

Libertad de expresión e Internet

Ezequiel Rodrigo Galván¹

¹ Estudiante de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.
ezequielgalvan@yahoo.com.ar

Resumen. En el presente trabajo busca abordar la relación entre la libertad de expresión y sus limitaciones en el Internet, desde una perspectiva de derechos humanos centrada en el sistema interamericano y sus órganos de protección, a través de un análisis crítico de distintos cuerpos, poniendo de relieve distintos aspectos de un problema latente ante el cual todas las soluciones que se ensayen deben mostrarse adecuadas a los estándares de derechos humanos vigentes en la materia.

Keywords: Dignidad – Internet – Derechos Humanos – Control de Convencionalidad.

1 Introducción

El Internet actualmente es un espacio y escenario de la coyuntura por asegurar el pleno goce de los derechos humanos, cuestión que se reconoce cada vez como de mayor importancia por la comunidad internacional. Así es que se han generado abundantes declaraciones en el ámbito de la O.N.U. y la O.E.A. (así como el abordaje del tema en los ámbitos nacionales y por la doctrina), dentro de las que se puede resaltar:

“libertad de expresión e Internet” (O.E.A.) [1]

“Promoción, Protección y Disfrute de los Derechos Humanos en Internet” (O.N.U.) [2]

“Declaración Conjunta sobre Antiterrorismo, Radiodifusión e Internet” (O.N.U. - O.E.A.) [3]

“Declaración Conjunta Sobre Internet y sobre Medidas Anti-Terroristas” (O.N.U. - O.E.A.) [4]

“Declaración Conjunta sobre Wikileaks” (O.N.U. - O.E.A.) [5]

“Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet” (O.N.U. - O.E.A.) [6]

“Declaración Conjunta sobre libertad de expresión en Internet del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión y la Relatora Especial para la libertad de expresión de la CIDH” (O.N.U. - O.E.A.) [7]

En este contexto, re-estrenan viejas problemáticas como lo es asegurar el derecho a la libertad de expresión en este medio, y ahora mediante una herramienta que permite el comunicar de una manera anónima, masiva y muchas veces irrestricta, como también garantizar el derecho a la honra, a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida privada, el derecho de respuesta o réplica, o que el Internet no se transforme en el medio idóneo por el cual replicar violencia (racial, religiosa, de género), accionar que, como se expone más adelante, resulta repugnante al derecho internacional de los derechos humanos.

Cabe destacar que analizar como se re-definen o se garantizan estos derechos ante el Internet no es un mero narcisismo académico sino la necesidad de identificar y dar respuesta a estas nuevas problemáticas con el fin de asegurar derechos fundamentales que se consideran inherentes a la condición de persona, y que a su vez, los Estados se han comprometido a garantizar, motivo por el cual no pueden ser indiferentes a abordar esta discusión.

Por último, los Estados han comenzado a implementar medidas encaminadas a garantizar la convivencia pacífica de los distintos derechos en juego en Internet, sin embargo, este proceso de reglamentación del Internet no se encuentra ajeno de problemas, en los cuales la injerencia estatal en muchas ocasiones se muestra abusiva e incompatible con estándares de derechos humanos, hecho que empieza a despertar la preocupación de instancias internacionales y que refuerza la necesidad de trabajar en profundidad las particularidades del Internet a los fines de orientar el accionar del Estado en la búsqueda de garantizar derechos fundamentales con estándares respetuosos de los derechos humanos. [8]

El presente trabajo se opta por trabajar la temática en torno al derecho internacional de los derechos humanos dejando de lado la dimensión interna por su imperatividad en el ámbito nacional y considerando la transnacionalidad que presenta el Internet, porque los mismos constituyen una obligación común para toda la comunidad internacional. Así mismo, la finalidad del presente es abordar esta coyuntura expuesta, analizando estos nuevos desafíos que deslumbra el Internet en materia de derechos humanos a la luz de los estándares existentes en la materia y delineando las bases sobre las cuales poder seguir trabajando por construir un Internet con perspectiva de derechos humanos.

2 Derechos Humanos

Los derechos humanos son el grito revolucionario dentro de la historia de la humanidad que proclamó al mundo que *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”* [9], y por primera vez se le reconoció a cada ser humano, sin consideraciones de sexo, raza, color, nacionalidad o cualquier otra

condición un bloque de derechos fundamentales universales, inalienables e indivisibles por su sola condición de ser persona.

A la luz de este nuevo paradigma de cada ser humanos como “persona”, con derechos inherentes y una “dignidad”, los Derechos Humanos han tenido un profundo desarrollo hasta la actualidad, yendo de un inicio como una mera “declaración” (muestra de buena voluntad por parte de los Estados sin efecto vinculante, aunque posteriormente se les confiera efecto vinculante en materia de Derechos Humanos) a constituir el andamiaje jurídico-político de sistemas de protección de derechos humanos, constituidos por tratados donde se reconocen múltiples derechos fundamentales, órganos convencionales para asegurar su vigencia, y su incorporación a la legislación interna de los Estados. Si bien cabe aceptar que se presentan en un sistema imperfecto, donde la justiciabilidad de los mismos muchas veces se encuentra sujeta a una voluntad de los Estados en obligarse, también es importante destacar la importancia fundamental que poseen en la actualidad, y la aún más importante lucha por asegurar su absoluta vigencia, pues en definitiva no son más (ni menos) que el derecho a vivir una vida plena.

Es así como la jurisprudencia internacional de los órganos de aplicación genera en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos nociones como, por mencionar algunos de los ejemplos más representativos, que el derecho a la vida comprende el derecho a una “vida digna” [10] (con una faz positiva en el accionar del Estado), el derecho humano al agua [11] (en su interrelación con otros derechos), la doctrina del “control de convencionalidad” (desarrollada más adelante) como garantía de la efectiva vigencia de los derechos humanos, o el carácter inherente de la libertad de expresión al estado de derecho [12], en el caso del tema que estamos tratando, concepciones que dotan a los derechos reconocidos en los instrumentos de un alcance mucho más comprensivo en la tutela de las personas.

De igual forma, es importante resaltar la existencia de múltiples sistemas de protección de derechos humanos (Sistema Universal, Sistema Interamericano, Sistema Europeo) con sus respectivos tratados, órganos de protección y construcciones jurídicas, así como también la existencia de expresiones por parte de otras entidades ajenas a estos (Cruz Roja, por ejemplo), que pese a no tener un carácter vinculante por el sistema de protección en el que se encuentra, los mismos forman parte de un corpus iuris de Derechos Humanos que los órganos de protección hacen suyos al momento de definir el alcance de un derecho fundamental (por ejemplo, la Corte Interamericana hace propios estándares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [13], o del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [14]). Así es como se extraen estándares de jurisprudencia, declaraciones, informes, como de otros cuerpos, lo que es de gran importancia al abordar al Internet desde una perspectiva de Derechos Humanos debido a que permite incorporar al análisis cuerpos tales como los ya enunciados al comienzo de este trabajo, pese a su carácter no vinculante.

2.1 Obligaciones Estatales

Respecto de las obligaciones estatales en materia derechos humanos, debe resaltarse en primer lugar que a diferencia del derecho internacional clásico, los Estados no se obligan frente a otros Estados en condiciones de reciprocidad, sino que asume compromisos frente a la comunidad internacional respecto a las personas bajo sus jurisdicción, siendo irrelevante el cumplimiento o no de otros Estados de sus obligaciones, y otorgándole a las personas un conjunto de derecho que va a ejercer frente al Estado (en las condiciones de su ejercicio), sin que esto tenga como correlato una obligación en cabeza de la persona frente al Estado (esto conlleva a que el Estado no pueda justificar su incumplimiento en la existencia de un incumplimiento de la otra parte), principio que responde al sentido de los Tratados de Derechos Humanos que es precisamente la protección de la dignidad de la persona.

Además, el carácter de las obligaciones del Estado ha evolucionado desde una concepción abstencionista (el estado que no violenta) a una concepción de obligaciones activas (el estado que actúa en pos de garantizar el derecho), cambio de paradigma que reconoce un rol protagónico del Estado en el disfrute y goce de los Derechos Humanos, siendo la obligación principal del Estado en la materia “respetarlos y garantizarlos” [15], tomando las medidas negativas o positivas (sean de carácter general o particular) a fin de cumplir con la misma. También, el Estado asume otras obligaciones interrelacionadas, como lo es “investigar, sancionar y reparar” ante una violación de derechos humanos (siendo especialmente importante la reparación de la situación, dentro de lo que se incluye las medidas tendientes a asegurar su no-repetición), la de adecuar su normativa interna al contenido de los tratados de derechos humanos (obligación que pone de manifiesto el carácter imperante de estos derechos en el ámbito interno), colaborar con los organismos internacionales en materia de derechos humanos (obligación de buena fe en el cumplimiento de los tratados que emana del derecho internacional, especialmente de la Convención de Viena sobre “Derecho de los Tratados” de 1969), y el de llevar adelante un “control de convencionalidad” (que se explicará más adelante), entre otras.

El fundamento de estas obligaciones se encuentra en el “pacta sunt servanda” (el Estado en su carácter de soberano elige obligarse), comprometido ante la comunidad internacional, sin poder oponerle a esta cuestiones de tipo interno, principio que componen la base del derecho internacional y se acepta de forma unánime en los distintos ámbitos internacionales.

También siendo reconocido por los distintos órganos que generan la jurisprudencia internacional (en razón de que los Estados los reconocieron competentes), por ejemplo, *“Las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes y órganos del Estado. Que esta obligación corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (pacta sunt servanda) y, (...) no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida (...) el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el*

Derecho de los Tratados de 1969 codifica un principio básico del derecho internacional general al advertir que: una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.“ [16]

2.2 Control de Convencionalidad

El “control de convencionalidad” (nomen iuris [17]) surge como correlato de la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna, cuando ante una mora legislativa (por omitir adecuar la normativa o por dictar normas contrarias a los instrumentos de derechos humanos), los órganos de control en el ámbito interno (judiciales o administrativos) deben asegurar su vigencia a través de este “control” a fin de que la decisión torne la situación compatible con el instrumento (y la interpretación que hace del mismo su órgano de aplicación). En este aspecto, la Corte Interamericana entendió este “control de convencionalidad” como un control de tipo difuso (realizado en cada decisión), por el cual los jueces se deben abstener de aplicar cualquier normativa contraria al Instrumento en razón de que ante la ratificación de un tratado internacional (de derechos humanos) este no se puede ver mermado por la aplicación de normas internas contrarias al mismo. [18]

El mismo responde tanto al carácter de imperativo que tienen los Derechos humanos en el ámbito interno, como al carácter subsidiario que tiene la jurisdicción internacional [19], es decir, que en una primera instancia le corresponden a los tribunales internos la reparación de las situaciones lesivas (a través de este control y la tutela judicial efectiva), y recién cuando no encuentre respuesta en el ámbito interno se procede a los estrados internacionales, pues los propios sistemas de protección de derechos humanos exigen este “agotamiento de los recursos internos” (salvo excepciones muy específicas que responden a la imposibilidad de encontrar reparación en ellos) como requisito de admisibilidad. [20]

2.3 Argentina

En el caso particular de nuestro Estado, los compromisos en materia de derechos humanos no solo nace de una obligación subyacente de la carta de la O.N.U. o de la O.E.A. sino también de la voluntad soberana de la República Argentina de ratificar diferentes tratados de Derechos Humanos, así como la del constituyente de incorporarlos a su texto constitucional en la reforma de 1994, con el amplio alcance de que regirán en el ámbito interno “en la condiciones de su vigencia” (art. 75 inc 22 CN), expresión que fue interpretado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como: “*tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación*” [21], criterio que pone de manifiesto la importancia y trascendencia del estudio y análisis de la jurisprudencia de estos órganos internacionales en la construcción de nuestro derecho interno tras la mencionada reforma.

Es así como la Corte Suprema de la Nación reconoce en el fallo “Ekmekdjian c/ Sofovich” [22] que la Convención Americana sobre Derechos Humanos deben interpretarse guiándose por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (criterio extensible a otros tratados de derechos humanos que deberán ser interpretados a luz de la jurisprudencia de su órgano de aplicación); en “Gioldi, Horacio s/ recurso de casación” [23] la interpretación de la Convención a través de las “Opiniones Consultivas” (interpretación sobre algún aspecto del tratado analizado en abstracto); en “Bramajo s/ incidente de excarcelación” sobre el seguimiento de recomendaciones de la Comisión Interamericana como guía de interpretación (extensible a otros tratados, sosteniéndose un criterio de que es en la medida que hay un reconocimiento de la competencia por parte del Estado Argentino, para conocer en casos relativos a interpretar y aplicar el instrumento en cuestión), entre otros muchos ejemplos a raíz de los cuales podemos concluir que los derechos humanos son en la actualidad transversales a nuestro sistema jurídico interno, con los alcances que los órganos que emanan de ellos (y que el propio Estado acepta su competencia) les reconocen en sus diferentes formas de expresarse, y de lo que deriva que cualquier abordaje jurídico que se quiera realizar de una temática (en la República Argentina) no puede desconocer esta realidad.

3 Libertad de expresión e Internet

Ya entrando a la temática específica del presente trabajo, es importante entender que la libertad de expresión no solo constituye un derecho humano fundamental sino que *“la libertad de pensamiento y expresión es la piedra angular de cualquier sociedad democrática”* [24], lo que pone de manifiesto su imperatividad en la construcción de un Estado de Derecho, así como el amplio alcance con que dicho derecho va a ser receptado por los Sistemas de Derechos Humanos y de la que nuestro máximo tribunal no va a ser ajeno.

En materia de libertad de expresión es importante tener presente el medio utilizado en el ejercicio mismo es irrelevante a los fines del alcance del derecho, no obstante que cada uno de los medios va a presentar particularidades en cuanto a las medidas necesarias para asegurar su efectivo disfrute, como lo es el acceso al papel prensa por los periódicos, la asignación de las frecuencias radiofónica, la distribución de la pauta oficial, entre otros casos. Es así como puede observarse la continua indiferencia hacia el medio utilizado al definir la libertad de expresión, lo que se manifiesta claramente en el art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo que permite concluir que el derecho a la libertad de expresión es uno solo (contenido único), siendo el mismo en prensa, en televisión, Internet o cualquier otro medio.

En consonancia la Comisión Interamericana ha expresado *“El artículo 13 se aplica plenamente a las comunicaciones, ideas e informaciones que se difunden y acceden*

a través de Internet” [25], en referencia a la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos al Internet, concepción que permite abordar la libertad de expresión en Internet con estándares de derechos humanos ampliamente trabajados y definidos que emanan de la jurisprudencia de estos órganos, los cuales no pueden ser dejados de lado en el ámbito interno por ser transversales e imperativos, como surge de lo expuesto en el presente trabajo.

Es por lo tanto que al analizar la libertad de expresión en Internet se parte de la base de que, en razón de la indiferencia del medio, este no se encuentra ajeno a la prohibición de censura previa, a la prohibición de censura indirecta, al principio de la responsabilidad ulterior (correlato de la prohibición de censura), y la presencia de causales de restricción a la libertad de expresión legítimas (con un fin legítimo, una necesidad legítima de la sociedad e instituciones democráticas, y en la menor medida posible de intervención), con sus respectivos estándares (presentes en la jurisprudencia internacional). En este sentido, ya ha empezado a haber pronunciamientos por parte de los órganos internacionales con respecto al accionar de los Estados respecto a Internet, ejemplo de esto es el “Informe Anual 2014” de la Relatoría Especial para la libertad de expresión (órgano con independencia funcional en el ámbito de la Comisión Interamericana) en el cual se expresa sustentando lo ya dicho anteriormente: *“La Relatoría Especial observa que varios Estados de la región han promovido intentos para regular algún aspecto del uso y acceso de Internet o han adoptado decisiones en esta materia, en respuesta a la necesidad de prevenir el delito y proteger los derechos fundamentales de terceros. Se advierte que muchas de estas iniciativas no toman en cuenta las características especiales de esta tecnología y, como resultado, restringen de manera indebida la libertad de expresión.”*[26]

Es importante destacar que la libertad de expresión posee una *“presunción de preeminencia”* [27] frente a eventuales restricciones, por lo que en caso de duda se debe estar a favor de la interpretación más amplia a la libertad de expresión. Así también, que toda *“restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión.”* [28]

Por otro lado, en el caso abordar el Internet desde un enfoque interestatal, es importante tener presente que en el ámbito del sistema europeo de protección de derechos humanos, la Convención Europea de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión no prohíbe la censura, admite injerencias de las autoridades públicas (con límites), detallando las razones para esa restricción y/o injerencia, y no lo contempla al derecho a la libertad de expresión en la dimensión de recibir información [29], así como también poseen el “margen de apreciación”, doctrina (cuestionable) que no ha sido receptada por el sistema interamericano. Es por lo tanto que de darse un trabajo en conjunto, o receptarse experiencias europeas (legislación, doctrina, jurisprudencia), deberá haber un proceso de adecuación a fin de que el mismo sea compatible con los estándares del sistema interamericano.

Finalmente, siempre debe tenerse presente que estamos ante obligaciones y límites que condicionan el accionar de los Estados, tanto por tenerse que abstener de incurrir en una injerencia y/o restricción de la libertad de expresión incompatible con los

estándares expresados, como de adoptar las medidas necesarias para asegurar el acceso y condiciones necesarias para que cada persona pueda ejercer su derecho (tanto en una dimensión individual como colectiva), lo que es sustentado por la jurisprudencia internacional (*“la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado”* [30]).

3.1 Límites a la libertad de expresión

Si bien la libertad de expresión es un derecho humano inherente a la persona y transversal a una sociedad democrática, el mismo no es un derecho absoluto, lo que es reconocido por los mismos tratados de derechos humanos, así como por la jurisprudencia de los órganos internacionales [31]. En este sentido podemos encontrar en la jurisprudencia internacional el desarrollo de estándares de derechos humanos que debe respetar una restricción al derecho a la libertad de expresión para ser legítima.

Al respecto, la Comisión Interamericana ha comenzado a trabajar las particularidades que presenta la libertad de expresión dentro del Internet, expresando que *“cuando se trata de Internet, resulta imprescindible evaluar todas las condiciones de legitimidad de las limitaciones del derecho a la libertad de expresión a la luz de estas características propias y especiales (...) Los requisitos esenciales que debe cumplir cualquier restricción del derecho a la libertad de expresión (...) pueden resumirse como (1) consagración legal; (2) búsqueda de una finalidad imperativa; (3) necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida para alcanzar la finalidad perseguida; (4) garantías judiciales; y (5) satisfacción del debido proceso, incluyendo, las notificaciones al usuario.”* [32], en consonancia con los criterios establecidos en la Opinión Consultiva-5/85 de la Corte Interamericana [33] (Debe tenerse presente tanto que se está haciendo referencia a responsabilidades ulteriores, pues sino estaríamos ante un caso de censura previa, intolerable para la Convención salvo en el supuesto previsto expresamente; y que cuando se hace referencia a “consagración legal”, la Corte tiene expresado *“que la palabra leyes (...) significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.”* [34], criterio no menor pues restringe ampliamente las vías por las que se podrá implementar una restricción “legítima” a este derecho).

Es importante resaltar que si bien la Comisión no se aparta de los principios tradicionales en la materia emanados de la jurisprudencia internacional, en el mismo informe también manifiesta su preocupación por el impacto de que estas restricciones pueden generar al Internet, planteando la necesidad de efectuar un doble análisis en

esta materia, uno desde una perspectiva individual y otro desde una perspectiva sistémica-digital (dimensión colectiva), así como puede observarse en este documento una postura orientada a priorizar, o al menos asegurar, la protección del Internet desde el punto de vista de su funcionamiento general. [35]

Teniendo presente que el posicionamiento de la Comisión responde a un interés bien-intencionado por evitar la existencia de restricciones sistemáticas legitimadas (como por ejemplo, una situación de censura masiva) sustentado en un discurso de la “restricción legítima” dentro de Internet, también no puede dejarse de expresar que esta coyuntura entre la “dimensión individual” – “dimensión sistémica-digital” no puede consagrarse como un argumento por el cual tolerar situaciones que lesionen derechos humanos de las personas individualmente, así como nunca debe dejarse de tener presente que la existencia de restricciones a la libertad de expresión debe (y deberá) responder a criterios de necesidad, proporcionalidad, y respeto de los estándares de derechos humanos, aún cuando esto signifique que los mismos se deban re-formular a fin de adecuarlos a las características singulares propias del Internet, sin que esto signifique alterar la esencia de los mismos.

Finalmente, excluyendo los argumentos sostenidos por las distintas posiciones que bregan a favor o en contra de la injerencia estatal en el Internet, debe tenerse presente que estas “restricciones” no surgen de la búsqueda de justificar la censura, sino que se encuentran reconocidas en los distintos instrumentos de derechos humanos (protección de la honra, el derecho a una vida libre de violencia, protección de los niños, niñas y adolescentes, la prohibición de la apología al genocidio y/o al odio racial, protección de la intimidad, de la familia), su existencia se fundamenta en algo tan valioso como en la dignidad de la persona y que por eso pueden erigirse como límite ante algo tan esencial como lo es la libertad de expresión, por lo que Internet, sea un derecho humano, un medio revolucionario de concebir la sociedad o un espacio de coyuntura, si bien puede incorporar nuevos elementos en una articulación armónica de estos derechos nunca podrá ser un fin en sí mismo que justifique el menoscabo de un derecho humano.

4 Consideraciones sobre formas de reparación

Aún siendo conscientes de la importancia fundamental que posee la libertad de expresión, no se debe desconocer que existe un conflicto dialéctico entre este derecho y otros (por ejemplo, el honor o la intimidad), al cual no se han encontrado soluciones o las que se han brindado resultan insuficientes, siendo en la actualidad uno de los desafíos en la materia a resolver [36]. Es así como se muestra imperioso buscar soluciones que sean adecuadas para reparar aquellas situaciones en las que se conculquen derechos, sin que los medios de reparación constituyan un medio por el cual habilitar una injerencia estatal desproporcionada que altere el correcto funcionamiento de Internet y el ejercicio pleno de la libertad de expresión, dentro del alcance de este derecho.

Ante esto surgen diferentes respuestas, con diferentes posturas encontrando la solución en el poder judicial, en la existencia de organismos especializados, en la autorregulación de los actores de la libertad de expresión, entre otras. Sin embargo, siendo un conflicto pendiente de solución, el objetivo del presente texto de aquí en más no es defender y posicionar una postura por sobre las otras, sino desde un modesto lugar exponer los puntos a mi criterio más relevantes en el camino a una solución a modo de aporte a la materia.

4.1 Autoregulación

Las posturas que bregan por la autorregulación de los actores (y medios) por los cuales se ejerce la libertad de expresión sostienen que los Estados no deben regular la actividad, pues estos actores pueden desarrollar un comportamiento cada vez más ético y profesional a través de establecer sus propios valores y normas por los cuales regirán su comportamiento.

Al respecto, y sin desconocer su importancia en el desarrollo de un “uso responsable” de Internet por parte de sus usuarios, este sistema (desarrollo, funcionamiento y efectividad) se apoya en la iniciativa y buena voluntad de los intervinientes [37], más siendo un mecanismo planteado para otros medios en donde los (tres) actores eran los propietarios de estos, los y las profesionales en comunicación (periodistas), y el público (como consumidor o protagonista), los cuales asumen su compromiso en actuar en pos de un comportamiento ético y responsable. Sin embargo, ahora nos encontramos con un panorama donde no hay un “dueño” de Internet, los intermediarios tienen sumamente restringido su capacidad de injerencia, y está bien que así sea pues no les corresponde (salvo excepcionalmente) tener facultades que puedan restringir la libertad de expresión (sea directa o indirectamente, como por ejemplo, a través de la prestación del servicio), y cualquier usuario es tanto sujeto comunicador como receptor, perdiéndose la unilateralidad del vínculo así como el profesionalismo de quien emite la información (factor que es tenido en cuenta por los organismos internacionales que hablan del “periodista ético y profesional”).

Todo esto lleva a que esta solución sean cuanto menos insuficiente, con necesidad de un compromiso (y buena voluntad) constante de todos los actores, y además una participación activa, tanto en el desarrollo de esta regulación (tanto para que progrese en el tiempo, como para que sea y se sienta propia, y no impuesta por un sector del Internet a los otros), lo que reduce sus posibilidades de eficacia. Sin embargo, esto no significa que no sea valiosa la autorregulación dentro de Internet, pues además de reconocer que ha contribuido al desarrollo de buenas prácticas [38], también su desarrollo es fundamental para evitar la existencia de vulneraciones de derechos, así como representa una instancia plural y democrática donde los mismos usuarios pueden desarrollar sus normas de convivencia (dentro de los estándares de derechos humanos) y reforzar una gobernanza pluralista del Internet por sus mismos actores.

4.2 Reparación dentro del Internet

La idea de una reparación interna dentro del Internet es una idea interesante como un recurso para solucionar situaciones lesivas por la particularidad de que no implican una injerencia estatal dentro del medio, sin embargo, los medios por los que se han implementado, como el sistema de “reporte o denuncia”, donde el “dueño” del espacio en el que se encuentra la información (como lo puede ser Facebook, Yahoo, Gmail, etc.) juzga sobre el contenido y procede en todo caso a su eliminación; o el sistema de “notificación y retirada” [39] por el cual se le comunica a quien emite (o reproduce) la información por parte de un órgano que juzga ilícita esa información puede eximir su responsabilidad a cambio de la remoción de contenidos, muchas veces puesto en cabeza de un ente privado esta condición de juez, llegando a considerar ilícita en muchos casos información protegida (por ejemplo las opiniones personales) y generando una “censura privada”. Cabe destacar respecto de este último sistema que el mismo no se ha considerado en todo incompatible con un correcto ejercicio de los derechos humanos [40], circunscrito al respeto de los estándares de un debido proceso.

Ante esto, a mi criterio, si se optara por conformar un sistema de reparación dentro del propio Internet, no debería descartarse como posibilidad la creación de un ente de carácter autónomo e independiente dentro del espacio de Internet, compuesto por representantes de los distintos actores/sectores, a fin de asegurar una integración democrática y pluralista, de tipo profesional, el cual recepte los casos (denuncias) que le traen las víctimas y que por medio de un proceso que respete el debido proceso, con todo lo que ello implica (notificación a la parte imputada a fin de que ejerza su derecho de defensa, una sentencia razonada donde se haga mérito de lo alegado por las partes, imparcialidad del órgano), analice los casos y exprese con precisión (y fundamento) sobre que contenidos se presentan ilícitos, y de ser necesario en que medida deben ser removidos, evitando así que afecten expresiones legítimas, y generando una instancia dentro del propio Internet en donde la cuestión se resuelve sin la injerencia del Estado.

Debe reconocerse que un sistema de estas características es difícil de implementar, especialmente el como asegurar la imparcialidad del órgano, la transparencia y publicidad de su gestión, la fundamentación de sus decisorios (garantía de que las decisiones son acordes a los estándares de derechos humanos, he aquí la necesidad de profesionalidad de sus integrantes).

Además, la clave del sistema no descansa en su carácter vinculante, sino que una parte recurre a este sistema por considerarse lesionada en un derecho esperando la reparación de la situación lesiva, y en caso de no encontrar reparación esta vía puede recurrir al poder judicial (sea por no se la consideró lesionada o la contraparte no acató el decisorio), y la contraparte puede contar con un cuerpo fundado la cual sustenta la licitud de su accionar y así no “autocensurarse”, o bien cuenta con una expresión fundada (con precisión y motivos) de la ilicitud de su comportamiento, teniendo una posibilidad de reparar la situación antes de estar ante una instancia judicial (y eventuales condenas) o desconocerla advertida de la posible sanción

ulterior en el fuero judicial, con finalmente la salvaguarda de que la existencia de un recurso judicial efectivo que contrarresta el riesgo de abusos ante la implementación de un sistema de estas características.

4.3 Organismos especializados

Otro medio por el cual se puede implementar la tutela de los derechos en cuestión es la creación de organismos en los cuales el Estado delega la competencia para intervenir en estos casos, sin embargo, como se ha expuesto anteriormente, estos deben ser independientes, autónomos, imparciales, asegurando le debido proceso, regidos por el principio de neutralidad de la red, garantizando su independencia del poder político y económico [41] (lo que implica un medio de selección acorde y la pluralidad de voces representadas en el mismo), con transparencia en su gestión, resultando capaces de ponderar los derechos en juego y ofrecer las garantías necesarias al usuario [42]. Es así como en estos sistemas el eje transversal lo encontramos en el “cómo” garantizar la imparcialidad y autonomía (elección de integrantes, participación multisectorial, transparencia en la gestión, publicidad del accionar, por mencionar algunos aspectos), así como un accionar acorde a los estándares de derechos humanos, pues *“las barreras o limitaciones para el ejercicio de la libertad de expresión pueden provenir (...) también de prácticas abusivas de los órganos de aplicación”*. [43]

4.4 Poder Judicial

La competencia del Poder Judicial para entender en conflictos donde se alegue la vulneración de un derecho es, como ya se ha expuesto, inherente a la función judicial, más cuando los distintos instrumentos de derechos humanos reconocen explícitamente el derecho a un recurso efectivo e idóneo para reparar la situación lesiva, también conocido como “tutela judicial efectiva” (art. 25 Convención Americana, art. 2.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por mencionar algunos), así como su deber de ejercer el control de convencionalidad a fin de asegurar la plena vigencia de los derechos reconocidos en estos instrumentos, lo que no difiere en aquellos casos que se susciten en el ámbito de Internet. Sin embargo, esto implica (además de un poder judicial independiente e imparcial, respetuoso del debido proceso, con todas las garantías reconocidas) la necesidad de un poder judicial ético y capacitado [44], a fin de que la ponderación de los derechos en juego realmente refleje un análisis crítico y armonizador de estos (y no solo análisis dogmáticos cristalizados por la jurisprudencia), donde se considere tanto las particularidades de Internet, dimensión individual como la colectiva, y el carácter de necesario de la libertad de expresión para una sociedad democrática.

Por otro lado, dada la internacionalidad de Internet también se presenta un nuevo problema que es determinar la jurisdicción competente para entender en cada caso a fin de evitar la selección de la misma por la parte acorde a las expectativas de éxito en

cada jurisdicción (“forum shopping” [45]) o el doble juzgamiento en dos jurisdicciones distintas por un mismo hecho (“non bis in idem”), problemática que demanda la adopción de normas de Derecho Internacional Privado por parte de los Estados de forma conjunta y con criterios precisos para determinar la jurisdicción, de manera que la solución sea similar en todos los casos.

5 Algunas consideraciones finales

Por último, si bien el presente trabajo está lejos de agotar la temática, dentro de las conclusiones o consideraciones finales rescato principalmente que nos encontramos ante una problemática actual no resulta aún que es la existencia de un conflicto entre la libertad de expresión y otros derechos con los cuales tiene una relación dialéctica, ante lo cual es necesario trabajar soluciones que sean acordes los estándares de derechos humanos. Así mismo, que la libertad de expresión carece de un carácter absoluto pero juega un rol esencial dentro de una sociedad democrática, por lo que las respuestas a este interrogante deberán ser muy contemplativas de este aspecto.

Además, en la comunidad internacional, y en especial en Argentina, el derecho internacional de los derechos humanos se presenta cada vez con mayor fuerza como un límite infranqueable al accionar de los Estados por su carácter imperativo, lo que implica un constante trabajo de adecuación a los mismos de las normativas internas, y la necesidad de reforzar tanto su estudio como el de la jurisprudencia internacional en la materia.

Por otro lado, que el carácter global de Internet conlleva a que la necesidad de que las soluciones que se adopten sean producto de un trabajo conjunto de la comunidad internacional a fin de asegurar la efectividad de las mismas. Sin embargo, esto también implica un diálogo entre distintos ordenamientos nacionales y sistemas de protección de derechos humanos, lo que representa considerar las particularidades que cada uno presente así como realizar un trabajo superador de esas diferencias a fin de que la solución ensayada resulte compatible con todos ellos.

Finalmente, es imperativo para los Estados el abordaje de la problemática y la implementación de medidas para asegurar el efectivo disfrute de los derechos humanos en juego en el Internet, pues en su defecto, las instancias internacionales en su carácter de subsidiarias deberán pronunciarse respecto a la mora estatal en la materia, condenando a los estados a adoptar medidas específicas a los fines de reparar las violaciones que lleguen a sus estrados, así como de implementar las necesarias para asegurar su no repetición. [46]

Referencias

- [1] CIDH “Libertad de Expresión e Internet” (Informe 2013). Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf
- [2] Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/20/L.13. 29 de junio de 2012. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/d_res_dec/A_HRC_20_L13.pdf
- [3] Relator Especial de Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión (ONU), Representante de la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación (OSCE) y Relator Especial para la Libertad de Expresión (OEA). 20 de noviembre de 2001. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=48&IID=2>
- [4] Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión. 21 de diciembre de 2005. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=650&IID=2>
- [5] Relator Especial de las Naciones Unidas para la Protección y Promoción del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión y Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 21 de diciembre de 2010. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=889&IID=2>
- [6] Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP). 1 de junio de 2011. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>
- [7] Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión y Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión de Derechos Humanos de la OEA. 20 de enero de 2012. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=888&IID=2>
- [8] Olivera, Noemí L. “En búsqueda de la LEX RETIALIS” Página 2. Disponible: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/en_busca_de_la_lex_retialis.pdf
- [9] O.N.U. “Declaración Universal de Derechos Humanos” 10 de diciembre de 1948. Artículo 1.
- [10] CoIDH. “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala” (fondo). Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Párrafo 144.
- [11] Comité DESC. “Observación General n15”
- [12] CoIDH. OC-5/85 “La colegiación obligatoria de periodistas” (Opinión Consultiva). Párrafo 54.
- [13] CoIDH. “Atala Riffo y Niñas vs. Chile” (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 24 de febrero de 2012. Párrafo 83.
- [14] CoIDH. “Comunidad Indígena Xákmok Kasek vs. Paraguay” (Fondo, reparaciones y costas). Sentencia del 24 de agosto de 2010. Párrafo 216.
- [15] CoIDH. “Gelman vs. Uruguay” (Fondo y reparaciones). Sentencia de 24 de febrero de 2012. Párrafo 76.
- [16] CoIDH. “Caso Loayza Tamayo Vs. Perú” (Cumplimiento de Sentencia). Resolución del 17 de noviembre de 1999. Párrafos 6, 7 y 8.
- [17] Fundación Konrad Adenauer. “Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada”. Coordinadores: Christian Steiner y Patricia Uribe. (2014) ISBN 978-607-468-

