

Eje 1. Comisión 2. Políticas públicas, acceso a la información, derecho y comunicación
Coordina Alejandro Ramírez

Regulación de redes y plataformas digitales: el regreso a los principios de derechos humanos

Damián Loreti | Universidad de Buenos Aires, Argentina
dloreti@gmail.com

Luis Lozano | Universidad de Buenos Aires, Argentina
lozanodoporto@gmail.com

Resumen

Es una posición casi unánime en estos tiempos sostener que se han deteriorado las condiciones generales del debate público. Diversas iniciativas impulsadas por actores estatales y de la sociedad civil han mostrado preocupación sobre cuestiones como la proliferación de noticias falsas y la incidencia de la economía de la vigilancia y los perfilamientos de la mano de las plataformas en procesos electorales. Algunas de estas iniciativas han llegado a contemplar la moderación de contenidos como uno de los problemas a los cuales las legislaciones locales no encuentran solución y que concurre, de modo subsidiario, con la propuesta de regulaciones regionales. En simultáneo, las declaraciones de los relatores de Libertad de Expresión de los distintos sistemas regionales de derechos humanos vienen dando cuenta de estas preocupaciones desde el año 2017.

Los nuevos interrogantes se plasman en un cuadro ya antiguo que se puede expresar como la puja entre la libertad editorial y el derecho a la información. Cómo se satisface el derecho universal a recibir informaciones, opiniones e ideas en tanto derecho humano que debe ser resguardado; versus el derecho a la libertad de difundir. Las perspectivas diferentes se basarán en cuestiones filosóficas, políticas, legislativas y de alcance regional o local de las reglas.

En este contexto, han surgido actores no estatales que exceden las jurisdicciones de los estados nación y que ponen en juego restricciones al ejercicio de derechos humanos a través de sus plataformas. Entre ellos: el derecho a la privacidad, a la protección de datos personales, a la libertad de expresión, el acceso a la información, el derecho al honor y a la no discriminación, por citar sólo algunos ejemplos. También, por cierto, existen derechos culturales muchas veces expoliados por las empresas.

Este trabajo pretende aportar a la comprensión de la complejidad del problema analizando un estado del arte referido a las obligaciones hacia la libertad de expresión de las personas que tienen los operadores de los soportes físicos de la comunicación en función de su naturaleza jurídica y los vínculos que establecen con sus usuarios.

Palabras clave: plataformas, regulación, libertad de expresión

Introducción

Es una posición casi unánime en estos tiempos sostener que se han deteriorado las condiciones generales del debate público. Diversas iniciativas en el marco de la pandemia de 2020 han mostrado la preocupación sobre cuestiones como la "Infodemia" (OMS, 2020) y reflexiones sobre la incidencia de la economía de la vigilancia y los perfilamientos de la mano de las plataformas en procesos electorales (ver, entre otros, House of Commons, 2018; RELE, 2019; EPRS, 2021) contemplando moderación de contenidos como uno de los problemas a los cuales las legislaciones locales no encuentran solución y concurre, de modo subsidiario, la propuesta de regulaciones regionales. En simultáneo, las declaraciones de los relatores de Libertad de Expresión de los distintos sistemas regionales de derechos humanos vienen dando cuenta de estas preocupaciones desde el año 2017.

Los nuevos interrogantes se plasman en un cuadro ya antiguo que se puede expresar como la puja entre la libertad editorial y el derecho a la información. Cómo se satisface el derecho universal a recibir informaciones, opiniones e ideas en tanto derecho humano que debe ser resguardado; versus el derecho a la libertad de difundir. Y no es (sólo) un problema de adjudicar responsabilidades por incumplimientos.

Las perspectivas diferentes se basarán en cuestiones filosóficas, políticas, legislativas y de alcance regional o local de las reglas. Lo que ocurre es que aparecen actores no estatales que exceden las jurisdicciones de los estados nación. En relación con estas particularidades, las próximas páginas pretenden ayudar a la comprensión de la complejidad del problema, en el convencimiento de que muchos de los debates actuales parecen prescindir de un estado del arte al que esta contribución pretende aportar.

Vayamos unos pasos atrás. Hay quienes toman partido por una posición conocida como autonomista, que resguarda el derecho individual a la libertad de expresión como un medio de realización personal, concomitante con la doctrina clásica de la libertad de expresión (Loreti y Lozano, 2014). Desde esta perspectiva, el estado cumple sus obligaciones absteniéndose de censurar. Son obligaciones negativas. En el mejor de los casos, para radiodifusión, se trata de ordenar las emisiones adjudicando las frecuencias por reglas de libre mercado. En este esquema, la concentración, eventualmente, es un problema de libre competencia y no de pluralismo a favor de la opinión pública. No hay ninguna obligación de estos actores para con el conjunto. De lo contrario no habrá prevalencia de la búsqueda de la realización personal como finalidad de la protección de la libertad de expresión.

Otras posiciones abrevan en fuentes distintas, pero mayormente se registran en el mismo tipo de conclusión: los actores no estatales no tienen obligaciones de satisfacer el derecho a la información de las personas ni tampoco tienen obligaciones de pluralismo.

A estas tesis se les han ido oponiendo –con distinta suerte dependiendo de las reglas regionales y/o locales–, otras visiones. Una de ellas se apoya en otro paradigma resultante de la aplicación de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Europea de Derechos Humanos, la

Convención Americana o la Convención Africana. Con múltiples diferencias entre estos instrumentos, los hermanan la concepción del derecho a la libertad de expresión como un derecho universal, que garantiza la libertad de recibir, difundir e investigar informaciones, opiniones e ideas.

Otra mirada posible se apoya en lo que se conoció como la “doctrina de la equidad”, la cual abrió la posibilidad del debate al interior de los medios. Si antes se protegía la libertad de expresión del orador en la esquina de la calle; hoy, las esquinas de la calle han dejado de ser el soporte desde donde la expresión se configura. Es así que autores como Owen Fiss (1997, 1999) comenzaron a señalar que los medios eran, a la vez, esquinas y oradores. Entonces, el problema empezó a ser más complejo.

Ya no se trata de que el estado deba garantizar la libertad de discurso en la esquina de la calle, sino cómo se garantiza la multiplicación de esas esquinas –los medios de comunicación conocidos hasta entonces– y que más personas accedieran a ellas. Aparecen, entonces, otras obligaciones y no solo la de la abstención de la censura

Cuando lleguemos al final de este recorrido, nos sentiremos conformes con exponer el estado del arte que nos ofrece el fin de la segunda década del siglo. Con plataformas, sistemas, políticos, estados, periodistas, influencers y ciudadanos digitales exponiendo posiciones diversas, con distintos reclamos acerca de la regulación de esta actividad en la que las empresas deciden todo. También quedará por concluir la naturaleza jurídica de estos operadores y qué tipo de relación deben tener con sus usuarios.

I. La tradición norteamericana frente al desafío de las plataformas

A. Un antecedente relevante en el debate: la censura por gerenciamiento

Hace más de 20 años, cuando aún nadie soñaba con las plataformas, Owen Fiss (1999) nos enfrentaba a una imprevista alarma: no solo los estados censuran.

En palabras de Fiss, “tradicionalmente, una de las mayores amenazas ha sido la ‘censura de Estado’, es decir, los intentos de los agentes gubernamentales de limitar, directa o indirectamente, la información y la variedad de opiniones disponibles para los ciudadanos. La amenaza de la censura estatal siempre está presente y ha recibido atención de la Corte Suprema, tanto en el pasado como en el presente”. Además, advierte sobre lo que él llama “censura de gestión” o “censura por gerenciamiento” (managerial censorship), una forma de censura en la que el censor no es el Estado, sino “un actor dentro de la propia industria de la televisión”. Al respecto advierte que “mientras que las decisiones del Tribunal relativas a la censura estatal han ampliado una tradición bien establecida, su compromiso con la censura de gestión ha representado una sorprendente novedad en el derecho y ha planteado retos de un orden totalmente diferente”¹.

En palabras de Fiss: “El modelo de censura empresarial se basa en una comprensión más matizada de la relación entre los medios de comunicación y el Estado que la hipótesis

¹ Fiss, O., 1999, “The Censorship of Television”, Faculty Scholarship Series. Paper 1318, traducción propia, p. 4-5.

del modelo de censura estatal y, en general, de la teoría liberal clásica. En lugar de suponer que siempre y en todo lugar hay un antagonismo entre el Estado y los medios de comunicación, la noción de censura de gestión reconoce que, de hecho, toda organización de medios de comunicación recibe importantes beneficios del Estado. Algunos de estos beneficios pueden encontrarse en las leyes de los contratos, la propiedad y las empresas, y en la prestación de servicios, como la protección de la policía y los bomberos, que están a disposición de todos los ciudadanos. Además, el gobierno ha desempeñado un papel destacado en el desarrollo de la tecnología televisiva, y sigue proporcionando beneficios y privilegios a las distintas entidades de la industria televisiva².

Cuando Fiss escribió esto, apenas un veinte por ciento de la población de Estados Unidos accedía a Internet.

B. Las obligaciones de los actores no estatales de acuerdo con la primera enmienda

Dado que las principales operadoras de soportes de comunicación electrónica al 2020 tienen su domicilio en algún lugar de los Estados Unidos, y que las empresas que desarrollan esa actividad indican esa su legislación o jurisdicción para dirimir problemas con sus contratantes, usuarios o intervinientes en lo que se conoce como "Términos y condiciones" o "términos de servicio" es menester tomar en cuenta por qué las cosas parecen ser como son. Otro tanto ocurre con canales de noticias que se transmiten vía satélite.

Hace varias décadas la jurisprudencia de Estados Unidos indica que, en materia de libertad de expresión, para reclamar a un particular, es necesario demostrar que existe una acción que involucra al estado. A veces no alcanza siquiera con la propiedad del soporte concernido. Así, en *Manhattan Community Access Corp. et al v. Halleck et al*³, la Corte de Estados Unidos revocó una sentencia favorable al demandante estableciendo, o más bien, ratificando, que los actores no estatales no están sujetos a las obligaciones de la Primera Enmienda. El caso, sintéticamente, estaba ligado a que la ley del estado de Nueva York exige a los operadores de cable que reserven canales en sus sistemas para el acceso público. Estos canales son utilizados por el operador de cable a menos que el gobierno local decida operar él mismo los canales o designe a una entidad privada para operar los canales.

La ciudad de Nueva York había designado a una entidad privada sin ánimo de lucro, Manhattan Neighborhood Network (MNN), para operar los canales de acceso público en el sistema de cable de Time Warner en Manhattan. En este contexto, DeeDee Halleck y Jesús Papoleto Meléndez produjeron una película que criticaba a MNN para ser emitida en los canales de acceso público de MNN. El proveedor de servicios de TV por cable difundió la película pero, posteriormente, suspendió a Halleck y Meléndez de todos los servicios e instalaciones de la compañía.

Los productores presentaron una demanda, alegando que MNN había violado su derecho a la libertad de expresión en virtud de la Primera Enmienda al restringir su acceso a los

² Op. cit. p. 10.

³ *Manhattan Community Access Corp, et al. v. Halleck et al*, 587, U.S., Docket No. 17-1702 (2019).

canales de acceso público debido al contenido de su película. El Tribunal de Distrito rechazó la demanda alegando que MNN no es un actor estatal y, por tanto, no está sujeto a las limitaciones de la Primera Enmienda en cuanto a su discreción editorial. La Cámara de Apelaciones del Segundo Circuito revocó en parte la decisión y sostuvo que MNN es un actor estatal sujeto a las restricciones de la Primera Enmienda.

Allí tomó intervención la Corte Suprema que refrendó que MNN no es un actor estatal sujeto a la Primera Enmienda y que esta cláusula sólo prohíbe la restricción gubernamental de la expresión, no la privada. "La doctrina [dice la propia Corte de sí misma] de este tribunal distingue al gobierno de los individuos y las entidades privadas"⁴. Destaca, al mismo tiempo, que una entidad privada puede calificarse como actor estatal cuando ejerce poderes tradicionalmente reservados al Estado, pero ello está limitado porque muy pocas funciones entran en esa categoría.

Con especial énfasis se debe anotar lo dicho por la corte estadounidense en este caso en cuanto a que: "Proporcionar algún tipo de foro para la expresión no es una actividad que tradicionalmente sólo hayan realizado las entidades gubernamentales. Por lo tanto, una entidad privada que proporciona un foro para la expresión no se transforma por ese solo hecho en un actor estatal. Véase *Hudgens v. NLRB*, 424 U. S. 507, 520-521"⁵.

c. El rol de las plataformas

Por otra parte, la Corte Suprema de Estados Unidos se ocupó por vez primera de la constitucionalidad de las limitaciones legales al acceso a redes sociales en el caso *Packingham v. North Carolina*⁶, donde declaró que una ley estatal que prohíba el acceso a esas redes a personas condenadas por delitos sexuales es contraria a la Primera Enmienda.

La clave es que esa enmienda sigue siendo interpretada como un dique de contención frente a los embates contra la libertad de expresión procedentes de los poderes públicos. Esa regla previa determina que el Estado no debe tomar partido reprimiendo expresiones, por muy odiosas que sean, salvo que haya una incitación directa e inmediata a la violencia.

Dice la Corte: "Un principio fundamental de la Primera Enmienda es que todas las personas tengan acceso a lugares en los que puedan hablar y escuchar, y después de reflexionar, hablar y escuchar de nuevo. El Tribunal ha tratado de proteger el derecho a hablar en este contexto espacial. Una norma básica, por ejemplo, es que una calle o un parque es un foro por excelencia para el ejercicio de los derechos de la Primera Enmienda. Véase *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U. S. 781, 796 (1989). Incluso en la era moderna, estos lugares siguen siendo lugares esenciales para las reuniones públicas para celebrar algunos puntos de vista, para protestar por otros, o simplemente para aprender e informarse. Mientras que en el pasado podía resultar difícil identificar los

⁴ Op. cit. p. 4.

⁵ Op. cit. p. 12.

⁶ *Packingham v. North Carolina*, 137 S. Ct. 1730, 1737 (2017).

lugares más importantes (en sentido espacial) para el intercambio de opiniones, hoy la respuesta está clara. Es el ciberespacio –los ‘vastos foros democráticos de Internet’ en general, *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U. S. 844, 868 (1997)–, y las redes sociales en particular. Siete de cada diez adultos estadounidenses utilizan al menos un servicio de red social de Internet⁷.

Este enfoque puede servir para reflexionar sobre los diversos casos que involucraron al expresidente Donald Trump. Uno de ellos por bloqueo de periodistas en su cuenta de Twitter y otros por la decisión de tres cadenas de TV de interrumpir sus alocuciones en las últimas semanas de su mandato. En este contexto se puso en debate si las plataformas podían no solo “flagear” (advertir acerca de la veracidad de su contenido) sus expresiones, sino directamente cancelar sus cuentas.

Así pues, y aun en el supuesto de que los tuits de Trump no supusieran el peligro que pareció atribuirles Twitter, la “sanción” impuesta por la plataforma se enmarca en las cláusulas de un contrato privado, no en la norma aprobada por un poder público, y ello parece excluir la aplicación de la Primera Enmienda.

II. ¿Las redes son las plazas y las esquinas?

Como decíamos, no está saldado que las plazas y las esquinas están en manos de privados a los que no cabe exigir que respeten los derechos humanos, como sí a los actores estatales. En el caso *Davison vs Randall*⁸, la Corte de Apelación del Cuarto Circuito de Estados Unidos confirmó la decisión del Tribunal de Distrito al considerar que la página de Facebook de la presidenta de la Junta Escolar del Condado de Loudoun (LCSB), Phyllis Randall, constituía un foro público. Randall había eliminado los comentarios publicados por Davison en su página de Facebook como presidenta de la Junta Escolar, los cuales incluían acusaciones de corrupción y conflictos de intereses en la LCSB. Posteriormente le prohibió la entrada a la página de Facebook durante 12 horas.

El Tribunal consideró que, al discriminar el punto de vista en su página de Facebook, la presidenta de la Junta Escolar había violado los derechos de libertad de expresión del demandante en virtud de la Primera Enmienda. Además, estimó que Randall no tenía derecho a bloquear al demandante o a cualquier ciudadano para que comentara en su página de Facebook.

A la hora de escribir este artículo se encuentra cerrado en la Corte Suprema de Estados Unidos sin haberse tratado por considerarse abstracto (en virtud de la terminación del mandato de Trump) el caso promovido por el Knight First Amendment Institute contra el expresidente. La Corte debía dirimir sobre la decisión de un tribunal de apelación del segundo circuito de Estados Unidos que ratificó la sentencia de un tribunal inferior según la cual el presidente Trump incurrió en una discriminación inconstitucional de

⁷ Op. cit. p. 1.

⁸ *Davison v. Randall*, No. 17-2002 (4th Cir. 2019).

puntos de vista después de bloquear a usuarios de su cuenta de Twitter por publicar comentarios que no le gustaban.

Esta corte de apelaciones consideró que había “pruebas abrumadoras”⁹ de que la cuenta se utilizaba con fines oficiales y que el bloqueo era una restricción del gobierno, rechazando la afirmación del entonces presidente que sostenía que su cuenta de Twitter era personal.

El Tribunal aseveró que las funciones interactivas de Twitter, como responder, retuitear y dar me gusta, eran formas de conducta expresiva que permitían a los individuos comunicarse no sólo con el presidente, sino con miles de personas. Estableció, además, que la cuenta de Twitter constituía un foro público porque estaba controlada por el gobierno, y las funciones interactivas de Twitter la hacían accesible al público sin limitaciones.

La Corte de Apelaciones rechazó el argumento del gobierno de que la actividad en la cuenta era discurso gubernamental, sosteniendo que los tuits individuales de Trump lo eran, pero los mensajes publicados por los usuarios eran discurso privado. Por lo tanto, el Tribunal concluyó que el presidente Trump violó la Primera Enmienda cuando bloqueó a los demandantes por publicar mensajes críticos hacia él y sus políticas.

III. Las tensiones en Europa

Mientras se espera que se dirima en los procesos judiciales si las redes pueden echar de la plaza a quienes litigan en Estados Unidos –donde estas empresas tienen sus sedes americanas–, las exclusiones se dan a centenares de manera cotidiana y con bastante menos repercusión que las del expresidente Trump. En simultáneo, se producen decisiones en otros lugares en los cuales se llevó a juicio a las redes y plataformas, pero demandando a la sede operativa europea.

Tal el caso de “Casapound Italia y di Stefano vs. Facebook Ireland Limited”¹⁰, originado a partir del levantamiento sin aviso previo, el 9 de setiembre de 2019, de la página de la asociación CasaPound y del perfil personal de Davide di Stefano y la falta de respuesta ante el reclamo formulado. Facebook Ireland rechazó la cautelar impuesta en primera instancia y apeló argumentando que CasaPound había violado los términos y condiciones que vetan la presencia en la plataforma de “organizaciones o individuos que proclamen objetivos violentos o estén involucrados en acciones violentas”¹¹ al difundir mensajes de odio y discriminación. Alegó además que CasaPound es un movimiento que se proclama fascista, cuyos miembros han sido responsables de actos de violencia y discriminación, que difunden mensajes de odio y discriminación y que han utilizado el servicio para dar a publicidad dichos mensajes, incurriendo en múltiples violaciones de las condiciones de uso.

⁹ Op. cit. p. 51.

¹⁰ Associazione di promozione sociale CasaPound Italia e Davide Di Stefano v. Facebook Ireland Limited, Tribunale di Roma, XVII Sezione Civile. Causa N° 80961/19.

¹¹ Condizioni d’Uso e Standard della Comunità de Facebook Italia. Disponible en <https://it-it.facebook.com/terms/>

La asociación alegó que Facebook no tenía derecho a tener en cuenta los incidentes ocurridos fuera de la plataforma y, en cualquier caso, la referencia de CasaPound al fascismo histórico no implicaba automáticamente su adhesión a las ideas racistas y discriminatorias defendidas por éste.

El Tribunal de Roma desestimó el recurso de Facebook contra el requerimiento preliminar que ordenaba a la red social reactivar la cuenta y restaurar las páginas del partido neofascista. Sostuvo que la legislación italiana no prohíbe las asociaciones neofascistas en sí mismas, a menos que intenten reconstruir el Partido Fascista de la Segunda Guerra Mundial lo que está prohibido en la Constitución Italiana en sus disposiciones complementarias desde 1948. También afirmó que las disposiciones de las condiciones de uso de Facebook que apoyan la retirada del servicio de Facebook sólo son lícitas en la medida en que se interpreten y apliquen respetando los principios de libertad de pensamiento y de asociación. Contra esta medida cautelar, Facebook dijo que era una empresa privada con fines de lucro protegida por el art. 41 de la Constitución. Es de especial importancia tomar nota de que la plataforma objetaba que la resolución de la cautelar había atribuido erróneamente una naturaleza especial al contrato entre la red social y el usuario, cuando se trataba más bien de un contrato ordinario de derecho civil. Desde esa base (y para nuestro derrotero es fundamental este alegato) argumentó Facebook en su apelación que no es posible atribuir a los actores no estatales del sector privado obligaciones de servicio público como la protección de la libertad de asociación y de expresión. Asimismo, la empresa alegó que no está obligada a garantizar una protección especial a algunos usuarios, como las organizaciones que realizan actividades políticas en virtud de su papel en el debate público. Es decir, no están dispuestos a aceptar que se traslade el principio de la jurisprudencia de la primera enmienda a los juicios que no tramitan en EEUU.

Además, Facebook se quejó de que el Tribunal no había tenido en cuenta la actividad general de CasaPound dirigida a incitar al odio y la violencia y que se asemeja a una postura fascista, incluso fuera de Facebook. CasaPound alegó que su conducta debía evaluarse exclusivamente en el marco de la actividad en la plataforma (como el caso de Estados Unidos que declaró inconstitucional el denegar la apertura de cuentas a agresores sexuales en 2017) y, por consiguiente, debía excluirse cualquier evaluación de una conducta no relacionada con el uso del servicio de Facebook.

El Tribunal consideró, en primer lugar, que la relación entre Facebook y CasaPound era un contrato ordinario de derecho civil, en concreto, un contrato atípico en el que el operador presta gratuitamente servicios de intercambio de contenidos. En este caso, los usuarios están obligados a cumplir ciertas condiciones establecidas en el acuerdo con la red social y, por tanto, la validez de la rescisión por parte del proveedor del servicio debe determinarse de acuerdo con las normas del derecho contractual. El Tribunal dijo que la relación estaba sujeta a los límites ordinariamente reconocidos a los actores del sector privado, a saber, las cláusulas generales de orden público, moralidad, buena fe y prohibición de

abuso de derecho, todas las cuales deben interpretarse de acuerdo con los principios constitucionales.

Por lo tanto, según el Tribunal de Justicia de Roma, no es posible atribuir a actores privados como Facebook poderes contractuales que afecten sustancialmente a la libertad de expresión y de asociación, de modo que se superen los límites que el ordenamiento jurídico ha impuesto por vía penal. De este modo, el Tribunal consideró que la exclusión de CasaPound de la plataforma de Facebook era injustificada.

IV. También en América Latina

El 15 de diciembre de 2020 el Tribunal de Justicia de São Paulo juzgó la demanda presentada por Intervozes - Coletivo Brasil de Comunicação Social y condenó a Google por "auténtica censura previa" al eliminar indebidamente vídeos del canal de YouTube del Coletivo Intervozes¹². La empresa también fue condenada a pagar una indemnización de 50.000 reales (30.000 dólares). Los videos bajados sin consentimiento ni aviso previo eran parte de una serie de contenidos que señalaba, denunciaba y explicaba los abusos contra los derechos humanos cometidos por las televisiones en sus programas de telenovelas.

La razón sostenida para el levantamiento de los videos fue el funcionamiento del llamado Content ID, destinado a la protección de la propiedad intelectual en YouTube. Este mecanismo opera como sistema de revisión de contenidos, puesto que es Google el que proporciona la oportunidad y las herramientas a los titulares de derechos de autor para reclamar la infracción, denunciar y solicitar la retirada de contenidos. En suma, un sistema paralelo al poder judicial.

El contenido fue retirado del canal de YouTube en 2018. Después de que las protestas fueran denegadas por Google, Intervozes presentó el recurso en abril de 2019. La serie de videos en cuestión fue el resultado de un convenio con la Secretaría de Derechos Humanos de la Presidencia de la República, cuyo objeto era la capacitación en derechos humanos de líderes comunitarios y comunicadores.

La jueza de primera instancia extinguió el caso sin juzgar el fondo, porque entendió que la acción trataba de derechos de autor y que, por lo tanto, Google no tenía legitimación pasiva. En este entendimiento, consideró que la demanda debería ser presentada contra las Organizaciones Globo y TV Bandeirantes, propietarias de los derechos de los contenidos expuestos como malos ejemplos por la campaña.

Sin embargo, el mérito de la acción de Intervozes es el cuestionamiento de la legalidad del mecanismo de Content ID, lo que motivó la presentación de un recurso ante el Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo que revocó la decisión de primera instancia por considerar que Google recurrió a un "mecanismo cuestionable para remover videos en auténtica

¹² Poder Judiciário - Tribunal de Justiça do estado de São Paulo. Registro: 2020.0001024177. Apelação cível no 1036141-31.2019.8.26.0100, da comarca de São Paulo, em Intervozes – Coletivo Brasil de Comunicação Social, Google Brasil Internet Ltda.

censura previa¹³. El juez Ferreira Alves, de la 2ª Sala de Derecho Privado, consideró que en el caso concreto no existía una flagrante violación de los derechos de propiedad intelectual y que, en todo caso, la comprobación de la existencia de esa violación de derechos para dar paso a la remoción del contenido debió tener lugar en el marco de un proceso judicial.

Es decir que el balance de los derechos en juego no debe dejarse en manos del sector privado. Máxime cuando en Brasil rige el conocido Marco Civil de Internet aprobado durante la presidencia de Dilma Rousseff, que contiene precisiones específicas sobre la pertinencia o no de remociones de contenidos y la intervención obligada del poder judicial para tal efecto. En otras palabras, para evitar que las empresas sean legisladores, ejecutivos y jueces al mismo tiempo.

Tras la decisión en primera instancia publicada el 15 de diciembre de 2020, la empresa presentó un recurso de apelación, alegando que la retirada de videos se produjo de forma legítima. Sin embargo, el juez Ferreira Alves destacó la decisión del Colegiado emitida en diciembre de 2020: "Independientemente de la defensa del mecanismo utilizado por el demandado para frenar los abusos en Internet, lo cierto es que quien debe imponer la retirada de contenidos y, por tanto, restringir/limitar la libertad de expresión para la protección de los derechos es el Estado, a través del Poder Judicial. No le corresponde a Google ponderar esos valores"¹⁴.

El TJSP no juzgó si existe o no infracción de los derechos de autor en los videos publicados por Intervozes y que fueron removidos después de que Content ID detectara contenidos con derechos de autor y notificara a los propietarios, los que solicitaron el bloqueo. Pero el Tribunal decidió –ante la duda legítima y ya que no se trataba de una simple reproducción sino del uso de pequeños fragmentos para criticar la producción audiovisual de los titulares–, que Google no debía limitar la libertad de expresión de Intervozes. Ante la duda, el contenido debe mantenerse en línea, afirma el Tribunal.

El fallo mostró acuerdos con el argumento presentado por Intervozes respecto de que las empresas que operan en Brasil tienen derecho a definir sus normas de funcionamiento, pero no pueden contradecir el ordenamiento jurídico del país. "Es cierto que el principio de libre empresa, contenido en el art. 170 de la Constitución Federal, reserva a las empresas que operan en Brasil el derecho a definir sus reglas de funcionamiento. Sin embargo, tales normas no pueden ir en contra del ordenamiento jurídico brasileño y mucho menos de las garantías fundamentales establecidas por la Constitución Federal, como se puede concluir de los principios expresados en los incisos de dicho artículo 170"¹⁵, detalló la sentencia.

Conclusiones

En 2005, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas solicitó al Secretario General de la ONU que designara a un Representante Especial (RESG) para investigar

¹³ Op. cit. p. 2.

¹⁴ Op. cit. p. 6.

¹⁵ Op. cit. p. 5-6.

una serie de temas importantes relacionados con empresas y los derechos humanos. El mandato del RESG surgió, un año antes, de la incapacidad del Consejo de adoptar un documento conocido como Normas de las Naciones Unidas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Empresas Comerciales en la cuestión de los Derechos Humanos. La persona designada como RESG –el Prof. John Ruggie de la Universidad de Harvard– realizó una investigación exhaustiva sobre este tema. En abril de 2008, hizo pública su propuesta de marco para imponer responsabilidades en materia de derechos humanos a las empresas privadas. El Representante Especial adjuntó los Principios Rectores a su informe final (ONU, 2011). Luego del “Informe Ruggie”, el Consejo de Derechos Humanos hizo suyos los Principios Rectores en su Resolución 17/4, del 16 de junio de 2011, titulada “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”.

Estos Principios Rectores se basan en el reconocimiento del papel de las empresas como órganos de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables en los contextos en que operan y respetar los derechos humanos. Los Principios reclaman la adopción de políticas internas de protección, evaluación y reparación incluyendo la contratación de expertos por parte de las compañías. También exigen que las empresas puedan explicar a la sociedad cuando hayan ocurrido violaciones, así como las medidas que se toman para hacer frente a las consecuencias.

En el mismo sentido, en abril de 2018, el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye, propuso en su Informe al Consejo de Derechos Humanos (2018) una serie de recomendaciones relacionadas con la moderación de contenidos y la expulsión y retiro de cuentas de las empresas.

En simultáneo, un grupo de defensores y académicos presentó los Principios de Santa Clara sobre Transparencia y Rendición de Cuentas en la Moderación de Contenidos (2018)¹⁶, que recomiendan un conjunto de estándares mínimos para la transparencia y apelaciones significativas. Sobre el cierre de este artículo, además, la CIDH reafirmó su preocupación sobre este tema y convocó a un diálogo sobre libertad de expresión en las Américas, con un capítulo específico dedicado al “deterioro del debate público” (CIDH, 2021)¹⁷.

Como hemos visto a lo largo de este artículo, resulta indudable que existen derechos humanos concernidos en la actividad de las plataformas. Por citar los más notorios: privacidad, protección de datos personales, libertad de expresión, acceso a la información, honor, no discriminación. También, por cierto, existen derechos culturales muchas veces expoliados por las empresas. De tal modo, aparece bastante claro que no es necesario pensar que las empresas requieran leyes específicas que garanticen estos derechos por fuera de las regulaciones generales para concebir que tienen obligaciones. Quizás sea precisa la estipulación de prácticas y procesos, pero entre los derechos de las personas que hay que

¹⁶ Disponibles en <https://santaclaraprincipios.org/> Fecha de última consulta 11/5/2021.

¹⁷ CIDH, convocatoria al Diálogo de las Américas sobre Libertad de Expresión en internet. Disponible en: <https://www.americasdialogue.org/> Fecha de última consulta 20/9/2021.

resguardar está el de recurso judicial efectivo y acceso a la justicia independientemente de que exista una norma procesal *ad hoc*.

En síntesis, si hay que regular no es por la necesidad de reconocer derechos de las personas, u obligaciones de las empresas. Aun así, ya hay teóricos que se enrolan en estas posiciones presentadas bajo un aspecto de novedad, cuando en realidad remiten a los más antiguos principios del derecho internacional de los derechos humanos. La inconsistencia entre esos principios y los términos y condiciones impuestos por los contratos de las plataformas es uno de los grandes puntos sobre los cuales es necesario echar luz.

Referencias bibliográficas

EUROPEAN PARLIAMENTARY RESEARCH SERVICE (EPRS) (2021). Briefing EU Legislation in Progress - Digital services act. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/689357/EPRS_BRI\(2021\)689357_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/689357/EPRS_BRI(2021)689357_EN.pdf) [Fecha de última consulta: 10 de mayo de 2021].

FISS, Owen (1999). "The Censorship of Television", Faculty Scholarship Series. Paper 1318, traducción propia.

———(1999). La ironía de la libertad de expresión, Gedisa, México.

———(1997). Libertad de Expresión y estructura social. Ed. Coyoacán, México.

HOUSE OF COMMONS (2018). Disinformation and 'fake news': Interim Report. Fifth Report of Session 2017–19, del 29 de julio de 2018. Disponible en <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcmums/363/363.pdf> [Fecha de última consulta: 10 de mayo de 2021].

LORETI, Damián y Lozano, Luis (2014). El derecho a comunicar. Debates en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas, Siglo XXI editores, Buenos Aires.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2011). Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar". A-HRC-17-31.

———(2018). Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. A-HRC-38-35.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (2020). Situation Report N° 13, del 2 de febrero de 2020. Disponible en https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200202-sitrep-13-ncov-v3.pdf?sfvrsn=195f4010_6 [Fecha de última consulta: 10 de mayo de 2021].

RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (RELE) (2019). Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales. Disponible en <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcomeds/363/363.pdf> [Fecha de última consulta: 10 de mayo de 2021].