



Comentarios del CELE frente a la Consulta regional desarrollada por UNESCO el 23 de Noviembre de 2022. (UNESCO One Draft _ 15112022 SP-)

Sobre el Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE)

El [CELE](#) es un Centro de Estudios afiliado a la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo. El CELE tiene como objetivo central informar debates en torno a la protección y promoción de la libertad de expresión, especialmente en América Latina. En el desarrollo de su objetivo, el CELE trabaja sobre dos ejes: investigación técnica jurídica de los desafíos y oportunidades en la defensa y promoción de la libertad de expresión y el acceso a la información, particularmente en Internet; y la capacitación y educación en esta materia.

Este documento resume algunos comentarios en torno al borrador compartido por UNESCO en su consulta regional del 23 de septiembre de 2022, organizada por ALAI y Observacom, en formato presencial y virtual desde Bogotá, Colombia.

Comentarios generales:

UNESCO históricamente ha sido un férreo defensor de la libertad de expresión a nivel global. Ante la proliferación de propuestas normativas en distintos países del mundo tendientes a regular la libertad de expresión en Internet de manera ilegítima y contraria a los estándares internacionales de derechos humanos, la iniciativa de UNESCO de abordar esta temática desde la protección de este importante derecho adquiere particular relevancia. Además por su trabajo e historia, UNESCO está en ideales condiciones para fomentar un debate internacional, amplio, abierto y participativo en la construcción de un marco regulatorio global en esta materia. Quizás, a priori, convenga señalar que atento sus objetivos y antecedentes, este proceso genera cierta sorpresa por los plazos pautados y la confidencialidad que hasta ahora ha regido el proceso de socialización y consulta.

Los desafíos que plantea la regulación de plataformas de internet son novedosos y únicos. La perspectiva global de UNESCO, además, parece particularmente importante atento el carácter eminentemente inter-jurisdiccional de los servicios ofrecidos por los distintos intermediarios de Internet y la conflictividad que surge de la lectura de los distintos y numerosos proyectos regulatorios de carácter nacional en los distintos estados del mundo. La necesidad de armonizar criterios de regulación y sobre todo de supervisión de estos servicios es imperiosa por distintos motivos: 1) porque aún no existen consensos en torno a los objetivos prioritarios de la regulación de intermediarios; 2) porque UNESCO mismo mapeo más de 190 proyectos y destacó que la gran mayoría de ellos no cumplen con estándares globales de derechos

humanos; 3) porque la regulación que surja tendrá un impacto directo en el ejercicio de la libertad de expresión en internet; 4) porque la arquitectura de internet depende de los intermediarios y los incentivos que las distintas regulaciones generen tendrán necesariamente un impacto en dicha arquitectura y en el potencial de internet como medio y plataforma para el ejercicio de derechos humanos.

Finalmente, UNESCO ha sido y es una voz autorizada sobre todo en los países del Sur Global donde programas como la capacitación de jueces y fiscales en libertad de expresión han sido particularmente bien recibidos y de asistencia masiva; y donde la organización lidera desde hace años la conversación en torno a seguridad de periodistas, impunidad, educación y cultura entre otros. Por otra parte, Europa ya ha adoptado recientemente su Digital Services Act y Estados Unidos debate reformas a su sección 230 de la Communications Decency Act. Estos dos polos regulatorios, de gran influencia pues acogen a gran parte de los actores más influyentes en materia de libertad de expresión en internet, ya tienen estándares propios. Cualquier propuesta de Marco normativo surgido de UNESCO tendrá, en este contexto, probablemente un impacto más grande y significativo en los países del Sur global, donde si bien se debate legislación y regulación, aún no se consolidan los consensos necesarios para que dicha regulación se haga efectiva.

Algunos señalamientos problemáticos del borrador propuesto:

a. Definiciones:

Mucho se debate la necesidad de regular plataformas de Internet en estos días. Sin embargo, existen pocos consensos en torno al diagnóstico y menos aún en torno a las posibles formas de encarar dicho diagnóstico. El diagnóstico nos permite entender las premisas desde donde el documento parte e informa las definiciones e interpretación que ha de darse a los términos allí utilizados. Frente a las disidencias en torno a cómo definir la problemática y donde encontrar posibles soluciones, la definición de los términos adquiere incluso mayor relevancia.

I. Sobre la información como bien público:

El documento de UNESCO indica en el título un objetivo en torno a la información como bien público. Sin embargo no está claro cómo se define en este contexto a la información como bien público. El término bien público es un término problemático aplicado a la información. Tradicionalmente hablamos de información de interés público pero no de la información como bien público en sí mismo. Se refiere el documento solo a la información de interés público como bien público? ¿O se refiere a toda información? De la definición de este concepto dependen los

desarrollos derivados necesarios. Por ejemplo, la articulación del concepto de información como bien público con la protección de datos personales; o la interacción de ese concepto con la información sujeta a copyright. Incluso la interacción de dicho concepto con información de carácter privado o confidencial.

Entendido desde la importancia de la información de interés público para una sociedad democrática, este concepto podría referir a medidas similares a las que en la era analógica se adoptaron para garantizar que la información periodística pudiera replicarse exceptuada del copyright. Esta medida está orientada a garantizar la circulación de la información periodística, asegurando la correcta atribución a la fuente en cuestión, pero generando reglas que permitan la replicación y amplia difusión de dicha información. Esta podría ser una interpretación posible, sin embargo el documento carece de definición alguna.

II. Sobre los sujetos obligados por este marco regulatorio.

El marco regulatorio hace referencia a “plataformas”. Sin embargo no define qué entiende por plataformas. Hay quienes durante la Consulta cerrada desarrollada por UNESCO apuntaron a distinguir plataformas por tamaño o ingresos generados. También hubo sugerencias de distinguir entre aquellas que tienen fines de lucro y aquellas que no. Sin embargo, al no haber definiciones concretas, el marco regulatorio podría comprender todo tipo de intermediarios, incluyendo redes sociales o buscadores, pero también empresas de procesamiento de pagos, los apps stores, servicios de mensajería, plataformas o servicios abiertos,, semicerrados y cerrados, plataformas de conferencia (Zoom, Meet, Microsoft Teams) o educativas (i.e. Google Classroom), etc.

III. Sobre el contenido potencialmente dañino

Si bien el título apunta a proteger la información como bien público, la definición del contexto del documento describe el objetivo de la propuesta como aquel que permita abordar **el contenido potencialmente dañino** sin afectar la libertad de expresión. Este concepto de información potencialmente dañina tampoco tiene una definición concreta en el documento. Incluso el documento sugiere que el concepto evoluciona y que serían las autoridades regulatorias las responsables de definir con precisión que constituyen informaciones potencialmente dañinas en cada contexto.

Este concepto de contenido o información legal pero potencialmente dañina resurgió de la literatura de autorregulación de plataformas. Sin embargo, el concepto ya había sido abordado y rechazado explícitamente por tribunales internacionales de derechos humanos. La [OC5/85 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos](#) por ejemplo descarta de plano la viabilidad de regulación estatal tendiente a limitar la circulación de informaciones o ideas legales pero

potencialmente dañinas. De hecho, la Opinión Consultiva surge de preocupaciones muy parecidas a las que hoy en día aparecen a nivel global. En dicho caso Costa Rica proponía establecer una colegiación obligatoria de periodistas para garantizar la calidad de la información periodística que se publicaba en los medios masivos de comunicación del país. La Corte entendió que si bien el objetivo podría ser viable, la regulación estatal a través de la imposición de trabas y sanciones por la difusión de informaciones o ideas consideradas de poca calidad pero protegidas legalmente era innecesaria, desproporcionada y contraria a la necesidad de garantizar el ejercicio amplio y abierto de la libertad de expresión. Dice la Corte incluso en términos explícitos que la dimensión social de la libertad de expresión, que protege la libertad de recibir informaciones e ideas de toda índole, no puede utilizarse como fundamentación para restringir la libertad individual de expresarse¹. De hecho y a partir de esta concepción de la libertad de expresión en su doble dimensión, la Relatoría Especial de Libertad de Expresión de la OEA trabajó durante años para despenalizar la expresión en Latinoamérica y [promover una protección integral de la libertad de expresión, cuya protección no estuviera condicionada a la calidad, veracidad o exactitud de la información.](#)

b. Conflicto con la Prohibición de censura previa del Sistema Interamericano

La Convención Americana de Derechos Humanos prohíbe la censura previa de manera explícita y en cambio propone la imposición de responsabilidades ulteriores. Conforme a esta norma, el Estado no puede censurar a priori la publicación o difusión de un contenido y por ende tampoco puede mandarla o delegarla en un tercero.

El abordaje del documento propuesto por UNESCO **resulta particularmente problemático frente a la prohibición de censura previa**. Por un lado porque establece claramente que apunta a abordar informaciones e ideas legales pero potencialmente dañinas. Es decir que el contenido que manda bloquear o interferir con su difusión (como “las plataformas” consideren pertinente, a través de distintas herramientas que incluyen bloqueos, cancelación de cuentas, filtros de subida, desmonetizaciones, rankeos, etc.) es contenido legalmente protegido. Por otro lado, porque incluso si fuera contenido ilegal, la regla internacional que nos rige, por lo menos en las Américas, sostiene que la censura previa no puede ni debe ser una medida legítima, sino que ha de recurrirse a responsabilidades ulteriores.

c. El daño como eje único y central de análisis remite a un régimen de responsabilidad objetiva

¹ Corte I.D.H., La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 33.

El daño potencial de ciertas informaciones protegidas legalmente parece ser el eje central de preocupación en el documento como está actualmente redactado. Si bien la preocupación puede ser comprensible y compartida, el enfoque exclusivo en el daño como elemento central y única justificación sancionatoria es problemático pues remite al régimen de responsabilidad objetiva.

El régimen de responsabilidad objetiva se sustenta sobre la base de la peligrosidad que suponen ciertas herramientas o tecnologías que por sí mismas han de ser responsables por cualquier daño que generen sin perjuicio de los otros factores de atribución de responsabilidad. En América Latina se discutió extensamente la dicotomía de aplicar o no responsabilidad objetiva a los intermediarios en Internet. Tanto la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA como los distintos tribunales supremos de distintas jurisdicciones (Chile, Argentina, Colombia, México) descartaron y desaconsejan la aplicación del régimen objetivo por considerarlo innecesario y desproporcionado en una sociedad democrática. Aplicar un régimen de responsabilidad objetiva a los intermediarios de internet supone generar incentivos para que sean las empresas privadas intermediarias del contenido generado por terceros quienes limiten incluso más allá de lo legalmente mandado el espacio para el ejercicio de la libertad de expresión, atentando contra el debate público robusto y necesario en democracia.

El documento propuesto por UNESCO, al centrarse exclusivamente en el potencial daño como disparador de sanciones o reparaciones necesarias a los usuarios de “plataformas”, descarta elementos centrales de la responsabilidad subjetiva, como son el factor de atribución (culpa o dolo) o el nexo causal (la relación entre la expresión y el daño).

Por otra parte, el documento presume la existencia de daño, es decir que no manda demostrar el daño para habilitar sanciones o reparaciones. Más aún, el daño que se propone abordar es un daño potencial, no inminente, real o grave. La fórmula propuesta actualmente por el documento como fundamentación para la intervención de las empresas en la circulación de informaciones e ideas es incompatible con estándares de libertad de expresión aplicables a los Estados en el continente Americano.

d. Sobre el órgano regulador

El documento propuesto refiere múltiples veces a la pre-existencia de “sistemas regulatorios”. Por un lado cabe destacar primero que no hay una definición concreta de a que se refiere el documento con sistemas regulatorios. Pero además dicha falta de definición se agrava cuando se observa el panorama de regulaciones y reguladores en distintos países, por lo menos en América Latina. En nuestra región, los organismos reguladores no siempre han funcionado o incluso funcionan con independencia, imparcialidad y competencia adecuadas. Parece especialmente problemático que el documento no establezca claramente condiciones expresas de independencia e imparcialidad o incluso de competencia técnica para abordar su tarea.

También parece especialmente problemático que no aparezca una propuesta multistakeholder para el organismo supervisor o regulador, atento la especificidad del tema objeto de la regulación, los intereses estatales, sociales, económicos, etc., involucrados en el debate. En este esquema incluso las recomendaciones en torno a los organismos reguladores de medios tradicionales han tenido especial consideración por incluir diversidad del arco político en el órgano, mecanismos especiales de designación de reguladores e incluso en algunos casos participación de sectores académicos, de sociedad civil, comunidad técnica e industria.

En aras de contribuir a enriquecer el documento y el diseño del marco regulatorio, nos permitimos sugerir que UNESCO tenga en cuenta organizaciones y foros ya existentes que tienen como función el desarrollo de mecanismos de supervisión y chequeo de estructuras y procesos en las compañías. Uno de ellos es el [Global Network Initiative](#) del que el CELE es parte.

En materia de regulación y supervisión de regulación además, desde el CELE hemos hecho un [estudio y análisis de distintos procesos](#) que, como éste, han intentado generar instancias de control y oversight sobre procesos de moderación de contenidos (especialmente) por parte de las empresas y hemos encontrado ciertas falencias estructurales en estos antecedentes. Entre ellas, cabe destacar especialmente la falta absoluta de indicadores en algunos casos, la desproporcionada dependencia en indicadores cuantitativos; la falta de indicadores cualitativos, y la falta de mecanismos tendientes a verificar cómo la iniciativa en cuestión contribuyó o no a abordar los problemas identificados por los reguladores.

Finalmente, a este tema lo subyacen dificultades de orden jurisdiccional que siempre han estado presentes y han presentado un desafío a la regulación de Internet. Estos desafíos jurisdiccionales no son insalvables pero presentan obstáculos y dilemas que el documento no discute. Así, por caso, sería importante comprender cómo el esquema regulatorio que el documento propone lidiará con empresas que no tienen presencia en el país de que se trate.

- I. El organismo propuesto tiene facultades discrecionales delegadas incompatibles con estándares de legalidad del régimen internacional de derechos humanos.

Como mencionamos anteriormente en este documento, la redacción actual del marco regulatorio propuesto establece que será el sistema regulatorio quien determine el objeto de regulación a imponer a la empresa intermediaria de internet. Esta delegación de facultades de restricción, que directa o indirectamente impactan en el derecho a la libertad de expresión, ha sido relegada en todos los marcos internacionales de derechos humanos al poder legislativo. El requisito que los tratados establecen, tanto universal como regionalmente, es que las restricciones estén clara y previamente establecidas por ley.

Comentarios finales

El documento propuesto por UNESCO es extenso y complejo y aborda una variedad de temas y aristas importantes. Difícil sería tratar de resumir todas las reacciones posibles a este documento en una respuesta corta y legible. Sin embargo, a modo de enumeración, resaltaremos algunos desafíos adicionales a los señalados, que creemos merecen especial atención:

1. Anonimato. Parece especialmente importante que cualquier marco normativo de la UNESCO promueva una robusta protección del derecho al anonimato en internet. Algunas de las previsiones de este documento parecen leerse de manera contraria al anonimato.
2. Alfabetización digital: La alfabetización digital, la educación en derechos humanos y la alfabetización mediática son obligaciones en cabeza del Estado. Tercerizar estas obligaciones sin más en empresas privadas parece al menos problemático. También lo es que no haya ninguna indicación en torno a valores, contenidos o incluso cómo dichas obligaciones serán objeto de supervisión por parte de los Estados.

Queremos agradecer la oportunidad de comentar este importante documento, y de participar de este proceso de consulta. Desde el CELE estamos a disposición para continuar la conversación y expandir los aportes y puntos de vista que plasmamos en estos comentarios. Consideramos que, dada la importancia del tema que la propuesta de la UNESCO aborda y lo que se pone en juego en la materia resulta importante que se promuevan y garanticen instancias abiertas, participativas y plurales de discusión que permitan expandir los puntos de vista para alcanzar los consensos necesarios que se precisa construir alrededor de estos temas.