltiples intereses y niveles de

²⁴ Interpretación de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*

información, educación y conocimiento suficiente para participar (en la idea de la democracia).²⁵

Y para cerrar el círculo discursivo, la interpretación de la Declaración afirma que: “La inclusión de todos los sectores de la sociedad en los procesos de comunicación, decisión y desarrollo es fundamental para que sus necesidades, opiniones e intereses sean contemplados en el diseño de políticas y en la toma de decisiones”.²⁶ Esta idea quizás evolucionó y fue más elaborada en los últimos diez años por movimientos como el llamado gobierno abierto. Este desató en su declive una reflexión seria sobre las reales posibilidades de las organizaciones de la sociedad civil que participaron, de influir en decisiones de política pública. Cuando menos, es posible concluir que los desafíos en el debate advirtieron debilidades en la sustentabilidad de las alianzas gobierno-sociedad, y serias dudas en el impacto y el cambio real que pudieron impulsar las organizaciones sociales en la elaboración de las políticas, de los cuales existen pocos casos de éxito que añadir a la lista de ejercicios emprendidos.²⁷

3. Libertad de expresión e información para la transparencia administrativa

En la Declaración de Principios de la Libertad de Expresión del año 2000 se afirma que, al garantizar el derecho de acceso a la información en poder del Estado, “se conseguirá una mayor transparencia de los actos del Gobierno afianzando las instituciones democráticas”. La apertura de información a través

²⁵ Fung, Anchon, Graham, Mary y Weil, David, *Full Disclosure. The Perils and Promise of Transparency*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007. Luna Pla, Issa y Juárez Vicente Gámiz, Julio, *La otra brecha digital. La sociedad de la información y el conocimiento*, colección Los mexicanos vistos por sí mismos, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. Anheuer, Helmut, Marlies, Glasius y Kaldor, Mary, “Introducing Global Civil Society”, Capítulo 1, *Global Civil Society 2004/5*, Londres, Sage, 2006.

²⁶ Interpretación de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*.

²⁷ Tolbert, Caroline J. y Mossberger, Karen, “The Effects of E-Government on Trust and Confidence in Government”, en: *Public Administration Review*, Vol. 66, N° 3, mayo-junio, 2006, pp. 354-369. Luna Pla, Issa, Puente Martínez, Khemvirg y Flores, Imer (coords.), *Transparencia legislativa y parlamento abierto: análisis institucional y contextual*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018. Luna Pla, Issa y Bojórquez Pereznieta, José Antonio (coords.), Hofmann, Andrés (ed.), *Gobierno abierto. El valor social de la información pública*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2016.

de las leyes de acceso a la información en la misma narrativa deriva en mayor transparencia (entendida como apertura) de la información sobre los actos de Gobierno, y esto es probablemente cierto en muchos casos.²⁸ Sin embargo, el texto es ambiguo cuando dice que la transparencia afianza instituciones democráticas, lo que podría tener múltiples significados y claramente no advierte cómo.

Por último, en la interpretación de la RELE, el derecho de acceder a la información en poder del Estado está vinculado con un impacto directo en la anticorrupción, tal y como “garantizar el acceso a la información en poder del Estado contribuye a aumentar la transparencia de los actos de Gobierno y la consecuente disminución de la corrupción en la gestión estatal”.²⁹ Esta hipótesis fue desmentida pocos años después con la experiencia que la implementación de las leyes de transparencia y acceso a la información arrojó en los países como Brasil, Perú, México, Colombia y Chile. La primera relación que se estableció fue que, con la aprobación y la aplicación de los regímenes de transparencia, los países continuaron apareciendo en niveles altos dentro del Índice de Transparencia Internacional en percepción (y en experiencias, en algunos países).³⁰

V. Problemas contemporáneos: ¿hacia una nueva Declaración?

El contexto, el pensamiento, las sociedades, las comunicaciones y la tecnología han cambiado drásticamente después la aprobación de la Declaración de Principios de Libertad de Expresión en el año 2000. Esta no debería ser la razón fundamental para pensar que dicho documento es anacrónico o ha dejado de tener sentido en las primeras dos décadas del siglo. Ahí están vigentes otros instrumentos de derecho internacional como la clásica Decla-

²⁸ Michener, Gregory, “Policy Evaluation via Composite Indexes: Qualitative Lessons from International Transparency Policy Indexes”, en: *World Development*, Vol. 74, 2015, p. 196.

²⁹ Interpretación de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*

³⁰ Islam, Roumeen, “Do More Transparent Governments Govern Better?”, Policy Research Working Paper N° 3.077, Washington, D.C., The World Bank, World Bank Institute, Poverty Reduction and Economic Management Division, junio, 2003. Meijer, Albert, “Understanding the Complex Dynamics of Transparency”, en: *Public Administration Review*, Vol. 73, N° 3, 2013, pp. 429-439.

ración Universal de los Derechos Humanos, redactada en 1948 o el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. El objeto de un análisis de esta clase debería centrarse, por un lado, en su naturaleza jurídica y, por otro, en su capacidad persuasiva frente a las sociedades cambiantes.

El nivel normativo de la Declaración de Principios, como se ha dicho antes, es muy discutible. Por la forma en la que se aprobó y la falta de un mecanismo de internalización formal de su contenido al derecho nacional permiten inferir que este instrumento de derecho *soft* nació con una vida limitada. Los promotores apostaron arriesgadamente en desarrollar el derecho internacional a través de la aprobación de una declaración de principios basada en un solo derecho, y con la esperanza de ser un instrumento de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como se ha analizado en este artículo, el impacto de la Declaración de Principios en la jurisprudencia del Sistema Interamericano ha sido insuficiente y poco ha ayudado a robustecer la defensa de la libertad de expresión. Como cualquier instrumento de política y diplomacia, la Declaración no puede ser capaz de transformar realidades y cambiar las fuerzas del poder político y económico en el que los medios de comunicación y los actos humanos de expresión se presentan.

En su nivel discursivo, la Declaración de Principios no contiene una narrativa persuasiva para las realidades hemisféricas. Todo discurso es discutible y manipulable, y este en particular ha dado de sí frente a los problemas contemporáneos, que implican una sofisticación de las formas de restringir la libertad de expresión por parte de Gobiernos y empresas privadas, así como a la carencia de un Estado de derecho en diversos países de la región en el que trasciende la impunidad. Si bien muchas de las hipótesis normativas que pretende limitar la Declaración de Principios pueden ajustarse a problemas contemporáneos y a nuevas formas de comunicación y expresión, como mecanismos de defensa, la Declaración es endeble frente a los problemas y a los conflictos complejos.

El tema amerita entonces una reflexión profunda de los fenómenos sociales que amenazan y fortalecen la libertad de expresión, en su uso social y político contemporáneo, que permitiría identificar acertadamente las causas y los orígenes de los desafíos de la protección a esta libertad. Los nuevos instrumentos políticos, las herramientas y las estrategias de defensa de la libertad de expresión deben re-pensarse a la luz de los hallazgos del estudio de los fenómenos sociales. Estas reflexiones, apoyadas en la ciencia y el empirismo, permitirían determinar elementos de discurso político y estrategias jurídicas viables para promover un derecho conceptualizado en el período decimonónico para sociedades y Gobiernos del siglo XXI.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *El acceso a la información como derecho*, Buenos Aires, Centro de Estudios Sociales y Legales, 2000. Disponible en: <https://bit.ly/2UA4t46z>, último acceso: 22 de enero de 2019.
- Anheuer, Helmut, Marlies, Glasius y Kaldor, Mary, “Introducing Global Civil Society”, Capítulo 1, *Global Civil Society 2004/5*, Londres, Sage, 2006.
- Berlin, Isaiah, *Political Ideas in the Romantic Age. Their Rise and Influence on Modern Thought*, Londres, Chatto & Windus, 2006.
- Bovaird, Tony, “Beyond Engagement and Participation: User and Community Coproduction of Public Services”, en: *Public Administration Review*, Vol. 67, N° 5, septiembre-octubre, 2007, pp. 846-860.
- Bovens, Mark, “Information Rights: Citizenship in the Information Society”, en: *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 10, N° 3, febrero, 2003, pp. 317-41.
- Costas, Douzinas, “Human Rights and Posrmodern Utopia”, en: *Law and Critique*, Vol. 11, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 2000, pp. 219-240.
- Curtin, Deirdre y Meijer, Albert Jacob, “Does Transparency Strengthen Legitimacy? A Critical Analysis of European Union Policy Documents”, en: *Information Polity*, Vol. 11, Ámsterdam, IOS Press, 2006, pp. 109-122.
- Freeman, Michael, *Human Rights*, serie Key Concepts, Cambridge, Polity Press, 2002, p. 201.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2002.
- Florini, Ann (ed.), *The Right to Know. Transparency for an Open World*, Nueva York, Columbia University Press, 2007.
- Fung, Anchon, Graham, Mary y Weil, David, *Full Disclosure. The Perils and Promise of Transparency*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

- Hood, Christopher y Heald, David (eds.), *Transparency. The Key to Better Governance?* Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Ishay, Micheline R., *The History of Human Rights. From Ancient Times to the Globalization Era*, Oakland, University of California Press, 2004.
- Islam, Roumeen, “Do More Transparent Governments Govern Better?”, Policy Research Working Paper N° 3.077, Washington, D.C., The World Bank, World Bank Institute, Poverty Reduction and Economic Management Division, junio, 2003.
- Klabbers, Jan, *An Introduction to International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.
- Koskenniemi, Martti, “The Effect of Rights on Political Culture”, en: Alston, Philip (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- López Ayllón, Sergio y Luna Pla, Issa, “Comentario artículo 6° constitucional”, en: Ferrer McGregor Pisot, Eduardo y Guerrero Galván, Luis René, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, México D.F., Miguel Ángel Porrúa, 2016.
- Luna Pla, Issa, *Movimiento social del derecho de acceso a la información en México*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
- Luna Pla, Issa y Juárez Vicente Gámiz, Julio, *La otra brecha digital. La sociedad de la información y el conocimiento*, colección Los mexicanos vistos por sí mismos, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
- Luna Pla, Issa y Bojórquez Pereznieto, José Antonio (coords.), Hofmann, Andrés (ed.), *Gobierno abierto. El valor social de la información pública*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto Tabasqueño de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2016.
- Luna Pla, Issa, Puente Martínez, Khemvirg y Flores, Imer (coords.), *Transparencia legislativa y parlamento abierto: análisis institucional y contextual*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018.
- Meijer, Albert, “Understanding the Complex Dynamics of Transparency”,

- en: *Public Administration Review*, Vol. 73, N° 3, 2013, pp. 429-439.
- Michener, Gregory, “Policy Evaluation via Composite Indexes: Qualitative Lessons from International Transparency Policy Indexes”, en: *World Development*, Vol. 74, 2015, p. 196.
- Organización de Estados Americanos, Relatoría Especial sobre la Libertad de Expresión, *Estándares interamericanos sobre acceso a la información*, disponible en: <https://bit.ly/2InjKwa>, último acceso: 18 de enero de 2019.
- Robertson, A.H. y Merrills, J.G., *Human Rights in the World. An Introduction to the Study of the International Protection of Human Rights*, Nueva York, Manchester University Press, 1996.
- Rorty, Richard, “Human Rights, Rationality and Sentimentality”, en: Shute, Stephen y Hurley, Susan (eds.), *On Human Rights. Oxford Amnesty Lectures 1993*, Nueva York, Basic Books, 1993, pp. 112-134.
- Stainer, Henry J., Alston, Philip y Goodman, Ryan, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, 2° ed., Oxford, Oxford University Press, 2000.
- Stasavage, David, “Polarization and Publicity: Rethinking the Benefits of Deliberative Democracy”, en: *The Journal of Politics*, Vol. 69, N° 1, Chicago, febrero, 2007, pp. 59-72.
- Tolbert, Caroline J. y Mossberger, Karen, “The Effects of E-Government on Trust and Confidence in Government”, en: *Public Administration Review*, Vol. 66, N° 3, mayo-junio, 2006, pp. 354-369.

Respuestas frente a las distopías de la comunicación pública contemporánea: la improbable apuesta por la autorregulación corporativa y la alfabetización digital

Silvio Waisbord

Resumen

Los parámetros tradicionales de la regulación de la prensa y la expresión son insuficientes para entender los problemas en ecologías informativas con mayores opciones y nuevos actores y estructuras. La regulación, en sus múltiples manifestaciones y encarnaciones, fue entendida y discutida en un mundo de opciones limitadas para la expresión, donde la prensa fue una institución relativamente homogénea en términos de marcos normativos y legales. Este modelo troncal sigue siendo importante, pero es incompleto para enfrentar dos fenómenos que trastocan la regulación de la expresión. Uno es el surgimiento de nuevos actores que dominan la expresión pública, específicamente los llamados “medios sociales” y los gigantes de la comunicación digital. Estas empresas son cualitativamente diferentes de la prensa como vehículos para la expresión pública. El otro desafío es la proliferación de plataformas que permiten la expresión individual y colectiva sin curación corporativa de contenidos o regulación institucional, la cual circula información falsa, injuriosa y ofensiva. Aquí discuto los problemas a la luz de las tensiones históricas subyacentes al periodismo como intermediario de la expresión pública y las limitaciones de la autorregulación para enfrentar las distopías de la comunicación contemporánea.

I. Introducción

No cabe duda que la revolución digital transformó profundamente la comunicación pública. La sociedad global contemporánea es un caos

comunicativo producto del terremoto ocasionado por la digitalización y la multiplicación de espacios, plataformas y aplicaciones. Ya no estamos en una sociedad de oportunidades limitadas para la expresión pública, el intercambio de ideas y la difusión de noticias y opinión. En una sociedad de la abundancia comunicacional, cantidades astronómicas de información son producidas y consumidas a cada instante por públicos.

Esto no implica que internet sea un paraíso de igualdad absoluta de oportunidades para la expresión. Más de la mitad de la población mundial aún no tiene acceso a internet y una buena parte carece de acceso regular y rápido. Los gigantes digitales, con su capacidad de acumular públicos e inversiones publicitarias a nivel nacional y global, tienen un poder sin precedentes en la historia de los medios masivos de comunicación. La explosión y constante multiplicación de oportunidades para comunicar e informar vino de la mano con la paulatina concentración corporativa de internet.

Se ha dicho con amplia razón que internet ha revolucionado todo lo que sabíamos sobre estructuras y dinámicas de la esfera pública, desde las instituciones que ocuparon un sitio dominante en la producción de información (Gobiernos, corporaciones, relaciones públicas, publicidad, periodismo) hasta las formas de acceso, consumo y utilización de datos, observaciones, ideas, imágenes y todo aquello que circula en la red global. La proliferación de plataformas y oportunidades para la expresión pública trajo aparejado un sinnúmero de fenómenos recientes tales como nuevas formas de expresión y acumulación de información personal, sofisticadas maneras de manipulación y vigilancia, modos de participación ciudadana articulada por redes digitales y la consolidación de nuevas formas de influencia masiva.

Una de las transformaciones más importantes es el reposicionamiento de la prensa como institución política, el periodismo como ocupación, y la industria de noticias como empresa. Ya nada será como antes después de la revolución digital –ni la prensa es la supuesta institución unificada con objetivos e ideales comunes, ni el periodismo es una ocupación con ambiciones profesionales, ni la industria de noticias permanece inmutable.

Dentro de este proceso, un tema fundamental para el análisis es el lugar del periodismo en el circuito de noticias e información cotidianas en la sociedad digital. Durante el apogeo de la era moderna de la comunicación de masas, el periodismo ocupó un lugar dominante en la producción y la circulación de noticias, información y opinión. Fue árbitro central de las noticias y la información de circulación masiva. Se mantuvo en una posición privilegiada al tope de la pirámide informativa de masas como intermediario (*gatekeeper*) determinante en un mundo relativamente limitado de flujos noticiosos. Esta

posición privilegiada se debió a la existencia de barreras considerables de acceso al mercado mediático sumados a las limitaciones tecnológicas de la era analógica que favorecían a un número escaso de productores.

El periodismo no tiene la misma posición en una ecología informativa saturada y desordenada con múltiples actores (gubernamentales, corporativos y organizaciones de la sociedad civil), que constantemente producen y distribuyen información y no precisan canalizar sus actividades a través de la prensa. Esto no implica que se hayan nivelado las posibilidades de comunicar o que el periodismo sea un actor secundario en el escenario comunicativo contemporáneo o que su capacidad de influencia es insignificante o menor. Estos son temas sobre los que no hay consenso en la nutrida literatura académica. La mayor complejidad de flujos comunicativos no implica igualdad de condiciones de expresión o incidencia en las agendas públicas. Sin embargo, el periodismo ya no es el único actor con una posición decisiva en la expresión pública. En una ecología informativa ilimitada, el periodismo de la prensa tradicional y anclado en la industria de las noticias ya no es la única institución que determina el flujo diario de noticias, opiniones, testimonios, estadísticas e información. Lo que habitualmente es información, ya sea como bien producido o consumido, va más allá de lo que el periodismo decide en su diversidad editorial, modelos de financiamiento y públicos usuarios. Ciertamente, es ingenuo y erróneo descontar su vigencia ya que persiste como institución importante en la esfera pública, en la circulación de información cotidiana; en definir agendas noticiosas, en producir información original, y en atraer enormes públicos diariamente en diversas plataformas escritas, de radiodifusión y digital.

Estos cambios monumentales presentan nuevos desafíos para la libertad de expresión consagrada en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El argumento de este artículo es el siguiente: los parámetros tradicionales de la regulación de la prensa y la expresión son insuficientes para entender los problemas en ecologías informativas con mayores opciones y nuevos actores y estructuras. La regulación, en sus múltiples manifestaciones y encarnaciones, fue entendida y discutida en un mundo de opciones limitadas para la expresión, donde la prensa fue una institución relativamente homogénea en términos de marcos normativos y legales. Este modelo troncal sigue siendo importante, pero es incompleto para enfrentar dos fenómenos que trastocan la regulación de la expresión. Uno es el surgimiento de nuevos intermediarios de la expresión pública, específicamente los llamados “medios sociales” (Facebook, YouTube) y los gigantes de la comunicación digital (Apple, Google, Microsoft). Estas empresas son cualitativamente diferentes de la prensa como vehículos para

la expresión. El otro desafío es la proliferación de plataformas que permiten la expresión individual y colectiva sin curación corporativa de contenidos o regulación institucional. Frente a estos desafíos, es necesario repensar la regulación y sus posibilidades, especialmente a la luz de desafíos que surgen de experiencias de la regulación de la prensa y la autorregulación del periodismo.

II. El “periodismo digital” y el caos comunicacional

En la actualidad, el periodismo tradicional es parte de un fenómeno más amplio - el “periodismo digital” entendido como el complejo de redes que produce, distribuye y consume información sobre asuntos públicos. Aquí “digital” no se entiende como tecnología, sino en términos de la configuración de espacios de intervención y acción a través de complejas redes de comunicación. El periodismo digital remite a cuestiones de estructuras y dinámicas de red más que determinado tipo de tecnología o hardware.

La reconfiguración de lo que se entiende como periodismo, noticia e información tiene enormes consecuencias para entender la situación presente de la comunicación pública. Los bienes periodísticos que alimentaron la opinión pública, considerados claves para la vida democrática, ya no son propiedad absoluta del periodismo “industrial” moderno. Hoy en día, hay periodismos de múltiples actores que producen, circulan, comparten, utilizan, comentan y disputan noticias e información, los cuales definen criterios de existencia, sentido y validez. En principio, cualquier persona con acceso a internet participa de diferentes formas ya sea produciendo, consumiendo, compartiendo, modificando y comentando información. Ciudadanos y compañías especializadas verifican información y aseveraciones de políticos y empresas. Compañías de relaciones públicas y mercadeo perfeccionan la ciencia de crear contenidos virales y la publicidad “nativa”. Ministerios y otras oficinas gubernamentales inundan las plataformas con datos, información y comunicados de prensa. Organizaciones de la sociedad civil y activistas distribuyen información para influir tanto a públicos como decisiones políticas. Sitios de chats circulan información. Redes de periodistas colaboran en reportería de investigación. Los algoritmos de plataformas sociales determinan ofertas noticiosas y comentarios en sitios, priorizando y secuenciando contenidos según cálculos empresariales.

La explosión de contenidos periodísticos producidos por esta variedad de actores modifica la división tradicional del trabajo entre productores y consumidores de información y opinión –periodistas y el resto de la

sociedad—. Ciertamente, los puristas dudan que efectivamente “todos seamos periodistas” en el sentido que el “periodismo profesional” continúa generalmente trabajando según principios y estándares determinados y son empleados y recompensados económicamente. Sin embargo, más allá de quién produce datos, el origen y la legitimidad de fuentes, o los atributos de la noticia, el hecho es que la información no producida por redacciones adquiere carácter de “noticia” en distintos contextos de uso.¹ Esto queda evidenciado por el fenómeno de las *fake news*, nuevos tipos de propaganda y otros tipos de información que circula en internet. Los públicos, y no únicamente el periodismo, definen qué es noticia como también sus datos, hechos y verdad. En el periodismo digital, se trastocan las nociones de periodismo y de noticia-información. Los límites están borrados en el desorden típico de los flujos interminables de información diaria. Los “medios sociales” mezclan información y publicidad, información de medios tradicionales y versiones de fuentes múltiples. No hay una lógica común de noticiabilidad, credibilidad, autenticidad o facticidad en la ecología informativa digital.

III. Las complejidades de la comunicación pública

Una consecuencia fundamental de la consolidación de múltiples, superpuestas y paralelas redes de comunicación es la reformulación de la estructura de *gatekeeping*. Esto es importante en tanto el enfoque de la regulación tradicional asumía, con razón, el rol preponderante de la prensa como *gatekeeper*. El afianzamiento del periodismo digital introduce nuevas complejidades y plantea nuevos desafíos para la libertad de expresión. ¿Qué ocurre cuando se multiplican los *gatekeepers* y no hay barreras firmes a la expresión, como sugieren los fenómenos de las noticias basura y nuevas formas de propaganda y desinformación? ¿Cómo regular ecologías comunicacionales sin filtros únicos, firmes y constantes que determinan contenidos?

Los diagnósticos y parámetros analíticos prevalecientes durante el orden moderno continúan siendo vigentes en tanto viejos problemas, ya sea formas de censura estatal de la expresión pública y el limitado pluralismo de los medios tradicionales, siguen siendo problemas cruciales. Sin embargo, el marco analítico y las soluciones propuestas en el pasado son limitadas para entender y enfrentar las distopías del periodismo digital —es decir, fenómenos comunicacionales

¹ Waisbord, Silvio, “Truth Is What Happens to News: On Journalism, Fake News, and Post-Truth”, en: *Journalism Studies*, Vol. 19, N° 13, 2018, pp. 1-13.

contrarios al ideario democrático de una opinión pública basada en información fehaciente, el uso público de la razón, el respeto y la tolerancia, y la búsqueda colectiva de verdades. Estas son condiciones necesarias para la existencia de un orden político basado en la opinión pública y el acceso a información.

Durante la época de información “limitada”, desde los orígenes de la prensa moderna hasta el apogeo de los medios masivos a finales del siglo XX, el problema de la expresión pública planteó dos desafíos principales.

Un primer desafío es la censura estatal con el fin de silenciar la disidencia y la crítica del poder político. Frente a este problema, la respuesta fue limitar la intromisión arbitraria e interesada del Estado en la esfera pública a efectos de garantizar un sistema de derechos que impulsen y protejan la expresión ciudadana. Esta es la historia prolongada e inconclusa de batallas a favor de la expresión individual y la “libertad de prensa” que recorre la historia occidental moderna, como parte del desarrollo de la democracia liberal. Este recorrido ha estado guiado intelectualmente por el diagnóstico original del pensamiento liberal moderno según el cual el Estado es el origen central de los problemas centrales para la expresión. Desde una perspectiva que asume que el poder naturalmente tiende a la opacidad y al control de la información, esta posición se centró en el Estado como responsable de los límites a la expresión ya que tiende a aplicar diferentes formas de censura con el fin de proteger al poder frente a la crítica. Esta posición asumió una visión de “libertad negativa” focalizada en recortar la capacidad del Estado de censurar o de influir en la expresión de la prensa (y de la ciudadanía). La idea medular es que la libertad de expresión depende exclusivamente de limitar el poder de censura del Estado. Según la doctrina libertaria, un Estado con poder limitado para intervenir en materia de expresión pública es necesario para aumentar y fortalecer la expresión pública.

Un segundo desafío son las desigualdades existentes en la esfera pública que limitan la diversidad de expresiones. Este diagnóstico parte de la premisa que los problemas para la expresión no son resultado únicamente del poder sin control del Estado, puesto que existen desigualdades estructurales en el mercado y en la sociedad que causan enormes distorsiones e inequidades en la expresión pública. El hecho de que determinadas ideas tengan mayor presencia masiva, por sobre una diversidad de ideas, no es puramente o principalmente un problema de intrusión oficial ilimitada, sino que es producto de desigualdades ancladas en las estructuras del mercado. En la sociedad de masas del siglo pasado, la expresión pública estuvo dominada generalmente por un número reducido de actores con recursos y poder para determinar el flujo de información. Una estructura concentrada de mercados es contraria

al pluralismo de la expresión en tanto que favorecen determinadas ideas e información según cálculos económicos y políticos. Las limitaciones a la expresión están determinadas por estructuras y dinámicas mercantiles, no solamente por el accionar del Estado. Frente a este problema, las desigualdades no pueden ser resueltas simplemente limitando el poder estatal de intervención en la expresión pública. Por el contrario, es preciso adoptar una noción de “libertad positiva” que apunte a fortalecer mecanismos para apoyar diferentes tipos de expresión –formas de intervención en la estructura de la comunicación pública para diversificar tanto el acceso como los contenidos–. Recortar el poder legal del Estado de intervención en la esfera pública es insuficiente para garantizar la amplia expresión de la ciudadanía.

En resumen, mientras que una posición asume que “Estado más limitado implica mayor libertad de expresión”, la segunda endorsa formas (virtuosas) de intervención estatal para promover un mayor pluralismo y diversidad en mercados profundamente desiguales. La primera rechaza de plano la posibilidad que el Estado pueda hacer contribuciones positivas a través de diversas formas de regulación. La razón es simple: el Estado es entendido como el origen primario de los problemas de la expresión en las sociedades modernas. En cambio, la segunda posición apoya formas de intervención estatal que apunten a mejorar la diversidad a través diferentes instrumentos como cuotas de contenidos, fondos para la promoción de expresiones subrepresentadas y otros. Es una forma de intervención “positiva” en el mercado de ideas tendiente a corregir problemas creados por políticas que favorecen intereses minoritarios.

En la era actual de la abundancia comunicativa, caracterizada por permanentes flujos de expresión, es preciso repensar la regulación ya que tanto los desafíos como las opciones para fomentar el discurso democrático superan las opciones clásicas. Ambas posiciones clásicas se focalizaron obviamente en el rol de la prensa (y los medios en general) como actores centrales en la intermediación de noticias, información y otros contenidos. En cambio, hoy en día, el sistema y las dinámicas de intermediación son absolutamente diferentes. Hay múltiples niveles de intermediación de la información que no encajan en el paradigma de flujos unidireccionales de la prensa a públicos. Hay una enorme variedad de posibilidades y actores de expresión. Los intermediarios dominantes son Google, YouTube, Facebook, Snapchat y otras “plataformas”, concepto que precisa ser encomillado ya que es utilizado engañosamente por las compañías para crear la percepción que son canales neutrales sin intereses particulares.² Estos actores tienen un poder sin precedentes en tanto que de-

² Gillespie, Tarleton, *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and*

terminan las reglas de funcionamiento de las “plazas públicas” masivas para la expresión digital. Son los nuevos *gatekeepers* que atraen enormes públicos y recursos. Tienen el poder discrecional para definir el tipo y la secuencia de contenidos mediante algoritmos que funcionan como editores y censores.³ Toman decisiones antojadizas para curar contenidos, como lo demuestran la prohibición del arte con desnudos y la fotografía de la “niña con napalm” por parte de Facebook. Estas plataformas funcionan de acuerdo a cálculos corporativos más que en consonancia con principios de la libre expresión o consideraciones vinculadas a la comunicación democrática. Son aparentes espacios “públicos” de acceso relativamente libre y gratuito, pero funcionan según criterios privados. Están regidas por intereses destinados a maximizar rédito comercial, tráfico de usuarios y publicidad, y recabar información detallada sobre públicos—objetivos divorciados de cualquier idea de comunicación democrática y formación de la opinión pública—. De ahí, la importancia de demandar a los intermediarios que tengan reglas claras y consistentes y utilicen “criterios objetivamente justificables” en la selección de contenidos.⁴

La consolidación de estos nuevos intermediarios plantea desafíos cualitativamente diferentes. Su modelo de negocios vulnera concepciones clásicas de privacidad en tanto que el modelo de negocios está anclado en la recolección de información detallada de usuarios. Los gigantes digitales controlan sistemas sofisticados para extraer, analizar e intercambiar información. Sus decisiones son opacas en tanto que no divulgan los mecanismos para obtener, analizar, utilizar y vender datos personales.

¿Cuál es el problema? El colapso de las barreras tradicionales facilitó la masividad de formas de expresión contrarias a la facticidad, la tolerancia, el diálogo y el razonamiento colectivo. Tres fenómenos son particularmente preocupantes dadas sus consecuencias nocivas para la democracia: formas insidiosas de propaganda ligadas a Gobiernos y otros actores políticos como grupos terroristas y lobbies, la amplia circulación de desinformación en di-

the Hidden Decisions that Shape Social Media, New Haven, Yale University Press, 2018; Napoli, Philip M., “Social Media and the Public Interest: Governance of News Platforms in the Realm of Individual and Algorithmic Gatekeepers”, en: *Telecommunications Policy*, Vol. 39, N° 9, 2015, pp. 751-760.

³ Zittrain, Jonathan L., Faris, Robert, Noman, Helmi, Clark, Justin, Tilton, Casey y Morrison-Westphal, Ryan, *The Shifting Landscape of Global Internet Censorship*, Harvard Public Law Working Paper N° 17-38, Cambridge, Berkman Klein Center Research Publication, 2017.

⁴ Organización de los Estados Americanos, “Declaración conjunta sobre libertad de expresión y ‘noticias falsas’ (‘fake news’), desinformación y propaganda”, 2017, disponible en: <https://bit.ly/2IP3ncc>, último acceso: 3 de febrero de 2019.

ferentes formatos como las noticias falsas-basura y la publicidad encubierta, y el discurso del odio y la intolerancia.

En primer lugar, las operaciones de desinformación no se limitan a las acciones tradicionales de Estados y corporaciones, como lo fue en el pasado. La propaganda contemporánea es también direccionada por una diversidad de grupos interesados en manipular la opinión pública con fines políticos y económicos ya sean *lobbies*, organizaciones de la sociedad civil o grupos de ciudadanos a través de múltiples canales –correo electrónico, aplicaciones de chat, medios sociales–. En segundo lugar, la publicación de información equivocada (sin intención deliberada de persuasión masiva como la propaganda) refuerza concepciones erradas sobre un sinnúmero de temas y alimenta ideas falsas y teorías conspirativas. La “mala” información circula por fuera del periodismo, como confirma el pánico reciente sobre las noticias falsas-basura y otros tipos de información fabulista. Finalmente, el colapso de los filtros modernos de contenidos permitió la propagación del discurso del odio y la intolerancia ligada al recrudescimiento de espíritus tribales, nativistas y xenofóbicos en el mundo globalizado. Este discurso fluye en incontables plataformas, ya sea que estén tanto curadas-filtradas, como los sitios de periódicos y los medios sociales, y otras que carecen de regulación de contenido como los foros de discusión.

No hay duda que estas formas de expresión históricamente existieron en la esfera pública de cualquier sociedad. La gran diferencia es que ya no precisan del periodismo para llegar a públicos masivos como cuando la prensa ocupaba un lugar central en la circulación de información. En épocas de información limitada, los flujos antidemocráticos de información, destinados a persuadir o simplemente a expresar ideas, se recostaban principalmente en la prensa para llegar a la opinión pública. Hoy en día, en cambio, este tipo de información sobrepasa las barreras tradicionales de acceso a la expresión pública. Las mayores posibilidades de expresión digital han reflatado fenómenos opuestos a la visión de la comunicación democrática orientada según normas de civismo, tolerancia y diálogo.

Es claro que el optimismo inocente e interesado de Silicon Valley sobre las consecuencias de la revolución digital, que se forjó como bandera legitimadora de la industria desde su comienzo, es anacrónico y absurdo. Asimismo, el libertarismo absoluto en materia de expresión de la industria, cuando se vanagloriaba de ser neutral y de ser parte del “ala extrema del partido de la libre expresión”, según dijera Tony Wang, el entonces gerente general de Twitter, contrasta con su actual reconocimiento abierto de ser

árbitros de la expresión pública.⁵ Los cambios son notables. Hoy domina el pesimismo sobre las posibilidades de la vida democrática en entornos comunicacionales que facilitan prácticas y dinámicas contrarias al ideario modernista-democrático del uso de la razón pública. Las empresas admiten censurar contenidos e incluso han reconocido los problemas para la democracia desatados por la revolución digital. Además, estos son fenómenos globales que extreman las tensiones históricas entre diferentes concepciones de libertad de expresión en diversas regiones del mundo.

Este paquete de fenómenos distópicos plantea un desafío enorme para la democracia en tanto sistema político basado en la opinión pública y el acceso e intercambio de información e ideas. El desdibujamiento de los límites entre verdad y mentira sumado a la inyección masiva y constante de discursos nocivos corroen la formación de opinión pública. Este no es un problema puramente novedoso - esencialmente es tan viejo como la comunicación pública y la retórica. La diferencia es la capacidad de formas sofisticadas de persuasión y desinformación para lograr presencia masiva, desinteresadas en la búsqueda de verdad, igualdad y transparencia.

En este escenario, no hay opciones sencillas para sostener una comunicación pública anclada en valores democráticos que promuevan tanto el derecho a la expresión como la tolerancia. La regulación estatal del discurso público ejercida con responsabilidad social no deja de ser problemática aun en contextos de alta calidad de gobernanza y respeto del orden legal, los cuales son contados en una situación global de retroceso del régimen de libertades y recorte de derechos civiles. Asimismo, reintroduce problemas clásicos sobre el rol estatal en determinar contenidos, discriminar entre verdades y mentiras, y prohibir expresiones definidas como contrarias a la convivencia pacífica. La situación es especialmente difícil en países con una larga tradición de discrecionalidad estatal, de baja calidad de respeto a los derechos individuales y colectivos, y de abusos de intervención en la expresión pública.

IV. La autorregulación corporativa y sus problemas

Hasta el momento, la alternativa dominante es la autorregulación por parte de las empresas dominantes en la expresión digital –los “nuevos gobernantes”

⁵ Halliday, Josh, “Twitter’s Tony Wang: ‘We Are the Free Speech Wing of the Free Speech Party’”, en: *The Guardian*, 2012, disponible en: <https://bit.ly/2GfgDEt>, último acceso: 3 de febrero de 2019.

de la comunicación pública—. ⁶ Esta situación transcurre en un limbo regulatorio y en medio del rejuvenecimiento del antiguo debate entre visiones maximalistas (“publicar sin preocupación por las consecuencias”) y posiciones a favor de la “responsabilidad social” de la libertad de expresión (“equilibrar el derecho de expresión con otros derechos y valores democráticos”). La autorregulación empresarial no es completamente novedosa. En las democracias, los medios tradicionales de prensa y radiodifusión generalmente han autorregulado contenidos según una mezcla de consideraciones empresariales y promesas de proteger el interés público. En el mejor de los casos, la autonomía corporativa en materia de regulación no resolvió problemas crónicos de libertad de expresión en las prácticas habituales de curación editorial. En el peor, y dependiendo de contextos nacionales, las promesas de la autorregulación resultaron ser frágiles, y naufragaron entre la desidia corporativa y la inacción estatal de obligar a los medios a cumplir con ciertas restricciones.

En el debate actual hay dos frentes centrales de atención: la regulación (y la ausencia) de las corporaciones que dominan internet y la autorregulación por parte de las mismas empresas. La curación de contenidos por parte de los gigantes digitales renovó una larga discusión global en el contexto de diferentes tradiciones legales y regulatorias. No hay unanimidad sobre los límites de la expresión, sino un permanente debate con enormes zonas grises legales y éticas. Tampoco hay unanimidad sobre si las empresas deberían ser reguladas como proveedoras de servicios indispensables (“*public utilities*”) y, por lo tanto, obligadas a seguir ciertas regulaciones, o como empresas de “información” según el modelo norteamericano de la prensa y la radiodifusión enraizado en la Primera Enmienda. Las propuestas tradicionales del viejo orden de los medios impresos y de la radiodifusión no son automáticamente aplicables en parte por las características propias de ser “plataformas” de contenidos (y no productoras de contenido original) y la naturaleza global de internet.

Las empresas básicamente optaron por definir reglas básicas de funcionamiento (con las cuales cualquier usuario debe acordar) y por reaccionar con acciones regulatorias frente a denuncias sobre abusos de sus propias reglas y decisiones controversiales sobre tipos de expresión publicada y filtros utilizados.⁷ Esto queda demostrado por las acciones de varias empresas al eliminar selectivamente contenidos. En América Latina, las decisiones recientes de

⁶ Klonick, Kate, “The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech”, en: *Harvard Law Review*, Vol. 131, Cambridge, 2018.

⁷ Observacom, “Concentración y pluralismo en internet: viejos y nuevos gatekeepers”, 2017.

Twitter de prohibir información pública sobre el ex presidente Rafael Correa, de YouTube de eliminar un documental crítico del Gobierno del presidente Nicolás Maduro realizado por la Deutsche Welle, y de Facebook de eliminar contenidos que van en contra de sus reglas en Brasil reflejan precisamente el poder desmedido y opaco de los grandes intermediarios digitales. Asimismo, tanto su poder como las ambigüedades de las decisiones se manifiestan en docenas de casos de censura sobre una variedad de temas: la remoción de material filo-nazi y conspiratorio, documentos sobre crímenes de guerra y violencia policial, mensajes antirracistas y proateístas, fotos de mujeres dando a luz y amamantando, e imágenes de activistas trans. No hay criterios comunes en estas acciones. Son consecuencia del intento de complacer a diferentes públicos simultáneamente, ya sean Gobiernos con diferentes tradiciones legales o activistas de múltiples causas en el amplio abanico ideológico. Son decisiones *ad hoc* animadas por el eterno objetivo de aumentar públicos y ganancias, y evitar ofender a determinados públicos, especialmente a aquellos con poder y voz.

El caso de Facebook es particularmente significativo no solamente por la escala de sus operaciones sino también porque es indicativo de posturas generales en la industria. Su curación de contenidos continúa siendo un proyecto en constante disputa y renovación, jurando lealtad al equilibrio y a la neutralidad como principios centrales de la autorregulación, pero tomando decisiones que no encajan perfectamente con tales principios. Que sus usuarios generalmente vean información de otros usuarios con ideas similares es una estrategia deliberada para minimizar la exposición a contenidos que critiquen o sean muy diferentes de sus preferencias. Su negativa a ser considerada como organización informativa responde claramente a la intención de no entrar a pleno en el suelo resbaladizo de la regulación de contenidos. Facebook continúa siendo frecuentemente el blanco de ráfagas de críticas que acusan a la empresa de vehicular maliciosa propaganda política, colaborar con Gobiernos en la vigilancia de contenidos críticos y activistas, publicar contenidos que rechazan consenso de expertos sobre historia y ciencia, permitir teorías conspirativas, y tolerar expresiones racistas y varias formas de “discursos de odio”.⁸ Otras compañías han sido también criticadas por varias decisiones, ya sea YouTube por facilitar posturas terroristas con el propósito de intensificar el uso de la plataforma o Twitter por usar diferentes varas para determinar si los contenidos cumplen con sus reglas según sean de políticos encumbrados o ciudadanos comunes.

⁸ Vaidhyathan, Siva, *Antisocial Media: How Facebook Disconnects Us and Undermines Democracy*, Nueva York, Oxford University Press, 2018.

Estas empresas tienen un enorme margen de maniobra para tomar decisiones sobre una amplia gama de cuestiones centrales de la expresión pública –imágenes, palabras, contenidos, objetivos, tono y estilo de discurso–. Ante los escándalos, la empresa respondió con acciones puntuales para sortear tormentas de publicidad negativa y crisis de relaciones públicas, más que con lineamientos claros, coherentes y consistentes de curación y censura. Contrató compañías para hacer la verificación de la información, aumentó el número de empleados que operan como editores de contenidos e implementó software para detectar materiales controversiales y falsos. Este es un caso típico de *glocalización* corporativa, una estrategia global con sensibilidad a demandas locales de distinto tipo que adapta decisiones y contenidos para satisfacer los requerimientos de Gobiernos y grupos con poder en diferentes países.⁹ En varios temas sensibles, vinculados a religión, política y cultura, Facebook optó por evitar incomodar a actores poderosos para consolidar su posición de mercado.

En retrospectiva, es claro que Facebook decidió sobre la marcha cómo sortear la tensión clásica entre la libertad de expresión y discursos tóxicos para la democracia. Cambió posiciones y colocó parches cuando lo consideró necesario. En algunos casos, evitó la “censura previa” como principio *default*, ya sea por razones legales y logísticas, y decidió eliminar contenidos inconvenientes que le trajeron turbulencias de relaciones públicas. En otros casos, decidió “sobrecensurar” contenidos en caso que generen críticas y escándalos. Obviamente, ninguna de las dos posturas es óptima: la negativa a “curar previamente” determinados contenidos permite la publicación de ideas potencialmente tóxicas para la democracia y prohibir contenidos que potencialmente sean controversiales bordea la censura previa e indiscriminada.

V. La autorregulación en “medios sociales” y el periodismo

Tanto la ferviente defensa de la autorregulación como las posiciones ambiguas frente al maximalismo y la responsabilidad social de las empresas dominantes en internet tienen parecidos con los viejos debates sobre la prensa, más allá de las enormes diferencias entre ambos tipos de empresas y contextos informativos.

⁹ Kozłowska, Hanna, “These Are the Countries where Facebook Censors the Most Illegal Content”, en: *Quartz*, 2018, disponible en: <https://bit.ly/2Im2yGx>, último acceso: 3 de febrero de 2019.

En las democracias modernas, el periodismo tomó la autorregulación como bandera a efectos de preservar los márgenes de autonomía frente a la intromisión y a la regulación estatal y, en alguna medida, a los intereses puramente comerciales de las empresas. El ideario de la autorregulación, reflejado en códigos de ética de redacciones y normas informales de trabajo, expresó las aspiraciones profesionales del periodismo de ser una institución –tal como otras profesiones– orientada según el interés público y valores comunes y distanciarse de lógicas puramente estatales o mercantiles y así generar confianza y legitimidad social.¹⁰ Bien sabemos que tal visión, donde fue adoptada o caló en la conciencia profesional de las redacciones, no siempre fue efectiva. Más allá de sus nobles promesas, la autorregulación inspirada por principios de servicio público no fue regularmente el norte normativo de la práctica periodística cotidiana. Las razones han sido varias y dependieron de contextos políticos, sociales y económicos: la vulnerabilidad frente a intereses editoriales y mercantiles, el peso del Estado tanto en las economías de la prensa como en la producción de información y la falta de cohesión dentro del periodismo sobre una ética común de trabajo.

El paralelismo entre los discursos de justificación de Facebook y el periodismo con aspiraciones profesionales es notable aun cuando se trate de “animales diferentes” –una empresa norteamericana con aproximadamente dos mil millones usuarios en el mundo que no produce contenidos y domina internet, y la otra una ocupación con enormes diferencias internas en términos de contextos y condiciones de práctica, con la tarea de producir noticias y diferentes tipos de información–. Más allá de las diferencias, ambas constantemente toman incalculables decisiones sobre la publicación de contenidos. Tanto Facebook como el periodismo “profesional” anuncian un vago apoyo por la imparcialidad y la supresión de la subjetividad como estrategias para legitimar sus decisiones. Su legitimidad esperada está basada en su compromiso con la ecuanimidad.

Sin embargo, tal compromiso abstracto enfrenta constantes desafíos en la práctica ya que cualquier organización tiene que considerar diferentes principios. Por ejemplo, la reacción del periodismo después que abriera sus contenidos a comentarios de lectores muestra justamente estas tensiones. El periodismo tomó diferentes posiciones: algunas redacciones optaron por no ofrecer oportunidad para comentarios, otras por hacerlo ocasionalmente y con moderación interna pre y pospublicación, y otras por permitir

¹⁰ Waisbord, Silvio, *Reinventing Professionalism: Journalism and News in Global Perspective*, Cambridge, Polity, 2013.

comentarios sin filtro alguno. Las razones de estas respuestas van desde el interés en proteger el contenido periodístico de diferentes tipos de expresión (especialmente comentarios injuriosos o que vayan contra normas de decencia y otras cuestiones) hasta la intención de enriquecer la información y promover la participación pública por razones periodísticas y comerciales. Cuando las redacciones curan los comentarios de lectores prima la visión de la expresión responsable en contra del libertarismo absoluto, como en el caso de los medios europeos que eliminan “contenidos de odio” según leyes vigentes que prohíben tales expresiones y principios de ética periodística.

Así como Facebook se las ingenia para minimizar el perfil de los editores humanos y las razones técnicas en la curación, el periodismo argumentó que utiliza “métodos” para limitar o eliminar sesgos personales. El “método” de Facebook (y otras empresas) es celosamente protegido frente al escrutinio público. El periodismo esgrimió el argumento de utilizar el “realismo” metodológico para determinar qué es noticia, ángulos informativos, selección de fuentes y otros elementos. El proceso tanto en uno como en el otro ha sido una caja negra. Tanto los “medios sociales” como el periodismo rara vez transparentan su lógica de decisiones ya que abre las compuertas a escrutinio y críticas. Qué se selecciona y con qué criterios nunca es claro ni inobjetable. Tanto los “medios sociales” como las redacciones enfrentan problemas similares y crónicos en la definición de contenidos. Qué es un contenido violento, pornográfico o terrorista no es obvio. ¿Merece cualquier idea tener espacio en una plataforma global? ¿Qué criterios se usan para tomar decisiones? ¿Hay decisiones consistentes y transparentes? ¿Se incurre en el problema de “falsa equivalencia” al darle igual peso a ideas con diferente presencia social y relación con la realidad y la verdad? ¿Se puede ser ecuánime en sociedades polarizadas? ¿La objetividad invisibiliza ideas y actores controversiales fuera del consenso establecido? ¿Dónde trazar la línea de lo controversial? Dirimir estas cuestiones inevitablemente se vincula con cuestiones subjetivas y filosóficas como también con cálculos empresariales e institucionales. Por lo tanto, la ecuanimidad como justificación para aspirar a obtener legitimidad es una pobre guía de conducta que deja preguntas abiertas sin respuestas claras o consistentes.

El debate sobre la curación corporativa de contenidos digitales nos recuerda que el periodismo no tuvo (ni tiene) respuestas claras, coherentes y consistentes frente a desafíos similares. Esto se debió no solamente a la obsesión con resguardar sus “secretos profesionales”, sino porque cotidianamente enfrenta situaciones y toma múltiples decisiones donde se trazan los contornos de la libertad de expresión. De hecho, constantemente tiene que armonizar el ideal sacrosanto de “la expresión sin ataduras” del dogma

liberal con otros principios –la información veraz, la seguridad, la privacidad, el honor y otras consideraciones fundamentales para la vida pública–. Si bien el periodismo se arropó en la bandera de la expresión libre, siempre tuvo que ajustarla a otras expectativas y el respeto a varios derechos.

Esta tensión reaparece constantemente en sonados casos donde la visibilización de ciertas expresiones, en nombre de la libertad sin barreras, choca contra otros derechos y valores democráticos. Esto quedó demostrado durante los agitados debates sobre los ataques a Charlie Hebdo¹¹ como en las denuncias de Edward Snowden sobre las operaciones de la National Security Administration en colusión con las gigantes de la telecomunicación.¹²

Al considerar las enormes dificultades del periodismo para resolver estas preguntas, es dudoso que las corporaciones que dominan internet tengan mayor suerte o encuentren fórmulas infalibles. Esto es particularmente preocupante al tener en cuenta que no están ni abocadas a servir al interés público ni tienen acuerdos firmes con la sociedad y el Estado para ejercer su rol con un sentido de responsabilidad social.

Una lección importante de la experiencia del periodismo es que la opacidad de decisiones no se lleva bien con el interés público, especialmente si se trata de corporaciones privadas con enorme presencia en la esfera pública. Por lo tanto, continuar el debate sobre las formas de *accountability* de las corporaciones frente a la sociedad es clave, sumada a la posibilidad de la interacción con instituciones públicas y usuarios a fin de generar una responsabilidad colectiva que no se reduzca a la decisión corporativa.¹³ Cómo debiera ordenarse la exposición y la secuencia de contenidos según objetivos democráticos y no exclusivamente corporativos es también una pregunta clave, que demanda debates amplios y acciones políticas más que las consabidas recetas puramente tecnológicas y la autorregulación con enorme opacidad preferidas por Silicon Valley. Otra lección es que ni el maximalismo libertario que defiende a capa y espada el derecho de la expre-

¹¹ Parmar, Sejal, "Freedom of Expression Narratives after the Charlie Hebdo Attacks", en: *Human Rights Law Review*, Vol. 18, N° 2, 2018, pp. 267-296, disponible en: <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngy003>, último acceso: 3 de febrero de 2019; Wessler, Hartmut, Rinke, Eike Mark y Löb, Charlotte, "Should We Be Charlie? A Deliberative Take on Religion and Secularism in Mediated Public Spheres", en: *Journal of Communication*, Vol. 66, N° 2, 2016, pp. 314-327.

¹² Kunelius, Risto, Heikkilä, Heikki, Russell, Adrienne y Yagodin, Dmitry (eds.), *Journalism and the NSA Revelations: Privacy, Security, and the Press*, Londres, Tauris, 2017.

¹³ Helberger, Natali, Pierson, Jo y Poell, Thomas, "Governing Online Platforms: From Contested to Cooperative Responsibility", en: *The Information Society*, Vol. 34, N° 1, 2017, pp. 1-14.

sión individual frente a la censura estatal, ni los enfoques tendientes a promover la diversidad en sistemas limitados de informados ofrecen respuestas suficientes para enfrentar los riesgos de la expansión de la expresión pública y la proliferación de discursos antidemocráticos en plataformas digitales.

VI. La apuesta por la alfabetización digital

Los desafíos de la regulación contemporánea no se agotan en cuestiones de ingeniería regulatoria externa o interna de las plataformas “sociales” que funcionan como los *gatekeepers* descollantes en internet. Un espacio central de atención son los públicos mismos dadas las enormes oportunidades de expresión sin censura y filtro estatal o corporativo. Mucho se ha dicho recientemente al respecto, especialmente en torno a las noticias basura y a las campañas de desinformación canalizadas a través de “medios sociales”.

De forma notable, surgió un consenso entre Gobiernos, corporaciones digitales y actores de la sociedad civil sobre la importancia de brindar oportunidades de alfabetización digital a la ciudadanía y esfuerzos educativos en general para comprender los sentidos de la libertad de expresión. La alfabetización aparece como una forma de promover la autorregulación individual y colectiva a efectos de reducir los efectos potencialmente negativos de la abundancia de información. Estas acciones son necesarias dada los constantes desafíos de la cambiante ecología informativa. Una ciudadanía en democracia precisa herramientas para navegar internet, especialmente ante la proliferación de ficciones pasadas como noticias e información, operaciones de propaganda, el desconocimiento generalizado sobre el funcionamiento de los medios tradicionales y los medios sociales, y la presencia dominante del periodismo digital en la vida cotidiana. Saber cómo obtener e interpretar información en la compleja arquitectura digital, funcionamiento, intereses, limitaciones –como ser ciudadanos digitales– es imperioso. Asimismo, la ciudadanía debe estar equipada para comprender y actuar en materia ligada a los sentidos y al propósito de la libertad de expresión.

Ahora bien, tales ambiciones sobre la alfabetización digital enfrentan problemas sin solución fácil. Por una parte, no es claro con qué contenidos y valores se debe promover la educación digital, considerando las tensiones entre visiones libertarias y visiones sobre la responsabilidad social en la expresión pública. ¿Con qué objetivos alfabetizar? ¿Promover la expresión sin tapujos ni filtros ni preocupación por sus consecuencias? ¿Educar para la autorregulación según consideraciones como el respeto y la tolerancia por otros y la diferencia?

¿Contribuir a distinguir entre hechos, verdades, mentiras y manipulación?
¿Entender cómo compatibilizar diferentes derechos de la expresión en la comunicación cotidiana? Estas son preguntas importantes especialmente dadas dos circunstancias en el contexto político y social contemporáneo.

En primer lugar, están las persistentes y abismales diferencias de poder —la capacidad de tener voz y audiencia en internet hacen que no haya espacios nivelados para la expresión—. La autorregulación individual de la expresión es más compleja de lo que aparenta especialmente cuando no hay equidad horizontal para la expresión. Por ejemplo, ciertas formas de expresión pueden ser consideradas “ofensivas”, como el escrache, la desobediencia cívica, o dar la espalda ante una alocución pública, pero también son necesarias y democráticas. El debate presente sobre los méritos y problemas de la expresión “cívica” (*civil*, en inglés) refleja estas dificultades. Mientras que el dogma de la alfabetización pondera el “discurso cívico” como virtud de la expresión democrática, no es obvio que sea siempre virtuoso para conseguir fines democráticos. Ciertas formas de discurso ofensivo pueden tener valor democrático en tanto critican al poder y ponen al descubierto desigualdades en las condiciones de la expresión; otras, en cambio, atentan contra la vida pública.

Asimismo, el hecho de que la interpretación libertaria del derecho a la expresión se haya convertido en estandarte de grupos xenófobos, racistas y misóginos sugiere enormes complejidades sobre el contenido de la alfabetización como mecanismo efectivo de autorregulación. Ciertamente, esta interpretación, presuntamente a ultranza a favor de la libertad de expresión ilimitada del extremismo de derecha, se esgrime cuando estas ideas son suprimidas por los medios tradicionales y los gigantes de internet. En cambio, este extremismo toma una posición completamente distinta a favor de la censura cuando las empresas deciden eliminar medios críticos con posiciones proto-fascistas o voces progresistas ejercen el derecho a la expresión.

Aquí es importante recordar que no hay una visión única de la libertad de expresión, aun entre quienes fervientemente defienden ese derecho. El debate corriente sobre expresión digital nos recuerda las enormes diferencias persistentes. Obviamente, la cuestión del propósito de la expresión pública ocupa la atención de abarrotados estantes de libros, revistas y documentos legales, y no puede ser analizada en profundidad en este artículo. Basta con remarcar que lo que está en discusión no son puramente los sentidos y los límites de la expresión pública, sino también su propósito en democracia. Como recuerda Timothy Garton Ash,¹⁴ la expresión libre no quiere decir expresión sin límites.

¹⁴ Ash, Timothy Garton, *Free Speech: Ten Principles for a Connected World*, New

Esta última es una lectura simplista y apresurada (e interesada) que olvida otras cuestiones tan importantes. Como argumenta cierta tradición del pensamiento liberal, ilustrada por John Stuart Mill e Isaiah Berlin, es fundamental armonizar la expresión con el pluralismo y el debate racional. La libertad de expresión no es un cheque en blanco para la violencia verbal y otros abusos. Es un mecanismo fundamental que debe ser utilizado responsablemente para lograr objetivos centrales a la democracia como el mejor gobierno y la racionalidad crítica, en el caso del pensamiento liberal. El acuerdo sobre el principio de la libre expresión abre preguntas igualmente difíciles: ¿Quién y cómo se determina los objetivos de la expresión? ¿Cómo es posible promover condiciones para una expresión virtuosa que no tenga impedimentos en tanto igualdad de condiciones, pero al mismo tiempo sea civil, tolerante y dialógica? ¿Qué tipo de autorregulación individual y colectiva es deseable? ¿En qué circunstancias? Estas preguntas son importantes para esquivar la vulgata libertaria sobre la expresión pública que ignora complejos desafíos, diferentes tradiciones filosóficas y legales, y contextos políticos y sociales.

¿Por qué estas preguntas son significativas? La ambigüedad de la idea y los usos de la libertad de expresión colocan a la alfabetización digital en un terreno donde no hay acciones obvias o recetas mágicas para promover la autorregulación como mecanismo de responsabilidad social de la ciudadanía. Además, hay cuestiones como el alcance y la efectividad de la alfabetización digital que merecen un capítulo aparte. Es suficiente recordar que la evidencia sobre sus efectos no es contundente para creer firmemente en el impacto de intentos pedagógicos de cultivar conductas virtuosas basadas en la cultura del civismo y la tolerancia.¹⁵ Es decir, no hay razones para suponer que las intervenciones educativas tengan enormes resultados positivos para promover la autorregulación virtuosa, especialmente en ecologías de amplias opciones de comunicación e información.

VI. Conclusiones

En síntesis, el cambiante escenario de la comunicación pública coloca nuevos interrogantes sobre viejos dilemas de la libertad de expresión y la regulación. Por una parte, las nuevas formas del periodismo digital abren

Haven, Yale University Press, 2016.

¹⁵ Kleemans, Mariska y Eggink, Gonnie, "Understanding News: The Impact of Media Literacy Education on Teenagers' News Literacy", en: *Journalism Education*, Vol. 5, N° 1, 2016, pp. 74-88.

una serie de preguntas sobre la regulación de los *gatekeepers*, tanto de la regulación externa como interna. Todo *gatekeeper* es, por definición, censor y curador de contenidos ya que ejerce discreción editorial según varios cálculos e intereses. No hay árbitros neutrales, leales a bienes abstractos y comunes, localizados más allá de las preferencias colectivas, aun cuando la retórica de Silicon Valley se empece en reiterar sus promesas sobre el bien común y la comunidad global. Así como el periodismo cura contenidos según varias consideraciones (y no solamente según la “libertad de expresión”), los medios sociales y las corporaciones que dominan internet toman decisiones que no están principalmente regidas por dar oportunidades para las voces ciudadanas o facilitar una comunidad global. El problema es que un manojito de nuevos *gatekeepers* ejerce un poder sobredimensionado en la intermediación de la comunicación pública, de forma opaca y sin obvias responsabilidades sociales. Esto es un problema ya sea en situaciones de limitadas o amplias opciones de información, particularmente cuando la expresión pública es principalmente vehiculizada por plataformas-canales privados que se atribuyen autonomía empresarial para tomar decisiones que afectan la comunicación pública. Si este problema ha sido históricamente medular en la comunicación pública y careció de respuestas fáciles y consistentes, no es obvio cómo lograr que las plataformas digitales ejerzan su enorme poder global de forma responsable y cooperativa con otros actores sociales.¹⁶

Por otra parte, la proliferación de espacios para la expresión “desmediatizada” hace necesario redoblar la apuesta por la educación y las “buenas normas” democráticas que apuntalen, en el mejor de los casos, la autolimitación.¹⁷ Más allá de sus buenas intenciones, la pedagogía por una ciudadanía digital enfrenta varios problemas. Persiste la tensión entre concepciones distintas de la libertad de expresión en contextos políticos e históricos diferentes. No hay principios únicos que sostengan un supuesto decálogo común de normas sociales deseables y posibles en sociedades masivas. Tampoco hay acciones infalibles para formar a escala y en corto tiempo, ni una ciudadanía comprometida con balancear diferentes derechos democráticos o que sepa distinguir la realidad de la ficción, la información de propaganda y otros nobles objetivos de la alfabetización digital.

Estos problemas se suman a los crónicos obstáculos para la expresión pública, especialmente el recrudecimiento de diferentes formas de censura

¹⁶ Helberger, Pierson y Poell, *supra* nota 13.

¹⁷ Steen-Johnsen, Kari y Enjolras, Bernard, “The Fear of Offending: Social Norms and Freedom of Expression”, en: *Society*, Vol. 53, N° 4, 2016, pp. 352-362.

por Estados y corporaciones sumadas a desigualdades sociales en el acceso a la información. En el cambiante panorama aciago para la libertad de expresión global,¹⁸ la intervención discrecional estatal contra la expresión es, no hay duda, un problema grave alrededor del mundo. Abundan ejemplos de Estados que controlan y reprimen la expresión a través de diversas estrategias legales y económicas. De hecho, estudios globales recientes muestran el empeoramiento de las condiciones debido al accionar de Gobiernos empeñados en eliminar protecciones y favorecer acciones para suprimir diferentes formas de expresión crítica. Asimismo, los Estados han sido cómplices activos o pasivos cuando la violencia contra la expresión es ejercida por propias fuerzas estatales o por grupos parapoliciales y paramilitares o ilegales como bandas armadas y traficantes ilegales. Por otra parte, la captura de los Estados por poderosos intereses comerciales atenta contra la implementación de políticas virtuosas a favor del pluralismo en la expresión pública.

A estos problemas clásicos de la comunicación pública, se le suman los desafíos de la regulación en internet donde coexisten corporaciones con una enorme capacidad para decidir contenidos y espacios para la expresión sin moderación ni censura. Regular el caos comunicacional y promover buenas prácticas ciudadanas, según diferentes principios democráticos y derechos humanos, es inmensamente más difícil. Presenta varios frentes de acción que exceden los espacios y las respuestas tradicionales ya sea la regulación por parte del Estado y la autorregulación empresarial de acuerdo a los compromisos con la sociedad. Tanto la naturaleza particular de los “medios sociales” y otras compañías dominantes en tanto “plataformas” globales de contenidos, como la desintermediación tradicional de la expresión requieren pensar con imaginación alternativas posibles.

Bibliografía

- Ash, Timothy Garton, *Free Speech: Ten Principles for a Connected World*, New Haven, Yale University Press, 2016.
- Gillespie, Tarleton, *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions that Shape Social Media*, New Haven, Yale University Press, 2018.

¹⁸ Zittrain *et al.*, *supra* nota 3.

- Halliday, Josh, “Twitter’s Tony Wang: ‘We Are the Free Speech Wing of the Free Speech Party’”, en: *The Guardian*, 2012, disponible en: <https://bit.ly/2GfgDEt>, último acceso: 3 de febrero de 2019.
- Helberger, Natali, Pierson, Jo y Poell, Thomas, “Governing Online Platforms: From Contested to Cooperative Responsibility”, en: *The Information Society*, Vol. 34, N° 1, 2017, pp. 1-14.
- Kleemans, Mariska y Eggink, Gonnie, “Understanding News: The Impact of Media Literacy Education on Teenagers’ News Literacy”, en: *Journalism Education*, Vol. 5, N° 1, 2016, pp. 74-88.
- Klonick, Kate, “The New Governors: The People, Rules, and Processes Governing Online Speech”, en: *Harvard Law Review*, Vol. 131, Cambridge, 2018.
- Kozłowska, Hanna, “These Are the Countries where Facebook Censors the Most Illegal Content”, en: *Quartz*, 2018, disponible en: <https://bit.ly/2Im2yGx>, último acceso: 3 de febrero de 2019.
- Napoli, Philip M., “Social Media and the Public Interest: Governance of News Platforms in the Realm of Individual and Algorithmic Gatekeepers”, en: *Telecommunications Policy*, Vol. 39, N° 9, 2015, pp. 751-760.
- Parmar, Sejal, “Freedom of Expression Narratives after the Charlie Hebdo Attacks”, en: *Human Rights Law Review*, Vol. 18, N° 2, 2018, pp. 267-296, disponible en: <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngy003>, último acceso: 3 de febrero de 2019.
- Steen-Johnsen, Kari y Enjolras, Bernard, “The Fear of Offending: Social Norms and Freedom of Expression”, en: *Society*, Vol. 53, N° 4, 2016, pp. 352-362.
- Vaidhyanathan, Siva, *Antisocial Media: How Facebook Disconnects Us and Undermines Democracy*, Nueva York, Oxford University Press, 2018.
- Waisbord, Silvio, *Reinventing Professionalism: Journalism and News in Global Perspective*, Cambridge, Polity, 2013.
- Waisbord, Silvio, “Truth Is What Happens to News: On Journalism, Fake News, and Post-Truth”, en: *Journalism Studies*, Vol. 19, N° 13, 2018, pp. 1-13.
- Wessler, Hartmut, Rinke, Eike Mark y Löb, Charlotte, “Should We Be Charlie? A Deliberative Take on Religion and Secularism in Mediated

Public Spheres”, en: *Journal of Communication*, Vol. 66, N° 2, 2016, pp. 314-327.

Kunelius, Risto, Heikkilä, Heikki, Russell, Adrienne y Yagodin, Dmitry (eds.), *Journalism and the NSA Revelations: Privacy, Security, and the Press*, Londres, Tauris, 2017.

Observacom, “Concentración y pluralismo en internet: viejos y nuevos gatekeepers”, 2017, disponible en: <https://bit.ly/2VKO0UO>, último acceso: XXX.

Organización de los Estados Americanos, “Declaración conjunta sobre libertad de expresión y ‘noticias falsas’ (‘fake news’), desinformación y propaganda”, 2017, disponible en: <https://bit.ly/2IP3ncc>, último acceso: 3 de febrero de 2019.

Zittrain, Jonathan L., Faris, Robert, Noman, Helmi, Clark, Justin, Tilton, Casey y Morrison-Westphal, Ryan, *The Shifting Landscape of Global Internet Censorship*, Harvard Public Law Working Paper N° 17-38, Cambridge, Berkman Klein Center Research Publication, 2017.

Libertad de expresión, internet y principios fundamentales

Roberto Saba

Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por medio de sus fallos, opiniones consultivas y declaraciones han desarrollado una robusta y coherente doctrina acerca de la protección de la libertad de expresión que ha permitido delinear el alcance del amparo convencional de este derecho. Sin embargo, en los últimos años, han surgido voces en la región a favor de un análisis crítico de estos estándares sobre la base de que estos requerirían una revisión y un eventual ajuste, sobre todo a partir de problemas y desafíos que han aparecido desde su establecimiento, principalmente, como consecuencia de enormes avances tecnológicos entre los que se destaca la expansión de internet. Intentaré en este texto reaccionar a esas voces.

A diferencia de los textos constitucionales decimonónicos de la mayoría de los países de la región, el artículo 13 de la Convención Americana ha tomado partido desde su propio texto en el debate justificatorio de la protección de la libertad de expresión, algo fundamental para identificar el alcance del derecho y de las consiguientes responsabilidades estatales. La doctrina jurídica y filosófica sobre las teorías de la libertad de expresión ha girado fundamentalmente en torno a dos líneas de pensamiento.

Por un lado, se ha articulado una teoría de la libertad de expresión asociada casi exclusivamente al ejercicio de la autonomía personal o de la libertad del individuo. Esta tesis propone construir un muro protectorio contra cualquier intervención estatal que pudiera limitar esa autonomía. Los límites a la libertad de expresión desde esta perspectiva están generalmente asociados a la protección de terceros –a su privacidad, intimidad, reputación, honra o a la protección de menores incapaces de tomar decisiones por sí mismos–.

Desde esta óptica, el Estado es visto siempre como enemigo de la libertad de expresión y la protección del derecho está prácticamente dirigida a evitar interferencias estatales, fundamentalmente la censura. Frases tales como las que sostienen coloquialmente que “la mejor ley sobre libertad de expresión es la que no existe” es una elocuente manifestación de esta tesis. Así, quienes sostienen esta visión proponen la total prescindencia del Estado, tanto en materia regulatoria, como respecto de la asignación de recursos como condición necesaria para el pleno ejercicio de la libertad.¹ Para esta tesis, el único límite posible y aceptable al ejercicio de la libertad de expresión podría darse, y con muchas condicionalidades, para proteger la libertad o la autonomía de terceros, por ejemplo, niños o personas adultas que vean afectados sus derechos –como la intimidad, la privacidad, la honra– como consecuencia del ejercicio de la libertad de expresión de otros individuos.

Por otro lado, una segunda doctrina acerca de la justificación de la libertad de expresión identifica el ejercicio de este derecho con las precondiciones necesarias para el funcionamiento del régimen democrático de gobierno.² Así, sobre la base del supuesto de que este sistema político descansa en el ideal de autogobierno, y dado que este ideal requiere que la ciudadanía tome decisiones respecto de cuestiones relacionadas con la esfera pública, es preciso que, para poder tomar las mejores decisiones posibles, la ciudadanía pueda recibir la mayor cantidad de información. La libertad de expresión se convierte de este modo en una condición necesaria para el ejercicio de los derechos políticos, y obliga al Estado a asegurar y proteger la circulación de información, tanto de aquella que se encuentre en poder de los particulares como la que esté en posesión del propio Gobierno. Lo primero lo lograría no solo al evitar la censura, sino también al tomar medidas que aseguren la circulación de información, opiniones y perspectivas. Lo segundo, por medio de la protección del libre acceso a la información pública, entendida como la información que se encuentra en poder del Gobierno. El Estado, desde esta perspectiva, es percibido como un amigo posible de la libertad de expresión, como garante del buen funcionamiento del sistema democrático

¹ La opinión disidente de Oliver Wendell Holmes Jr. en el caso “Abrams vs. United States” se convirtió en la manifestación paradigmática de esta tesis. Ver este fallo en 250 U.S. 616, 630 (1919).

² Ver Meiklejohn, Alexander, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*, Oxford, Oxford University Press, 1965; Kalven, Harry, “The New York Times Case: A Note on the Central Meaning of the First Amendment”, en: *Supreme Court Review*, Vol. 1964, Chicago, 1964, p. 191; Sunstein, Cass, *Democracy and the Problem of Free Speech*, Nueva York, The Free Press, 1995.

de gobierno y como una especie de moderador del gran debate público, al asegurar que todos puedan expresarse y conocer la información que precisan para tomar las mejores decisiones posibles.

Si bien el texto del artículo 13 asocia el ejercicio de la libertad de expresión a una manifestación de la autonomía personal –fundamentalmente en la primera parte de la cláusula–, también abraza inmediatamente después una perspectiva justificatoria de la protección de la libertad de expresión vinculada con la tesis que la concibe como una precondition de la democracia, específicamente cuando establece que “el derecho a la libertad de expresión comprende el derecho a buscar, recibir y difundir información”. Asimismo, la prohibición de la censura por medios indirectos también podría ser interpretada como mecanismo de reaseguro de la circulación máxima de información, la posibilidad de deliberación pública y la toma de las mejores decisiones. Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por medio de la opinión consultiva N° 5 (OC-5), ha interpretado el artículo 13 de modo tal que este protege la libertad de expresión en sus dos dimensiones: la individual y la social, y se entiende por esta última aquella que surge de la relación entre libertad de expresión, circulación de información y calidad del debate, por un lado, y las decisiones democráticas, por otro. Finalmente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha emitido en el año 2000 una Declaración de Principios de la Libertad de Expresión que recoge la misma perspectiva del texto del artículo 13 y de la OC-5. En suma, la libertad de expresión protegida por la Convención Americana se sustenta en el ideal democrático del cual es precondition. Este es el principio último que subyace al derecho protegido, conjuntamente con la noción de libertad de expresión como manifestación de la autonomía personal, pero nunca es esta última un obstáculo a la libertad de expresión como precondition de la democracia.

La aplicación de este principio a situaciones específicas ha permitido emitir juicios críticos respecto de intervenciones u omisiones estatales respecto de la vigencia y del ejercicio de la libertad de expresión en los países firmantes del Pacto. Es a partir de la aplicación de este principio que se ha podido determinar en casos concretos cuáles son las obligaciones estatales que se desprenden de la Convención, como por ejemplo la prohibición de censura por medios indirectos. Mientras el principio se ha mantenido permanente, por ello son principios, han variado los contextos sociales, políticos e históricos que requieren de la emisión de juicios críticos basados en ese principio. El surgimiento durante el siglo XX de los medios de comunicación de masas, como la radio y la televisión, así como la evolución de un Estado burocrático con estructuras administrativas complejas y poderosas, ha motivado el

surgimiento de preocupaciones específicas respecto de amenazas posibles a la libertad de expresión como derecho individual, pero también y, quizás sobre todo, como precondition para el funcionamiento del régimen democrático de autogobierno. Desde el lado de las posibles amenazas estatales, las restricciones al acceso de los recursos necesarios para ejercer la libertad de expresión—frecuencias radioeléctricas, papel para periódicos, dinero, etc.—han sido objeto de preocupación específica por lo que pueden verse mencionadas explícitamente en el artículo 13 y en la Declaración de Principios de la CIDH. Las posibles amenazas por parte de particulares, como por ejemplo la conformación de monopolios informativos, han motivado la demanda de que, entre las obligaciones estatales para con la protección de la libertad de expresión, se establezcan regulaciones que impidan el avance de este mecanismo de silenciamiento, así como la imposición de sanciones a las expresiones de odio que podrían operar también como silenciadoras de expresiones minoritarias, tal como lo establece el inciso 5º del artículo 13.

El contexto ha variado en el siglo XXI con el surgimiento de internet. Los medios de comunicación de masas pierden cotidianamente protagonismo, o al menos compiten por él con los medios digitales y las plataformas que brindan las redes sociales. Nuevas preocupaciones acompañan este desarrollo tecnológico en lo que se refiere a la libertad de expresión, aunque también surgen nuevas esperanzas de una mayor expansión de las oportunidades para ejercer el derecho. La pregunta que nos debemos hacer desde el derecho constitucional y desde el derecho internacional de los derechos humanos es si estos nuevos desarrollos tecnológicos motivarían una revisión del principio, o bien una revisión de sus posibles aplicaciones en un nuevo contexto.

¿Una nueva concepción de la libertad de expresión en la era digital?

Autores como Alexander Meiklejohn,³ Owen Fiss,⁴ Harry Kalven⁵ y Cass Sunstein⁶ han defendido durante todo el siglo XX y lo que va de este, con teorías cada vez más sofisticadas, la doctrina de la libertad de expresión como precondition de la democracia. A comienzos del siglo XXI,

³ Meiklejohn, *op. cit.*

⁴ Fiss, Owen, *The Irony of Free Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 1998. Versión en castellano, *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona, Gedisa, 1998.

⁵ Kalven, *op. cit.*

⁶ Sunstein, Cass, *#Republic. Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton, Princeton University Press, 2017.

autores, entre los que se destaca la figura de Jack Balkin, han criticado la vigencia de esta teoría por entender que el contexto que le dio sustento, el predominio de la radio y la televisión en el siglo XX, se había extinguido y había dejado paso a uno que lo tornó obsoleto.⁷ Balkin argumenta que la teoría de la libertad de expresión como precondition de la democracia se ha desarrollado como consecuencia de los temores que provocaba la aparición de los medios de comunicación de masas. Estos medios eran vistos como posibles obstáculos al ejercicio de la libertad de expresión y al buen funcionamiento del sistema democrático de autogobierno, pero ya no cuentan con la influencia que tenían. En aquel pasado nada remoto, pocos actores muy poderosos, dueños de estos potentes canales de comunicación, eran prácticamente los únicos capaces de abrir o cerrar los grifos de la expresión. Con sus decisiones editoriales, sus énfasis sobre temas o perspectivas y la potestad para invisibilizar actores o visiones del mundo, estos medios no solo operarían una especie de censura de hecho sobre voces relevantes para el debate público, sino que lo distorsionarían y harían imposible alcanzar o acercarse al ideal del autogobierno. Además, la lógica del mercado y la aspiración de maximizar ganancias y minimizar costos llevarían a un debate público empobrecido, como sostuvo Fiss. Balkin, en cambio, sostiene que estos tiempos terminaron y que, por ende, también deberían desvanecerse las consiguientes preocupaciones. El surgimiento de internet terminó con los cuellos de botellas producidos por los grandes medios de comunicación. El temor al empobrecimiento del debate público ya no tendría sentido porque todos han pasado a tener la capacidad de magnificar su voz a través de los medios digitales. Esta visión un tanto idílica de la nueva era es la que también sustenta el ideal de la neutralidad de la web. Una vez más, como sucedió en el pasado, se consideraría que la mejor ley para asegurar la libertad de expresión en internet es la que no existe, tal como nos dicen desde el campo de los defensores de una internet totalmente libre.

Sin embargo, Cass Sunstein no ve solo esperanzas en internet, sino también amenazas a la libertad de expresión y, sobre todo, al valor o ideal fundamental que justifica su protección y que es el del autogobierno. Este autor considera que dos factores combinados constituyen una nueva amenaza a la deliberación pública, que es la razón principal por la que protegemos la libertad de expresión. Por un lado, un factor humano que siempre estuvo

⁷ Balkin, Jack M., "Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society", en: *Faculty Scholarship Series*, paper N° 240, New Haven, 2004, disponible en: <https://bit.ly/2UH4kbX>, último acceso: 14 de enero de 2019.

presente pero que podría resultar exacerbado: la homofilia. Eso es la tendencia que tenemos las personas a buscar información allí donde lo que se dice o escribe se asemeja a lo que pensamos. El otro factor es producto de la nueva era digital: los filtros. Estos permiten acotar la información que recibimos de acuerdo con los mandatos de nuestra voluntad, y si nuestra voluntad se moviliza por la tendencia a la homofilia, entonces las nuevas tecnologías nos permitirían estrechar cada vez más la información que recibimos al punto de escuchar o leer solo aquello que ya pensamos y con lo que obviamente coincidimos. Estas denominadas burbujas informativas son la principal amenaza según Sunstein a la posibilidad de deliberación pública y, en consecuencia, al autogobierno ciudadano.

Resulta efectiva la comparación con el efecto de las nuevas tendencias en materia de organización urbana y la posibilidad de desarrollo de un régimen democrático basado en la deliberación y en el enriquecimiento de nuestras decisiones como consecuencia de la exposición a la diversidad. En el contexto de teorías urbanísticas como la defendida por Jane Jacobs,⁸ las calles de una gran ciudad en la que los barrios no están segregados y permiten que la persona que las recorre sea invadida a través de todos sus sentidos por la diversidad del mundo que la rodea, podrían compararse, sostiene Sunstein, con los “intermediarios de interés general” –los periódicos, por ejemplo, u otros medios de comunicación de masas surgidos durante el siglo pasado—. En esas veredas urbanas las personas se exponen sin buscarlo a las realidades más diversas: personas pobres y ricas, de todas las razas y colores de piel, conversaciones de todo tipo en bares, plazas y en el transporte público. Del mismo modo, esos intermediarios genéricos les permitían y aun permiten a las personas exponerse a información y opiniones que no coinciden necesariamente con la propia, y expandir así sus horizontes informativos.

La segunda característica central de esos medios del siglo XX consistía y consiste en que sus contenidos son generalmente producidos por un equipo de editores, periodistas y columnistas profesionales que emiten un mensaje que es recibido pasivamente por los televidentes, radioescuchas y lectores. A pesar de ello, con el surgimiento de las redes sociales y fundamentalmente de los filtros que hacen posible que en ellas solo interactuemos con quienes queremos hacerlo y, como consecuencia de la homofilia que parece caracterizar nuestras decisiones,⁹ lo hacemos solo con quienes se asemejan

⁸ Jacobs, Jane, *The Death and Life of Great American Cities*, Nueva York, Random House, 1961.

⁹ Sullivan, Andrew, “America Wasn’t Built for Humans. Tribalism Was an Urge Our Founding Fathers Assumed We Could Overcome. And so It Has Become Our Greatest

a nosotros mismos. Se alteraron totalmente el intercambio de ideas, las opiniones y la información en el debate público. Esos filtros evitan que nos topeemos con la diversidad que nos ofrecían los medios de comunicación que dominaron el siglo XX. Algunos incluso sostienen que contribuye a radicalizar posiciones, aunque esto es más controvertido.

En suma, corresponde entonces preguntarnos si a partir del surgimiento de internet cambió nuestra concepción de la libertad de expresión o si cambiaron las condiciones y los contextos en donde el principio que subyace es a la protección del derecho, manteniéndose inmutable el principio. Si el caso es este último, no deberíamos plantearnos una reformulación del principio, sino que deberíamos preguntarnos de qué modo el viejo principio, aún no falseado, podría ayudarnos a resolver las nuevas amenazas al ejercicio de la libertad de expresión y al autogobierno que precisa de ella para poder ser ejercido. Así, problemas (relativamente) nuevos como el fenómeno de las noticias falsas, la “moderación” en las plataformas de las redes sociales con la consiguiente censura previa, la difamación, la invasión de la privacidad, etc. deberían ser encarados de manera consistente con el modo en que se han enfrentados los viejos problemas y las amenazas a la libertad de expresión y al autogobierno.

Una cuestión de método

La Declaración de Principios del año 2000 coronó un largo proceso de interpretación y aplicación del principio de libertad de expresión. No fue la Declaración la que precedió a ese proceso. Al establecer una analogía con las tradiciones jurídicas dominantes en occidente, la continental y la del *common law*, podríamos sostener que existen dos métodos para construir un documento que contenga una declaración de principios en torno al alcance del ejercicio y protección de un derecho, reconocido en la Convención.¹⁰

Un primer enfoque que podríamos denominar “codificador” intenta extraer o derivar un conjunto de reglas a partir de la norma convencional a modo de un nuevo código regulador del derecho en cuestión. Esta estrategia intenta anticiparse a los problemas futuros relacionados con el derecho o libertad específica y, por medio de ejercicios de imaginación, arribar a

Vulnerability”, en: New York Magazine, Nueva York, 19 de septiembre, 2017, disponible en: <https://nym.ag/2lgPzqB>, último acceso: 12 de enero de 2019.

¹⁰ Merryman, John Henry, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America* (1969), Redwood City, Stanford University Press, 2º ed., 1985.

reglas que apliquen el principio general de la convención a casos particulares futuros. El segundo enfoque consiste en cristalizar en un documento de principios y reglas el producto de procesos interpretativos de mediano o largo plazo que dan cuenta de problemas nuevos y soluciones aplicadas por los órganos con jurisdicción para resolverlos, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Declaración de Principios de Libertad de Expresión producida por la CIDH en el año 2000 recoge una relativamente antigua y coherente interpretación y aplicación del articulado de la Convención por los dos órganos mencionados, en particular del artículo 13. Además, esa lectura del texto convencional se ha nutrido de la jurisprudencia y de la legislación de los tribunales y poderes legislativos de los Estados firmantes que han alimentado el debate referido al alcance de la protección del derecho a la libertad de expresión en la región y que ha beneficiado el trabajo de los dos órganos centrales del sistema. De estas dos estrategias para la producción de una nueva Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, entiendo que resulta más estable y efectivo la segunda que la primera. Dicho esto, sería necesario, a fin de tomar una decisión en el sentido de generar un nuevo documento, relevar y evaluar si nos encontramos en el presente ante una masa crítica de decisiones nacionales e internacionales, sobre todo de órganos jurisdiccionales, que nos permitan pisar sobre seguro al momento de revisar la Declaración original e introducirle cambios y nuevas reglas. Es claro que la irrupción de internet ha generado nuevos problemas y desafíos para el goce y la protección de la libertad de expresión. También ha generado nuevas oportunidades para ejercer el derecho de un modo que resultaba imprevisible en el año 2000.

No obstante, estas nuevas oportunidades y desafíos no nos colocan, desde mi punto de vista, ante la certidumbre de cómo potenciar las primeras y responder a las segundas. Han existido avances en la legislación comparada y alguna jurisprudencia a nivel de tribunales nacionales, pero aún parece ser insuficiente para poder interpretar estas novedades como una tendencia o masa crítica consolidada de acuerdos en torno a las aplicaciones del principio convencional articulado en el artículo 13. La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha realizado un trabajo tan fino hasta el presente a través de aplicar esa cláusula en casos concretos o al responder a consultas de los Estados en materia interpretativa, no ha avanzado de modo similar en torno al impacto de las nuevas tecnologías de la era digital en una relectura de la Convención. Al intentar producir un nuevo documento que establezca una versión actualizada de los principios rectores de la libertad de expresión y de un conjunto de reglas derivadas

de ellos —en abstracto y sin la información vital que proveen los casos que permiten hacer el ejercicio interpretativo más preciso— se corre el riesgo de elaborar principios contradictorios y con efectos desconocidos al ser aplicados a casos concretos. También existe el peligro de sucumbir a la tentación de diseñar esos principios de acuerdo con las presiones e intereses en juego de los actores más poderosos e influyentes del sistema.

En suma, desde una perspectiva metodológica, considero que, en primer lugar, debería hacerse un relevamiento del derecho y de la jurisprudencia nacionales en la región, así como en el derecho comparado exterior a ella, a fin de poder llegar a una conclusión fundada sobre el estado de avance de estos múltiples procesos interpretativos en el contexto de casos concretos resueltos por órganos competentes. Por otro lado, y si se arribara a la conclusión de que no contamos aún con una masa crítica suficiente de material jurídico relevante a nivel nacional y comparado, insumos fundamentales para producir un documento resistente al tiempo, convendría dejar correr nuevos casos y nuevas interpretaciones antes de avanzar con una especie de texto codificador.

Finalmente, la tentación de producir un documento que exprese una declaración de principios de libertad de expresión en internet corre un riesgo que sería recomendable evitar. Por una parte, que esa declaración sea banal en el sentido de que no sea más que una enumeración de los viejos y asentados principios con la mera referencia a que ellos también deben regir en internet. Por ejemplo, la prohibición de censura previa, el establecimiento de responsabilidades ulteriores o el mantenimiento de un correcto balance entre la protección de la libertad de expresión y la protección de la privacidad. No tenemos Declaraciones de Principios de Libertad de Expresión para cada medio en el que se desarrolla el ejercicio de esa libertad. Esto no significa que el surgimiento de internet no presente nuevos problemas y desafíos a resolver para lograr el más amplio ejercicio del derecho. La cuestión es si este nuevo medio importa una modificación de aquellos principios o la necesidad de pensar nuevas soluciones basadas en los viejos principios. Aquí pueden darse dos posturas: o bien la defendida por autores como Balkin, a la que hice referencia más arriba, que sostiene que este nuevo contexto tecnológico nos fuerza a modificar nuestro entendimiento de lo que significa la libertad de expresión —que conlleva el cambio de los principios—, o bien la postura opuesta que no considera que el nuevo contexto altera nuestra comprensión de lo que la libertad de expresarnos significa.

Recordemos que la tesis de Balkin no solo propone reformular la comprensión del derecho a la libertad de expresión, sino que también exige reformular la relación entre este derecho y la democracia como régimen

político. Balkin sostiene que la nueva relación que debe darse entre la libertad de expresión y la democracia obliga también a reemplazar la concepción de este régimen político por una especie de régimen cultural al que llama justamente “cultura democrática”. Si bien puede ser muy interesante repensar el impacto que las nuevas tecnologías tienen sobre nuestras prácticas en el ejercicio de la libertad de expresión y en nuestro desenvolvimiento como sociedad democrática –no solo como sistema político–, la pregunta que creo pertinente formularnos es si este cambio de contexto modifica nuestra comprensión acerca del contenido y del alcance del derecho. Detrás de posturas como la de Balkin, y dicho expresamente por este mismo autor, subyace una concepción “dinámica” del derecho que obliga a reformular los ideales de justicia y los principios que derivan de ellos, así como los derechos fundados en ellos, a través del tiempo y a acompañar los cambios sociales.

En otras palabras, el surgimiento de internet ¿modificó nuestra concepción acerca de lo que la libertad de expresión es o simplemente, sobre la base de la misma idea de libertad de expresión, nos colocó delante de nuevos problemas a resolver? Me inclino por la segunda de estas dos alternativas, pues el principio de libertad no varía con el tiempo o con el surgimiento de nuevos contextos. Sin embargo, es correcto afirmar que ese nuevo contexto nos impone desafíos complejos para la aplicación de aquellos principios fundamentales. Lo que ha variado es el contexto, no los principios sobre los que hemos construido nuestro sistema de derechos.

Bibliografía

- Balkin, Jack M., “Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society”, en: *Faculty Scholarship Series*, paper N° 240, New Haven, 2004, disponible en: <https://bit.ly/2UH4kbX>, último acceso: 14 de enero de 2019.
- Fiss, Owen, *The Irony of Free Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.
- Jacobs, Jane, *The Death and Life of Great American Cities*, Nueva York, Random House, 1961.
- Kalven, Harry, “The New York Times Case: A Note on the Central Meaning of the First Amendment”, en: *Supreme Court Review*, Vol. 1964, Chicago, 1964, p. 191.

Meiklejohn, Alexander, *Political Freedom: The Constitutional Powers of the People*, Oxford, Oxford University Press, 1965.

Merryman, John Henry, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America* (1969), Redwood City, Stanford University Press, 2º ed., 1985.

Sullivan, Andrew, “America Wasn’t Built for Humans. Tribalism Was an Urge Our Founding Fathers Assumed We Could Overcome. And so It Has Become Our Greatest Vulnerability”, en: *New York Magazine*, Nueva York, 19 de septiembre, 2017, disponible en: <https://nym.ag/2IgPzqB>, último acceso: 12 de enero de 2019.

Sunstein, Cass, *Democracy and the Problem of Free Speech*, Nueva York, The Free Press, 1995.

Sunstein, Cass, *#Republic. Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton, Princeton University Press, 2017.

Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, caso “Abrams vs. United States”, 250 U.S. 616, 630, 1919.

