



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUACAO EM DIREITO – PPGD

ANNA LUISA WALTER DE SANTANA

INTERMEDIARIOS DE INTERNET Y DERECHOS HUMANOS: contribuciones del Sistema Interamericano en la construcción de estándares comunes para la promoción de la libertad de expresión en América Latina.

CURITIBA

2020

ANNA LUISA WALTER DE SANTANA

INTERMEDIARIOS DE INTERNET Y DERECHOS HUMANOS: contribuciones del Sistema Interamericano en la construcción de estándares comunes para la promoción de la libertad de expresión en América Latina.

Tesis presentada al Programa de Pós-graduação em Direito de la Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para la obtención del título de Doctor en Derecho.

Orientador: Danielle Anne Pamplona

CURITIBA

2020

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Pamela Travassos de Freitas – CRB 9/1960

Santana, Anna Luisa Walter de

S232i Intermediarios de internet y derechos humanos : contribuciones del Sistema
2020 Interamericano en la construcción de estándares comunes para la promoción
de la libertad de expresión en América Latina / Anna Luisa Walter de Santana ;
orientador: Danielle Anne Pamplona. – 2020.

263 f. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba,
2020

Bibliografia: f. 241-263

1. Direitos humanos. 2. América Latina. 3. Democracia. 4. Empresas.
5. Internet – Legislação. 6. Ius Constitutionale Commune em América Latina
(ICCAL). 7. Liberdade de expressão. I. Pamplona, Danielle Anna. II. Pontifícia
Universidade Católica do Paraná. Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDD 20. ed. – 323.4

ANNA LUISA WALTER DE SANTANA

INTERMEDIARIOS DE INTERNET Y DERECHOS HUMANOS: contribuciones del SIDH en la construcción de estándares comunes para la promoción de la libertad de expresión en América Latina.

Tesis presentada al Programa de Pós-graduação em Direito de la Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para la obtención del título de Doctor en Derecho.

COMISIÓN EXAMINADORA

Profesora. Dra. Danielle Anne Pamplona
PUC-PR.

Profesor Dr. Antônio Carlos Efig
PUC-PR

Profesor Dr. Luís Alexandre Carta Winter
PUC-PR

Profesor Dr. Humberto Cantú Rivera
Universidad de Monterrey.

Profesor. Dr. Pedro Alejandro Villareal Lizarraga
Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.

Curitiba, 09 de marzo de 2020

A Lola e Ique, por ser el sentido de todo.

AGRADECIMIENTOS

Como todas las largas jornadas esa tesis contó con el apoyo y aporte de muchas personas que merecen mis más sinceros agradecimientos. Mis primeros agradecimientos son dirigidos al Programa de Pós-Graduação em Direito de la Pontifícia Universidade Católica do Paraná, sus profesores, funcionarios y estudiantes por el enriquecedor espacio de aprendizaje. Tengo inmenso orgullo de hacer parte de esa institución. Agradezco especialmente a mi directora de tesis Danielle Anne Pamplona por, entre tantas otras cosas, su profunda generosidad académica, que inspira y permite el mejor ambiente académico.

De la misma manera agradezco los demás espacios de diálogo y discusión que he tenido la fortuna de encontrar a lo largo de la construcción de ese trabajo. A la Universidad de Los Andes en Colombia, con especial aprecio a la decana de la Facultad de Derecho Catalina Botero por su inspiradora y vigorosa defensa por la libertad de expresión en la región latinoamericana. Al Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional en Alemania, especialmente a su director Armin von Bogdandy y Mariela Morales Antoniazzi, por proporcionar un ambiente de estudio tan privilegiado y acogedor. A Capes (Coordenação de aperfeiçoamento de pessoal de nível superior) por la financiación para la realización de la estancia en Colombia por el periodo de seis meses.

Agradezco también a mis estimados colegas de doctorado por compartir todas las alegrías y dificultades de este camino. Con especial cariño a mi querida amiga Ana Carolina Olsen, por la compañía constante desde el inicio hasta al final de ese proyecto y por su compromiso con los mejores debates sobre los derechos humanos. A Camila Marques por su generosa acogida en Curitiba y por el inmenso cariño que ha tenido con mis hijos.

A mi tía Marlis por la dedicada corrección y revisión del texto. A Marisa por cuidar con tanto amor de Henrique y Paola en mis ausencias para hacer las asignaturas del doctorado. A Flávia Brazzale por su presencia tranquila y amorosa en mi vida. A mi padre Paulo, por el incentivo, complicidad y apoyo constante en esta aventura. A toda mi familia y amigos porque siempre me recuerdan que puedo contar con ellos.

Por fin y con todo mi amor, a Henrique y Paola porque me permitieron la experiencia del mejor amor y por la valentía y dulzura con que han enfrentado la vida. A Jorge por su inteligencia desafiante y el apoyo constante al final de ese difícil y hermoso proceso.

“Liberdade – essa palavra
que o sonho humano alimenta
que não há ninguém que explique
e ninguém que não entenda”

Cecília Meireles, Romanceiro da Inconfidência

RESUMEN

Actualmente los intermediarios de Internet son quienes hacen posible el acceso digital y sirven de mediadores para permitir el ejercicio de la libertad de expresión en el ambiente *on line*, así que el análisis de la actuación de estas empresas y de los impactos de sus actividades en los derechos humanos es esencial para el respeto y promoción de la libertad de expresión en América Latina. En este escenario, la presente tesis doctoral, presentada en el programa de doctorado en Derecho de la Pontificia Universidade Católica do Paraná, procuró sistematizar los estándares interamericanos que pueden servir de guía para Estados e intermediarios de Internet en la protección de la libertad de expresión en Internet en la región latinoamericana, así como proponer el Sistema Interamericano como espacio para facilitar el diálogo entre esas empresas, Estados y sociedad civil, tal como preconiza el enfoque de empresas y derechos humanos, para la consolidación y construcción de estándares comunes que permitan una protección reforzada de la libertad de expresión en América Latina. Para cumplir con este objetivo, se analizó, en el primer capítulo, los avances en términos de responsabilización de las empresas por violaciones a los derechos humanos. En un segundo momento se clasificó cuándo y cómo los intermediarios de Internet, con o sin la participación de los Estados, violan la libertad de expresión en línea. En el tercer capítulo se seleccionaron cuáles son los estándares mínimos que las empresas, a partir de las contribuciones del Sistema Interamericano, podrían utilizar para impedir la violación a la libertad de expresión en Internet y garantizar el potencial democratizador de la red en la región latinoamericana. Al final, se propuso, a partir del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina, el Sistema Interamericano como un espacio de diálogo entre los Estados, las empresas y la sociedad civil para avanzar en la construcción dialógica de reglas comunes en materia de empresas de Internet y libertad de expresión en América Latina. Para ello se utilizó un método general de abordaje deductivo, a través de técnicas de investigación documental, bibliográfica, jurisprudencial y análisis de casos. A partir del deber general de empresas en respetar los derechos humanos, la tesis ha identificado dos de los tipos más comunes de violaciones a la libertad de expresión por los intermediarios de Internet: violaciones indirectas a la libertad de expresión (vigilancia en línea y uso indebido de datos) y directas (a nivel de red y plataforma). Se logró por tanto identificar que para el SIDH las mismas reglas de respeto de la libertad de expresión aplicadas en el ambiente *off line* deben regir el ambiente *online*, de tal manera que, las limitaciones a la libertad de expresión en Internet, sean llevadas a cabo por los Estados o por los intermediarios de Internet, deben seguir los estándares interamericanos y deben incorporar las justas exigencias de las sociedades democráticas y ser compatibles con la preservación y desarrollo de las sociedades democráticas.

Palabras clave: Empresas y derechos humanos. Democracia. Intermediarios de Internet. Libertad de expresión. Sistema Interamericano. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL).

RESUMO

Atualmente são os intermediários de Internet que possibilitam o acesso digital e servem como mediadores para permitir o exercício da liberdade de expressão no ambiente *on-line*. Por esta razão, a atuação destas empresas e a análise dos impactos de suas atividades sobre os direitos humanos são essenciais para o respeito e a promoção da liberdade de expressão na América Latina. Com base neste cenário, a presente tese de doutorado defendida no Programa de Pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, procurou sistematizar os estândares interamericanos que podem servir de guia para Estados e intermediários de Internet na proteção da liberdade de expressão na região latino-americana, bem como propor o Sistema Interamericano como um espaço facilitador do diálogo entre essas empresas, Estados e sociedade civil, como preconizado pelo enfoque de empresas e direitos humanos, para a consolidação e construção de estândares comuns que permitam uma proteção reforçada da liberdade de expressão na América Latina. Para atingir este objetivo, no primeiro capítulo, analisou os avanços em termos de responsabilização das empresas pelas violações dos direitos humanos. Em um segundo momento, classificou quando e como os intermediários de Internet, com ou sem a participação dos Estados, violam a liberdade de expressão no ambiente *on-line*. No terceiro capítulo, selecionou os estândares mínimos que as empresas, com base nas contribuições do Sistema Interamericano, poderiam utilizar para evitar a violação da liberdade de expressão na Internet e garantir seu potencial de democratização na região latino-americana. Ao final, propôs, com base no *Ius Constitutionale Commune* em América Latina, o Sistema Interamericano como espaço de diálogo entre Estados, empresas e sociedade civil para avançar na construção dialógica de regras comuns relativas as empresas de Internet e a liberdade de expressão na América Latina. Para isso, utilizou um método geral de abordagem dedutiva, através de técnicas de pesquisa documental, bibliográfica e jurisprudencial e análise de casos. Com base no dever geral das empresas de respeitar os direitos humanos, a tese identificou dois tipos mais comuns de violações da liberdade de expressão por intermediários da Internet: as violações indiretas da liberdade de expressão (vigilância *on-line* e utilização indevida de dados) e as violações diretas (a nível da rede e de plataforma). O SIDH defende que as mesmas regras de respeito à liberdade de expressão que são aplicadas ao ambiente *off-line* devem reger o ambiente *on-line*, de modo que as limitações à liberdade de expressão na Internet, sejam elas realizadas pelos Estados ou por intermediários da Internet, devem seguir os estândares interamericanos e incorporar as justas exigências das sociedades democráticas e ser compatíveis com a preservação e o desenvolvimento da democracia.

Palavras-chave: Empresas e direitos humanos. Democracia. Intermediários de Internet. Liberdade de expressão. Sistema Interamericano. *Ius Constitutionale Commune* em América Latina (ICCAL).

ABSTRACT

Currently, Internet intermediaries makes digital access possible and serve as mediators to allow the exercise of freedom of expression in the online environment, so the performance of these companies and the analysis of the impacts of their activities on human rights is essential for the respect and promotion of freedom of expression in Latin America. In this scenario, this doctoral thesis, presented in the law doctoral program of the Pontifical Catholic University of Paraná, sought to systematize the inter-American standards that can serve as a guide for States and Internet intermediaries in the protection of freedom of expression on the Internet in Latin American, as well as proposing the Inter-American system as a space to facilitate dialogue between these companies, states and civil society, as advocated by the business and human rights approach, for the consolidation and construction of common standards that allow a reinforced protection of the freedom of expression in Latin America. To meet this objective, it was analyzed, in the first chapter, the advances in terms of corporate responsibility for human rights violations. In a second moment, it was classified when and how Internet intermediaries, with or without the participation of States, violate the freedom of expression online. In the third chapter, there were selected the minimum standards that companies, based on contributions from the inter-American system, could use to prevent the violation of freedom of expression on the Internet and to guarantee the democratizing potential of the Internet in the Latin American region. In the end, it is proposed, taking on account the *Ius Constitutionale Commune* in Latin America, the inter-American system as a space for dialogue between States, companies and civil society to advance the dialogic construction of common rules on Internet companies and freedom of expression in Latin America. For this, this thesis used a general method of deductive approach, through documentary, bibliographic, jurisprudential and case analysis techniques. Based on the general duty of companies to respect human rights, the thesis has identified the two more common types of violations of freedom of expression by Internet intermediaries: indirect violations of freedom of expression (online surveillance and data protection) and direct violations (at the network and platform level). It was identified that for the inter-American system the same rules regarding the freedom of expression that are applied for the off-line environment should govern the online environment, so that, the limitations to the freedom of expression on the Internet, whether led by States or by Internet intermediaries, must follow Inter-American standards and must incorporate the just demands of democratic societies and be compatible with the preservation and development of democratic societies.

Keywords: Business and human rights. Democracy. Internet intermediaries. Freedom of expression. Inter-American System. *Ius Constitutionale Commune* in Latin America (ICCAL)

LISTA DE SIGLAS

ACNUDH - Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

BNDES - Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social

CADH - Convención Americana de Derechos Humanos

CIDH - Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH - Corte Interamericana de Derechos Humanos

GDPR - *General Data Protection Regulation*

ICCAL - *Ius Constitutionale Commune* en América Latina

ISPs - *Internet Access and Service Providers*

IXP - *Internet Exchange Point*

NAP's - *National Action Plan on Business and Human Rights*

NAP's - *National Action Plan on Business and Human Rights*

OC – Opinión Consultiva

OCDE - Directrices de la *Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos*

OEA – Organización de los Estados Americanos

OIT - Organización Internacional del Trabajo

ONU – Organización de las Naciones Unidas

ONG – Organización no gubernamental

PNUMA - Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente

RELE - Relatoría Especial para la Libertad de Expresión

REDESCA - Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales

SIDH – Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

UNESCO - Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura

ÍNDICE

1	INTRODUCCIÓN	12
2	“EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS”: los intentos internacionales y regionales hacia una mayor responsabilización de las empresas por violaciones a los derechos humanos	23
2.1	EL ENFOQUE DE “EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS”: aclaraciones conceptuales	25
2.2	EMPRESAS Y DD. HH EN EL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: primeras aproximaciones	30
2.3	EL MANDATO RUGGIE Y LOS PRINCIPIOS RECTORES PARA EMPRESAS Y DD. HH DE LAS NACIONES UNIDAS	34
2.4	“EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS”: el escenario latinoamericano	44
2.5	EMPRESAS Y DD. HH EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	49
2.5.1	Principales avances en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	52
2.5.2	Principales avances en la Corte Interamericana de Derechos Humanos	55
2.6	TRATADO INTERNACIONAL SOBRE EMPRESAS Y DD. HH	61
3	INTERMEDIARIOS DE INTERNET Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN	67
3.1	LOS RASGOS DE LAS ACTIVIDADES DE LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET Y LOS IMPACTOS EN LOS DERECHOS HUMANOS	73
3.2	VIOLACIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN POR INTERMEDIARIOS DE INTERNET: o que dicen los sistemas de protección de los derechos humanos	77
3.3	VIOLACIONES INDIRECTAS A LA LIBERTAD DE EXPRESION EN LINEA: una breve mirada hacia la privacidad y la protección de datos y los impactos en la libertad de expresión en línea	82
3.3.1	Vigilancia en línea	83
3.3.2	Uso indebido de datos	87
3.4	VIOLACIONES DIRECTAS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LINEA: regulación de contenidos	90
3.4.1	Restricciones a nivel de red	91
3.4.1.1	Interrupción total o parcial de la red (<i>Service Shutdowns</i>)	91
3.4.1.2	Sistemas de filtrado	94
3.4.1.3	Priorización paga y tarifa cero	96
3.4.2	Restricciones a nivel de plataforma	98
3.4.2.1	Algoritmos de búsqueda	99
3.4.2.2	Derecho al olvido	104
3.4.2.3	Moderación de contenidos por Redes sociales	107
4	ESTÁNDARES INTERAMERICANOS PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LÍNEA	126

4.1 EL MARCO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	126
4.2 EL MARCO REGIONAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	131
4.3 FUNCIONES Y CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL SIDH.....	135
4.3.1 Funciones.....	137
4.3.2 Características	140
4.4 POSIBLES LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	141
4.4.1 El Test Tripartito.....	143
4.4.1.1 Las limitaciones deben establecerse mediante leyes redactadas de manera clara y precisa	143
4.4.1.2 Las limitaciones deben estar orientadas al logro de los objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana	144
4.4.1.3 Las limitaciones deben ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persiguen, estrictamente proporcionadas a la finalidad que buscan, e idóneas para lograr el objetivo imperioso que pretenden	148
4.4.2 Censura previa directa o indirecta	150
4.5 DISCURSOS PROTEGIDOS EN EL SIDH.....	151
4.6 DISCURSOS PROHIBIDOS	155
4.6.1 Pornografía infantil	157
4.6.2 Instigación directa y pública a cometer genocidio.....	158
4.6.3 Propaganda de guerra y la apología del odio que constituya incitación a violencia	159
4.6.4 Incitación al terrorismo.....	165
4.7 DESINFORMACIÓN	168
5 LA CONSTRUCCIÓN DE UN <i>IUS COMMUNE</i> PARA LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN AMÉRICA LATINA: una propuesta final	176
5.1 EL ICCAL Y EMPRESAS Y DD. HH	181
5.2 LOS APORTES DEL DIÁLOGO PROPUESTO POR EL ICCAL PARA EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS POR EMPRESAS DE INTERNET EN AMÉRICA LATINA	188
5.3 LA CONSTRUCCIÓN DE ESTANDARES INTERAMERICANOS PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET	197
5.4 EL ROL DE LOS ESTADOS EN LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET	204
5.5 EL ROL DE LAS EMPRESAS DE INTERNET FRENTE A LAS SOLICITUDES ESTATALES.....	214
5.6 EL ROL DE LAS EMPRESAS EN LA AUTOREGULACIÓN DEL CONTENIDO EN LÍNEA	217
6 CONCLUSIONES	229

1 INTRODUCCIÓN

Durante mucho tiempo creímos que el surgimiento y difusión de Internet permitiría a todas las personas del globo una expresión libre e irrestricta de ideas, creencias y opiniones de toda índole, una búsqueda y acceso a la información de toda naturaleza, y que muchas de las restricciones impuestas por los Estados a la libertad de expresión quedarían diluidas ante los cambios inimaginables que Internet aportaba para la protección a la libertad de expresión¹.

De hecho, las innovaciones tecnológicas proporcionadas por Internet cambiaron la forma como las personas se comunican, buscan información y contenidos diversos. Internet se ha convertido en un medio de comunicación vital para que las personas puedan ejercer su derecho a la libertad de expresión o el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, sin consideración de fronteras, como garantizan los documentos internacionales de protección de los derechos humanos. La Relatoría Especial para la libertad de expresión de las Naciones Unidas señala que Internet, “a diferencia de cualquier otro medio de comunicación anterior, permite a las personas comunicarse instantáneamente y a bajo costo, y sus repercusiones en el intercambio y el acceso a la información y a las ideas, y en el propio periodismo, son impresionantes”².

Existe todo un mundo de información, relaciones y comportamientos que cambiaron de manera definitiva con Internet. Actualmente, la información nos llega en tiempo real y cada instante, nos conectamos con quien sea, desde cualquier parte del mundo, en el momento que nos parezca más oportuno y tenemos la posibilidad de acceder a una cantidad infinita de información que antes de Internet no imaginábamos. Se estima que actualmente el 95% de toda la información existente en el planeta está digitalizada y en su mayor parte es accesible en Internet y otras redes informáticas³.

¹ “About a decade ago, in the mid-1990s, just about the time when this postcommunist euphoria was beginning to wane, there emerged in the West another “new society,” to many just as exciting as the new societies promised in post-communist Europe. This was the Internet, or as I’ll define a bit later, “cyberspace.” First in universities and centers of research, and then throughout society in general, cyberspace became a new target for libertarian utopianism. *Here* freedom from the state would reign. If not in Moscow or Tblisi, then in cyberspace would we find the ideal libertarian society. LESSIG, Lawrence. **Code: And Other Laws of Cyberspace**, Version 2.0. Nueva York: Basic Books, 2006. p. 2

² NACIONES UNIDAS, **Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/66/290 de 10 de agosto de 2011. Párrafo 10.

³ CASTELLS, Manuel. **C@mbio. El impacto de internet en la sociedad**: una perspectiva global. Disponible en: <https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2014/03/BBVA-Comunicaci%C3%B3n-Cultura-Manuel-Castells-El-impacto-de-internet-en-la-sociedad-una-perspectiva-global.pdf>. Acceso en: 10 de enero de 2019.

Especialmente en América Latina, Internet ha sido responsable por un incremento real en la capacidad de las personas para expresarse y discutir sobre temas públicos relevantes y reclamar sus derechos. Como enfatiza la Comisión Interamericana: “La creciente expansión de la red a nivel mundial y, en las Américas en particular, hace de esta un instrumento indispensable para el ejercicio pleno de los derechos humanos y contribuye a lograr mayores niveles de beneficios sociales e inclusión”⁴.

Aunque Internet haya causado una verdadera revolución en la forma como nos comunicamos, la creencia en un acceso pleno a la información y el ejercicio de la libertad de expresión irrestrictos en línea, no se mantiene si se da una mirada más profunda al fenómeno. En efecto, la misma tecnología que ha promovido y permitido la protección de los derechos humanos y de la libertad de expresión, puede ser utilizada para crear oportunidades de vigilancia e intervenciones en las comunicaciones privadas de las personas, limitaciones al acceso a la información y restricciones a contenidos legítimos.

El acceso a la información en Internet no es tan amplio como hemos sostenido. Básicamente son los algoritmos los que deciden las noticias y contenidos que nos llegan, con una clara priorización de determinados contenidos. No siempre accedemos a una información verdadera y de calidad. Al mismo tiempo, varios discursos legítimos son bloqueados y restringidos sin mayores explicaciones y formas de control⁵.

Todas esas situaciones afectan intensamente el ejercicio de la libertad de expresión, esencial para la construcción y desarrollo de los sistemas democráticos. Sin embargo, si antes de Internet, proteger y promover la libertad de expresión y el acceso a la información era una tarea de los Estados, con Internet, un nuevo y fundamental actor se ha tornado pieza clave en el respeto a la libertad de expresión: las empresas privadas. Actualmente son los agentes privados los que hacen posible el acceso digital y sirven de mediadores para permitir el ejercicio de la libertad de expresión en el ambiente *on line*⁶. De tal manera que, con Internet, la centralidad estatal en términos de protección a la libertad de expresión debe ser seriamente reestructurada y repensada y la actuación de las empresas privadas y los impactos de sus actividades en los derechos humanos, especialmente en la libertad de expresión, precisa ser enfrentado.

⁴ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17 de 15 de marzo 2017. Párrafo 2.

⁵ BELLI, Luca; ZINGALES, Nicolo (Ed). **Platform Regulations: How Platforms are Regulated and How They Regulate Us**. Annex: Recommendations on Terms of Service & Human Rights. Rio de Janeiro: FGV Direito, 2017. p.9.

⁶ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/35/22 de 30 de marzo de 2017. Párrafo 3.

El tema es de extrema relevancia porque millones de personas en todo el mundo usan Internet para acceder a información de todo tipo, expresar sus ideas y opiniones, compartir y reflexionar sobre las opiniones de otras personas, manifestarse contra el gobierno, políticas públicas, proyectos de ley, ejerciendo en línea, al final, incluso sus derechos de ciudadanía.

En el mundo más de cuatro mil millones⁷ de personas cuentan con acceso a Internet, es decir, el 55,1% de la población del mundo es afectada por la forma como las empresas, con o sin la participación estatal, actúan frente a los derechos humanos en el ambiente *on line*. Tratándose de Latinoamérica y el Caribe el 67,2 %⁸ de la población tiene acceso a Internet, Colombia cuenta con una tasa de penetración a Internet del 63,2 % y Brasil del 70,7%⁹. Solo las reglas de Facebook, por ejemplo, para moderación y eliminación de contenido en las Américas afectan la capacidad de expresarse, buscar y recibir informaciones de más de 200 millones¹⁰ de personas en la región.

Según las Naciones Unidas, “las empresas siguen siendo unos reguladores enigmáticos, que establecen una especie de “ley de las plataformas” en la que es difícil percibir elementos como claridad, coherencia, rendición de cuentas y reparación”¹¹. Mucho de esto se explica porque el derecho fue pensando para un mundo de problemas y reglamentaciones territoriales, con empresas nacionales que actuaban bajo las condiciones impuestas por los poderosos Estados.

No obstante, la globalización permitió que algunas empresas adquiriesen un poder político y económico tan relevante que les ha permitido tener posiciones dominantes frente a los Estados con que se relacionan en ámbitos comerciales. Hoy es indubitable la capacidad de las empresas de influir en todos los contextos donde operan, incluso promoviendo o violando derechos humanos.

⁷ INTERNET WORLD STATS, Internet Usage Statistics. The Internet Big Picture. **World Internet Users and 2018 Population Stats**. Disponible en: <https://www.internetworldstats.com/stats.htm>. Acceso en: 13 de diciembre de 2018.

⁸ INTERNET WORLD STATS, Internet Usage Statistics. The Internet Big Picture. **World Internet Users and 2018 Population Stats**. Disponible en: <https://www.internetworldstats.com/stats.htm>. Acceso en: 13 de diciembre de 2018.

⁹ INTERNET WORLD STATS, Internet Usage Statistics. The Internet Big Picture. **Internet Usage and Population Statistics for South America, December 31, 2017**. Disponible en: <http://www.internetworldstats.com/stats15.htm#south>. Acceso en: 13 de diciembre de 2018.

¹⁰ INTERNET WORLD STATS. **Internet Usage and Population Statistics for South America**. Disponible en: <http://www.internetworldstats.com/stats15.htm#south>. Acceso en: 13 de diciembre de 2018.

¹¹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 1.

Según la clasificación de la Global Justice Now¹², donde se compara la cifra de negocio de las principales empresas con los ingresos presupuestarios de los países, 69 de las 100 más poderosas entidades económicas del mundo son empresas y no Estados. Algunas empresas facturan mucho más que el PIB de diversos países juntos. Si el análisis no se realiza con la facturación, sino con la capitalización bursátil¹³ de las corporaciones, de las quince mayores empresas del mundo, en 2017, ocho son de tecnología¹⁴.

Además del incremento de poder de las empresas, su forma de actuación ha sufrido un cambio que exige del derecho también un cambio de paradigma. En Internet la realidad apunta a un mercado dominado por pocas empresas, que actúan de manera transfronteriza. En este sector los problemas jurídicos, normativos y de reglamentación son clásicamente extraterritoriales y los desafíos para responsabilizar a las empresas en caso de violaciones a los derechos humanos son múltiples. En el ámbito internacional, el derecho internacional de los derechos humanos fue pesando para proteger a las personas de la actuación u omisión de Estados y no de empresas privadas. En el ámbito nacional, el derecho está pensando para resolver cuestiones fronterizas y muchos Estados no quieren o no pueden proteger a las personas bajo su jurisdicción en contra de la actuación de las empresas.

Asimismo, las empresas operan en países con niveles de protección muy distintos. Muchas legislaciones nacionales no cumplen los estándares mínimos de protección de los derechos humanos y el juego está siempre desequilibrado para los Estados que imponen reglas muy duras para las empresas, que pueden cambiar de un país a otro en busca de países con capacidad impositiva limitada y protección débil.

Teniendo en cuenta esa misma realidad, la responsabilidad de las empresas de Internet de respetar la libertad de expresión y responder cuando sus actividades violan o afectan tal derecho presenta importantes retos. Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos¹⁵ (PR o Principios Ruggie), principal documento normativo sobre el tema de empresas y derechos humanos, a pesar de constituir un importante paso, contiene normas de aplicación voluntaria para las empresas y carece de mecanismos efectivos de reparación y

¹² GLOBAL JUSTICE, **Corporations vs Governments**. Disponible en: http://www.globaljustice.org.uk/sites/default/files/files/resources/corporations_vs_governments_final.pdf. Acceso en: 16/08/2018.

¹³ Precio por acción multiplicado por el número de acciones en circulación de la empresa.

¹⁴ Disponible en: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-09-11/apple-vaults-to-no-1-from-no-70-after-a-decade-of-iphone-sales>. Acceso en: 16 de oct. de 2018.

¹⁵ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **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 de 21 de marzo de 2011.

sanción. Asimismo, los PR son bastante genéricos y carece de una mirada especializada de cada sector la cual es fundamental.

Como se ha dicho anteriormente, tampoco hay un discurso común en todos los Estados que deba ser respetado por las empresas de Internet para que estas cumplan los requisitos y estándares mínimos del derecho internacional de los derechos humanos. Esto permite que las empresas actúen bajo sus propias reglas y condiciones. Según Remolina Angarita¹⁶, Internet ha sido un espacio hiperregulado por las propias empresas, que utilizan notas legales y términos de condiciones para regir la vida de mil millones de personas¹⁷¹⁸, sin cumplir con su obligación de respetar la libertad de expresión y sin ofrecer mecanismos suficientes de reparación a las víctimas en caso de violación a sus derechos.

Conscientes de esa realidad, existen iniciativas voluntarias emanadas de las propias empresas para una mejor protección de los derechos humanos en Internet. Sin embargo, estas no han sido suficientes para garantizar el potencial democrático que la red podría ofrecer¹⁹. Igualmente, iniciativas como estas deben formar parte de un conjunto de arreglos necesarios dentro de la supuesta dicotomía entre derechos humanos y lucro. Además, es necesario que haya sinergia con otras estrategias, incluso jurídicas, para obtener un perfeccionamiento y un incremento en la efectividad de las medidas de protección. De esta forma, es necesario que tanto los Estados como las empresas utilicen estándares mínimos comunes más claros y precisos que protejan los derechos humanos y la libertad de expresión en Internet.

Las ideas fundamentales del tema

Teniendo en cuenta que el sector privado puede violar la libertad de expresión en línea, con o sin la participación estatal, y que el tema aún necesita de un gran progreso en términos de regulación, son varios los cuestionamientos que surgen: ¿Cuáles son las obligaciones de las

¹⁶ ANGARITA REMOLINA, Nelson. **Internet de las empresas**: Una explicación de lo que pasa en internet y del futuro de la protección de los derechos humanos en el ciberespacio (Parte 1). Disponible en: <https://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/?p=2222>. Acceso en: 13 de diciembre de 2018.

¹⁷ El autor utiliza la expresión internet de las empresas para referirse a las normas que los empresarios crean para realizar negocios o prestar servicios en Internet pautada en lo que creen más sensato bajo su modelo de negocios para ganar más utilidades. “En últimas, el “internet de las empresas” es el internet que las empresas desean que sea para ganar dinero”. ANGARITA REMOLINA, Nelson. **Internet de las empresas** Una explicación de lo que pasa en internet y del futuro de la protección de los derechos humanos en el ciberespacio (Parte 1). Disponible en: <https://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/?p=2222>. Acceso en: 13 de diciembre de 2018.

¹⁸ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/35/22 de 30 de marzo de 2017. Párrafo 3.

¹⁹ Las iniciativas de autorregulación serán mejor discutidas más adelante. Para citar la más relevante, véase *Global Networking Initiative*.

empresas de Internet para respetar los derechos humanos y la libertad de expresión? ¿Las reglas que las empresas utilizan para moderar (eliminación y restricción) y manipular los contenidos en línea son compatibles con las reglas de derechos humanos? ¿Cuáles son los límites a libertad de expresión en línea? ¿Qué medidas están adoptando las empresas de Internet para evaluar y minimizar los riesgos de sus actividades en relación con la libertad de expresión? ¿Existen mecanismos adecuados de reparación en caso de violación al derecho a la libertad de expresión en el ambiente *on line*? ¿Existen estándares comunes que deberían orientar la actividad de las empresas de Internet en América Latina?

Se debe señalar que las empresas establecen condiciones que sus usuarios son obligados a aceptar para poder acceder a sus servicios. Si estas normas se basaran en el derecho internacional de los derechos humanos -aunque son obligaciones asignadas a los Estados y no a las empresas-, con reglas claras y sin vaguedad, mucho se podría garantizar en términos de protección a la libertad de expresión, incluso para hacer frente a los gobiernos autoritarios que imponen reglas bastante restrictivas sobre lo que puede circular en Internet. Como indica la Organización de las Naciones Unidas “[...] cuando las empresas armonicen más estrechamente sus condiciones de servicio con el derecho de los derechos humanos, a los Estados les resultará más difícil sacar partido de ellas para censurar el contenido²⁰”.

En América Latina tenemos Estados con democracias recientes y poco consolidadas, nos enfrentamos a denuncias diarias en nuestra región de violaciones a la libertad de expresión que impiden o menoscaban el ejercicio mismo de la ciudadanía²¹. Con más razón es necesario establecer reglas muy claras de actuación tanto para los Estados como para las empresas en materia de libertad de expresión en línea en nuestra región. Estas inquietudes son las que engendraron esta investigación y sus objetivos.

Preguntas de la investigación

América Latina, como hemos resaltado, se caracteriza por ser una región de democracias recientes e inestables²², que necesita de una protección reforzada a la libertad de expresión. Una

²⁰ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 42.

²¹ Véase: CIDH, Relatoría Especial para la libertad de expresión. **Zonas silenciadas**: regiones de alta peligrosidad para ejercer la libertad de expresión. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.16/17 de 15 marzo de 2017 y demás informes de la RELE, por países o temas.

²² Cuando la última ola de democratización ocurrió en la región en la década de 1980, se esperaba que los gobiernos adoptaran el estado de derecho y se volvieran responsables y transparentes. Sin embargo, algunos países de América Latina no pudieron superar el esquema básico de las democracias electorales. No lograron salvaguardar

reglamentación adecuada de las empresas de Internet para que respeten la libertad de expresión de sus usuarios y respondan cuando violan la libertad de expresión parece esencial. No obstante ¿cuáles son los estándares mínimos del derecho internacional de los derechos humanos que deben orientar a las empresas de Internet en la protección de la libertad de expresión? ¿En las violaciones ocurridas en la región Latinoamérica cuáles son los estándares que deberían ser aplicados? ¿Los estándares en materia de libertad de expresión existentes en el Sistema Interamericano son suficientes y adecuados al ambiente *on line*? Si no, ¿Cómo avanzar para la construcción de estándares mínimos comunes a todos los Estados de la región latinoamericana en materia de libertad de expresión y empresas de Internet?

Es decir: ¿En América Latina existen estándares adecuados para guiar la conducta de los intermediarios de Internet frente a la necesidad de una protección reforzada de la libertad expresión?

A partir de estos interrogantes, desarrolla la siguiente hipótesis.

Hipótesis de la investigación

Como base de la presente investigación y con el fin de tener un referente empírico para luego ser confirmado o negado a lo largo de la misma se proponen las siguientes premisas provisionales:

a) En América Latina los estándares del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) para la promoción y protección a la libertad de expresión, aunque hayan sido pensados para violaciones cometidas por los Estados, pueden servir como guía para las actividades empresariales en Internet. Esto es así porque las directrices y líneas jurisprudenciales sobre la libertad de expresión y sus posibles límites son muy desarrolladas y pueden contribuir de manera significativa a avanzar en las discusiones relativas a violaciones a libertad de expresión atribuibles a empresas. Especialmente, debido al trabajo desarrollado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

la libertad de prensa, crear un sistema robusto de controles y equilibrios, y hacer cumplir la rendición de cuentas. En lugar de idear nuevas formas de expandir la democracia, algunos gobiernos han ideado nuevas formas de socavarlo, y otros simplemente decidieron no avanzar más en este campo. Véase: BOTERO, Catalina. *The Rule of Law in Latin America: From Constitutionalism to Political Uncertainty*. In: SHIFTER, Michael; BINETTI, Bruno (ed). **Unfulfilled Promises Latina America Today**. Washington: Inter-American Dialogue, 2019. p. 11-26.

b) Debido al rápido y continuo cambio de los problemas en Internet, por su propia naturaleza, los estándares interamericanos sobre libertad de expresión e Internet, a pesar de caracterizarse como un adecuado punto de partida, todavía precisan de un mayor desarrollo. En primer lugar, porque están centrados básicamente en la actuación estatal y solo recientemente se han ocupado del rol de las empresas. En segundo lugar, existen temas -como la proliferación de la desinformación, el uso de noticias falsas en campañas electorales, los masivos discursos de odio en línea- que ganaron una nueva perspectiva con Internet y todavía deben ser enfrentados. Como se discutirá más adelante, las propias empresas solo han cambiado sus reglas y condiciones de servicios, adoptando medidas más restrictivas a la libertad de expresión, desde hace muy pocos años.

c) El Sistema Interamericano es el ámbito más adecuado para promover un diálogo transversal y multinivel necesario entre los Estados, las empresas y la sociedad civil para la consolidación y construcción de estándares comunes en materia de libertad de expresión, empresas y derechos humanos. A partir de la teoría de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL) es necesario involucrar a los distintos actores en la construcción de las reglas comunes que alcancen una protección reforzada a la libertad de expresión y avancen hacia la consolidación de los sistemas democráticos en nuestra región.

Por lo anterior, nuestra hipótesis de investigación es la siguiente: los estándares producidos por el Sistema Interamericano son adecuados para garantizar una protección reforzada a la libertad de expresión en América Latina frente a la actividad de los intermediarios de Internet. Sin embargo, estos parámetros necesitan tener en cuenta los cambios que Internet ha provocado en la manera como nos comunicamos y el Sistema Interamericano deberá ser el locus ideal para la proposición de mejores soluciones en la materia.

Objetivos de la investigación

Esta tesis tiene como objetivo general sistematizar los estándares interamericanos que pueden servir de guía para los Estados y las empresas en la protección de la libertad de expresión en Internet en la región latinoamericana, así como proponer el Sistema Interamericano como espacio para facilitar el diálogo entre las empresas, los Estados y la sociedad civil. Bajo el enfoque de empresas y derechos humanos, el objetivo es la consolidación y construcción de estándares comunes que permitan una protección reforzada de la libertad de expresión.

Como objetivos específicos la tesis se propone:

a) Analizar los avances en términos de responsabilidad de las empresas por violaciones a los derechos humanos tanto en el Sistema Universal como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

b). Examinar cuándo y cómo las empresas de Internet, con o sin la participación de los Estados, violan la libertad de expresión en línea.

c). Establecer cuáles son los estándares mínimos que las empresas, a partir de las contribuciones del Sistema Interamericano, podrían utilizar para impedir la violación a la libertad de expresión en Internet y garantizar el potencial democratizador de la red en la región latinoamericana.

d) Proponer, a partir del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina, el Sistema Interamericano como un espacio de diálogo entre los Estados, las empresas y la sociedad civil para avanzar en la construcción dialógica de reglas comunes en materia de empresas de Internet y libertad de expresión en América Latina.

Método de trabajo

La investigación utiliza el método general de abordaje deductivo, y recurri a múltiples caminos metodológicos de procedimientos para abordar los diversos problemas que comprende, a través de técnicas de investigación documental, bibliográfica, jurisprudencial y al análisis de casos.

En primer lugar, se realiza una revisión sistemática de toda la literatura en materia de empresas y derechos humanos, especialmente su tratamiento en los sistemas universal e interamericano de protección de derechos humanos. Esto es necesario por la novedad del tema y para aclarar las posibles formas de responsabilidad de las empresas y su rol en la protección de los derechos humanos.

En segundo lugar, fue necesario hacer una revisión de los documentos e informes internacionales para la comprensión de las violaciones más frecuentes a la libertad de expresión por parte de los intermediarios de Internet.

Además, se analizaron los estándares ya desarrollados en el Sistema Interamericano sobre el tema para que las empresas de Internet actúen de manera adecuada la contexto y particularidades de la región latinoamericana. En este trabajo se aplicaron las técnicas de pesquisa jurisprudencial y de revisión bibliográfica.

Con el objetivo de hacer una propuesta final, se elegí un marco teórico -*Ius Constitutionale Commune* en América Latina- que dialoga con el enfoque de empresas y derechos humanos y permite reflexionar sobre la mejor forma de avanzar, a través de un diálogo

verdaderamente inclusivo, en la construcción de reglas comunes para la protección y promoción de la libertad de expresión en toda la región.

Las ideas y conclusiones de esta investigación son fruto de la participación en varias conferencias nacionales e internacionales, de las reflexiones que han surgido con ocasión de las clases y cursos al largo del programa doctoral, del periodo en la pasantía doctoral realizado en la Universidad de Los Andes (Colombia) y en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (Alemania), así como de una revisión selectiva de bibliografía, jurisprudencia, regulaciones y otro tipo de documentos. Asimismo, se retomarán y utilizarán, entre otras, las publicaciones que previamente hemos realizado con ocasión de la presente investigación doctoral desde marzo de 2016.

La tesis está organizada en cuatro capítulos. El primer capítulo tiene como objetivo explorar los avances que han ocurrido, especialmente en los sistemas de protección de los derechos humanos, hacia una mayor responsabilidad de las empresas privadas por violaciones a los derechos humanos y su responsabilidad en respetar los derechos allí donde realizan sus actividades. Este recorrido inicial se justifica debido a una perspectiva totalmente distinta de la conocida Responsabilidad Social Corporativa. El avance más robusto en el tema es solo de 2011 y especialmente en Brasil cuenta con pocas referencias bibliográficas. El capítulo pretende responder esencialmente: ¿Qué es el enfoque de empresas y derechos humanos? ¿Cuáles la responsabilidad de las empresas en relación con el respeto de los derechos humanos? ¿Cómo han avanzado en la temática tanto el Sistema Universal como el Interamericano ?

El segundo capítulo sistematiza las principales violaciones a la libertad de expresión en Internet cometidas directamente por empresas o en complicidad con los Estados. El capítulo hace referencia a las violaciones indirectas a la libertad de expresión relacionadas con la privacidad y la protección de datos a través de la vigilancia en línea y el uso indebido de datos, no obstante, opta por centrarse en las afectaciones directas a la libertad de expresión. A estos efectos, se hace una clasificación de acuerdo con los tipos de empresas -intermediarios- y con el entorno de violación (a nivel de red o a nivel de plataforma)

El tercer capítulo analiza cuáles estándares del SIDH pueden servir de guía para orientar la actividad de las empresas en la promoción y protección de la libertad de expresión en Internet ¿Cómo comprende el SIDH la libertad de expresión? ¿Cuáles son los estándares ya desarrollados que pueden aportar a una solución de los casos de restricción indebida a la libertad de expresión en Internet? ¿Cuáles son los problemas que aún necesitan un esfuerzo de los órganos del Sistema? Estas son las preguntas que el capítulo pretende contestar.

Con base en el aporte teórico del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina, en el último capítulo se propone una forma de avanzar en la protección de la libertad de expresión en Internet en América Latina a través del diálogo entre los múltiples actores interesados - empresas, sociedad civil y Estados- para la consolidación y construcción de estándares comunes para la reglamentación del ambiente online. Al final, se establece el papel de los Estados y de las empresas en la protección y respeto a la libertad de expresión en el ambiente *online* con reglas mínimas de partida para otros avances.

La tesis ha sido desarrollada para demostrar al lector que en el Sistema Interamericano existen estándares adecuados en materia de libertad de expresión para guiar la actividad de los intermediarios de Internet y que el Sistema Interamericano es el espacio más adecuado para la proposición de nuevas orientaciones en la materia. Por lo tanto, ha sido necesario introducir el tema de las empresas y derechos humanos, teniendo en cuenta que los estándares existentes han sido pensados para orientar la actuación de los Estados, y evidenciar que las sugerencias hechas en el último capítulo (especialmente en los puntos 5.5 y 5.6) están amparadas en una sólida doctrina y progresos normativos existentes en el campo de los derechos humanos. Con el intuito de probar que el un problema planteado por la tesis es real y ha impacto la protección de la libertad de expresión sistematizamos las diferentes formas en que los intermediarios de Internet pueden participar de violaciones a la libertad de expresión.

2 “EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS”: los intentos internacionales y regionales hacia una mayor responsabilización de las empresas por violaciones a los derechos humanos

Las relaciones comerciales entre empresas y Estados han permitido que las mismas influyan directamente en los escenarios sociales, económicos y normativo de los Estados. En consecuencia, la comprensión de las dinámicas estatales, incluso, en su capacidad de protección o violación de los derechos humanos, no es admisible sin una mirada efectiva a estos nuevos y poderosos actores globales, que son las empresas²³. Por esa razón, Wettstein afirma que una justicia cosmopolita, en un mundo interdependiente como el nuestro, no se puede realizar en un marco de estatismo político e institucional y en lugar de limitar estrictamente nuestro enfoque a la acción estatal, debemos poner nuestra atención a todas las instituciones (incluso empresas) que pueden hacer valiosas contribuciones para la realización de los derechos de las personas²⁴.

En efecto, el fenómeno de la globalización modificó el diseño de las relaciones internacionales e incidió en la soberanía de los Estados a partir de tres dimensiones: en el marco de las intervenciones humanitarias, en el derecho internacional y en las relaciones con las empresas transnacionales. En el marco de las relaciones con las empresas, la globalización financiera y tecnológica permitió que las empresas desarrollen un poder político y económico tan expresivo, que con algunos Estados mantienen una relación de dominación y, con otros, de asociación comercial²⁵.

Si bien que, el enfoque más grave ocurre cuando las empresas actúan en una relación de dominación con los Estados, que en general mantienen instituciones débiles y legislaciones sin fuertes protecciones de los derechos humanos, violaciones graves de los derechos humanos por empresas también ocurren en países con más poder económico e instituciones más fuertes. Santoro²⁶, incluso advierte que, para los derechos humanos la clasificación de estados débiles es inapropiada, ya que, las violaciones más perjudiciales son hechas generalmente por los gobiernos contra su propio pueblo y, es muy difícil hablar qué son naciones débiles desde el punto de vista de las víctimas. Por eso que cuando se referencia violaciones a los derechos

²³ NOLAN, Justine. Business and Human Rights in context. In: BAUMANN-PAULY, Dorothée; NOLAN Justine (Ed). **Business and Human Rights: From Principle to Practice**. Nueva York: Routledge, 2016. p. 2-11. p. 2.

²⁴ WETTSTEIN, Florian. **Multinational Corporations and Global Justice: Human Rights Obligations of a Quasi-Governmental Institution**. Reino Unido: Stanford University Press, 2009. p. 22.

²⁵ ZUBIZARRETA, Juan Hernandez. **Las Empresas Transnacionales Frente a Los Derechos Humanos: Historia de Una Asimetría Normativa**. Bilbao: Hegoa, 2009. p. 14.

²⁶ SANTORO, Michael A. Business and Human Rights in Historical Perspective. **Journal of Human Rights**, v. 14, n. 2, p. 155-161, jun, 2015. p. 160.

humanos por empresas existen casos involucrando desde poderosas naciones como China y Rusia hasta Myanmar y República Democrática del Congo.

En el sur global, según Hernández Zubizarreta, esas complejas relaciones entre empresas y los Estados aún son afectadas por un contexto de vastos recursos naturales y mano de obra abundante y dictaduras y gobiernos neoliberales que preparan las condiciones para la instalación de las empresas, en algunos casos con políticas desreguladoras y liberadoras de los recursos²⁷. En algunos periodos históricos las empresas transnacionales se tornaron agentes de la quiebra de la soberanía estatal, pues la necesidad de inversiones extranjeras permitió negociaciones contractuales con grandes ventajas a las empresas²⁸.

Independiente de los distintos contextos, lo que parece ser indubitable es el poder de las corporaciones y su capacidad de influir en todos los contextos donde operan. Entre las grandes empresas, el sector de tecnología de información y comunicación, objeto específico del análisis de esta tesis, cuenta con gigantesco poder.

El hecho es que, las empresas parecen ser las grandes victoriosas de la dicotomía real entre capitalismo-socialismo del final del siglo XX²⁹ y han ampliado sus derechos legales³⁰ de manera considerable durante las últimas décadas, generado un desequilibrio entre las empresas y los Estados que es perjudicial a los derechos humanos³¹.

Ejemplo de ello son los más de 2.500 tratados bilaterales de inversión actualmente vigentes. Aunque brindan protección legítima a los inversores extranjeros, estos tratados permiten también a los inversores tomar como rehenes a los Estados de acogida sujetándolos al arbitraje internacional vinculante, en particular por los presuntos perjuicios resultantes de la aplicación de legislación para mejorar las normas nacionales en materia social y ambiental, aun cuando la legislación se aplique de manera uniforme a todas las empresas, tanto nacionales como extranjeras³².

²⁷ ZUBIZARRETA, Juan Hernandez. **Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos**: historia de una asimetría normativa. Bilbao: Hegoa, 2019. p. 35.

²⁸ ZUBIZARRETA, Juan Hernandez. **Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos**: historia de una asimetría normativa. Bilbao: Hegoa, 2019. p. 36

²⁹ BENACCHIO, Marcelo; VAILATTI, Diogo Basilio. Empresas transnacionais, globalização e Direitos Humanos. In: BENACCHIO, Marcelo (cord.) **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos**. Curitiba: Editora CRV, 2016, 13-28. p. 20.

³⁰ En su libro del año 2018 -We the Corporations: How American Businesses Won Their Civil Rights- Adam Winkler demostró como las empresas expandieron y conquistaron derechos en los tribunales estadounidenses. Según Winkler, actualmente las corporaciones tienen casi los mismos derechos que los individuos y los conquistaron justamente alegando que sus derechos corporativos son herramientas necesarias para reivindicar los derechos de los ciudadanos. WINKLER, Adam. **We the Corporations: How American Businesses Won Their Civil Rights**. Nueva York: Liveright Publishing Corporation, 2018.

³¹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Proteger, respetar y remediar**: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. A/HRC/8/5 de 7 de abril de 2008. Párrafo 12.

³² NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Proteger, respetar y remediar**: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. A/HRC/8/5 de 7 de abril de 2008. Párrafo 12.

Por estas razones, las reacciones globales frente a las violaciones de derechos humanos atribuibles a empresas se han crecido recientemente en términos normativos. Al respecto, aunque no sea posible decir que las empresas han tenido la capacidad fáctica de cometer abusos tan solo en épocas recientes, las iniciativas para abordar directa y explícitamente sus violaciones a los derechos humanos se enmarcan en dinámicas de hace poco tiempo atrás.

2.1 EL ENFOQUE DE “EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS”: aclaraciones conceptuales

Algunos casos fueron decisivos para una mirada más atenta de la comunidad internacional para las afectaciones que las actividades empresariales pueden ocasionar en los derechos humanos. Casos como el de la empresa Shell, en 1970, en Ogoniland (Nigeria). La empresa fue acusada de ser cómplice con los militares del país en violaciones al derecho a la vida y a la integridad de miembros de una comunidad local que se opusieron al *modus operandi* de la empresa, que pretendía realizar instalaciones y operar sin consultar a las comunidades que tradicionalmente ocupaban el área. O de la Unión Carbide, en 1984, en Bhopal (India), cuando una fuga de gas en la planta de pesticidas de la empresa, lo que causó la muerte de miles de personas³³, permitieron que la comunidad internacional se apropiase del poder de las empresas para violar derechos humanos y de la dificultad que tienen las víctimas en estos casos para poder obtener alguna reparación.

Cumple señalar que ese nuevo enfoque de las empresas y de los derechos humanos están más allá de la Responsabilidad Social Corporativa, que históricamente se ha centrado en un voluntarismo corporativo que ayuda cuando los gobiernos no actúan, ya que es bueno para los negocios³⁴. “Empresas y derechos humanos”, por lo contrario, surge de una búsqueda de responsabilidades corporativas para mitigar o prevenir los impactos adversos de la actividad empresarial en las personas y en las comunidades donde actúan, asimismo se centra no únicamente en las empresas, como también en los Estados y en las sociedades civiles, para el

³³ RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios**: as corporações multinacionais e os direitos humanos. Trad. Isabel Murray. São Paulo: Ed. Planeta Sustentável, 2014. p. 18.

³⁴ WETTSTEIN, Florian. From side show the main act: can business and human rights save corporate responsibility? In: BAUMANN-PAULY, Dorothee; NOLAN Justine (Ed). **Business and Human Rights**: From Principle to Practice. Nueva York: Routledge, 2016, 78-87.

análisis de la conducta corporativa frente a los principios de derechos humanos universalmente reconocidos e incorporados en un conjunto clave de tratados³⁵.

Por lo general, las políticas o directrices nacionales y empresariales sobre la responsabilidad social de las empresas hacen poca referencia explícita a las normas internacionales de derechos humanos o lo hacen de manera muy general, pero sin llegar a indicar qué deben hacer en la práctica las compañías³⁶. Algunas políticas son todavía más vagas, y se limitan a pedir a las empresas que tengan en cuenta las "preocupaciones" sociales y ambientales, sin explicar qué pueden implicar estas en la práctica³⁷. Así que son dos enfoques bastante distintos en el grado de protección de los derechos humanos.

Cumple señalar que las empresas pueden afectar, al menos en tesis, todos los derechos reconocidos internacionalmente. Inicialmente, esta era una discusión importante, porque algunos pretendían una lista más limitada de derechos por los que las empresas tendrían responsabilidad para enfocarse, pero cualquier lista limitada podría dejar escapar a uno o más derechos que pueden resultar significantes en un caso particular, proporcionando así una orientación errónea³⁸. Hoy se defiende que cualquier intento de elaboración de un rol taxativo de derechos puede disminuir las posibilidades de respeto y protección de derechos, una vez que, las compañías pueden afectar todos los derechos reconocidos internacionalmente, de igual forma, algunos derechos enfrentarán mayor riesgo en determinados sectores que en otros, por lo que deben ser tratados con mayor atención³⁹.

Sin embargo, esa aproximación presenta múltiples desafíos. Las empresas, distinto de los Estados, "se guían por la maximización de utilidades y operan en nivel transnacional con una compleja red de subsidiarias y proveedores"⁴⁰, de tal manera que siempre ha sido un reto definir no solo cuáles son las obligaciones que sujetos privados, creados para obtener lucros, poseen con relación a los derechos humanos, como también en cuál espacio estas obligaciones se darán, desafiando los diseños normativos sumamente territoriales.

³⁵ RAMASTRY, Anita. Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability. **Journal of Human Rights**, v. 14, n. 2, 237–59, 2015. p. 247.

³⁶ Como ejemplo, el propio Pacto Global y las Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE en sus primeras versiones.

³⁷ NACIONES UNIDAS, 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**: Empresa y derechos humanos: nuevas medidas para la puesta en práctica del marco "proteger, respetar y remediar". A/HRC/14/27 de 9 de abril de 2010. Párrafo 35.

³⁸ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Proteger, Respetar y Remediar**: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. A/HRC/8/5 de 7 de abril de 2008. Párrafo 51.

³⁹ RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios**: as corporações multinacionais e os direitos humanos. Trad. Isabel Murray. Ed. Planeta Sustentável. São Paulo, 2014. p. 26.

⁴⁰ DEVA, Surya. Empresas y derechos humanos: algunas reflexiones sobre el camino a seguir. In: **Derechos Humanos y Empresas**: Reflexiones desde América Latina. San José: IDH, 2017, 27-33. p. 27.

Conjuntamente, el problema se pone aún más grave cuando se trata de las empresas transnacionales, esto porque cuando empresas operan en esquemas de matriz y filial en territorios distintos, cada entidad empresarial jurídicamente distinta está sujeta a las leyes de los países donde operan y están instaladas⁴¹. El estado de origen de la empresa, normalmente más desarrollados, no quieren que se regule contra los prejuicios causados por sus empresas en el exterior y tampoco quieren responder por ellos, de otra parte, los estados huéspedes, normalmente países en desarrollo, carecen de capacidad institucional de hacer frente a las empresas que actúan en su territorio y violan los derechos humanos⁴².

Por este motivo las discusiones iniciales estuvieron muy centradas en las empresas transnacionales, más han sido ampliadas para todas las empresas. Esto porque empresas nacionales, incluso estatales, también violan derechos humanos y deben asumir sus responsabilidades en respetar los derechos humanos.

Los debates y discusiones para cómo y por qué atribuir responsabilidad a las empresas se dan en los más diversos espacios y toman rutas distintas, pero lo más importante para lograr una superación de la supuesta dicotomía entre empresas y derechos, es la obligatoria postura de llevarse en cuenta la importancia de los derechos humanos, aunque se refieran a entes privados. La lógica misma de los derechos humanos no debe invertirse frente a ningún actor no estatal, incluso las empresas, sean ellas nacionales o transnacionales.

Las obligaciones de las corporaciones como agentes primarios de justicia⁴³ comienzan con el deber general y global de respetar los derechos humanos. Por lo tanto, las empresas tienen la obligación de abstenerse de todas las acciones que puedan violar derechos humanos, sea directa o indirectamente, cuando actúan en complicidad con otros actores.

Directamente empresas violan derechos humanos cuando la propia actividad de la empresa genera, por ejemplo, daños ambientales, o cuando la empresa incumple la legislación

⁴¹ “A globalização econômica e o modelo de sociedade em rede reduziu o papel dos Estados e acentuou a participação das empresas transnacionais no cenário internacional. Entretanto, a importância de sua participação econômica não veio acompanhada de regulamentação de suas atividades, muito menos da garantia de reparação dos danos por elas causados na execução de suas operações”. PAMPLONA, Danielle Anne; CASTRO SOUZA, Cássio Bruno. A negociação coletiva supranacional como mecanismo de proteção e reparação de direitos humanos trabalhistas violados por empresas transnacionais, **Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, v. 09, n.18, 2018, 59-77. p. 63.

⁴² “Observa-se que as Empresas Transnacionais se instalam, fecham e se deslocam com a maior facilidade, fazendo-se valer das condições transitórias de lucratividades, inclusive aquelas instituídas pelos próprios países interessados, que na ânsia de atraírem investimentos estrangeiros, acabam relegando o imperativo de suas normas trabalhistas em prol das entidades globalizadas”. WINTER, Luís Alexandre Carta; NASSIF, Rafael Carmezin. A atuação das empresas transnacionais nos países emergentes: desenvolvimento nacional a luz da ordem econômica constitucional, **Cadernos do Programa de Pós-graduação Direito /UFRGS**, v.11, n.1, 2016, 170-187. p. 175.

⁴³ WETTSTEIN, Florian. **Multinational Corporations and Global Justice: Human Rights Obligations of a Quasi-Governmental Institution**. Reino Unido: Stanford University Press, 2009. p. 304.

laboral, violando el derecho de sus funcionarios, o cuando empresas de Internet por sus términos y condiciones de servicios violan la libertad de expresión y a la privacidad. Es la propia actividad empresarial afectando un derecho humano reconocido internacionalmente.

Cuando se refiere a las actuaciones indirectas, en que las violaciones son cometidas por un tercero –generalmente el Estado- con una participación significativa de la empresa, Wettstein⁴⁴ propone una clasificación de cinco tipos de complicidad⁴⁵.

a) *Direct Complicity*: cuando la corporación asiste directamente, participa o apoya un caso de abuso de los derechos humanos, por ejemplo, entregando datos de los usuarios de Internet sin que los Estados cumplan con los requisitos mínimos;

b) *Indirect Complicity*: ocurre cuando las actividades de las corporaciones multinacionales ayudan a mantener una infraestructura financiera y comercial de un régimen injusto. Incluso el mero pago de impuestos a un gobierno opresivo puede ser problemático para corporación;

c) *Beneficial Complicity*: cuando una corporación conscientemente acepta un beneficio directo relacionado con violaciones continuas de derechos humanos. Este tipo puede ser directo, cuando, por ejemplo, la corporación busca protección de fuerzas de seguridad que sistemáticamente violan derechos humanos, como puede ser indirecto, cuando la corporación se beneficia de las oportunidades creadas por las violaciones de derechos humanos. Por ejemplo, cuando los gobiernos cometen violaciones de derechos humanos para proporcionar recursos a las empresas o acomodan intereses comerciales al recurrir a la represión para prevenir disturbios laborales;

d) *Silent Complicity*: en estos casos el autor se refiere al poder que las corporaciones tienen de alterar la realidad, especialmente cuando las corporaciones actúan en una posición “quasi-governamental” y no usan de su esfera de influencia para detener, prevenir o reducir violaciones de derechos humanos;

e) *Structural Complicity*: este tipo se refiere no a las acciones causadas por un perpetrador claramente identificable pero las violaciones de derechos humanos que son resultado de una estructura de injusticia global. Para el autor, si aceptamos el deber moral de las corporaciones de evitar infligir daño a otros, así como no contribuir o beneficiarse de

⁴⁴ WETTSTEIN, Florian. **Multinational Corporations and Global Justice: Human Rights Obligations of a Quasi-Governmental Institution**. Reino Unido: Stanford University Press, 2009. p. 305.

⁴⁵ “La complicidad se refiere a la participación indirecta de las empresas en abusos de derechos humanos, cuando el perjuicio efectivo lo comete otra parte, incluidos los gobiernos y los actores no estatales.” NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Proteger, respetar y remediar**: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. A/HRC/8/5 7 de abril de 2008. Párrafo 73.

privaciones injustas, no debemos ignorar los efectos estructurales de los mercados competitivos mundiales. Las ganancias corporativas generadas en los mercados globales y la riqueza que crean para las partes ricas de este mundo están estructuralmente vinculadas a la pobreza y al hambre en el sur global⁴⁶.

Ni todos estos tipos de complicidad son aceptados para determinar una responsabilidad jurídica, por ejemplo, el pago de los impuestos o el silencio ante los abusos no es probable que constituya la asistencia práctica requerida para determinar este tipo de responsabilidad, en cambio, la omisión en contextos restringidos sí ha dado lugar a la responsabilidad jurídica de las personas cuando la omisión legitimó o estimuló el abuso⁴⁷. La complicidad directa es más fácil de ser determinada.

Sin embargo, aunque exista un cierto consenso sobre esas posibles formas de actuación directa e, incluso, indirecta en violaciones de derechos humanos, legalmente sigue siendo muy difícil identificar cómo y por cuáles vías se logran responsabilizar las empresas, esto porque todavía no se han reconocido a las empresas como sujetos de derecho internacional y no existe un procedimiento internacional para exigir la responsabilidad de las empresas. A decir verdad, es que el resultado de la globalización para el derecho acabó permitiendo, por la integración de diversos regímenes de derecho internacional, que las empresas se conviertan en sujetos de muchos derechos y prerrogativas, sin ninguna obligación⁴⁸.

A pesar de ello, el enfoque de “empresas y derechos humanos” ha intentado superar estas brechas y caminar hacia una mayor responsabilización de las empresas. La primera iniciativa más concreta en ese sentido ha empezado en el ámbito internacional, por los órganos de las Naciones Unidas.

⁴⁶ WETTSTEIN, Florian. **Multinational Corporations and Global Justice: Human Rights Obligations of a Quasi-Governmental Institution**. Reino Unido: Stanford University Press, 2009. p. 305.

⁴⁷ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos**. A/HRC/8/5 de 7 de abril de 2008. Párrafo 77.

⁴⁸ “Esse caminho, trilhado nas décadas de 60 e 70, foi pavimentado por outras situações que levaram à atividade transnacional das empresas, ao outsourcing de sua produção, e ao aumento exponencial e lucros. A consequência disso é o aumento do poder econômico de tais entes privados, em detrimento do poder político exercido pelos Estados. Aos poucos, fica claro que tais atividades econômicas podem se envolver com abusos de direitos humanos sem que haja mecanismos domésticos ou internacionais que possam responsabilizá-las”. PAMPLONA, Danielle Anne. Um projeto comum para América Latina e os impactos das empresas em direitos humanos, **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 09, n. 02, ag., 2019, 285-301. p. 286

2.2 EMPRESAS Y DD. HH EN EL SISTEMA UNIVERSAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: primeras aproximaciones

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) comenzó a ocuparse en cierta manera de las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas durante la década 70. El primer movimiento empieza, tras la publicación del informe “Efectos de las empresas multinacionales en el desarrollo y en las relaciones internacionales”⁴⁹ del año de 1974, con la creación de un centro de formación e investigación sobre empresas multinacionales y la creación de la Comisión sobre Corporaciones Transnacionales, que tuvo como misión investigar el impacto que la actuación de esas empresas causa en los derechos humanos.

Como resultado del trabajo de esa Comisión se desarrolló un proyecto de Código de Conducta para las Empresas Transnacionales, dividido en dos partes, en la primera, con innúmeras obligaciones relativas desde derechos de medio ambiente a la protección de los consumidores, y en la otra parte, con prerrogativas de las empresas extranjeras en un territorio diferente al de su constitución, en donde se discutía la protección a la inversión extranjera para el desarrollo e intercambio económico de diversos países⁵⁰. El Código no alcanzó consenso, debido a eso, acabó convirtiéndose en una disputa entre el bloque Soviético, que apoyaba la iniciativa, y los países industrializados (especialmente EEUU, Canadá y parte de Europa) que lo rechazaron⁵¹. En 1992 las negociaciones del Código fueron definitivamente suspendidas.

En 1994 la Asamblea General de la ONU, al final, decidió que la Comisión sobre Corporaciones Transnacionales pasaría a ser una comisión de la Junta de Comercio y Desarrollo, con la nueva denominación de Comisión de Inversiones Internacionales y Empresas Transnacionales, ya que la propia Comisión reconoció que su labor había hecho mayor hincapié en la contribución de las empresas al crecimiento y al desarrollo económico y al papel fundamental de las inversiones internacionales para este objetivo⁵².

Después de esta primera tentativa de reglamentación vinculante a las actividades de las empresas transnacionales, fueron los enfoques de *soft law* que disfrutaron de un apelo más

⁴⁹ NACIONES UNIDAS, Consejo Económico y Social. **Efectos de las empresas multinacionales en el desarrollo y en las relaciones internacionales**. E/5500/Rev.1 de 24 de mayo de 1974.

⁵⁰ CANTÚ RIVERA, Humberto Fernando. Empresas y Derechos Humanos: ¿hacia Una Regulación Jurídica Efectiva, o El Mantenimiento Del Status Quo?. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v.13, n. 13, 313–54, 2013. p. 318.

⁵¹ SAUVANT, Karl P. The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned. *The Journal of World Investment & Trade*, 16, 11-87, 2015. p. 40.

⁵² NACIONES UNIDAS, Asamblea General. **Integración de la Comisión de Empresas Transnacionales en el mecanismo institucional de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo**. A/C.2/49/L.3 de 5 de octubre de 1994.

amplio en la comunidad internacional, con las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para Empresas Multinacionales⁵³ y la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social⁵⁴ de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Las Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE son uno de los cuatro elementos de Declaración sobre Inversión Internacional y Empresas Multinacionales y hacían referencia, en su primera versión, solamente a los derechos laborales. En su revisión de 2000 finalmente se adoptó referencias explícitas a otros derechos humanos. Aunque han tenido una evolución en su contenido, las Directrices siempre estuvieron muy vinculadas a la protección de los países desarrollados y sus inversiones internacionales.

En 2011, fecha de su última revisión, las Directrices acabaron incorporando como base de referencia los nuevos aportes de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, del mismo año. Las críticas siempre se han centrado en el carácter voluntario de la medida, que limita mucho su eficacia. Si bien, autores como Cantú Rivera, afirman que el capítulo cuarto de las Directrices (mecanismos judiciales y extrajudiciales de reparación) podría ser un elemento potencial para cambiar este carácter voluntario, pues es el único instrumento que contiene algún tipo de referencia a una obligación, derivada de un acuerdo vinculante intergubernamental, de implementación de sus normas⁵⁵.

La Declaración Tripartita de la OIT está dirigida a empresas multinacionales, nacionales, gobiernos y organizaciones de empleadores y trabajadores. Su última revisión también lleva en consideración los progresos en materia de empresas y derechos humanos, como los Principios Rectores de las Naciones Unidas. Su carácter voluntario emerge nuevamente como razón de su eficiencia reducida, no obstante, el documento cuenta con varios mecanismos de supervisión, así como las encuestas tripartitas, informes regionales, actividades de diálogo, asesoría nacionales y regionales.

Zubizarreta al referirse a la Declaración Tripartita, afirma que: “desde perspectivas jurídicas la evolución es asimétrica e incapaz de contrapesar el poder político, económico y jurídico de las empresas transnacionales”⁵⁶. Esto porque, distinto de las Directrices de la OCDE,

⁵³ OCDE, **Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales**, 1976. Con última revisión en 2011.

⁵⁴ OIT, **Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social**, 1977. La Declaración de 1977 fue modificada en 2000 y 2016 y revisada en 2017.

⁵⁵ CANTÚ RIVERA, Humberto Fernando. La OCDE y los derechos humanos : el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. XV, 611–658, 2014, p. 638.

⁵⁶ ZUBIZARRETA, Juan Hernandez. **Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos**: historia de una asimetría normativa. Bilbao: Hegoa, 2019. p. 386

la Declaración de la OIT ni siquiera permite la reclamación directa contra las prácticas de las empresas.

En un segundo momento, las discusiones en las Naciones Unidas empiezan en 1999, cuando el Secretario General, Koffi Annan, presentó en el Foro Económico Mundial de Davos una propuesta de reglamentación consistente en nueve principios, que después fueron ampliados a diez. El Pacto Global fue adoptado oficialmente el 25 de julio del 2000 y cuenta con diez principios básicos, no vinculantes, para guiar las empresas en las esferas de derechos humanos, estándares laborales, medio ambiente y lucha contra la corrupción.

El Pacto Global se ha convertido en la iniciativa de responsabilidad social corporativa más grande del mundo, debido a su amplia participación de empresas de países en desarrollo⁵⁷; por ello, la comunidad internacional lo considera más que una busca de la creación de obligaciones directas a las empresas un fortalecimiento de una responsabilidad social corporativa⁵⁸. La voluntariedad en el cumplimiento de las normas es justamente la crítica que ha sido hecha al Pacto Global, esto porque las medidas voluntarias serán implementadas siempre y cuando las empresas decidan y posan generar lucros para sus socios⁵⁹.

Paralelo al Pacto Global, impulsado especialmente por los informes crecientes de abusos contra los derechos humanos en sectores extractivos, la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos de Naciones Unidas estableció un grupo de trabajo sobre empresas y derechos humanos en 1998, con firmes objetivos de desarrollar estándares normativos para las actividades empresariales. Tras cinco años de consultas y discusiones, el grupo de trabajo adoptó las Normas sobre la Responsabilidad de las Corporaciones Transnacionales y otras Empresas Comerciales en Materias de Derechos Humanos⁶⁰.

Escrito en un lenguaje similar a un tratado, el texto comprende veintitrés artículos que establecen normas de derechos humanos, para empresas en áreas que van desde el derecho

⁵⁷ RUGGIE, John Gerard. Business and Human Rights: The Evolving International Agenda. **American Journal of international Law**, v.101, n.04, 819-840, jun, 2007. p. 820. En la página web de Pacto Global, <https://www.unglobalcompact.org/what-is-gc/participants>, hay en 2018, 13.217 inscritos. Acceso en: 21/08/2018.

⁵⁸ CANTÚ RIVERA, Humberto Fernando. Empresas y Derechos Humanos: ¿hacia Una Regulación Jurídica Efectiva, o El Mantenimiento Del Status Quo?. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. 13, n. 13, 313–354, 2013. p. 320.

⁵⁹ PAMPLONA, Danielle Anne. Um projeto comum para América Latina e os impactos das empresas em direitos humanos, **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 09, n. 02, ag., 2019, 285-301. p. 288.

⁶⁰ NACIONES UNIDAS, Consejo Económico y Social. **Normas sobre la Responsabilidad de las Corporaciones Transnacionales y otras Empresas Comerciales en Materias de Derechos Humanos**. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 26 de agosto de 2003.

internacional humanitario, pasando por los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; hasta la protección del consumidor y las prácticas ambientales⁶¹.

El documento encontró fuerte resistencia tanto de los Estados miembros como de las empresas, y llevado a la Comisión de Derechos Humanos se determinó que, a pesar de ideas y elementos útiles, la Comisión no había solicitado dicho documento, por lo que la propuesta no tenía validez jurídica. Igualmente, la Comisión ordenó a la Subcomisión que se abstuviera de participar de los controles de actividades corporativas.

Había una variedad de razones para la oposición de las empresas, especialmente porque se observaba una tentativa de transferir la responsabilidad de los Estados para los sectores privados. Eso porque el texto empieza afirmando que: “Dentro de sus respectivas esferas de actividad e influencia, las empresas transnacionales y otras empresas comerciales tienen la obligación de promover y proteger los derechos humanos consagrados en el derecho internacional y en la legislación nacional [...]” (subrayado añadido)⁶². El término, obligación, además de ser criticado por su vaguedad, permitió que las empresas argumentasen que, sus obligaciones se limitaban a su esfera de control exclusivamente⁶³.

Según Cantú Rivera⁶⁴, se pasó de un consenso sobre una responsabilidad mínima para una potencial maximización de las responsabilidades, lo que conlleva a un riesgo implícito de rechazo ante la realidad de desarrollo del derecho internacional, marcado por su lenta construcción y consolidación de estándares.

Como era necesaria alguna respuesta a la recurrente participación de las corporaciones en violaciones de derechos humanos, en 2005, el entonces secretario general de la ONU, Kofi Annan, nombró a John Ruggie como Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales; con el mandato de elaborar un texto que serviría de estructura para el enfrentamiento del problema.

⁶¹ RUGGIE, John Gerard. Business and Human Rights: The Evolving International Agenda. **American Journal of international Law**, v.101, n.04, 819-840, jun, 2007. p. 820.

⁶² NACIONES UNIDAS, Consejo Económico y Social. **Normas sobre la Responsabilidad de las Corporaciones Transnacionales y otras Empresas Comerciales en Materias de Derechos Humanos**. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 26 de agosto de 2003. Párrafo1.

⁶³ CANTÚ RIVERA, Humberto Fernando. Empresas y Derechos Humanos: ¿hacia Una Regulación Jurídica Efectiva, o El Mantenimiento Del Status Quo?. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. 13, n. 13, 313–354, 2013. p. 321.

⁶⁴ CANTÚ RIVERA, Humberto. Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos. In: **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. San José: IDH, 2017, 37-86. p. 41

2.3 EL MANDATO RUGGIE Y LOS PRINCIPIOS RECTORES PARA EMPRESAS Y DD. HH DE LAS NACIONES UNIDAS

En su primer mandato para la creación de un marco común global sobre la responsabilidad de las empresas (2005 a 2008), John Ruggie presentó un informe al Consejo de Derechos Humanos, en el que desarrolló una propuesta de un marco conceptual para avanzar en la responsabilidad de las empresas en las violaciones a los derechos humanos, con el nombre “Proteger, Respetar y Remediar”⁶⁵. En su segundo mandato (2009 a 2011), tomando como base el marco conceptual que ya había desarrollado, diseñó los “Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos”⁶⁶ en 2011.

El mandato de John Ruggie establecía que el relator debería presentar a la Comisión sus opiniones y recomendaciones sobre los siguientes temas:

- (a) Identificar y clarificar los estándares de responsabilidad y rendición de cuentas de empresas transnacionales y otras empresas comerciales en la esfera de los derechos humanos;
- (b) Trabajar sobre la función de los Estados de regular y asignar de forma efectiva la función de las empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto de los derechos humanos incluso a través de la cooperación internacional;
- (c) Investigar y clarificar las implicancias de conceptos como “complicidad” y “esfera de influencia” en lo que respecta a empresas transnacionales y otras empresas comerciales;
- (d) Desarrollar materiales y metodologías para abordar la evaluación del impacto sobre los derechos humanos de las actividades de empresas transnacionales y otras empresas comerciales;
- (e) Realizar un compendio de las mejores prácticas de los Estados, empresas transnacionales y otras empresas comerciales⁶⁷.

Para Ruggie, el marco de la ONU y los Principios Rectores tienen como objetivo establecer una plataforma normativa común mundial y llevar una orientación política fiable con base para lograr un progreso acumulativo y gradual en el tema de las empresas y los

⁶⁵ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Proteger, respetar y remediar**: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. A/HRC/8/5 7 de abril de 2008.

⁶⁶ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **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 de 21 de marzo de 2011.

⁶⁷ NACIONES UNIDAS, Comisión de Derechos Humanos. **Human rights and transnational corporations and other business enterprises**. Human Rights Resolution 2005/69 de 20 de abril de 2005. Párrafo 1.

derechos humanos. El marco aborda lo que debe hacerse, por otro lado, los principios se ocupan de cómo hacerlo⁶⁸.

El marco fue aprobado el 18 de junio de 2008, de manera unánime por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y procuraba establecer un eje central dotado de autoridad para el debate sobre los derechos humanos y las actividades empresariales y deja claro, que distinto de lo que algunos esperaban, el marco no se trata de una lista limitada de derechos humanos por los que las empresas deberían tener responsabilidad.

El marco estableció, lo que Ruggie denominó, de responsabilidades u obligaciones diferenciadas pero complementarias, con tres principios básicos: el deber del estado de proteger frente a los abusos a los derechos humanos cometidos por terceros -como las empresas-, la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos; y la necesidad de tener una vía más efectiva a los remedios o recursos⁶⁹. “Los tres principios constituyen un conjunto complementario en el que cada cual apoya a los demás a lograr progresos sostenibles”⁷⁰.

Para Ruggie son las lagunas de gestión que constituyen las raíces de los mayores problemas entre las dinámicas empresariales y los derechos humanos y si Estados y empresas continuasen a adoptar medidas individuales difícilmente los problemas serían superados, así que el marco “proteger, respetar y remediar” intenta proponer un planeamiento más coherente y concertado para reducir las consecuencias negativas en los derechos humanos⁷¹. Para superar esta ausencia de coordinación en el campo de empresas y derechos humanos los intentos de Ruggie están basados en tres sistemas de gobernanza: el derecho estatal (nacional e internacional), la gobernanza empresarial y un sistema de gobernanza que involucra a los afectados por las empresas⁷².

El deber estatal de proteger existe porque los Estados están en una posición singular para fomentar una cultura empresarial que respete los derechos humanos. Primero porque pueden apoyar y reforzar las presiones del mercado para que las empresas respeten los derechos humanos, segundo porque algunos Estados ya están empezando a utilizar “la cultura

⁶⁸ RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios**: as corporações multinacionais e os direitos humanos. Trad. Isabel Murray. São Paulo: Ed. Planeta Sustentável, 2014. p. 53.

⁶⁹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Proteger, respetar y remediar**: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. A/HRC/8/5 7 de abril de 2008. Párrafo 9.

⁷⁰ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Proteger, respetar y remediar**: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. A/HRC/8/5 7 de abril de 2008. Párrafo 9.

⁷¹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Proteger, respetar y remediar**: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. A/HRC/8/5 7 de abril de 2008. Párrafo 17.

⁷² GARAVITO, Cesar Rodríguez. Empresas y derechos humanos Un marco conceptual y un mapa de estrategias regulatorias. In: GARAVITO, César Rodríguez (Ed). **Empresas y derechos humanos en el siglo XXI**: La Actividad Corporativa Bajo La Lupa, Entre Las Regulaciones Internacionales y La Acción de La Sociedad Civil. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, 29-74. p. 45.

empresarial” al decidir la responsabilidad penal de las empresas. Estas actitudes podrían incentivar las empresas a actuar de manera adecuada sobre los derechos humanos⁷³.

En lo que respecta a la responsabilidad empresarial, Ruggie apunta que el incumplimiento del deber de respetar los derechos humanos puede someter las empresas a los tribunales de opinión pública y que el ámbito más amplio de la obligación de respetar viene justamente definido por las expectativas sociales o de la licencia social que las empresas tienen para operar. Tal deber, por esa razón, existe de manera independiente de los deberes del Estado⁷⁴. La responsabilidad empresarial no se restringe a no violación de los derechos humanos, más irá requerir de las empresas medidas positivas para garantizar que sus actividades no tengan consecuencias negativas como, por ejemplo, una política antidiscriminatoria.

Para el cumplimiento de tal responsabilidad las empresas deben tomar las medidas para conocer, prevenir y responder a los efectos negativos que sus actividades pueden tener en los derechos humanos, es decir, actuar con debida diligencia. En cuanto al contenido sustantivo de la debida diligencia las empresas deben tener como mínimo la Carta Internacional de Derechos Humanos y los convenios básicos de la OIT.

Las empresas precisan adoptar una política de derechos humanos y medidas intensivas para entender cómo sus actividades actuales y futuras pueden incidir en los derechos humanos. No obstante, deben integrar las políticas de derechos humanos en toda la empresa y tener procedimientos de vigilancia y control que permitan la empresa seguir la evaluación de los acontecimientos.

El tercer principio básico del marco son los mecanismos eficaces de reparación donde los mecanismos no judiciales desempeñan una función tan importante como la de los procesos judiciales⁷⁵.

Al presentar los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, Ruggie describió las dificultades enfrentadas para elaborarlos y resalta, con especial atención, la participación de los gobiernos, empresas; asociaciones empresariales y particulares, comunidades directamente afectadas por actividades empresariales en diversas partes del mundo, la sociedad civil y expertos en los muy variados campos jurídicos y políticos en la discusión y redacción de estos.

⁷³ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Proteger, respetar y remediar**: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. A/HRC/8/5 7 de abril de 2008. Párrafo 30 y 31.

⁷⁴ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Proteger, respetar y remediar**: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. A/HRC/8/5 7 de abril de 2008. Párrafo 50 y 51.

⁷⁵ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Proteger, respetar y remediar**: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. A/HRC/8/5 7 de abril de 2008. Párrafo 84.

Advierte que los Principios Rectores no servirán, por sí solos, para poner fin a los problemas que plantea la cuestión de las empresas y los derechos humanos. “Pero marcará el fin del comienzo: la creación de una plataforma conjunta de acción a nivel mundial, como base para seguir avanzando paso a paso, sin excluir ninguna otra posibilidad prometedora a largo plazo”⁷⁶. El documento no crea ninguna nueva obligación de derecho internacional, pero tal cual el marco, los Principios Rectores integran las obligaciones ya existentes en un modelo único, más coherente e inclusivo, que reconoce las debilidades del actual sistema.

Los Principios Rectores se basan en los tres pilares esenciales que han sido desarrollados en el Marco y está dispuesto en 31 principios. El primer pilar, se refiere a la obligación del Estado de proteger contra las violaciones a los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas, adoptando las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos por medio de políticas apropiadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia. Lo que espera es que, los más altos padrones de seguridad de los derechos humanos sean considerados.

La obligación de los Estados en garantizar los derechos humanos no emana de los Principios Ruggie, sino dos tratados de derechos humanos que los Estados han ratificado y de la costumbre internacional⁷⁷. La obligación prevista en los tratados abarca su efecto horizontal, consistente en la obligación de los Estados de regular, fiscalizar y promover reparaciones adecuadas a las víctimas de violaciones por actividades de las empresas.

Para que cumplan sus obligaciones, los Estados deben enunciar claramente que esperan que las empresas respeten los derechos humanos (Principio 2), deben hacer cumplir las leyes que tengan por efecto hacer que las empresas respeten los derechos humanos (Principio 3.a), deben asegurarse que otras leyes, como de derecho mercantil, no restrinjan el respeto a los derechos humanos por las empresas (Principio 3.b), deben asesorar de manera eficaz a las empresas sobre cómo respetar los derechos humanos (Principio 3.c) y exigir que las empresas expliquen cómo tienen en cuenta el impacto de sus actividades sobre los derechos humanos (Principio 3.d).

⁷⁶ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **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 de 21 de marzo de 2011, Introducción a los principios rectores, párrafo 13.

⁷⁷ SCHONSTEINER, Judith. Empresas y Derechos Humanos: Lecturas a la luz del *Ius Constitutionale Commune*. In: von BOGDANDY, Armin; et al. (cord.). **El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional**: de la tensión al diálogo. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM) e Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2018, 397-426. p.402.

El segundo pilar es la responsabilidad corporativa de respetar los derechos humanos. Las empresas deben actuar tanto para abstenerse de violar derechos humanos de terceros, como para enfrentar los impactos negativos que sus actividades puedan causar. Para hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos las empresas deben adoptar las medidas adecuadas para prevenirlas, mitigarlas y, a su vez, remediarlas.

“La responsabilidad de respetar los derechos humanos constituye una norma de conducta mundial aplicable a todas las empresas, dondequiera que operen. Existe con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones de derechos humanos y no reduce esas obligaciones. Se trata de una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales de protección de los derechos humanos”⁷⁸.

Para cumplir con su obligación las empresas precisan también adoptar acciones positivas que incluyan: adoptar una política de respeto a los derechos humanos; establecer un proceso de debida diligencia para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan el impacto de sus actividades en los derechos humanos y; establecer un proceso que permita reparar las consecuencias negativas que haya provocado o contribuido a provocar (Principio 15).

La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se refiere aquellos derechos que son internacionalmente reconocidos y la responsabilidad se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura.

El proceso de debida diligencia tiene el objetivo de identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de las actividades de las empresas en los derechos humanos (Principio 17). Deberá incluir cinco pasos:

- a) La incorporación de una política empresarial responsable a las políticas y sistemas de gestión de la empresa;
- b) La evaluación del impacto real y potencial de las operaciones, cadenas de suministro y relaciones comerciales de la empresa sobre los derechos humanos⁷⁹. Para tanto, deben recurrir

⁷⁸ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **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 de 21 de marzo de 2011. Principio 11.

⁷⁹ “Por riesgos para los derechos humanos se entienden las posibles consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos. A los impactos potenciales se debe responder con medidas de prevención o mitigación, mientras que los impactos reales —los que ya se han producido— deben ser remediados”. NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **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 de 21 de marzo de 2011. Coméntarios al Principio 17.

a expertos en derechos humanos internos y/o independientes y, especialmente, consultar los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas;

c) La integración y la actuación al respecto. La integración de las consecuencias en el marco de las funciones y procesos pertinentes deberá asignar todos los niveles de la empresa. La forma como deben actuar dependerá de si la empresa provocó o contribuyó para generar la consecuencia negativa o existió apenas una relación directa de esas consecuencias con las operaciones, productos o servicios prestados por una relación comercial;

d) El seguimiento de las respuestas, que debe basarse en indicadores cuantitativos y cualitativos y debe tener en cuenta los comentarios de los interesados y todas las fuentes internas y externas; y,

e) La comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas.

Las empresas deben ser capaces institucionalmente de saber y demostrar que no violan derechos humanos, además de indicar cuáles son los derechos que tienen potencial para violar. Las auditorías no pueden ser un simple cálculo de probabilidades, deben involucrar a los posibles afectados y esto se debe realizar de forma periódica⁸⁰.

En cualquier contexto las empresas deben respetar todas las leyes aplicables a sus actividades y respetar los derechos humanos reconocidos internacionalmente y buscar fórmulas que les permitan respetar los principios de derechos humanos frente a exigencias contrapuestas (Principio 23).

Cuando el contexto nacional impida asumir plenamente esta responsabilidad, las empresas deben respetar los principios de derechos humanos internacionalmente reconocidos en la mayor medida de lo posible dadas las circunstancias, y ser capaces de demostrar sus esfuerzos a este respecto⁸¹

⁸⁰ RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios**: as corporações multinacionais e os direitos humanos. Trad. Isabel Murray. São Paulo: Ed. Planeta Sustentável, 2014. p. 103.

⁸¹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **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 de 21 de marzo de 2011. Comentarios al Principio 23.

El tercer pilar se refiere al acceso a mecanismos de reparación, judiciales o extrajudiciales. Se reconoce que mismo con el deber del Estado y con la responsabilidad de las empresas, abusos pueden ocurrir y los Estados deben tomar medidas apropiadas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo que correspondan, que cuando se produzcan ese tipo de abusos en su territorio y/o jurisdicción los afectados puedan acceder a mecanismos de reparaciones eficaces. Pueden existir mecanismos de reclamación no estatales, administrados por una empresa o por un grupo con actividades en común, que pueden ofrecer la ventaja de más rapidez de acceso y reparación, a menor costo.

“Para que sea posible atender rápidamente y reparar directamente los daños causados, las empresas deben establecer o participar en mecanismos de reclamación eficaces de nivel operacional a disposición de las personas y las comunidades que sufran las consecuencias negativas” (Principio 29). Para que sean legítimos deben permitir la participación y el diálogo: consultando a los grupos interesados a los que están destinados sobre su diseño y su funcionamiento, con especial atención al diálogo como medio para abordar y resolver los agravios.

Estos pilares son esenciales en un sistema que necesita ser interconectado y dinámico previniendo las obligaciones de los Estados, las responsabilidades de las empresas y las medidas de prevención y reparación.

Para Ruggie, su mandato tenía como uno de los objetivos aclarar que las empresas violan derechos humanos tanto directamente como de manera indirecta⁸². Según Ruggie, ese sería el caso de la corporación denominada, Chiquita Brands, acusada de reclutar fuerzas paramilitares en Colombia para proteger sus instalaciones, dichos paramilitares fueron acusados de matar a guerrilleros y sindicalistas⁸³. Asimismo, las empresas deben estar conscientes que, mismo cuando ninguna ley es violada, la complicidad puede aparecer. Como, en el caso en que Apple forzó a la aceleración de la línea de montaje de Foxconn, lo que impuso, a que los empleados de la empresa que formaban parte de la cadena productiva de Apple (por lo que no son

⁸² RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios**: as corporações multinacionais e os direitos humanos. Trad. Isabel Murray. São Paulo: Ed. Planeta Sustentável, 2014. p. 104.

⁸³ En 2007 la empresa reconoció haber entregado entre 1997 y 2004 1,7 millones de USD a un grupo paramilitar de extrema derecha. Con el rechazo de la demanda contra la empresa en 2015 por la Corte Suprema dos Estados Unidos se redujeron drásticamente la posibilidad de fallos a favor de otras víctimas en demandas contra empresas multinacionales estadounidenses. GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. El constitucionalismo interamericano y la fragmentación del derecho internacional: posicionando el ICCAL en el debate sobre colisiones entre regímenes normativos. In: von BOGDANDY, Armin; et al. (coord.). **El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional**: de la tensión al diálogo. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM) e Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2018 3-32. p. 34

empleados de Apple), jornadas de trabajo mucho más allá del límite internacionalmente aceptado.

Se reconoce que el gran éxito de Ruggie fue conciliar, aun cuando, en un mínimo aceptable, intereses tan distintos, para que no pasara con los PR lo mismo que paso con los otros intentos hasta aquel momento. Los Estados se comprometiendo a actuar y fomentar el respeto corporativo y, las empresas, no solamente haciendo lo correcto, sino que evaluando sus operaciones comerciales a la luz de los principales tratados de derechos humanos⁸⁴.

A pesar de las críticas por parte de Organizaciones no Gubernamentales (ONGS)⁸⁵ por la ausencia de estándares vinculantes a las empresas y la vaguedad para la aplicación de muchos principios, los Principios Ruggie fueron aprobados de manera unánime en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y sancionados y apoyados por la OCDE, la Comisión Europea, igualmente por parte de numerosas empresas⁸⁶.

Para Deva⁸⁷, el consenso tuvo el precio de dejar de lado varias cuestiones complejas. El primer punto, para que se pudiera ir más allá de los PR, seria reorientar las empresas en su propia función. Esto porque, para el autor, es la sociedad que permite que empresas realicen determinadas actividades, siempre que cumplan con las reglas no negociables, como los derechos humanos y no las empresas que deben respetar derechos humanos porque hay un interés empresarial en hacerlo. Igualmente, era importante que los PR superasen los principios de la responsabilidad solidaria limitada y de la personalidad jurídica independiente, que fueron concebidos en una época en que empresas matriz y subsidiaria eran una realidad desconocida.

El segundo punto, según Deva, es que la propia naturaleza y grado de las obligaciones empresariales deberían haber sido revistos, bajo el entendimiento de que las empresas tienen obligaciones vinculantes con respeto a los derechos humanos, que van más allá de una única relación entre Estado y sujeto. En el tercer punto, los derechos deberían ter ido más allá de la

⁸⁴ RAMASTRY, Anita. Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability. **Journal of Human Rights**, v. 14, n. 2, 237–59, 2015. p. 247

⁸⁵ MELISH, Tara J. Volver a incluir “los derechos humanos” en los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Cambiar de marco e incorporar los derechos de participación. In: GARAVITO, César Rodríguez (Ed). **Empresas y derechos humanos en el siglo XXI: La Actividad Corporativa Bajo La Lupa, Entre Las Regulaciones Internacionales y La Acción de La Sociedad Civil**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, 117-148. p. 126.

⁸⁶ GARAVITO, Cesar Rodríguez. Empresas y derechos humanos Un marco conceptual y un mapa de estrategias regulatorias. In: GARAVITO, César Rodríguez (Ed). **Empresas y derechos humanos en el siglo XXI: La Actividad Corporativa Bajo La Lupa, Entre Las Regulaciones Internacionales y La Acción de La Sociedad Civil**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, 29-74. p. 39.

⁸⁷ DEVA, Surya. Empresas y derechos humanos: ¿momento de ir más allá del “presente”? In: GARAVITO, César Rodríguez (Ed). **Empresas y derechos humanos en el siglo XXI: La Actividad Corporativa Bajo La Lupa, Entre Las Regulaciones Internacionales y La Acción de La Sociedad Civil**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, 99-116. p. 105.

Declaración Internacional de Derechos Humanos y la Declaración sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de la OIT.

Por fin, el autor apunta, que los PR, tal cual fueron diseñados, están basados en el supuesto que los Estados estarán dispuestos y serán capaces de ejercer su deber de proteger y que las compañías llevarán a cabo de forma diligente su responsabilizar de respetar los derechos humanos. Cuando esto no ocurra, surgirán los llamados “vacíos de gobernanza”, que serán superados solamente con instrumentos que concedan más potencial a las organizaciones de la sociedad civil⁸⁸.

Pese las críticas, los PR se transformaron en la mayor referencia normativa para el campo de las empresas y los derechos humanos. Para ponerlos en práctica las Naciones Unidas crearon el Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas (GT sobre Empresas y Derechos Humanos)⁸⁹, formado por un grupo de cinco expertos, uno de cada región geográfica reconocida por la organización, con la labor de promover la divulgación, aplicación efectiva y global de los Principios Rectores. La primera sesión del Grupo ocurrió el 16 a 20 de enero de 2011, en Ginebra, donde se determinó su método de trabajo, incluyendo visitas a países, así como la realización de un Foro sobre Empresas y Derechos Humanos.

El Grupo de Trabajo en los primeros años se dedicó a la difusión e implementación de los PR, especialmente a través de sus informes y orientaciones para los Planes de Acción Nacionales sobre Empresas y Derechos Humanos (NAP's del inglés *National Action Plan on Business and Human Rights*), que los Estados deben elaborar para poner en práctica los PR.

Los PR's han tenido, igualmente, un impacto en todo el Sistema Universal de protección de los derechos humanos. Cuando el Consejo de Derechos Humanos⁹⁰ acogió los PR's y decidió establecer un grupo de trabajo, acabó invitando a todos sus órganos a colaborar con la promoción e implementación de los Principios Rectores. El tema de las empresas y los derechos humanos pasó así a permear todos los ámbitos de los derechos humanos en las Naciones Unidas.

El Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) pasó a ser un órgano de apoyo y colaboración al Grupo de Trabajo, el Consejo de

⁸⁸ DEVA, Surya. Empresas y derechos humanos: ¿momento de ir más allá del “presente”? In: GARAVITO, César Rodríguez (Ed). **Empresas y derechos humanos en el siglo XXI**: La Actividad Corporativa Bajo La Lupa, Entre Las Regulaciones Internacionales y La Acción de La Sociedad Civil. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, 99-116. p. 107.

⁸⁹ NACIONES UNIDAS, Asamblea General. **Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas**. Resolución 17/4. A/HRC/RES/17/4 de 6 de julio de 2011.

⁹⁰ NACIONES UNIDAS, Asamblea General. **Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas**. Resolución 17/4. A/HRC/RES/17/4 de 6 de julio de 2011.

Seguridad empiezo a abordar la cuestión del respeto de los derechos humanos por parte de las empresas, y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) ha realizado una serie de actividades en relación con los derechos humanos y la financiación en las empresas que se han incorporado también a los Principios Rectores⁹¹.

Dentro del sistema de las Naciones Unidas, el centro de coordinación institucional encargado de facilitar aclaraciones y directrices uniformes sobre las cuestiones relativas a la interpretación de los Principios Rectores están en el ACNUDH, en estrecha colaboración con el Grupo de Trabajo y los demás organismos y mecanismos u organizaciones de derechos humanos que se considere conveniente⁹².

Era un hecho la importancia de la labor del Grupo de Trabajo para la promoción y aplicación de los Principios Rectores y el avance de la agenda sobre empresas y derechos humanos; pero la magnitud del tema exigía una coordinación de todo el conjunto del sistema de las Naciones Unidas. Asimismo, como todos los derechos humanos reconocidos pueden ser violados en actividades empresariales, todas las Relatorías especiales también trataron de apropiarse de la discusión y reflexionar sobre la forma de como las empresas afectan o pueden afectar determinados derechos.

El Secretario General de la ONU advirtió a época sobre la necesidad de una orientación estratégica coordinada para incorporar el programa relativo a empresas y derechos humanos en todos los órganos de coordinación y de políticas existentes en el sistema, bajo la pena de no aprovecharse todo su potencial⁹³. Destacó igualmente que, como los Principios Rectores no son normas estáticas y es posible la existencia de lagunas normativas, los análisis sobre situaciones específicas y esferas temáticas es de vital importancia, y los órganos creados en virtud de los tratados de derechos humanos deberían aclarar el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados partes⁹⁴.

⁹¹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Contribución del sistema de las Naciones Unidas en conjunto a la promoción del programa relativo a las empresas y los derechos humanos y a la divulgación y aplicación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos.** A/HRC/21/21 de 2 de julio de 2012. Párrafo 18 y siguientes.

⁹² NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Contribución del sistema de las Naciones Unidas en conjunto a la promoción del programa relativo a las empresas y los derechos humanos y a la divulgación y aplicación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos.** A/HRC/21/21 de 2 de julio de 2012. Párrafo 33.

⁹³ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Contribución del sistema de las Naciones Unidas en conjunto a la promoción del programa relativo a las empresas y los derechos humanos y a la divulgación y aplicación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos.** A/HRC/21/21 de 2 de julio de 2012. Párrafos 28 a 30.

⁹⁴ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Contribución del sistema de las Naciones Unidas en conjunto a la promoción del programa relativo a las empresas y los derechos humanos y a la divulgación y aplicación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos.** A/HRC/21/21 de 2 de julio de 2012. Párrafos 28 a 30.

Los esfuerzos y avances que se logró establecer con los Principios Ruggie impactaron también los sistemas de protección regionales y permitieron una mirada más contextualizada para los impactos que las empresas causan en los derechos humanos en las distintas regionales del globo.

2.4 “EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS”: el escenario latinoamericano

La temática de las empresas y la protección en derechos humanos encuentra en América Latina un escenario poco alentador. La poca actuación o no actuación de algunos Estados frente a las empresas, la actuación de otros tantos en no cumplir con su obligación básica de promover los derechos humanos, la dificultad de las víctimas de acceder a mecanismos efectivos de reparación, son ingredientes que dificultan los avances hacia una mayor responsabilización de las empresas en nuestra región. “Hay zonas de la región o ámbitos en los cuales las instituciones públicas no intervienen o no tienen la capacidad para enfrentar a los actores privados, ni siquiera para proteger los derechos esenciales, como la vida, la libertad, la seguridad o la propiedad”⁹⁵.

América Latina es especialmente vulnerable (por razones políticas, sociales, económicas y judiciales) a la actuación de los grandes grupos económicos que generan alteraciones profundas en las estructuras sociales, el incremento en las desigualdades y la degradación ambiental⁹⁶.

Lo que no se niega es que, así como en otras partes del mundo, las empresas, en razón de su capacidad de influencia en la realidad política y económica, deben ser vistas como actores indispensables para el análisis del estado del arte de los derechos humanos en la región latinoamericana. Desde que aliadas a los Estados bien intencionados y conscientes de su responsabilidad en respetar los derechos humanos podrían incrementar en el desarrollo económico y social de las localidades donde actúan. Por otra parte, en un contexto de poca o ninguna actuación estatal han estado involucradas en una serie de violaciones a los derechos humanos.

⁹⁵ von BOGDANDY, Armin; et al. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador. In: von BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord). ***Ius Constitutionale Commune en América Latina***: Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro e Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, 17-54. p. 29.

⁹⁶ OLSEN, Ana Carolina; PAMPLONA, Danielle Anne. Violações a direitos humanos por empresas transnacionais na América Latina: perspectivas de responsabilização, **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ano 7, n. 3, jan./jun 2019, 129-151. p 131.

Algunos temas, como de la industria extractivista, minería y de extracción de recursos naturales, son más recurrentes en nuestra región debido a los vastos recursos naturales a disposición de los grandes emprendimientos. Algunos casos importantes involucrando tales sectores son: el caso Texaco-Chevron en el Ecuador, que por tres décadas exploró la región oriente del país y dejó un rastro de pérdidas ambientales y sociales, afectando cinco pueblos indígenas⁹⁷; el caso la Oroya en Perú, involucrando a la empresa Doe Run; el caso Ejido La Sierrita en México, al respecto a las actividades de Excellon Resources⁹⁸; el caso del Río Sonora también en México, por las actividades en Buenavista del Cobre⁹⁹; y, los desastres de Mariana y Brumadinho en Brasil, involucrando las empresas Samarco, Vale e BHP Billiton.

Los retos para la región, sin embargo, no están restringidos a esos sectores, esto porque se han establecido en el continente las cadenas de suministro de numerosas empresas con operaciones globales, en las áreas de tecnologías de la información, manufactura, vestido o alimentación¹⁰⁰. En ese respecto, es fundamental que las empresas matrices exijan de sus socios comerciales, filiales y unidades de cadena, conforme los PR, las mismas prácticas adecuadas en materia de derechos humanos.

Además de las transnacionales, la discusión en la región debe centrarse también en las grandes empresas latinoamericanas que aquí actúan y que actúan en otros Estados y como tal, pueden aportar en términos de protección y promoción en derechos humanos o pueden ser agentes de violaciones a los derechos humanos en otros países. Cantú Rivera aún destaca más un reto importante en la región: la intensa privatización de los servicios públicos¹⁰¹. Al final, los Estados deben exigir de sus prestadores de servicios las mismas obligaciones que los Estados tienen de respeto a los derechos humanos.

Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o

⁹⁷ DOMINIQUE, Eliete Doretto; SANCHES, Samyra Haydée Dal Farra Napolini. Sustentabilidade e Empresas Transnacionais: análise do caso Equador e empresa petrolífera transnacional Texaco. In: BENACCHIO, Marcelo (coord). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos**. Curitiba: Editora CRV, 2016, 207-230.

⁹⁸ CANTÚ RIVERA, Humberto. Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos. In: **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. San José: IDH, 2017, 37-86. p. 68 y 69.

⁹⁹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión a México**. A/HRC/35/32/Add2 de 27 de abril de 2017. Párrafo 45.

¹⁰⁰ CANTÚ RIVERA, Humberto. Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos. In: **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. San José: IDH, 2017, 37-86. p. 68,69.

¹⁰¹ CANTÚ RIVERA, Humberto. Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos. In: **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. San José: IDH, 2017, 37-86. p. 73.

que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos”¹⁰².

Igualmente, debe destacarse los impactos que muchas actividades empresariales han tenido en grupos especialmente protegidos de la región, como los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes¹⁰³. Según la CIDH, las actividades empresariales extractivas en la región han impactado de manera negativa la identidad cultural y religiosa, el derecho a vida, a salud y medioambiente sano, los derechos económicos y sociales, la libertad personal y el derecho a la protesta de estas personas, llevando, en algunos casos, al desplazamiento forzado de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes y poniendo de manifiesto la incapacidad o falta de voluntad de los Estados de regular algunos sectores¹⁰⁴.

En el ámbito de las Naciones Unidas una serie de actividades del Grupo de Trabajo son realizadas en América Latina para intercambiar mejores prácticas y apuntar los retos de la región a través de consultas regionales, visitas a países y el Foro Regional sobre empresas y derechos humanos para América Latina y Caribe.

Cuatro consultas fueron realizadas en la región y todas se llevaron a cabo en Chile. Las dos primeras afirmaron la necesidad de acelerar en la región la implementación de los PR y promover el diálogo y aprendizaje entre pares. En la tercera se discutió la implementación de los Principios Rectores en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible¹⁰⁵. El informe de la consulta empieza haciendo un análisis de la corrupción como un tema que afecta la región y que está sumamente relacionado con las empresas¹⁰⁶. En seguida afirma que la Agenda 2030 es una oportunidad para la implementación de los PR y destaca que en la región los dos Estados que están en fase de implementación de sus Planes de Acción Nacionales sobre

¹⁰² NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **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 de 21 de marzo de 2011. Principio 4.

¹⁰³ Véase el Informe de del Grupo de Trabajo sobre los efectos adversos de las actividades empresariales sobre los derechos de los pueblos indígenas. NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas**. A/68/279 de 7 de agosto de 2013.

¹⁰⁴ CIDH, **Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo**. OEA/Ser.L/V/II.Doc.47/15 de 31 de diciembre de 2015. Párrafo 18.

¹⁰⁵ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas sobre la “Tercera Consulta regional para América Latina y el Caribe”**: Implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. A/HRC/38/48/Add.3 de 4 de junio de 2018.

¹⁰⁶ El Informe hace referencia al caso Odebrecht.

Empresas y Derechos Humanos son Colombia (2015) y Chile (2017)¹⁰⁷. Los NAP's hacen la incorporación interna de los Principios Rectores y los demás países de la región precisan avanzar en este punto para garantizar coherencia política y retrocesos regulatorios.

De otra parte, el informe afirma que es necesario fortalecer en el sector privado los mecanismos de debida diligencia para que se identifique los impactos más significativos reales y potenciales a lo largo de las cadenas de valor¹⁰⁸. Sigue señalando que de forma general hay muchos desafíos en la región en el acceso efectivo a los mecanismos de reparación por falta de independencia judicial, ausencia de consulta previa, desigualdad de armas entre empresas y afectados y presencia de fragilidades institucionales¹⁰⁹. Concluye afirmando la necesidad de fortalecer los diversos actores públicos, sociales y empresariales para facilitar la adopción e implementación de los PR y fomentar espacios de diálogos para abordar los retos relacionados con empresas y derechos humanos¹¹⁰. El informe de la cuarta consulta hasta la fecha de hoy no está disponible.

Cuanto a las visitas a países, tres fueron realizadas hasta la fecha en la región: Brasil en el año de 2015, México el 2016 y Perú el 2017, y los informes apuntan los desafíos similares que los países de la región poseen en términos de protección a los derechos humanos por empresas. En el informe de Perú, el Grupo de Trabajo pudo verificar que es necesario una política sobre empresas y derechos humanos más coherente entre los ministerios y departamentos gubernamentales y que las denuncias más recurrentes de violaciones a los derechos humanos por empresas estaban centradas en temas de conflictos sociales relacionados con proyectos a gran escala, evaluaciones inadecuadas del impacto ambiental y vulneración de los derechos laborales asociada a la existencia de un amplio sector informal en el país. Señaló

¹⁰⁷ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas sobre la “Tercera Consulta regional para América Latina y el Caribe”**: Implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. A/HRC/38/48/Add.3 de 4 de junio de 2018. Párrafos 15 y 17.

¹⁰⁸ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas sobre la “Tercera Consulta regional para América Latina y el Caribe”**: Implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. A/HRC/38/48/Add.3 de 4 de junio de 2018. Párrafo 25.

¹⁰⁹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas sobre la “Tercera Consulta regional para América Latina y el Caribe”**: Implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. A/HRC/38/48/Add.3 de 4 de junio de 2018. Párrafo 29.

¹¹⁰ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas sobre la “Tercera Consulta regional para América Latina y el Caribe”**: Implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. A/HRC/38/48/Add.3 de 4 de junio de 2018. Párrafo 39.

que los pueblos indígenas del país son afectados de manera desproporcionada por las actividades empresariales debido a los vínculos especiales que tienen con sus tierras ancestrales y sus recursos naturales y al hecho de que los proyectos extractivos a menudo se ubican en las zonas utilizadas o rodeadas por los indígenas¹¹¹.

En México, de la misma forma, el Grupo de Trabajo de la ONU señala la preocupación con los proyectos en gran escala que afectan las comunidades indígenas y no logran cumplir con las exigencias de una consulta previa. En muchos casos las empresas alegan que la consulta no es una responsabilidad, sino más bien competencia del Estado. En este punto el informe destaca que independiente del Estado “las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos, con independencia de la capacidad o la voluntad de los Estados de cumplir sus propias obligaciones de derechos humanos”¹¹².

La primera visita del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas en la región de América Latina y Caribe fue en Brasil el 2015¹¹³. El Informe apuntó la ausencia de transparencia en las informaciones del BNDES, el Banco Brasileño de Desarrollo, la ausencia de consultas previas en proyectos de desarrollo, el desastre de Mariana y resaltó la necesidad de acciones para tratar la influencia indebida de empresas en los procesos legislativos y de promoción de políticas públicas. Reafirmó la necesidad de un Plan de Acción Nacional para el país e identificó la necesidad de mejorar la coordinación y diálogo sobre empresas y derechos humanos, incluso con la creación de plataformas para el diálogo entre múltiples interesados, con la participación del gobierno, las empresas y la sociedad¹¹⁴.

Ya el Informe del primer Foro regional realizado en el 2013 en Colombia apuntaba esos problemas comunes de la región, con especial atención a relación con inversos extranjeros, la distribución de las regalías y los impuestos al interior de los países, los impactos ambientales,

¹¹¹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión al Perú.** A/HRC/38/48/Add.2 de 9 de mayo de 2018.

¹¹² NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión a México.** A/HRC/35/32/Add.2 de 27 de abril de 2017. Párrafo 39.

¹¹³ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión al Brasil.** A/HRC/32/45/Add.1 de 12 de mayo de 2016.

¹¹⁴ “A multi-stakeholder approach involving the Government, businesses and civil society would allow for interests to be balanced and the development of well-informed policy that responds more effectively to the needs and concerns of businesses and persons whose rights may be affected by business activities. An independent civil society and media play an important role in promoting transparency and accountability in business operations, particularly where human rights concerns arise. The continued engagement of the active media and civil society will be essential in advocating for progress and monitoring implementation of the Guiding Principles by the Government and businesses”. NACIONES UNIDAS, **Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión al Brasil.** A/HRC/32/45/Add.1 de 12 de mayo de 2016. Párrafos 65 y 66.

los derechos de los pueblos indígenas, fallas en los procesos de consulta y consentimiento previo, libre e informado, la impunidad de empresas multinacionales frente a casos de violaciones por sus subsidiarias y las amenazas a la vida e integridad de los defensores de derechos humanos¹¹⁵.

Al tratar de rol de la Comisión Interamericana el informe destaca que los problemas más recurrentes identificados por la Comisión relacionados a empresas y derechos humanos se encuentran aquellos relacionados con la tierra, el desplazamiento, la conflictividad social, la discriminación por razones étnicas o de orientación sexual¹¹⁶.

El desarrollo de una mirada regional desde las Naciones Unidas hacia la América Latina, las situaciones particulares de la región y la constante advertencia de un mejor diálogo entre los Estados, las empresas y la sociedad civil impulsaron que el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos poco a poco fuera también desarrollando el enfoque sobre empresas y derechos humanos.

2.5 EMPRESAS Y DD. HH EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Así como los demás sistemas de protección de derechos humanos para el Sistema Interamericano, las empresas no son sujetos de derecho internacional pasibles de responsabilidad directa por violaciones a los derechos humanos y un debate más profundo del tema, de hecho, se ha desarrollado más en el ámbito de las Naciones Unidas.

Sin embargo, hace algunos años una mirada más directa para la actuación de las empresas empezó a ocurrir en el ámbito interamericano¹¹⁷. En primer lugar, es preciso señalar que la propia Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948 contempla un artículo dirigido exclusivamente a empresas transnacionales. Art. 36:

¹¹⁵ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe sobre el Primer Foro Regional de América Latina y el Caribe sobre Empresas y Derechos Humanos**. A/HRC/26/25/Add.2 de 24 de abril de 2014. Párrafo 10.

¹¹⁶ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe sobre el Primer Foro Regional de América Latina y el Caribe sobre Empresas y Derechos Humanos**. A/HRC/26/25/Add.2 de 24 de abril de 2014. Párrafo 33.

¹¹⁷ Desde 2002 la Asamblea General de la OEA ha venido aprobando resoluciones que invitan a los Estados a realizar acciones en el tema de responsabilidad empresarial. Véase: AG/RES. 1871 (XXXII-O/02), AG/RES. 1953 (XXXIII-O/03), AG/RES. 2013 (XXXIV-O/04), AG/RES. 2123 (XXXV-O/05), AG/RES. 2194 (XXXVI-O/06), AG/RES. 2336 (XXXVII-O/07), AG/RES. 2483 (XXXIX-O/09) y AG/RES. 2554 (XL-O/10); AG/RES. 2753 (XLII-O/12), AG/RES. 2687 (XLI-O/11) y CIDI/RES. 276 (XVII-O/12).

“Las empresas transnacionales y la inversión privada extranjera están sometidas a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales nacionales competentes de los países receptores y a los tratados y convenios internacionales en los cuales éstos sean Parte y, además, deben ajustarse a la política de desarrollo de los países receptores”.

Con el impulso del Sistema Universal, en el año de 2014 una resolución de la Organización de los Estados Americanos (OEA) reconoció expresamente que las empresas, independiente de su tamaño, sector de actividad, contexto o estructura, tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos en sus actividades, independiente de las capacidades de los Estados de cumplir sus obligaciones en la materia¹¹⁸. La Resolución, igualmente, exhorta a los Estados miembros a difundieren de manera máxima los PR y estimular el diálogo constructivo entre empresas, gobierno y sociedad civil, y otros actores sociales, para la aplicación de los principios. También, solicita al Consejo Permanente que fomente el intercambio de buenas prácticas y experiencias en cuanto a la promoción y protección de los derechos humanos en el ámbito empresarial.

En el año siguiente, el 29 de enero de 2015, se llevó a cabo una sesión especial sobre Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el Ámbito Empresarial en el Consejo Permanente de la OEA. En la sesión se presentó un informe sobre la responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas¹¹⁹.

En 2016 una nueva resolución para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos destaca que, debido a la referencia que hace la Agenda 2030 a los PR, los mecanismos regionales de financiamiento y de desarrollo, especialmente al Banco Interamericano de Desarrollo, deben apoyar los esfuerzos de implementación de los PR entre otras iniciativas en la materia que tengan lugar en la región¹²⁰. Y solicita a CIDH “un estudio sobre los estándares interamericanos en materia de empresas y derechos humanos a partir de un análisis de las convenciones, jurisprudencia e informes emanados del Sistema Interamericano, lo que podrá servir de insumo para los esfuerzos realizados por los Estados Miembros en varias iniciativas nacionales e internacionales en la esfera de empresas y derechos humanos”¹²¹. Por ende, insta al Comité Jurídico Interamericano que realice una recopilación de buenas prácticas, iniciativas,

¹¹⁸ OEA, **Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el Ámbito Empresarial**. AG/RES. 2840 (XLIV-O/14). Aprobada en la segunda sesión plenaria celebrada el 4 de junio de 2014.

¹¹⁹ OEA, **Segundo Informe. Responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas**. OEA/Ser. CJI/doc.449/14 rev.1 Q, 24 febrero 2014.

¹²⁰ OEA, **Promoción y Protección de Derechos Humanos**. AG/RES. 2887 (XLVI-O/16.) Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016.

¹²¹ OEA, **Promoción y Protección de Derechos Humanos**. AG/RES. 2887 (XLVI-O/16.) Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016. Párrafo 4.

legislación, jurisprudencia y desafíos que puedan ser utilizados como base para identificar alternativas para el tratamiento del tema.

El Comité Jurídico Interamericano divulga el estudio con una resolución y un informe¹²² sobre empresas y derechos humanos, en que afirma, que distinto de la Responsabilidad Social Corporativa en que se tenía la idea de que solo los Estados deberían proteger los derechos humanos y, las empresas apenas deberían cumplir las leyes nacionales donde operaban, actualmente hay un gran consenso en torno del deber de las empresas en respetar los derechos humanos¹²³. Y va más adelante:

Por tal motivo, las Empresas están en la obligación de respetar, proteger y hacer cumplir los derechos humanos tal como lo deben hacer los Estados, para lo cual es necesario que conozcan la normativa internacional no solo sobre Empresas, sino que también sobre derechos humanos. De tal manera, que las empresas tienen el deber de respetar los derechos humanos, lo que implica tanto la obligación de abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros, como la necesidad de hacer frente a las consecuencias negativas sobre los mismos en las que tengan alguna participación¹²⁴.

Estos avances exponen que el Sistema Interamericano no está aislado de los problemas que atingen la región¹²⁵, no obstante, sigue siendo marcadamente estatocentrista y de concepción muy vertical, basada solo en la actuación del Estado, como advierte Carrillo Santarelli¹²⁶. Incluso, aunque que tuviera competencia, es necesario reconocer que por razones presupuestarias difícilmente el SIDH conseguiría examinar casos contenciosos presentados directamente contra empresas.

Todavía, el Sistema Interamericano también reconoce que el enfoque tradicional, centrado en los deberes estatales, se queda muy corto frente a la nueva realidad ya descrita, en que las empresas pasaron a ser actores fundamentales para la promoción y protección de los derechos humanos en nuestra región. Por estas razones, tanto la CIDH como la Corte

¹²² OEA, **Regulación consciente y efectiva de las empresas en el ámbito de los derechos humanos**. OEA/Ser.Q, CJI/doc.522/17 rev.2 de 9 marzo 2017.

¹²³ OEA, **Regulación consciente y efectiva de las empresas en el ámbito de los derechos humanos**. OEA/Ser.Q, CJI/doc.522/17 rev.2 de 9 marzo 2017.

¹²⁴ OEA, **Regulación consciente y efectiva de las empresas en el ámbito de los derechos humanos**. OEA/Ser.Q, CJI/doc.522/17 rev.2 de 9 marzo 2017.

¹²⁵ “Isso demonstra que o Sistema Interamericano não está alienado do problema que atinge a região latino- - americana, todavia, necessário seria encontrar meios de fortalecer o Estado para que pudesse carrear a ideia de Estado de Direito e de respeito por direitos humanos, identificando modos de desobstruir o papel dos Estados frente a esse ‘novo’ ator internacional”. PAMPLONA, Danielle Anne. Um projeto comum para América Latina e os impactos das empresas em direitos humanos, **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 09, n. 02, ag., 2019, 22-301. p. 294.

¹²⁶ CARRILLO SANTARELLI, Nicolás. La promoción y el desarrollo de la protección de los derechos humanos frente a abusos empresariales en el sistema interamericano. In: **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. San José: IDH, 2017, 87-118. p. 97.

Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han intentado esfuerzos para consolidar algunos avances y adelantar nuevas estrategias, como se discute a seguir.

2.5.1 Principales avances en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En el ámbito de la Comisión Interamericana se ha desarrollado un trabajado importante en el tema de los derechos de los pueblos indígenas y las actividades empresariales extractivistas tanto en audiencias públicas, como en los distintos informes y casos. “Desde el año 2004 se han registrado una serie de audiencias temáticas que desde distintos ángulos abordan la contraposición de intereses entre derechos de los pueblos indígenas y las industrias relacionadas con la extracción de recursos naturales¹²⁷” En 2009 la CIDH se dedica al tema en un informe que aborda el impacto de las actividades empresariales en los derechos de los pueblos indígenas y tribales, explicitando el deber de los Estados de aplicación de las normas de protección medioambiental frente a los actores no estatales ¹²⁸. En 2015 un nuevo informe sobre la industria extractivista dedicase más puntualmente a las empresas y afirma que en razón de la globalización económica muchas empresas que desarrollan estas actividades son transnacionales o extranjeras y que su naturaleza o conformación supone nuevos y complejos desafíos¹²⁹.

El informe incluso reconoce que:

Cuando los proyectos de inversión involucran a compañías extranjeras o transnacionales con origen fuera del Estado en donde operan, la situación de impunidad se agrava, esto porque existe barreras para el acceso a la justicia en las distintas jurisdicciones y existe una débil supervisión y control de dichas empresas en los Estados donde operan¹³⁰.

La Comisión refuerza la obligación de los Estados miembros de la OEA de promover y respetar los derechos humanos garantizados en el *corpus iuris* interamericano (Carta de la OEA,

¹²⁷ SALAZAR, Katya. Empresas y Derechos Humanos: ¿un nuevo desafío para la OEA?. **Aportes DPFL**, n. 20, año 8, agosto, 2015, 9–13. p. 10

¹²⁸ CIDH, **Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales**. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 diciembre 2009.

¹²⁹ CIDH, **Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo**. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 diciembre 2015.

¹³⁰ CIDH, **Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo**. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 diciembre 2015. Párrafo 20.

Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), en particular el artículo 1.1 de la CADH, consistente en respetar y garantizar los derechos humanos a todas las personas que se encuentran dentro de su jurisdicción, sin discriminación de cualquier índole. “La obligación de respetar se define por el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de los bienes que constituyen el objeto del derecho¹³¹”. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH impone a los Estados actuar con debida diligencia, prevenir, investigar, imponer las sanciones pertinentes y asegurar a la víctima una adecuada reparación en caso de violación de sus derechos. Asimismo, toda persona es titular a que el Estado respete y garantice su ejercicio libre y pleno, sin ningún tipo de discriminación.

Al referirse a las empresas el informe afirma que los órganos del sistema han reconocido reiteradamente la responsabilidad internacional de los Estados por actos violatorios de derechos humanos cometidos por particulares, lo que incluye claramente a las empresas privadas. Al mencionar los PR considera que el Estado tiene la obligación de supervisar y fiscalizar las actividades de las empresas y otros actores estatales y que “llevar a cabo procesos de investigación, sanción y reparación contra aquellas empresas que violen los derechos humanos constituye un factor disuasivo fundamental para evitar la repetición de futuras violaciones a los derechos humanos”¹³².

Así, para la CIDH, el deber de protección encuentra una base convencional en los instrumentos americanos que coincide con la obligación señalada en los Principios Rectores de las Naciones Unidas.

En 2017 la CIDH publicó un informe sobre la pobreza y derechos humanos y una vez más utilizó de sus competencias para abordar los impactos de las empresas en los derechos humanos, reforzando el deber de protección estatal en actividades desarrolladas por empresas¹³³.

La Comisión ruega un papel muy importante para el adelanto de la temática de las empresas y debe usar sus mecanismos, como las audiencias, los informes y los casos analizados (contencioso o en medidas cautelares y provisionales), para dejar claro el alcance de la

¹³¹ CIDH, **Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo**. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 diciembre 2015. Párrafo 39.

¹³² CIDH, **Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo**. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 diciembre 2015. Párrafo 135.

¹³³ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas**. OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147 de 7 septiembre 2017.

obligación estatal frente a actuaciones empresariales y exigir de los Estados investigación, sanción y reparación contra las empresas como unos dos mecanismos para una reparación integral de las víctimas.

El tema de las empresas y derechos humanos hoy está a cabo de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) creada en 2017. La Relatoría desarrolló una consulta pública en el marco del I Foro Interamericano de DDHH y está frente de la elaboración del informe de Empresas y Derechos Humanos. El informe pretende cumplir con lo requisitado en la Resolución AG/RES. 2887 (XLVI-O/16) a respeto de un estudio sobre los estándares interamericanos sobre empresas y derechos humanos.

Para cumplir su tarea, la REDESCA hizo, en un primer momento, un cuestionario de consulta, donde invitó a Estados, empresas, sociedad civil a contribuir con el tema hasta 31 de mayo de 2018¹³⁴. El cuestionario fue dividido en cuatro bloques: el primero se refiere a situaciones en contextos de especial preocupación, entre ellos tecnología, *big data* y ciber vigilancia, los demás bloques pretenden analizar a su vez: el marco normativo y las políticas públicas estatales; las medidas de previsión y supervisión y, por ende, investigación, rendición de cuentas y reparación.

El tema se tornó prioritario en la agenda de la REDESCA, esto porque más allá de los principios y normas del Sistema Universal, el sistema reconoce la importancia de una mirada regional que tomen como centro los compromisos asumidos en el marco del Sistema Interamericano¹³⁵. Hasta la fecha no hay, según la relatora DESCA, un análisis sistemático de la normativa y los estándares aplicables que puedan colaborar con los Estados en la regulación y control del ámbito empresarial frente a los derechos humanos¹³⁶.

En noviembre de 2019 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) celebró el 174º Período de Sesiones en Quito, Ecuador y la tercera edición del III Foro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, organizado conjuntamente por la CIDH y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Durante el Foro, la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) de la CIDH presentó

¹³⁴ CIDH, Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sesión Extraordinaria CAJP, Empresas y Derechos Humanos. **Cuestionario de consulta para la elaboración del informe: Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos.** Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/2018/CuestionarioEmpresasDDHH-ES.pdf>. Acceso en 14 de nov de 2018.

¹³⁵ CIDH, Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sesión Extraordinaria CAJP, Empresas y Derechos Humanos. **Presentación sobre Derechos Humanos y Empresas.** 21 de febrero de 2018.

¹³⁶ CIDH, Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sesión Extraordinaria CAJP, Empresas y Derechos Humanos. **Presentación sobre Derechos Humanos y Empresas.** 21 de febrero de 2018.

el Informe sobre “Empresas y Derechos Humanos”. El informe todavía no está disponible más puede representar un importante incremento en la temática.

Esto porque, impulsar estándares más refinados sobre empresas y derechos humanos es el gran reto del SIDH y será esencial para la construcción de un *ius commune* que permita a los Estados de la región hacer frente a las actuaciones empresariales, como será discutido en el último capítulo. Desde luego, si acepta que los Estados tienen y deben llevar en consideración sus contextos y puntos grises, pero un marco común interamericano puede evitar incluso que las empresas se beneficien de países con estándares e instituciones más débiles.

Asimismo, como las empresas son de tamaño, capacidad, estructuras distintas y en razón de la actividad que desempeñan pueden violar más determinados derechos que otros, por ello es importante que cada sector se valla dos estándares interamericanos específicos para su contexto. Como ejemplo, las empresas de Internet (punto focal de esta tesis), deben enfocarse en los estándares en materia de libertad de expresión y privacidad. En el enfoque de empresas y derechos humanos siempre será necesario especificar los estándares y normativas a cada contexto.

2.5.2 Principales avances en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Es en el ámbito de la Corte IDH que se ha desarrollado una jurisprudencia muy útil en la temática de empresas y derechos humanos, cuando la Corte reconoce que en muchos casos fueron particulares o *non-State actors* que lesionaran directamente los derechos de las personas y han responsabilizado internacionalmente los Estados en estos casos.

Desde su primera sentencia¹³⁷ la Corte ha establecido que la responsabilidad del Estado puede darse por actos de particulares, debido a la redacción del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades y garantizar su pleno ejercicio a toda persona que esté bajo su jurisdicción, como referido en el informe de la CIDH.

¹³⁷ “En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”. Corte IDH, **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Párrafo 172.

La obligación de respetar exige una acción o una omisión para el cumplimiento de la norma establecida, la obligación de garantía implica el deber de los Estados de utilizar toda su estructura para impedir que se violen derechos de las personas bajo su jurisdicción por parte que cualquier persona pública o privada, removiendo todos los obstáculos que puedan existir para que las personas disfruten de los derechos reconocidos por la Convención¹³⁸.

Según Camacho, son cuatro los casos en que los Estados pueden ser responsabilizados por la conducta de los *non-Estate actors*¹³⁹:

- a) cuando actos de personas físicas o jurídicas “con capacidad estatal” violan derechos humanos;
- b) cuando las autoridades estatales actúan en complicidad o aquiescencia en actos de *non-Estate actors* que violan derechos humanos;
- c) cuando el Estado no prevé de manera diligente ilícitos de *non-Estate actors*;
- d) cuando los Estados no garantizan que *non-Estate actors* no discriminen a terceros.

La Corte deja claro que el Estado pueda ser responsable por cualquier violación de los derechos humanos, cometida por particulares, dentro de su jurisdicción, no obstante, el carácter *erga omnes* de las obligaciones de garantía no implica una responsabilidad ilimitada, más está condicionada a una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos y la existencia de posibilidades razonables de prevenir o evitar el riesgo¹⁴⁰. Es la falta de la debida diligencia estatal y no la violación en sí que produce la responsabilidad estatal internacional¹⁴¹.

En el Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador de 2012 la Corte afirma que aunque el daño incluso no se produzca, la existencia de un riesgo claro y comprobado es suficiente para responsabilizar al Estado¹⁴². En este caso el consorcio formado por empresas petroleras, para la explotación de área del pueblo Saravaku, realizó el desbroce de senderos y sembró cerca de 1400 kg de explosivo pentolita. En las medidas cautelares fue decidido que los

¹³⁸ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MOLLER, Carlos María Pelayo. La Obligación de Respetar y Garantizar Los Derechos Humanos a La Luz de La Jurisprudencia de La Corte Interamericana. **Estudios Constitucionales**, v. 10, n. 2, 141–92, 2012. p. 145.

¹³⁹ VÁSQUEZ CAMACHO, Santiago J. **La Responsabilidad Internacional de los Estados derivada de la conducta de particulares o non-State Actors conforme al Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos**. México: Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2015. p. 27.

¹⁴⁰ Corte IDH, **Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia**. Fondo. Sentencia del 31 de enero de 2006.

¹⁴¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MOLLER, Carlos María Pelayo. La Obligación de Respetar y Garantizar Los Derechos Humanos a La Luz de La Jurisprudencia de La Corte Interamericana. **Estudios Constitucionales**, v. 10, n. 2, 141–92, 2012. p. 146.

¹⁴² Corte IDH, **Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador**. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012.

explosivos deberían ser desactivados por el Estado. En decisión final, para la Corte, el incumplimiento de la obligación de garantizar el derecho a la propiedad comunal del Pueblo Sarayaku por parte del Estado ha creado una situación permanente de riesgo y amenaza para la vida e integridad personal de sus miembros, reflejando la responsabilidad estatal¹⁴³.

Los progresos en la responsabilidad internacional estatal por acto de terceros, incluidos las empresas, tanto como en el ámbito universal como en el interamericano reafirman el hecho de que la voluntariedad de los Principios Ruggie está restringida solamente a las empresas. La obligación estatal prevista en los Principios Rectores armoniza con la jurisprudencia interamericana y prevé una obligación ya aceptada por los organismos internacionales. Así que los Estados deben crear marcos jurídicos, políticas públicas y mecanismos judiciales y extrajudiciales a efectos de garantizar que las empresas sean responsables y reparen las víctimas de manera integral cuando lesionen derechos humanos.

Específicamente con relación a las empresas, son dos los momentos en que los Estados han sido responsabilizados por los actos de las corporaciones en la Corte Interamericana. Primero cuando empresas actúan con capacidad estatal y lesionan derechos humanos, como ocurrió en el caso *Ximenes Lopes* en que el centro médico, aunque privado, poseía autorización del Estado para recibir pacientes del sistema de salud público¹⁴⁴. En esta situación, Cantú Rivera advierte que, en los casos de privatización o externalización de actividades del Estado, este tiene el deber de establecer obligaciones claras para sus prestadores de servicio, tanto en la regulación o legislación pertinente como en las licitaciones o contratos de delegación de servicios¹⁴⁵.

En un segundo momento, la Corte ha responsabilizado a los Estados cuando el mismo deja de cumplir con la debida diligencia y tolera que empresas privadas lesionen derechos humanos. En el Caso *Hacienda Verde vs Brasil* el Estado fue condenado por no adoptar las medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en los casos de servidumbre, esclavitud, trata de personas y trabajo forzoso, que conocía la existencia en una hacienda perteneciente al Grupo Quagliato en el norte de Brasil¹⁴⁶.

¹⁴³ Corte IDH, **Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador**. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Párrafo 248.

¹⁴⁴ Corte IDH, **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Fondo. Sentencia de 4 de julio de 2006. Donde la Corte equipara la empresa privada al Estado debido a su actuación en nombre del Estado.

¹⁴⁵ CANTÚ RIVERA, Humberto. Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos. In: **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. San José: IDH, 2017, 37-86. p. 73.

¹⁴⁶ “A pesar de que el Estado tenía pleno conocimiento del riesgo que corrían los trabajadores sometidos a esclavitud o trabajo forzoso en el Estado de Pará y específicamente en la Hacienda Brasil Verde, no demostró haber adoptado medidas efectivas de prevención antes de marzo de 2000 en el sentido de impedir esa práctica y el sometimiento de seres humanos a las condiciones degradantes e inhumanas identificadas. Aunque el deber de

En efecto, son muchos los casos¹⁴⁷ que tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana han reconocido que las violaciones a los derechos humanos pueden ser causadas por empresas,

Igualmente, el rechazo a las violaciones a los derechos humanos cometidas por empresas que la Corte viene haciendo, aún que en *obiter dicta*, respetando los límites jurisdiccionales que existen hasta el momento, pueden generar efectos positivos. Para Carrillo Santarelli¹⁴⁸ dos beneficios se pueden generar de estas declaraciones: en primer lugar, indica a los actores que deben cambiar su conducta, al fin de evitar repercusiones como “estigmatización, boicots, denegaciones de actuación o retiro de apoyo financiero e investigaciones y sanciones jurídicas”¹⁴⁹ y, en segundo lugar, pueden generar cambios en la cultura y dinámica corporativa.

La Corte aborda por primera vez en una decisión los Principios Rectores en el Caso Kaliña y Lokono vs Surinam en 2015¹⁵⁰, donde reconoce que las actividades mineras que generaron las afectaciones al medio ambiente y al derecho de los pueblos indígenas fueron llevadas a cabo por actores privados (primero Suralco y después la joint-venture BHP Billiton-Suralco) y recuerda el deber de fiscalizar y supervisar del Estado. Cuando menciona los PR la Corte afirma:

En este sentido, tal como lo reiteran dichos principios, los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de las personas contra las violaciones cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. Para tal efecto los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para

prevención sea uno de medio y no de resultado, el Estado no ha demostrado que las políticas públicas adoptadas entre 1995 y 2000 y las inspecciones anteriores realizadas por funcionarios del Ministerio del Trabajo, por más que fuesen necesarias y demuestren un compromiso estatal, fueran suficientes y efectivas para prevenir el sometimiento de 85 trabajadores a esclavitud en la Hacienda Brasil Verde (primer momento del deber de prevención). Asimismo, ante la denuncia de violencia y de sometimiento a situación de esclavitud, el Estado no reaccionó con la debida diligencia requerida en virtud de la gravedad de los hechos, de la situación de vulnerabilidad de las víctimas y de su obligación internacional de prevenir la esclavitud (segundo momento del deber de prevención a partir de las dos denuncias interpuestas)”. Corte IDH, **Caso Hacienda Verde vs Brasil**, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de octubre de 2016. Párrafo 328.

¹⁴⁷ Véase: Corte IDH, **Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua**. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Corte IDH, **Caso Comunidad Yake Axa vs. Paraguay**. Sentencia 17 de junio de 2005. Corte IDH, **Caso Claude Reyes y otros vs. Chile**. Sentencia 19 de septiembre de 2006. Corte IDH, **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay**. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Corte IDH, **Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam**. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Corte IDH, **Caso Sarayaku vs. Ecuador**. Sentencia 27 de junio de 2012. Corte IDH, **Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras**. Sentencia 8 de octubre de 2015. Corte IDH, **Caso Pueblo Kaliña y Lokono vs. Surinam**. Sentencia 25 de noviembre de 2015. Corte IDH, **Caso Trabajadores de la Hacienda Verde vs Brasil**. Sentencia de 20 de octubre de 2016.

¹⁴⁸ CARRILLO SANTARELLI, Nicolás. La promoción y el desarrollo de la protección de los derechos humanos frente a abusos empresariales en el sistema interamericano. In: **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. San José: IDH, 2017, 87-118. p.103.

¹⁴⁹ CARRILLO SANTARELLI, Nicolás. La promoción y el desarrollo de la protección de los derechos humanos frente a abusos empresariales en el sistema interamericano. In: **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. San José: IDH, 2017, 87-118. p. 104.

¹⁵⁰ Corte IDH, **Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam**. Sentencia 25 de noviembre de 2015.

prevenir, investigar, castigar y reparar, mediante políticas adecuadas, los abusos que aquellas puedan cometer, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia¹⁵¹.

Para tal efecto el Estado debería adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar, mediante políticas adecuadas, los abusos que tales empresas cometieron, con actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia”¹⁵². El Estado fue condenado a rehabilitar la zona afectada, de manera conjunta con la empresa y debería establecer mecanismos claros de supervisión y fiscalización de las actividades de rehabilitación realizadas por la empresa. Así que la Corte deja muy claro que las medidas de reparación deben ser de responsabilidad tanto del Estado como de la empresa para lograrse una reparación integral de las víctimas.

Este ha sido un paso importante para los avances en la responsabilidad empresarial en la medida que la Corte reconoce la necesidad de involucrar las empresas que cometieron violaciones a los derechos humanos en las medidas de reparación. Con este proceder, los órganos del Sistema Interamericano pueden contribuir a declarar obligaciones implícitas o expresas ya existentes y contribuir a la cristalización o al desarrollo progresivo y futura generación de normas consuetudinarias (o convencionales) sobre deberes corporativos cuando pongan de manifiesto que hay vacíos de protección¹⁵³.

Otro paso importante fue dado en la Opinión Consultiva 23¹⁵⁴ del año de 2017 solicitada por Colombia sobre medio ambiente y derechos humanos. Importante acordar que las Opiniones Consultivas (OC) tienen un propósito central de obtener una interpretación judicial sobre disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a protección de los derechos humanos en los Estados americanos, para coadyuvar a los Estados y los órganos de la OEA para que cumplan de manera efectiva sus obligaciones internacionales en la materia y definan y desarrollen políticas públicas en derechos humanos. Se busca, al final, contribuir al fortalecimiento del SIDH, esto porque lo que se señala en una OC debe ser objeto de control de convencionalidad por todos los órganos de Estado¹⁵⁵.

¹⁵¹ Corte IDH, **Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam**. Sentencia 25 de noviembre de 2015. Párrafo 224.

¹⁵² Corte IDH, **Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam**. Sentencia 25 de noviembre de 2015. Párrafo 224.

¹⁵³ CARRILLO SANTARELLI, Nicolás. La promoción y el desarrollo de la protección de los derechos humanos frente a abusos empresariales en el sistema interamericano. In: **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. San José: IDH, 2017, 87-118. p. 109.

¹⁵⁴ Corte IDH, **Opinión Consultiva OC-23/17** (Medio Ambiente y Derechos Humanos), de 15 de noviembre de 2017.

¹⁵⁵ “Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”.

La Corte esclareció en la OC n.23 que el alcance del término jurisdicción del artículo 1.1 de la CADH que no está limitado al territorio nacional, sino que abarca un concepto más amplio de ejercicio de jurisdicción fuera del territorio siempre y cuando el Estado ejerce autoridad, responsabilidad o control, de tal modo que la responsabilidad del Estado puede darse por conductas extraterritoriales. Para robustecer la protección de las víctimas por actividades empresariales es importante reconocer que el deber estatal de protección ha de tener un alcance extraterritorial, cuando las empresas actúen fuera de sus Estados de constitución. Cuando las empresas actúan en Estados que no pueden o no quieren cumplir con sus obligaciones al respeto de los derechos humanos, la responsabilidad de los países de origen de las empresas podría ser esencial para garantizar la reparación de las víctimas.

Además del deber de protección estatal, la Opinión Consultiva n. 23 afirma que:

Sin perjuicio de la obligación de los Estados de supervisar y fiscalizar las actividades que pudieran causar daños significativos al medio ambiente, la Corte toma nota que, conforme a los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos”, las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos¹⁵⁶.

A respecto de la obligación de supervisar y fiscalizar la Corte recordó el caso Kaliña y Lokono, citó una vez más los PR y señaló que los mecanismos no deben ser solos de medidas preventivas, como también de investigar, sancionar y reparar posibles abusos por parte de las empresas. Así que un Estado, según la OC, debe enfrentar la posibilidad de reparar violaciones a los derechos humanos cometidos por empresas bajo su control, sean particulares o estatales, incluso cuando cometidas fuera de su territorio. La OC enfrenta el tema solo en materia ambiental, lo que claramente limita los avances, pero sigue siendo un paso importante para el tema de la extraterritorialidad fundamental en el enfoque de empresas y derechos humanos.

A pesar de todo, tanto en ámbito global como regional, los avances en la responsabilización de las empresas siguen siendo duramente criticados por algunos Estados y sociedad civil, especialmente del sur global, por sus contenidos de *soft law*. Para estos actores, estar enfrente a una norma de aplicación voluntaria -como los Principios Ruggie-, sigue siendo

A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9)...” Corte IDH, **Opinión Consultiva OC 21/14** (Derechos y Garantías de Niños y Niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional), 2014. Párrafo 31.

¹⁵⁶ Corte IDH, **Opinión Consultiva OC-23/17** (Medio Ambiente y Derechos Humanos), de 15 de noviembre de 2017. Párrafo 155.

depender de una buena voluntad empresarial. Así que las presiones por un instrumento vinculante fueron se fortaleciendo al largo del tiempo.

2.6 TRATADO INTERNACIONAL SOBRE EMPRESAS Y DD. HH

Las preocupaciones recurrentes de aquellos que expresan su apoyo a un tratado vinculante en empresas y derechos humanos han sido una implementación efectiva de las protecciones de derechos humanos en las actividades empresariales, mejor acceso a la justicia y el fin de la impunidad para las empresas violadoras¹⁵⁷.

Un posible tratado internacional sobre empresas y derechos humanos en las Naciones Unidas ya había sido tratado en otras ocasiones, pero resurge con fuerza en el Foro Regional sobre Empresas y Derechos Humanos, organizado por el Grupo de Trabajo de la ONU en Medellín, Colombia, en agosto de 2013. En el siguiente mes, después de este encuentro, Ecuador propuso un grupo de trabajo interestatal para negociar un tratado y la solicitud fue adoptada por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 26 de junio de 2014. Bolivia, Cuba, Sudáfrica y Venezuela se sumaron al pedido de Ecuador, al final, fueron 20 votos a favor, 14 en contra y 13 abstenciones.

Todos los Estados que votaron a favor fueron de África o Asia, a excepción de Rusia, Cuba y Venezuela. Los Estados opuestos incluían a todos los Estados europeos en el Consejo (excepto Rusia), más los Estados Unidos, Japón y la República de Corea. Las abstenciones incluyeron cuatro principales economías latinoamericanas (Brasil, México, Argentina y Perú), tres Estados africanos, tres Estados del Golfo y un Estado asiático¹⁵⁸.

Según Deva¹⁵⁹ el tratado de empresas y derechos humanos debe tener cuatro objetivos centrales. En primer lugar, el tratado debe preocuparse en una actuación conjunta entre los Estados, estableciendo un “plan de acción global”. En segundo lugar, el tratado debería abordar la asimetría existente entre los derechos y las obligaciones de las empresas, reconociendo las

¹⁵⁷ VARGAS, Claret. ¿Un tratado sobre empresas y derechos humanos? Un debate recurrente en un nuevo panorama de gobernanza. In: GARAVITO, César Rodríguez (Ed). **Empresas y derechos humanos en el siglo XXI: La Actividad Corporativa Bajo La Lupa, Entre Las Regulaciones Internacionales y La Acción de La Sociedad Civil**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, 167-190. p. 169.

¹⁵⁸ RAMASTRY, Anita. Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability. **Journal of Human Rights**, v. 14, n. 2, 237–259, 2015. p. 250.

¹⁵⁹ DEVA, Surya. **The Zero Draft of the Proposed Business and Human Rights Treaty, Part I: The Beginning of an End?**. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/en/the-zero-draft-of-the-proposed-business-and-human-rights-treaty-part-i-the-beginning-of-an-end>. Acceso en: 09 de octubre de 2018.

obligaciones legales de las empresas en materia de empresas y derechos humanos. En tercer lugar, es necesario buscar respuestas para los casos difíciles, donde no hay argumentos comerciales claros y el Estado no está dispuesto o no puede cumplir con su deber de proteger contra abusos a los derechos humanos por parte de actores privados. Y por fin, el tratado debería exigir a los Estados que eliminen las barreras bien documentadas a las que se enfrentan las víctimas para acceder a recursos efectivos y, a su vez, hacer que las empresas rindan cuentas por los abusos contra los derechos humanos.

Existe una enorme crítica sobre la viabilidad de un tratado sobre empresas y derechos humanos¹⁶⁰, esto porque las propias sesiones de discusión en las Naciones Unidas han dejado claro las dificultades para que el tratado pueda tener éxito en un corto plazo: debates extensos, difícil consenso entre actores con objetivos tan distintos, con temas jurídicos controvertidos y demasiado amplios. Igualmente, en este tipo de discusión siempre hay un riesgo de que las discusiones se transformen en un debate norte-sur, con pocos avances.

De igual manera, un documento que incluye dimensiones tan complejas tendría un grado de abstracción tan alto que podría carecer de sustancia¹⁶¹. Las múltiples herramientas, aunque el tratado logre éxitos en algún momento, continuarán siendo necesarias para un cierto nivel de efectividad regulatoria. Por esto, los procesos para la implantación de los PR, los acuerdos regionales, el desarrollo de estándares por sectores productivos, los NAP's y la modificación de la legislación interna, seguirán siendo iniciativas fundamentales que deberán caminar al lado de un posible instrumento jurídico vinculante porque ninguna tendrá la capacidad, de manera individual, de poner fin a las discusiones de responsabilidad de las empresas.

Mismo delante de las críticas, el Grupo de trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales en materia de derechos humanos¹⁶² empezó sus discusiones. Las dos primeras secciones del Grupo para la discusión del tratado se dedicaron a deliberaciones sobre el contenido, el alcance, la naturaleza y la forma del futuro instrumento internacional. En la tercera sesión se concluyó que un proyecto de instrumento vinculante debería ser presentado, por lo menos, cuatro meses antes de la cuarta sesión que ocurriría en octubre de 2018.

¹⁶⁰ Véase: CASSÉL, Douglas. Opciones para un tratado sobre empresas y derechos humanos: avances y estados del arte. In: von BOGDANDY, Armin. **Constitucionalismo transformador en América Latina y Derecho Económico Internacional**: de la tensión al diálogo. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 2018, 211-245. p. 218.; NOLAN, Justine. Business and Human Rights Treaty. In: BAUMANN-PAULY, Dorothée; NOLAN Justine (edit.). **Business and Human Rights**: From Principle to Practice, New York: Routledge, 2016, 70-73. p. 71.

¹⁶¹ RUGGIE, John Gerard. ¿Jerarquía o ecosistema? La regulación de los riesgos relativos a los derechos humanos provenientes de las empresas multinacionales. In: GARAVITO, César Rodríguez (Ed). **Empresas y derechos humanos en el siglo XXI**: La Actividad Corporativa Bajo La Lupa, Entre Las Regulaciones Internacionales y La Acción de La Sociedad Civil. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, 75-98. p. 93.

¹⁶² Creado por la Resolución 26/9 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Un borrador fue presentado en julio de 2018 para servir como base al empezar las negociaciones de la próxima sesión¹⁶³.

La cuarta sesión ocurrió en octubre del año 2018 con intensos debates sobre el borrador cero. Los debates, a pesar del borrador cero, estuvieron lejos de promover un consenso sobre la viabilidad de un tratado, mucho menos de su contenido.

Ese primer borrador avanzó en algunos puntos de cooperación entre los Estados, pero mantuvo la misma estructura de obligaciones indirectas (enfaticando una obligación primaria de los Estados frente a las violaciones de derechos humanos por parte de empresas en su territorio y jurisdicción – art. 1) para las empresas transnacionales o que tienen actividades transnacionales (art. 2 y art. 3.1), silenciando en cuanto a las acciones u omisiones de las empresas nacionales¹⁶⁴.

El alcance restringido a empresas transnacionales fue criticado por muchas delegaciones y organizaciones que sostuvieron que, en primer lugar, la estructura de la empresa no tenía importancia para las víctimas, segundo lugar, que muchas empresas transnacionales eran propietarias de empresas nacionales o tenían relaciones con empresas nacionales, dificultando las diferencias prácticas entre empresas nacionales y transnacionales¹⁶⁵.

El borrador estaba fuertemente centrado en la reparación de las víctimas (art. 2 y 8) y estableció que las acciones interpuestas deberían ocurrir en el Tribunal del Estado donde se produjeron los actos u omisiones que provocaron violaciones a los derechos humanos o en el Tribunal de Estado donde esté domiciliada la persona física o jurídica que supuestamente hayan cometidos los actos u omisiones (art. 5.1 a y b). Especialmente el artículo 5.1.b que pretendía hacer frente al hecho que de muchas empresas se sustraían de su responsabilidad aprovechando las distintas normas de jurisdicción estatales, fue también el más debatido, ya que podría permitir una jurisdicción extraterritorial.

¹⁶³ NACIONES UNIDAS, **Zero draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises**, de 16 de julio de 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>. Acceso e: 05 de septiembre 2018.

¹⁶⁴ “Underlining that all business enterprises, regardless of their size, sector, operational context, ownership and structure shall respect all human rights, including by avoiding causing or contributing to adverse human rights impacts through their own activities and addressing such impacts when they occur”. Article 1 – Preamble. NACIONES UNIDAS, **Zero draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises**, de 16 de julio de 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>. Acceso en: 05 de septiembre 2018

¹⁶⁵ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos sobre su cuarto período de sesiones**. A/HRC/40/48, 2 de enero de 2019. Párrafo 14.

El artículo 6 preveía la no prescripción de las violaciones que constituyan crímenes en virtud del derecho internacional, pero se discutió si el significado de la expresión “crímenes” sería el descrito en el Estatuto de Roma (de tal modo que la referencia sería innecesaria) u otro concepto. El artículo 6, preocupado con el acceso a las víctimas, establecía que las disposiciones nacionales sobre prescripción de otros tipos de violaciones no deberían ser excesivamente restrictas y con plazo adecuado para la investigación y enjuiciamiento de la violación. Los negociadores también discutieron como aclarar términos como excesivamente restrictas y plazo adecuado, que son siempre un desafío normativo.

El artículo 13, párrafos 6 y 7, trató de la conformidad del tratado con el derecho internacional, e hizo referencia a un punto crucial para los avances en la materia de empresas y derechos humanos, que son los acuerdos de comercio e inversión, estableciendo que:

Los Estados Partes coinciden en que los acuerdos de comercio e inversión, tanto existentes como futuros, se interpreten de la manera menos restrictiva posible en cuanto a su capacidad de respetar y hacer respetar sus obligaciones en virtud de la presente Convención, independientemente de otras normas contradictorias de resolución de conflictos derivadas del derecho internacional consuetudinario o de acuerdos de comercio e inversión existentes¹⁶⁶.

Según el informe de la cuarta sesión, algunos Estados y organizaciones insistieron que el texto fuera más estricto y enunciaron expresamente la primacía de los derechos humanos sobre los acuerdos de comercio e inversión, al mismo tiempo que otras delegaciones advirtieron el riesgo de crearse una jerarquía inaceptable en el derecho internacional¹⁶⁷.

El artículo 9 estaba centrado en el tema de la prevención y debida diligencia e imponía a los Estados la necesidad de crear procedimientos nacionales efectivos para hacer cumplir las obligaciones de debida diligencia y que el incumplimiento de estas obligaciones dará lugar a las responsabilidades e indemnizaciones correspondientes.

El primer borrador, de igual forma, estableció la constitución de un comité que tendrá las funciones de formular observaciones generales sobre la aplicación e interpretación del tratado y apoyar los Estados para garantizar la aplicación de la Convención, entre otras. Terminaba reafirmando la necesidad de que los Estados adopten las medidas legislativas,

¹⁶⁶ NACIONES UNIDAS, **Zero draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises**, de 16 de julio de 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>. Acceso en: 05 de septiembre 2018

¹⁶⁷ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos sobre su cuarto período de sesiones**. A/HRC/40/48, 2 de enero de 2019. Párrafo 51.

administrativas o de otra índole, incluido mecanismos de supervisión, necesarias al cumplimiento de la Convención.

La quinta y última sesión hasta la fecha de hoy ocurrió en los días 14 a 18 de octubre de 2019 donde se discutió el proyecto revisado lanzado el 16 de julio del mismo año. El primer gran avance del nuevo texto fue abarcar todas las empresas, superando la centralidad en las empresas transnacionales duramente criticada en el borrador cero. Artículo 3.1: “Este (tratado jurídicamente vinculante) se aplicará, a menos que se indique lo contrario, a todas las actividades empresariales, incluyendo en especial, pero no limitadas a las de carácter transnacional”¹⁶⁸.

El preámbulo del borrador revisado reconoce el papel de los Principios Rectores al utilizar un lenguaje más próximo de los principios de las Naciones Unidas y avanza en relación a la responsabilidad legal con una redacción más clara en relación al deber de prevención, pasando a exigir de los Estados que legislación nacional contemple la responsabilidad de las empresas por su falla en evitar que otra persona natural o jurídica, con la que tenga una relación contractual, cause daño a terceras partes, cuando se controle o supervise suficientemente la respectiva actividad causante del daño. Las empresas deberían prever o deberían haber previsto el riesgo de violaciones de derechos humanos o abusos en la realización de actividades empresariales, incluyendo las de carácter transnacional, independientemente del lugar donde se realiza la actividad. En el artículo 6.7 ofrece un listado novedoso y detallado de los crímenes en relación con los que los Estados deben garantizar mecanismos de responsabilidad civil, administrativa o penal para las empresas¹⁶⁹.

¹⁶⁸ NACIONES UNIDAS, **Legally Binding Instrument to regulate, in International Human Rights Law, the activities of transnational Corporations and other business enterprises**, de 16 de julio de 2019. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf Acceso en 29 de octubre de 2019.

¹⁶⁹ Artículo 6.7: “Subject to their domestic law, State Parties shall ensure that their domestic legislation provides for criminal, civil, or administrative liability of legal persons for the following criminal offences: a. War crimes, crimes against humanity and genocide as defined in articles 6, 7 and 8 of the Rome Statute for the International Criminal Court; b. Torture, cruel, inhuman or degrading treatment, as defined in article 1 of the UN Convention against Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; c. enforced disappearance, as defined in articles 7 and 25 of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance; d. extrajudicial execution, as defined in Principle 1 of the Principles on the Effective Prevention and Investigation of Extra-Legal, Arbitrary and Summary Executions; e. Forced labour as defined in article 2.1 of the ILO Forced Labour Convention 1930 and article 1 of the Abolition of Forced Labour Convention 1957; f. The use of child soldiers, as defined in article 3 of the Convention on the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour 1999 g. Forced eviction, as defined in the Basic Principles and Guidelines on Development based evictions and displacement; h. slavery and slavery-like offences; i. Forced displacement of people; j. Human trafficking, including sexual exploitation; k. Sexual and gender-based violence”. NACIONES UNIDAS, **Legally Binding Instrument to regulate, in International Human Rights Law, the activities of transnational Corporations and other business enterprises**, de 16 de julio de 2019. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf Acceso en 29 de octubre de 2019.

El borrador revisado también incorporó disposiciones relacionadas con la asistencia legal recíproca y la cooperación internacional para garantizar una implementación futura efectiva del tratado (art. 10 y 11).

Se argumenta, sin embargo, que la permanencia en la responsabilidad primaria de los Estados en proteger los derechos humanos, con la no inclusión de obligaciones directas a las empresas y la ausencia de una afirmación expresa de la primacía de los derechos humanos respecto de los acuerdos de comercio e inversión es incapaz de alterar el *statu quo* del derecho internacional¹⁷⁰.

Solo las próximas sesiones podrán decidir el rumbo de las negaciones y de los avances, nos parece, sin embargo, que un tratado jamás logrará cerrar todas las brechas en materia de empresas y derechos humanos, así mismo que el desarrollo de las demás herramientas de responsabilización sigue siendo totalmente necesario. “Hence opting for mandatory approaches is not a statement against complementary voluntary initiatives; we do not have to decide for one or the other. Rather, we need to decide what should be the right mix between the two.”¹⁷¹

Es más, no solo es necesario el desarrollo de todas las herramientas posibles, como es necesario reconocer que tanto los PR como un posible tratado hacen referencia a todas las empresas que pueden violar todos los derechos reconocidos internacionalmente, que les impone una característica inevitable de generalidad. Siempre serán necesarios desarrollar estándares para cada sector que, en razón de sus especificidades, tendrán retos y objetivos distintos.¹⁷²

Justo por una necesidad imperiosa de un enfoque por sectores, que la tesis pasa a enfocarse en los impactos que las empresas de Internet, más específicamente en los llamados intermediarios, causan en los derechos humanos.

¹⁷⁰ SOLÉ, Antoni Pigrau; MÁRQUEZ, Daniel Iglesias. La versión revisada del Borrador del Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos: hacia la siguiente ronda de negociaciones. **Policy Paper**, ICIP, n. 19, oct 2019, 1-8. p. 2.

¹⁷¹ WETTSTEIN, Florian. **Multinational Corporations and Global Justice: Human Rights Obligations of a Quasi-Governmental Institution**. Reino Unido: Stanford University Press, 2009, p. 347.

¹⁷² NOLAN, Justine. Business and Human Rights Treaty. In: BAUMANN-PAULY, Dorothée; NOLAN Justine (ed). **Business and Human Rights: From Principle to Practice**. Nueva York: Routledge, 2016, 70-73. p. 72.

3 INTERMEDIARIOS DE INTERNET Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Las empresas del sector de Internet¹⁷³, así como empresas de cualquier sector, impactan o poseen potencial de impactar todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Si bien, exactamente por las actividades que desarrollan dichas empresas, suelen estar más involucradas en violaciones a la privacidad y a la libertad de expresión.

La Declaración Conjunta de las Relatorías Internacionales para la Libertad de Expresión de 2019 reconoce expresamente que uno de los desafíos para la libertad de expresión en la próxima década es justamente el control privado a la libertad de expresión¹⁷⁴. Esto porque “una característica transformativa del entorno de las comunicaciones digitales es el poder de las empresas privadas y, particularmente, de las redes sociales, las plataformas de búsqueda y otros intermediarios, sobre las comunicaciones, con un enorme poder concentrado en unas pocas empresas”¹⁷⁵.

Internet ha sido creada para ser un medio para la libertad, donde los gobiernos podían hacer muy poco para controlar los flujos de comunicación y donde la libertad de expresión podía extenderse en todo planeta sin depender de los medios de comunicación en masa. La promesa de Internet era una comunicación accesible a todos, sin barreras y sin interferencias de cualquier índole¹⁷⁶.

¹⁷³ “In the broad sense, the Internet is a complex entity that includes the hardware and software technical infrastructure, the applications, and the content that is communicated or generated using those applications. In the broad sense, the Internet includes millions of computers running a myriad of applications generating, manipulating, and retrieving a vast array of information. More concretely, the Internet in the broad sense includes the personal computer used to write this chapter, fibreoptic cable, routers, servers, web-browsers, Google, Yahoo!, MySpace, YouTube, the online edition of The New York Times, millions of weblogs, tens of millions of Internet-enabled mobile phones, and billions of email messages. In the broad sense, the Internet interpenetrates a wide array of ordinary human life—commerce, communications, entertainment, intimate interpersonal relationships, and a host of other activities increasingly occur in and through the Internet”. SOLUM, Lawrence B. *Models of Internet Governance. Illinois Public Law Research Paper*, n. 07-25; sept, 2008, 47-91. p. 49.

¹⁷⁴ Relator Especial das Nações Unidas (ONU) para a Liberdade de Opinião e Expressão, o Representante da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) para o Liberdade dos meios de comunicação, o relator especial da Organização dos Estados Americanos (OEA) para a Liberdade de Expressão e o Relator Especial sobre Liberdade de Expressão e Acesso à Informação da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP), **Declaração Conjunta**: Desafios para a liberdade de expressão na próxima década, de 10 de julio de 2019.

¹⁷⁵ Relator Especial das Nações Unidas (ONU) para a Liberdade de Opinião e Expressão, o Representante da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) para o Liberdade dos meios de comunicação, o relator especial da Organização dos Estados Americanos (OEA) para a Liberdade de Expressão e o Relator Especial sobre Liberdade de Expressão e Acesso à Informação da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP), **Declaração Conjunta**: Desafios para a liberdade de expressão na próxima década, de 10 de julio de 2019.

¹⁷⁶ DALY, Angela. **Private Power, Online Information Flows and EU Law**: Mind the Gap, Reino Unido: Hart Publishing, 2016. p. 18.

Este paradigma de la libertad estaba basado en fundamentos tanto tecnológicos —el diseño intencional de sus creadores originales estaba basada en la conexión informática en red sin restricciones sobre protocolos que interpretan la censura como un fallo técnico—, como institucionales, desarrollada inicialmente en los Estados Unidos de América, Internet se situaba bajo el amparo de la protección constitucional de la libertad de expresión¹⁷⁷.

Para Lessig, en la parte superior de esta lista de protectores de la libertad de expresión en el inicio del ciberespacio está la arquitectura de Internet. Un anonimato relativo, distribución descentralizada, múltiples puntos de acceso, ningún vínculo necesario con la geografía, ningún sistema para identificar herramientas de contenido de cifrado: todas estas características y consecuencias del protocolo de Internet dificultaban el control de lo que era dicho en el ciberespacio (“*First Amendment in cyberspace*”)¹⁷⁸.

Lessig, no obstante, va más adelante y afirma que si Internet en su inicio había violado los muros de control, no hay razón para creer que los arquitectos de hoy harían lo mismo y que ese destello inicial de libertad no sería de corta duración. “We can already see the beginnings of this reconstruction. The architecture is being remade to re-regulate what real-space architecture before made regulable. Already the Net is changing from free to controlled space¹⁷⁹.”

De hecho, no tardó para percibirnos que el espacio *online* no era así tan libre y que la red poco a poco fue cambiando de un espacio sin control a un espacio controlado. Tanto Estados como empresas actualmente restringen ese espacio de libertad a través del bloqueo¹⁸⁰, filtros, eliminación de contenidos, medidas técnicas que impiden el acceso a determinados contenidos, inadecuada protección a los datos y a la privacidad, impactando seriamente la libertad de expresión en línea. La propiedad y el acceso a Internet pasaron a ser el principal caballo de batalla por la libertad misma. El Internet de hoy requiere actores poderosos e identificables que vigilen sus propias plataformas y proporcionen las claves para que los gobiernos también los vigilen¹⁸¹.

¹⁷⁷ CASTELLS, Manuel. **La Galáxia Internet**. Barcelona: Aterá, 2001.p. 193

¹⁷⁸ LESSIG, Lawrence. **Code: And Other Laws of Cyberspace**, Version 2.0. NY, Basic Books, 2006. p. 236

¹⁷⁹ LESSIG, Lawrence. **Code: And Other Laws of Cyberspace**, Version 2.0. NY, Basic Books, 2006. p. 237

¹⁸⁰“Se entiende por bloqueo toda medida adoptada para impedir que determinados contenidos lleguen a un usuario final. Son ejemplos de ello impedir a los usuarios el acceso a determinados sitios web, direcciones del Protocolo Internet (IP) o extensiones de nombres de dominio, eliminar sitios web del servidor de web en los que están alojados o usar tecnologías de filtrado para que no aparezcan páginas que contengan determinadas palabras clave u otro contenido concreto”. NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue**. A/HRC/17/27 de 16 de mayo de 2011. Párrafo 29.

¹⁸¹ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p.13.

En algunos casos, analizados en seguida, o que se puede constatar son situaciones donde los Estados se utilizan de las empresas, y de ordenamientos internos poco protectores, para violar los derechos a privacidad y la libertad de expresión en línea. Como apunta los PR, para las empresas, mismo Estados violadores de derechos humanos y con ordenamientos jurídicos débiles no pueden ser excusas para la actuación irresponsable de los actores privados.

Por otra parte, las violaciones a los derechos humanos en Internet pueden darse por la actuación directa de las empresas, a través de sus propias reglas, términos de servicios y políticas internas. Según el relator para la libertad de expresión de Naciones Unidas, esto ocurre porque pocas empresas de Internet operan no con base en los derechos humanos y deberían tener en cuenta que los PR, aún que no vinculantes, establecen normas de conducta mundial para las empresas cualquier que sea el lugar donde realicen sus actividades¹⁸².

¿Quién vigila el discurso en línea? ¿Quién garantiza la protección de los derechos individuales en internet? ¿Quién hace las reglas que rigen la expresión en línea? ¿Quién los hace cumplir? ¿Quién juzga las disputas relacionadas con su aplicación? ¿Las empresas? ¿Gobiernos nacionales? ¿La Comisión Europea? ¿Alguna combinación de ellos? Para David Kaye, estas preguntas son urgentes para las sociedades democráticas debido a algunas realidades obvias: las plataformas en línea se han convertido en espacios abiertos para el debate público y privado; el odio se está extendiendo a través de la red; la incitación a la violencia y la discriminación parecen fluir por todos los espacios; y la red se ha convertido en una zona altamente exitosa y rentable para la desinformación, la interferencia electoral y la propaganda¹⁸³.

Uno de los rasgos singulares de Internet es justo la manera como se ejerce el derecho a la libertad de expresión en línea, por su amplio aspecto de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, el ejercicio del derecho a la libertad depende en gran medida de la forma como actúan las empresas privadas, los llamados intermediarios de Internet.

Intermediario puede ser cualquier entidad que permita la comunicación o información de una parte a otra¹⁸⁴. Para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, los intermediarios de Internet reúnen o facilitan las transacciones entre terceros en Internet. Ellos permiten que, los contenidos, productos y servicios originados por terceros, sean accedidos,

¹⁸² NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 10.

¹⁸³ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports. p.14.

¹⁸⁴ COTTER, Thomas F. Some Observations on the Law and Economics of Intermediaries. **Michigan State Law Review**, v. 1, oct., 2005, 1-16. p. 2.

alojados, transmitidos o indexados en Internet, o proporcionan servicios basados en Internet a terceros¹⁸⁵.

Son intermediarios de Internet, de esta forma, desde los proveedores de servicios de Internet (ISPs del inglés, *Internet Access and Service Providers*), los proveedores de procesamiento de datos y alojamiento web, incluidos los registradores de nombres de dominio, los motores de búsqueda y portales, hasta los servicios de blogs y plataformas de comunidades en línea.

Lo más importante es notar que la definición de intermediario explícitamente excluye los productores de contenidos¹⁸⁶. En otras palabras, en esta visión, los editores y otros medios que crean y difunden contenido original no son intermediarios. Para fin de estas tesis serán considerados intermediarios todos los servicios y plataformas que alojan, dan acceso, indexan o facilitan la transmisión y el intercambio de contenido creado por otros¹⁸⁷.

En muchos momentos nos centremos en las grandes plataformas estadounidenses (Facebook, Google, Twitter, Youtube) esto porque, como afirma Kaye, los gigantes de la plataforma de hoy se han convertido en instituciones de gobierno completas, con reglas generalizadas y características burocráticas de aplicación y han luchado por descubrir cómo controlar el contenido¹⁸⁸. A menudo o la defensiva, su modelo de negocio implica adquirir contenido de los usuarios y comercializar lo que aprenden a anunciantes externos, sus políticas de contenido y su vigilancia de contenido son casi imposibles de separar de sus intereses económicos¹⁸⁹.

En la medida que la importancia económica y el poder de los intermediarios de Internet ha crecido, se ha tratado de identificar cual es el impacto de estos actores privados en los derechos humanos, especialmente en la libertad de expresión. Por un lado, estos actores contribuyen mucho para la protección de los derechos humanos y para la promoción a la libertad de expresión. Esto porque:

¹⁸⁵ “‘Internet intermediaries’ bring together or facilitate transactions between third parties on the Internet. They give access to, host, transmit and index content, products and services originated by third parties on the Internet or provide Internet-based services to third parties.” OCDE, **The Economic and Social Role of Internet Intermediaries**, abril de 2010. Disponible en: <https://www.oecd.org/internet/ieconomy/44949023.pdf>. Acceso en: 10 de octubre de 2018.

¹⁸⁶ OCDE, **The Economic and Social Role of Internet Intermediaries**, abril de 2010. Disponible en: <https://www.oecd.org/internet/ieconomy/44949023.pdf>. Acceso en: 10 de octubre de 2018. p. 10.

¹⁸⁷ MACKINNON, Rebeca, *et al.* **Fostering Freedom Online: The role of intermediaries**. Paris: Unesco Publishing, 2014. p. 21.

¹⁸⁸ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports. p.16.

¹⁸⁹ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports. p.17.

Internet se ha convertido en un medio de comunicación vital para que las personas puedan ejercer su derecho a la libertad de expresión o el derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, como se garantiza en los artículos 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Internet, a diferencia de cualquier otro medio de comunicación anterior, permite a las personas comunicarse instantáneamente y a bajo costo, y sus repercusiones en el intercambio y el acceso a la información y a las ideas, y en el propio periodismo, son impresionantes¹⁹⁰.

Hay un gran número de activistas políticos, periodistas independientes, que usan Internet como canal de difusión de información. Es posible que muchas carecen de credibilidad, justo por el carácter abierto de la red, pero muchas informaciones relevantes jamás habrían alcanzado en mismo nivel de difusión se si hubiera divulgado en los medios tradicionales¹⁹¹.

Internet no es solo un instrumento sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión, como permite el ejercicio de otros derechos humanos, como los derechos a educación, acceso a los bienes culturales, gozar de los beneficios del progreso científico, con claro impactos en los derechos económicos, sociales y culturales¹⁹².

Sin embargo, de otra parte, los mismos intermediarios de Internet que poseen este potencial gigante para promover y proteger la libertad de expresión, en algunos momentos están involucradas en situaciones de vigilancia e intervenciones en las comunicaciones privadas, escándalos de venta de datos privados, limitación al acceso a la información y restricciones de contenidos legítimos, individualmente o en colaboración con los Estados¹⁹³.

El control privado sobre los discursos públicos preocupa tanto gobiernos democráticos como autoritarios¹⁹⁴. Los autoritarios carecen de restricciones de responsabilidad legal para mantenerlos bajo control y quieren que las plataformas bloqueen las críticas del gobierno y los informes básicos de cosas como la corrupción y el terrorismo. Los gobiernos democráticos quieren cumplir con su función pública de vigilancia e intentan hacer con que las grandes empresas detengan el discurso de odio, el contenido terrorista, la desinformación, el abuso sexual infantil, la interferencia de la privacidad y la manipulación política.

Si bien esto es legítimo, en la práctica, según Kaye, los intentos de regulación están aumentando paradójicamente el poder corporativo, el poder corporativo estadounidense más

¹⁹⁰ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/66/290 de 10 de agosto de 2011. Párrafo 10.

¹⁹¹ CASTELLS, Manuel. **La Galáxia Internet**. Barcelos: Aterá, 2001. p. 201.

¹⁹² CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de Expresión y Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 de 31 diciembre 2013. Párrafo 75.

¹⁹³ NOLAN, Justine. Business and Human Rights in context. In: BAUMANN-PAULY, Dorothée; NOLAN Justine (Ed.). **Business and Human Rights: From Principle to Practice**. Nueva York: Routledge, 2016, 2-10. p. 17.

¹⁹⁴ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports. p.18.

específicamente, para estar a cargo de todos los foros públicos mundiales. Los gobiernos no han querido o no han podido pensar creativamente sobre cómo alentar el cumplimiento de los derechos de los usuarios y como supervisar el comportamiento corporativo; en cambio, dejan que las empresas hagan cumplir las reglas y a menudo censuren los discursos en Internet¹⁹⁵.

Conscientes de los problemas involucrando el sector, de manera colectiva o individual, muchos intermediarios de Internet han desarrollado iniciativas para avanzar en la protección de los derechos humanos y evitar violaciones a la libertad de expresión. Entre las distintas iniciativas colectivas, destacase la *Global Networking Initiative* formada por empresas como Facebook, Google, LinkedIn, Microsoft y Yahoo, en conjunto con inversionistas, universidades, sociedad civil, grupos de protección de derechos humanos, con el objetivo de proteger y promover la libertad de expresión en el sector¹⁹⁶. La iniciativa global se rige por un conjunto de seis principios¹⁹⁷ que procuran proteger y promover la libertad de expresión y la privacidad en la industria de Tecnologías de Información y Comunicaciones.

En el preámbulo y en el principio dedicado a la libertad de expresión el sector reconoce tan solo la necesidad de “evitar o minimizar el impacto de las restricciones gubernamentales sobre la libertad de expresión” y si las leyes, regulaciones y políticas nacionales donde actúan no cumplen con los estándares internacionales, las empresas “deben evitar, minimizar o de otro modo abordar el impacto adverso de las demandas, leyes o regulaciones gubernamentales”. El texto silencia sobre las afectaciones a la libertad de expresión en razón de las actuaciones de las propias empresas y es bastante tímido cuanto a la responsabilidad empresarial en un escenario nacional de menor protección de los derechos humanos.

El guía la *Global Networking Initiative* para la implementación de estos principios exige una constante debida diligencia para identificar, prevenir, evaluar, mitigar y dar cuenta de los riesgos para la libertad de expresión y la privacidad, que sea deferente a los problemas apuntados por los países, los grupos de derechos humanos, gobiernos y organismos internacionales. Cuanto a la solicitud de gobiernos para restringir comunicaciones, eliminar contenido o acceder a información personal, las empresas participantes deben solicitar comunicaciones por escrito que expliquen la base legal de las restricciones y las demandas gubernamentales, con la identificación de la entidad gubernamental que lo solicita, el cargo y

¹⁹⁵ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports. p.19.

¹⁹⁶ Disponible en: <https://globalnetworkinitiative.org/>. Acceso en: 10 de enero de 2017.

¹⁹⁷ GLOBAL NETWORK INITIATIVE, **GNI Principios de libertad de expresión y privacidad**. Disponible en: <https://globalnetworkinitiative.org/wp-content/uploads/2018/03/GNI-Principles-SP.pdf>. Acceso en: 10 de enero de 2017.

la firma del funcionario autorizado y, en caso de una restricción excesivamente amplia, pueden objetar el gobierno en los tribunales nacionales¹⁹⁸.

El guía desarrolla un punto importante en cuanto a las comunicaciones con los usuarios y exige total transparencia en las informaciones sobre los procedimientos, justificativas y notificación de los usuarios en caso de demandas gubernamentales para limitar el acceso de contenido, restringir las comunicaciones o entregar información personal. A pesar de ello, de la misma forma, no hace mención sobre la transparencia de sus propias reglas y políticas que pueden impactar la libertad de expresión y la privacidad.

Es cierto que iniciativas como esta de autorregulación pueden ser una de las estrategias para el enfrentamiento de las violaciones a la libertad de expresión en línea, pero seguramente no pueden ser las únicas y no afrontan todos los problemas del sector¹⁹⁹.

Para una mejor comprensión del escenario en que actúan y los riesgos que las actividades de los intermediarios causan a la libertad de expresión, es preciso considerar ciertas características tanto de los intermediarios como del mercado en que están sometidos.

3.1 LOS RASGOS DE LAS ACTIVIDADES DE LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET Y LOS IMPACTOS EN LOS DERECHOS HUMANOS

En primer lugar, las actividades de los intermediarios de Internet, mucho más que otras actividades empresariales, afectan de manera muy directa, positiva o negativamente, el usuario final de Internet²⁰⁰. Sea exponiendo abusos de derechos humanos en línea, sea utilizando Internet como plataforma para discursos políticos, o teniendo sus derechos a privacidad violados, el usuario final será profundamente impactado por la forma como los intermediarios asumen sus responsabilidades en proteger los derechos humanos.

¹⁹⁸GLOBAL NETWORK INITIATIVE, **Implementation Guidelines**. Disponible en: <https://globalnetworkinitiative.org/wp-content/uploads/2018/03/GNI-Implementation-Guidelines-SP.pdf>. Acceso en: 10 de enero de 2017.

¹⁹⁹ SANTANA, Anna Luisa Walter; PAMPLONA, Danielle Anne. Empresas de Tecnologia e Direitos Humanos, avanços e diagnósticos do setor. In: GOMES, Eduardo Biacchi; PAMPLONA, Danielle Anne, FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos sob a perspectiva global**: Estudos em homenagem a Flávia Piovesan. Curitiba: Instituto Memória, 2017, 371-398. p. 393.

²⁰⁰ HOPE, Dunstan Alison. **Protecting Human Rights in the Digital Age**: Understanding Evolving Freedom of Expression and Privacy Risks in the Information and Communications Technology Industry. BSR, 2011. Disponible en: https://www.bsr.org/reports/BSR_Protecting_Human_Rights_in_the_Digital_Age.pdf. Acceso en: 7 de febrero de 2018. p. 8.

Las restricciones a la libertad de expresión en Internet afectan un número muy significativo de personas en todo el mundo y al mismo tiempo, sin ninguna consideración de frontera. “Por ejemplo, la vigilancia de un solo punto de intercambio de Internet en los Estados Unidos puede captar grandes corrientes de comunicaciones entre estadounidenses y extranjeros, e incluso algunas únicamente entre extranjeros. Del mismo modo, las vulnerabilidades de seguridad en el diseño de las redes afectan a todos los usuarios que dependen de la red comprometida para el acceso digital, incluidos los usuarios situados lejos de la red”²⁰¹. Por esa razón, la debida diligencia para la identificación de los riesgos de la actividad debe concentrarse en esta característica de Internet e ir más allá de los efectos en los mercados donde operan.

El segundo rasgo está relacionado con los marcos legales, esto porque los procesos regulatorios se mueven de manera más lenta que el desarrollo de las nuevas tecnologías, productos y servicios ofrecidos por los intermediarios. De igual manera, en algunas situaciones es la propia regulación estatal a que están sujetos los intermediarios que impacta los derechos humanos²⁰².

No obstante, el Sistema Universal reconoce que las empresas del sector privado, por respeto a los Principios Rectores, necesitan considerar el contexto en que actúan, inclusive de manera independiente de las obligaciones de los Estados. Es necesario tener en cuenta que el sector privado de acceso digital, según las Naciones Unidas, suministran un bien público y “dado que las redes de propiedad privada son indispensables para el ejercicio de la libertad de expresión contemporánea, sus operadores también asumen funciones sociales y públicas esenciales”²⁰³ y, por esto, deben proteger la libertad de expresión en todos los contextos.

Independiente de los intermediarios actuaren en contextos legales domésticos con restricciones incompatibles con los estándares internacionales y/o en Estados que fallan en proteger el derecho a la libertad de expresión, deben asumir la responsabilidad de respetar los derechos en línea reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos²⁰⁴. La

²⁰¹ NACIONES UNIDAS Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/35/22 de 30 de marzo de 2017. Párrafo 48.

²⁰² HOPE, Dunstan Alison. **Protecting Human Rights in the Digital Age: Understanding Evolving Freedom of Expression and Privacy Risks in the Information and Communications Technology Industry**. BSR, 2011. Disponible en: https://www.bsr.org/reports/BSR_Protecting_Human_Rights_in_the_Digital_Age.pdf. Acceso en: 7 de febrero de 2018. p. 10.

²⁰³ NACIONES UNIDAS Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/35/22 de 30 de marzo de 2017. Párrafo 47.

²⁰⁴ COMISSION EUROPEA, **ICT Sector Guide on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights**, 2011. Disponible en: <https://www.ihrb.org/pdf/eu-sector-guidance/EC-Guides/ICT/EC-Guide ICT.pdf>. Acceso en: 30 de octubre de 2017. p. 22.

responsabilidad de respetar derechos humanos se aplica a empresas de todo el mundo, de los tamaños, independiente de la ubicación de los usuarios y si el Estado cumple con su obligación de respetar y proteger los derechos humanos²⁰⁵.

Adicionalmente, es importante considerar que los intermediarios ejercen funciones bastante distintas, bajo diseños muy distintos²⁰⁶. Así que algunos tipos de intermediarios, como los proveedores de servicio de Internet²⁰⁷, por precisaren estar físicamente en un país para operar, están más afectadas a las leyes, regulaciones y acciones gubernamentales de los países donde operan. Por otro lado, motores de búsqueda y redes sociales, no necesariamente tienen que ubicar al personal, los equipos u otros recursos físicos en la misma área geográfica en la que los usuarios intentan acceder a sus servicios, y esto los permite minimizar el control de los Estados donde actúan, basándose más en las reglas de los Estados donde tienen su sede central²⁰⁸. Las relaciones de poder entre Estados y las empresas de Internet, a depender del tipo de intermediario que estamos tratando, es bastante distinta.

El tercer rasgo distintivo se refiere a la complejidad jurisdiccional²⁰⁹. Aunque todos los Estados fueran los más conscientes en términos de protección a la libertad de expresión, los intermediarios de Internet actúan globalmente, bajo leyes y reglamentaciones estatales distintas²¹⁰. Para la libertad de expresión este es un tema clave. Los intermediarios operan en regiones y países que permiten niveles muy distintos de restricciones a la libertad de expresión. El tema será más desarrollado en momento oportuno, más claramente el Sistema Interamericano

²⁰⁵ NACIONES UNIDAS, Consejo de derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye**. A/HRC/29/32 de 22 de mayo de 2015. Párrafo 28.

²⁰⁶ “They also have different technical architectures. For example, internet service providers (ISPs) connect a user’s device, whether it is a laptop, a mobile phone or something else, to the network of networks known as the internet. Once a user is connected to the internet, web hosting providers and domain registrars and registries, in turn, make it possible for websites to be published and to be accessed online. Search engines make a portion of the World Wide Web accessible by allowing individuals to search their database. Search engines are often an essential go-between between websites and internet users. Social networks connect individual internet users by allowing them to exchange text, photos, videos, as well as by allowing them to post content to their network of contacts, or to the public at large”. MACKINNON, Rebeca, *et al.* **Fostering Freedom Online: The role of intermediaries**. Paris: Unesco Publishing, 2014, p. 22.

²⁰⁷ Del inglés: Internet Service Providers.

²⁰⁸ MACKINNON, Rebeca, *et al.* **Fostering Freedom Online: The role of intermediaries**. Paris: Unesco Publishing, 2014, p. 21.

²⁰⁹ HOPE, Dunstan Alison. **Protecting Human Rights in the Digital Age: Understanding Evolving Freedom of Expression and Privacy Risks in the Information and Communications Technology Industry**. BSR, 2011. Disponible en: https://www.bsr.org/reports/BSR_Protecting_Human_Rights_in_the_Digital_Age.pdf. Acceso en: 7 de febrero de 2018. p. 11

²¹⁰ “The position of internet intermediaries in relation to states and to international human rights standards is complicated: Internet intermediaries often operate across a variety of jurisdictions, and states expect them to comply with national laws that in turn align in varying degrees with international human rights norms”. MACKINNON, Rebeca, *et al.* **Fostering Freedom Online: The role of intermediaries**. Paris: Unesco Publishing, 2014, p. 15.

es el más protector con relación a la libertad de expresión y los intermediarios deben adecuarse a los estándares regionales cuando actúen en la región o afecten personas en la región.

La gobernanza en Internet, entendida como un ecosistema de instituciones, leyes, reglas privadas y políticas públicas²¹¹, es un complejo sistema de intereses muy distintos y no debe estar limitada a las instituciones que gobiernan la infraestructura técnica y la arquitectura de la red, más debe incidir en los problemas más amplios que están implicados por las formas en que Internet transforma las preguntas políticas²¹².

De esta forma es fundamental que las investigaciones sobre la gobernanza en Internet se centren en la relación entre infraestructura técnica y la arquitectura de Internet y el impacto de Internet en cuestiones de política amplia (nexo entre la arquitectura de Internet y la política social²¹³)

La cuarta característica peculiar se relaciona con la propia complejidad tecnológica que manejan los intermediarios, creando riesgos y oportunidades imprevisibles²¹⁴. En marzo de 2019, un asesino utilizó el sistema de *streaming* de Facebook para retransmitir en directo un atentado a mezquitas en Nueva Zelanda. El video con la secuencia de asesinatos inmediatamente saltó de Facebook a otras redes sociales y se hizo un viral sin precedentes. Las empresas se apresuraron en eliminar todo el contenido relacionado a las masacres, mas no fueron rival para la velocidad de los usuarios en difundir el contenido. Según un funcionario del YouTube, una equipo trabajó exclusivamente intentando identificar y eliminar los videos, más muchas veces fueron sorprendidos pela modificación de los videos de tal forma que los sistemas de detección de la compañía no los identificaba²¹⁵.

A pesar de los esfuerzos de las compañías claramente la propia tecnología puede crear situaciones poco previsibles y las propias empresas reconocen sus debilidades para administrar los enormes volúmenes de contenido generado por los usuarios. Casos como esos reflejan no

²¹¹ DENARDIS, Laura; MUSIOANI, Francesca. **Governance by Infrastructure**: Introduction, 'The Turn to Infrastructure in Internet Governance', sept, 2014. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2730689>. Acceso en: 9 de marzo de 2018.

²¹² SOLUM, Lawrence B. Models of Internet Governance. **Illinois Public Law Research Paper**, n. 07-25; sept, 2008, 47-91. p. 52.

²¹³ SOLUM, Lawrence B. Models of Internet Governance. **Illinois Public Law Research Paper**, n. 07-25; sept, 2008, 47-91. p. 52.

²¹⁴ HOPE, Dunstan Alison. **Protecting Human Rights in the Digital Age**: Understanding Evolving Freedom of Expression and Privacy Risks in the Information and Communications Technology Industry. BSR, 2011. Disponible en: https://www.bsr.org/reports/BSR_Protecting_Human_Rights_in_the_Digital_Age.pdf. Acceso en: 7 de febrero de 2018. p. 18.

²¹⁵ DWOSKIN, Elizabeth; TIMBERG, Craig. Inside YouTube's struggles to shut down video of the New Zealand shooting — and the humans who outsmarted its systems, **The Washington Post**, 18 de marzo 2019, sección tecnología. Disponible en: https://www.washingtonpost.com/technology/2019/03/18/inside-youtubes-struggles-shut-down-video-new-zealand-shooting-humans-who-outsmarted-its-systems/?utm_term=.b69645c9fc77#click=https://t.co/sBRgUhDjaY. Acceso en: 2 de julio de 2018.

solo los riesgos incalculables que las nuevas tecnologías pueden generar como expone los límites de la propia tecnología para controlar situaciones extremadas.

El último rasgo, que es relevante para la forma como los intermediarios impactan en los derechos humanos, es las cercanas relaciones establecidas con los Estados. Este es un sector que suele rediseñar e innovar sus productos y servicios para atender las necesidades de sus grandes consumidores, que muchas veces son Estados, que irán utilizar sus servicios y desarrollo tecnológico para una variedad de propósitos, bueno y malos (*“dual use” dilemma*)²¹⁶.

Mismo en una realidad compleja, de distintas formas, bajo más o menos presión de los Estados, comprender como estos intermediarios y sus actividades afectan la libertad de expresión, cuáles son sus responsabilidades, frente a todo el desarrollo ya descrito en el marco de empresas y derechos humanos, es fundamental para la promoción y protección del derecho a la libertad de expresión.

Los sistemas de protección de los derechos humanos, tanto el Sistema Universal como el Sistema Interamericano, han hechos esfuerzos para comprender como los intermediarios afectan la libertad de expresión y, a partir de esto, definir el papel de los Estados y las responsabilidades de estas empresas.

3.2 VIOLACIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN POR INTERMEDIARIOS DE INTERNET: o que dicen los sistemas de protección de los derechos humanos

Los sistemas universal e interamericano de protección de los derechos humanos, especialmente, por la labor de sus relatorías especiales para la libertad de expresión, reconocen que las actividades de los intermediarios afectan, entre otros, a los derechos; a la privacidad; a la participación pública; a las libertades de religión, de creencias, de opinión, de expresión, de reunión y de asociación”²¹⁷.

En 2005 los sistemas de protección a los derechos humanos hacen la primera referencia expresa a los intermediarios de Internet y a la libertad de expresión, en una Declaración

²¹⁶ HOPE, Dunstan Alison. **Protecting Human Rights in the Digital Age: Understanding Evolving Freedom of Expression and Privacy Risks in the Information and Communications Technology Industry**. BSR, 2011. Disponible en: https://www.bsr.org/reports/BSR_Protecting_Human_Rights_in_the_Digital_Age.pdf. Acceso en: 7 de febrero de 2018. p. 10.

²¹⁷ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet**. A/HRC/38/L.10 de 2 de julio de 2018. Párrafo 5.

Conjunta, solicitando aún de manera tímida, que los buscadores de Internet, chats y otros servicios de Internet, “deben esforzarse para asegurar que se respeten los derechos de sus clientes de usar Internet sin interferencias”²¹⁸. Resalta las dificultades operacionales que se puede acarrear en ciertos países tal actitud, pero sigue alentando a las empresas que resistan a los intentos estatales de controlar y restringir el uso de Internet.

Individualmente, en el ámbito de las Naciones Unidas, la primera mención a la responsabilidad del sector privado de Internet por violaciones a libertad de expresión aparece en el Informe de Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la ONU en 2008²¹⁹. Al discutir censura, suspensión, clausura o prohibición de medios; el informe rápidamente apunta que muchas restricciones ilegítimas a la libertad de expresión son aceptadas o facilitadas por empresas de servicio de Internet, pero no se profundiza más en el tema.

En 2011 (año de la aprobación de los Principios Ruggie) dos informes son presentados. El primero es de 16 de mayo y estudia las principales tendencias y desafíos al derecho de todas las personas a buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo por Internet; el segundo fue publicado el 10 de agosto y amplía el primer informe²²⁰.

En este primer informe de 2011, por primera vez, las Naciones Unidas hacen una referencia expresa a los Principios Ruggie y las empresas de Internet, cuando reconoce la responsabilidad que las empresas privadas de Internet tienen en la promoción y protección a la libertad de expresión y en el acceso a la información. El informe aborda claramente la responsabilidad de los intermediarios y enfatiza que, aunque los Estados son los que garanten los derechos humanos, los intermediarios también son responsables al respecto de esos derechos y menciona los tres pilares en los cuales se basan los Principios Ruggie.

En el ámbito interamericano, las primeras preocupaciones con el tema de las empresas de Internet y la libertad de expresión, también aparece en los informes de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pero, inicialmente, cuando mencionan Internet aún están preocupados con las legislaciones nacionales que puedan intervenir en los discursos generados en el ambiente *online*. El tema de

²¹⁸Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión. **Declaración Conjunta**. 21 de diciembre de 2005

²¹⁹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Sr. Ambeyi Ligabo**. A/HRC/7/14 de 28 de febrero de 2008. Párrafo 24.

²²⁰ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue**. A/HRC/17/27 de 16 de mayo de 2011. NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/66/290 de 10 de agosto de 2011.

los contenidos generados en Internet, por ejemplo, ya aparecen en los primeros informes de la RELE, pese a que, todos exhortando a los Estados que se abstengan de regular contenidos de manera contraria a los documentos internacionales²²¹.

La Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH se dedica de manera pormenorizada al tema de los intermediarios de Internet y las afectaciones a la libertad de expresión solo en los años de 2013²²² y 2017²²³, con dos informes específicos sobre libertad de expresión e Internet.

Lo que se puede identificar al largo de los distintos informes de los Sistema Universal e Interamericano, es una preocupación contante en resaltar el Internet como un espacio democratizador. Ya en el año de 1999 el Sistema Interamericano refuerza el papel del Internet en el fortalecimiento de los Estados democráticos y para el desarrollo económico de la región²²⁴.

Maximizar la participación activa de la ciudadanía a través del uso del Internet contribuye al desarrollo político, social, cultural y económico de las naciones, fortaleciendo la sociedad democrática. A su vez, Internet, tiene el potencial de ser un aliado en la promoción y difusión de los derechos humanos y los ideales democráticos y un instrumento de importante envergadura para el accionar de organizaciones de derechos humanos pues por su velocidad y amplitud permite transmitir y recibir en forma inmediata condiciones que afectan los derechos fundamentales de los individuos en diferentes regiones²²⁵.

La fuerza de democratización de Internet advén de la posibilidad de creación de nuevas capacidades para crear y editar contenidos, nuevas capacidades de organización y movilización, sin pasar por el control de la censura, lo que genera nuevas posibilidades para la realización de la libertad de expresión²²⁶. Castells destaca que Internet se convirtió en una herramienta privilegiada de los movimientos sociales, porque se adapta a las características de estos

²²¹ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Informe anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión**, 2001. Párrafo 11. CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Informe anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión**, 2002. Relator Especial das Nações Unidas (ONU) para a Liberdade de Opinião e Expressão, o Representante da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) para o Liberdade dos meios de comunicação, o relator especial da Organização dos Estados Americanos (OEA) para a Liberdade de Expressão e o Relator Especial sobre Liberdade de Expressão e Acesso à Informação da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP), **Declaración Conjunta: Desafíos a la libertad de expresión en el nuevo siglo**, 2001.

²²² CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de Expresión y Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 de 31 diciembre 2013

²²³ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17 de 15 de marzo 2017

²²⁴ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Informe anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión**, 1999.

²²⁵ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Informe anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión**, 1999.

²²⁶ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17 de 15 de marzo 2017. Párrafo 81.

movimientos en la era de la información, convirtiendo Internet en una palanca de transformación social.²²⁷

Para las Naciones Unidas, Internet se ha convertido en el principal foro mundial público²²⁸ y su viabilidad depende de cómo los actores privados establecen sus reglas y políticas. O como afirma la CDIH, por medio de la RELE, Internet hoy es un ámbito público basado en una serie de plataformas privadas²²⁹.

Como parte de lo anterior, los organismos internacionales han instado los intermediarios que posibilitan el acceso, manutención y desarrollo de Internet a “asumir un compromiso formal y de alto nivel de respeto de los derechos humanos, incluyendo la libertad de expresión y la privacidad y respaldar este compromiso con medidas y sistemas internos concretos diseñados para prevenir actividades que pueden generar impactos negativos en los derechos humanos.”²³⁰

Partiendo de esta premisa, es necesario considerar que mantener este potencial democratizar de Internet²³¹, que permita el ejercicio de la libertad de expresión en todas sus dimensiones, dentro de sus límites, debe ser una preocupación central de Estados y empresas privadas antes de cualquier actitud o regulación que afecta su estructura e incorporación social²³². Mantener un espacio abierto, plural, y expansivo de la libertad de expresión debe estar presente para evaluarse la proporcionalidad de cualquier restricción en Internet. Esto porque determinadas medidas, que se analizadas desde la perspectiva de la persona afectada, pueden ser leves, para el conjunto de los usuarios y para la manutención de la arquitectura de la red, pueden ser devastadoras, según la RELE²³³.

Para los Estados, los sistemas de protección apuntan una triple obligación en materia de libertad de expresión e Internet: su deber general de garantizar la libertad de expresión; el deber

²²⁷ CASTELLS, Manuel. **La Galáxia Internet**. Barcelona: Aterá, 2001. p. 165.

²²⁸ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye**. A/HRC/29/32 de 22 de mayo de 2015. Párrafo 11

²²⁹ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17 de 15 de marzo 2017. Párrafo 95.

²³⁰ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17 de 15 de marzo 2017. Párrafo 98.

²³¹ “The standard political argument in the justification of free speech was one democracy. Democracy as choice cannot exist without the alternatives provided by free speech. The Internet seemed to open up democracy, promising more robust, interactive participation. In other words, democracy becomes more accessible, and the government more transparent or at least easier control. It creates a kind of citizen press, which makes information more easily and rapidly available that it was with broadcast news. News become more democratic”. SAJÓ, András. Foreword. In: PRICE, Monroe; STREMLAU, Nicole. **Speech and Society in Turbulent Times: freedom of expression in comparative perspective**. Reino Unido: Cambridge University Press, 2018. p. XVII.

²³² CDIH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de expresión en Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13, 31 diciembre 2013. Párrafo 12.

²³³ CDIH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de expresión en Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13, 31 diciembre 2013. Párrafo 52.

de promover el acceso universal a Internet y; por ende, velar a que empresas privadas no violen derechos a libertad de expresión²³⁴. Los Estados, según avance de los sistemas universal e interamericano²³⁵, tienen la obligación de adoptar medidas para proteger a las personas de injerencias indebidas en los derechos humanos cuando son cometidas por agentes privados, como los intermediarios, que incluyen la adopción y aplicación de medidas legislativas, judiciales, administrativas, educativas y de otra índole adecuadas para cumplir sus obligaciones jurídicas que exigen o que propician el respeto de la libertad de expresión²³⁶.

Para los intermediarios, como mínimo, el Sistema Universal e Interamericano apuntan, en consideración a los Principios Rectores, que deben evitar y prevenir que sus operaciones, servicios o productos violen los derechos humanos (Principio 13), deben adoptar políticas de alto nivel de respeto a los derechos humanos (Principio 16). Deben tener actividades de debida diligencia que identifiquen los riesgos y efectos de sus actividades en los derechos humanos (Principios 17 y 19), participen de estrategias de mitigación y prevención de danos a los derechos humanos cuando se encuentren con requisitos incompatibles exigidos en la legislación nacional (Principio 23), realicen consultas periódicas con posibles afectados y público en general para mantener el respeto a los derechos humanos (Principio 20 y 21) y, proporcionen una reparación adecuada en caso de daños (Principios 22, 29 y 31)²³⁷.

Esto es, dada la importancia de los actores privados como los intermediarios para el ejercicio pleno de la libertad de expresión en Internet, a los Estados cabe “darles las garantías para operar con transparencia frente al resto de los actores del sistema, especialmente de los usuarios finales, y deberán crear las condiciones para que sirvan efectivamente como vehículo para el ejercicio del derecho universal a la libertad de expresión”²³⁸. Por otra parte, a los intermediarios, bajo los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, caben evitar que sus actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre el derecho a la libertad de expresión.

En este escenario desafiador para los derechos humanos y la responsabilidad empresarial, decidimos categorizar las violaciones a la libertad de expresión por el grado de

²³⁴ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet**. A/HRC/38/L.10 de 2 de julio de 2018. Párrafo 6.

²³⁵ Desarrollado en el capítulo 1.

²³⁶ NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos. **Observación general n. 31: Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto**. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 de 26 de mayo de 2004. Párrafos 7 y 8.

²³⁷ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 11.

²³⁸ CIDIH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de Expresión e Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 de 31 diciembre 2013. Párrafo 110.

afectación al dicho derecho (directa o indirecta). La primera categoría (vigilancia en línea y uso indebido de datos) afecta indirectamente la libertad de expresión y no será objeto de mayor desarrollo en la tesis, esto porque se refiere a casos donde el principal derecho afectado es el derecho a la privacidad y la protección de datos. Con todo, como generan un efecto inhibitor en la libertad de expresión será brevemente discutidos. La segunda categoría afecta directamente la libertad de expresión y relacionase con la regulación del contenido. En este punto la tesis concentra sus principales ideas.

3.3 VIOLACIONES INDIRECTAS A LA LIBERTAD DE EXPRESION EN LINEA: una breve mirada hacia la privacidad y la protección de datos y los impactos en la libertad de expresión en línea

En la ecuación intermediarios de Internet y derecho a la privacidad, de los casos más comunes de violación suelen aparecer: vigilancia en línea y uso indebido de datos. Los dos casos son directamente relacionados a privacidad, e impactan la libertad de expresión de manera indirecta. Esto porque, personas que creen que sus comunicaciones y su comportamiento en línea están siendo monitoreados o expuestos de una manera que viola sus derechos de privacidad tienen menos probabilidades de expresarse libremente mientras utilizan los servicios de intermediarios de Internet.

En línea, privacidad y libertad de expresión están intrínsecamente conectadas²³⁹: “La vigilancia, que incluye la reunión de grandes cantidades de datos y los ataques selectivos a determinadas personas o comunidades, interfiere directamente en la privacidad y la seguridad necesarias para el ejercicio de la libertad de opinión y de expresión [...]”²⁴⁰.

²³⁹“El derecho a la intimidad suele entenderse como un requisito esencial para la realización del derecho a la libertad de expresión. La injerencia indebida en la intimidad de las personas puede limitar en forma tanto directa como indirecta el libre intercambio y evolución de ideas. Las restricciones al anonimato de las comunicaciones, por ejemplo, tienen un efecto intimidatorio en las víctimas de todas las formas de violencia y abuso, que podrían ser renuentes a denunciarlas por temor a la doble victimización”. NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue.** A/HRC/23/40 de 17 de abril de 2013. Párrafo 24. Subrayado es mío. “La Asamblea General, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y los titulares de mandatos de los procedimientos especiales han reconocido que la vida privada es una puerta al disfrute de otros derechos, en especial la libertad de opinión y de expresión” NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye.** A/HRC/29/32 de 22 de mayo de 2015. Párrafo 16. Subrayado es mío.

²⁴⁰ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos humanos. **Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión.** A/71/373 de 6 de septiembre de 2016. Párrafo 20

Los casos analizados en esta sección son los llamados *privacy-related chilling effects*²⁴¹, o casos que generan un efecto inhibitor para el ejercicio de la libertad de expresión.

Violaciones de esta índole son cometidas por todos los tipos de intermediarios -desde los proveedores de servicio de Internet hasta los motores de búsqueda y las redes sociales- y, si por lado, cobran una actuación firme de los Estados con relación a medidas legislativas y protección de los derechos humanos, por otro lado, exigen de las empresas un comportamiento comprometido con los derechos humanos independiente del contexto en que actúen.

3.3.1 Vigilancia en línea

En el primer caso, vigilancia de comunicaciones en línea, es posible identificar la participación indirecta de las empresas, actuando en complicidad con los Estados. Aunque los Estados sean los principales responsables por estas violaciones, las empresas están claramente involucradas, pues el acceso a los contenidos es obtenido por conducto de los intermediarios de Internet.

La capacidad de vigilancia en masa o de una persona seleccionada es cada vez mayor, más barata y eficiente. Así como, la posibilidad de interceptación de llamadas, localización y rastreo de personas, están disponibles con el uso de sofisticadas tecnologías a un costo cada vez menor. Mediante el uso de tecnologías es posible utilizar todas las formas de control político y organizativo contra el individuo conectado en red²⁴².

El Relator Especial de las Naciones Unidas advierte la cantidad expresiva de legislaciones que no han seguido los rápidos cambios tecnológicos, de esa forma, creando un ambiente favorable a la vigilancia injustificada²⁴³. Se registran un gran número de aprobación de leyes que, en nombre de la seguridad nacional, amplían de manera desproporcional las hipótesis de vigilancia y control estatal, pasando a no exigir la autorización judicial para interceptaciones de comunicación²⁴⁴.

²⁴¹MACKINNON, Rebeca, *et al.* **Fostering Freedom Online: The role of intermediaries**. Paris: Unesco Publishing, 2014. p. 25.

²⁴² CASTELLS, Manuel. **La Galáxia Internet**. Barcelona: Aterá, 2001. p. 195.

²⁴³ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue**. A/HRC/23/40 de 17 de abril de 2013. Párrafo 50 a 53.

²⁴⁴ Son citados países como Reino Unido, Zimbabwe, Kenya, Uganda, Indonesia, India y Colombia (Decreto n° 1704 del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. Basado en el Código de Procedimiento Penal de 2004). “Así pues, en 2012 el Ministerio de Justicia y el Ministerio de

Lo que suele ocurrir es que justamente personas con posiciones poco populares o pertenecientes a minorías religiosas, raciales, políticas o grupos clásicamente discriminados son los principales afectados bajo la justificativa de la “seguridad nacional”²⁴⁵.

El sector privado de Internet, en este sentido, se ve absolutamente involucrado en la medida que muchas de las tecnologías desarrolladas por empresas privadas facilitan la vigilancia por el Estado y, en casos más graves, han sido cómplices en esta vigilancia indebida²⁴⁶.

Bajo protesta, en silenciosa pasividad o con su colaboración voluntaria, a menudo los proveedores son esenciales para que el Estado pueda ejercer la censura y la vigilancia. Lo que los Gobiernos exigen a los agentes privados y la forma como estos responden, puede paralizar el intercambio de información; limitar la capacidad de los periodistas para investigar de forma segura y disuadir de actuar a los denunciantes de irregularidades y los defensores de los derechos humanos²⁴⁷.

Un informe de 2017 de las Naciones Unidas resalta de manera clara que, a pesar de que los Estados son los principales impulsores de la censura y vigilancia, ellos recurren a los proveedores de Internet para adoptar las medidas necesarias y es esencial comprender la forma con que estos actores interactúan entre sí y cómo esto afecta derechos básicos²⁴⁸.

Para Castells el sector privado coopera con tanto afán en la reconstrucción de un mundo de control y represión por dos motivos principales: la necesidad de quebrantar la privacidad de sus usuarios para vender la información y porque necesitan del apoyo de los gobiernos para conservar sus derechos de propiedad en la economía basada en Internet²⁴⁹.

En muchos casos la presión para que las empresas “auxilien” los Estados ocurre bajo a justificativa de proteger la seguridad nacional o el orden público. Esto suele ocurrir porque

Tecnologías de la Información y las Comunicaciones de Colombia emitieron un decreto por el cual dispusieron que los proveedores de servicios de telecomunicaciones tenían la obligación de establecer infraestructura que permitiese acceso directo a las comunicaciones a la Policía Judicial, sin la autorización previa del Fiscal General de la Nación”. NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue**. A/HRC/23/40 de 17 de abril de 2013. Párrafo 57.

²⁴⁵ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de expresión en Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 de 31 diciembre 2013. Párrafo 150.

²⁴⁶ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue**. A/HRC/23/40 de 17 de abril de 2013. Párrafo 75.

²⁴⁷ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/35/22 de 30 de marzo de 2017. Párrafo 1.

²⁴⁸ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/35/22 de 30 de marzo de 2017. Párrafo 3.

²⁴⁹ CASTELLS, Manuel. **La Galáxia Internet**. Barcelona: Aterá, 2001. p. 207.

varios países adoptan legislaciones contra el terrorismo y cuestiones de seguridad demasiado imprecisas²⁵⁰. Lo importante es que, la preocupación con la seguridad nacional no intente, en verdad, proteger el interés de un solo grupo o gobierno y sí de toda la nación, abarcando de esa forma, aún más la protección de la independencia política y la integridad territorial del Estado²⁵¹.

Las leyes sobre la seguridad nacional en ningún momento pueden ser usadas para suprimir o impedir el acceso a las personas de informaciones de interés público, o para procesar periodistas, defensores de derechos humanos u otras personas, tampoco incluir informaciones sobre la banca y el progreso científico o del sector comercial²⁵².

En algunos casos las actividades de vigilancia se presentan no en los proveedores de Internet, pero en los llamados IXP's²⁵³ (en inglés, *Internet Exchange Point*) o Punto Neutro, en que se manejan una cantidad enorme del tráfico de Internet, así como en las redes de distribución de contenido²⁵⁴, que procesan las solicitudes de usuarios de contenido en toda Internet.

²⁵⁰ “Uno de los medios más graves y preocupantes utilizados en contra de la información es el uso de las leyes de lucha contra el terrorismo para limitar y sancionar la labor de los periodistas. El recurso a la lucha contra el terrorismo sirve de comodín para estrangular el flujo de información y justificar la detención de periodistas, blogueros y otras personas que trabajan en los medios de comunicación. Según se informa, en Australia, la ley de 2015 que regula la actuación de las fuerzas del Estado en las fronteras tiene por efecto penalizar que se informe sobre las condiciones en los centros de detención de inmigrantes. Al parecer, Etiopía se basó en su Código Penal y en la Proclamación Contra el Terrorismo de 2009 para detener a periodistas y blogueros del colectivo “Zone 9” por “trabajar con organizaciones de derechos humanos extranjeras e incitar a la violencia a través de los medios sociales con el objetivo de generar inestabilidad en el país”, cuando en realidad estaban trabajando para medios de comunicación en línea independientes⁶⁸. Las autoridades turcas han utilizado, supuestamente, las leyes contra el terrorismo para detener a periodistas y poner en el punto de mira a académicos. En 2014, Nigeria también fue objeto de críticas por amenazar y acosar a casi una docena de periódicos independientes so pretexto de luchar contra el terrorismo” NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/71/373 de 6 de septiembre de 2016. Párrafo 36.

²⁵¹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/71/373 de 6 de septiembre de 2016. Párrafo 18.

²⁵² NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos. **Observación General n. 34**. CCPR/C/GC/34 de 12 de septiembre de 2011. Párrafo 30.

²⁵³ “Los IXPs permiten el intercambio de tráfico de Internet entre redes administradas por diferentes proveedores dentro de un país o una región determinados. Esta forma de interconexión impide que el tráfico de Internet local o regional tome rutas internacionales largas y tortuosas, mejorando así la velocidad y eficiencia de la conectividad a Internet”. NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/35/22 de 30 de marzo de 2017. Párrafo 34.

²⁵⁴ “Una red de distribución de contenido es una red de servidores estratégicamente ubicados en todo el mundo que tiene por objeto permitir la distribución eficiente de páginas web y otros contenidos de Internet. Los grandes productores de contenido dependen de redes de distribución de contenido para llegar al mayor número de usuarios lo más rápidamente posible. Una red de distribución de contenido almacena copias del contenido de las plataformas y encausa la solicitud de contenido de los servidores de la plataforma a los servidores de su red más próximos a los usuarios”. NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/35/22 de 30 de marzo de 2017. Párrafo 36.

En el tema de vigilancia en línea el anonimato y el cifrado de las comunicaciones, que parecían una ventaja en Internet, son de discusión fundamental. La ausencia de anonimato, por ejemplo, socava la libertad de expresión en muchos países de regímenes autoritarios y de poca protección a los derechos humanos.

El cifrado²⁵⁵ o el anonimato²⁵⁶ son piezas claves para la protección a la libertad de expresión, en la medida que permiten la privacidad y la libre circulación de ideas. Por otra parte, los Estados alegan que el anonimato y el cifrado facilitan la organización de crímenes y dificultan las investigaciones posteriores. Como elementos facilitadores de la libertad de expresión, el anonimato y cifrado solo deben ser restrictos bajo las exigencias del derecho internacional, así que prohibiciones totales al uso de estas herramientas por particulares serán siempre una medida desproporcional²⁵⁷. Igualmente, la propia reglamentación del cifrado en algunos casos puede equivaler a una prohibición, cuando exige licencias, establece estándares técnicos deficientes²⁵⁸ o controla la importación y exportación de las herramientas del cifrado²⁵⁹.

La protección del discurso anónimo²⁶⁰ es indispensable no solo para las manifestaciones escritas más en todos los actos necesarios para una participación activa en la vida política y en

²⁵⁵ “[...] la codificación de datos para que sólo los destinatarios deseados puedan acceder a ellos, que puede aplicarse a los datos en tránsito (correos electrónicos, mensajes, telefonía por Internet) y en reposo (discos duros, servicios en la nube)”. “El cifrado, un proceso matemático de “convertir mensajes, información o datos en algo ilegible, excepto para el destinatario deseado”, protege la confidencialidad y la integridad del contenido contra el acceso o la manipulación de terceros. El cifrado fuerte, que antes era exclusivo de los militares y los servicios de inteligencia, ahora está al alcance del público, a menudo de manera gratuita, para proteger los correos electrónicos, las comunicaciones telefónicas, las imágenes, los discos duros y los navegadores.” Naciones Unidas, **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, David Kaye**. A/HRC/29/32 de 22 de mayo de 2015. Párrafo 1 y 7.

²⁵⁶ “El anonimato consiste en impedir la identificación. Atendiendo un deseo humano común de proteger su identidad ante el público, el anonimato puede liberar al usuario para que explore y divulgue ideas y opiniones más de lo que lo haría si utilizara su identidad real.” NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, David Kaye**. A/HRC/29/32 de 22 de mayo de 2015. Párrafo 9.

²⁵⁷ Como ejemplo el art. 5, XIV de la Constitución de Brasil que veda, sin cualquier interés puntual, el discurso anónimo. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de octubre de 1988.

²⁵⁸ Es lo llamado “acceso de puerta trasera” con instalación de puntos débiles que permiten a autoridades acceder a comunicaciones cifradas. NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, David Kaye**. A/HRC/29/32 de 22 de mayo de 2015. Párrafo 42.

²⁵⁹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, David Kaye**. A/HRC/29/32 de 22 de mayo de 2015. Párrafo 41.

²⁶⁰ En el ámbito universal “la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no abordan el anonimato. Durante la negociación del Pacto, se propuso incluir en el artículo 19, párrafo 1, la frase “el anonimato no está permitido”. Sin embargo, la propuesta se rechazó, “entre otros motivos, porque el anonimato puede ser necesario en ocasiones para proteger al autor” y “una cláusula de ese tipo podría impedir el uso de seudónimos”. La Relatora Especial sobre la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos concluyó que “tanto el derecho a la libertad de pensamiento y expresión como el derecho a la vida privada protegen al discurso anónimo frente a las restricciones estatales”. NACIONES UNIDAS,

el debate público. El anonimato cede siempre y cuando estamos enfrente a un discurso no protegido²⁶¹, conforme los estándares internacionales y regionales, o en caso de necesarias responsabilidades ulteriores. La autenticación e identificación en línea deben ser exigidas solo en transacciones e interacciones sensibles y riesgosas, posibilitando la manutención en Internet de plataformas y servicios anónimos²⁶². En casos extremos las autoridades pueden ordenar el descifrado de comunicaciones específicas o la divulgación de la clave necesaria al descifrado, tales ordenes específicas son menos probables de plantear cuestiones de proporcionalidad.

Para la protección a la privacidad²⁶³ y a la libertad de expresión es necesario a la manifestación de ideas y opiniones, así como buscar y recibir informaciones, sin necesidad de revelar su identidad, o sus creencias, convicciones o fuentes que consulta²⁶⁴.

Los intermediarios que almacenan una cantidad inmensa de volúmenes de datos pueden promover o debilitar el cifrado y el anonimato. Todas las restricciones al cifrado y al anonimato deben estar fijadas en una ley precisa, pública y transparente y deberían aplicarse as debidas salvaguardias judiciales y procesuales en caso de restricciones y por fin, un tribunal, una corte o un órgano jurisdiccional debe supervisar la aplicación de la restricción²⁶⁵.

Asimismo, las limitaciones solo pueden justificarse para proteger intereses específicos previamente establecido en el derecho internacional y, por ende, la restricción al cifrado o el anonimato debe ser necesaria para alcanzar a un fin legítimo. O sea, la restricción será legítima bajo el test tripartito exigido a las restricciones a la libertad de expresión²⁶⁶.

3.3.2 Uso indebido de datos

El segundo punto recurrente en los informes y documentos internacionales donde empresas y Estados violan por efecto la libertad de expresión es el manejo y acceso de los

Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, David Kaye**. A/HRC/29/32 de 22 de mayo de 2015. Párrafo 47.

²⁶¹ Véase ítem 4.6 de la presente tesis.

²⁶² CIDH. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de expresión en Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13, 31 diciembre 2013. Párrafo 136.

²⁶³ Véase sobre el impacto de las nuevas tecnologías (reconocimiento facial, Internet de las cosas) y la efectividad de la protección a la privacidad del ciudadano consumidor en: MISUGI, Guilherme; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antonio Carlos. Releitura da Privacidade diante das novas tecnologias: realidade aumentada, reconhecimento facial e Internet das coisas, **Revista Jurídica Cesumar**, v. 16, n. 2. Maio/ago. 2016, 427-453.

²⁶⁴ CIDH. Relatoría Especial para la libertad de expresión. **Libertad de expresión en Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13, 31 diciembre 2013. Párrafo 132.

²⁶⁵ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, David Kaye**. A/HRC/29/32 de 22 de mayo de 2015. Párrafo 32.

²⁶⁶ Véase ítem 4.4.1.

datos²⁶⁷ de los usuarios de internet. El acceso a datos de comunicación se hace con escasa supervisión y reglamentación²⁶⁸. En línea, en razón de muchas reglamentaciones estatales, el almacenamiento de datos es obligatorio por los proveedores de servicio de Internet, que permiten acceso a un sin número de informaciones de cada uno, que van desde la ubicación, con quién tienen interacción, qué tipo de contenidos les agrada, locales qué más frecuenta, hasta todas las informaciones de correos electrónicos y mensajes.

Es posible componer un perfil completo de las personas, debido los rastros digitales de todo que ocurre en línea. “El acceso indebido a los datos personales implícitamente advierte a los usuarios que deben actuar con cautela y en lo posible evitar la expresión de opiniones polémicas, el intercambio de información confidencial y otras formas de libertad de expresión que pueden ser objeto de la fiscalización del Gobierno²⁶⁹”.

Los intermediarios de Internet como Google, Facebook y YouTube tienen un modelo de negocio que se basa justamente en atraer un gran número de usuarios a costo “cero” y construir sobre ellos un conjunto de datos valiosos que les permitan ofrecer servicios altamente específicos u oportunidades publicitarias personalizadas para anunciantes²⁷⁰. Los usuarios pagan con sus datos y su atención los servicios ofrecidos por estas empresas.

Las empresas están directamente involucradas en escándalos del uso indebido de datos de sus usuarios, como pasó en marzo del 2018 con Facebook y Cambridge Analítica, acusadas de utilizar indebidamente los datos de más de 87 millones de usuarios de Facebook para influir en las elecciones presidenciales americanas de 2016 y el resultado del Brexit. Este tampoco fue

²⁶⁷ Ver sobre el tema de protección de datos en: ANGARITA REMILINA, Nelson Angarita. Tratamiento de información personal. Desde la transferencia transfronteriza hacia la recolección internacional de datos personales: un reto del mundo post-internet. **Tesis doctoral**, Pontificia Universidad Javeriana, 2015.

²⁶⁸ “Al prestar servicios a sus usuarios, los proveedores de servicios de comunicaciones dan a los abonados dispositivos o les asignan una dirección de Protocolo de Internet (IP) que cambia periódicamente. La información sobre una dirección IP puede utilizarse para determinar la identidad y ubicación de una persona y seguir su actividad en línea. Las leyes de conservación obligatoria de datos imponen a los proveedores de servicios de comunicaciones la obligación de conservar los registros de sus asignaciones de direcciones IP durante cierto período, lo que da al Estado mayor capacidad para exigir a los proveedores de servicios de comunicaciones que indiquen la identidad de una persona en función de la dirección de IP que tenía en un momento y lugar determinados”. NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue**. A/HRC/23/40 de 17 de abril de 2013. Párrafo 66.

²⁶⁹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/35/22 de 30 de marzo de 2017. Párrafo 17.

²⁷⁰ ACCC, Australian Competition & Consumers Commission. **Digital Platforms Inquiry: Final Report**. 26 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>. Acceso en: 10 de agosto de 2019. p. 7.

el único escándalo, denuncias seguidas han sido hechas sobre el uso de indebido de datos personales por Facebook²⁷¹.

Los datos que Facebook poseen sobre las personas son extremadamente valiosos y proporcionan a la empresa una enorme ventaja competitiva. En primer lugar, Facebook tiene datos muy precisos de los usuarios, con la información que los usuarios mismos proporcionan a la empresa, segundo, porque Facebook puede recompilar datos no solo de su plataforma sino de otros sitios web que la empresa logra rastrear y, en tercer lugar, a través de su programa *Network Audience*²⁷²²⁷³. Así como su capacidad de recopilar datos es inmensa, la oferta de publicidad a partir de los datos recompilados sigue el mismo ritmo. Se puede publicar anuncios en sitios web y aplicaciones de terceros (*Network Audience*), así como en las plataformas de propiedad y operación de Facebook.

La misma capacidad de recompilar datos tiene Google y proporcionan una información muy clara sobre los deseos de los consumidores²⁷⁴. Los Estados están muy atentos al tema de la protección de datos, con legislaciones que impactan directamente la forma como las empresas actúan enfrente al tema de la privacidad, especialmente después de la reglamentación europea *General Data Protection Regulation* (GDPR)²⁷⁵. Además de tener sus datos protegidos, las personas tienen derecho a acceder a las informaciones personales para actualizarlas, rectificarlas, enmendarlas o eliminarlas, bajo determinadas reglas²⁷⁶.

²⁷¹ DANCE, Gabriel J. X.; LAFORGIA, Michael; CONFESSORE, Nicholas. As Facebook raised a privacy wall, it carved on opening for tech giants”, **The New York Times**, 18 diciembre de 2018. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/12/18/technology/facebook-privacy.html>. Acceso en 23 de diciembre de 2018.

FRIER, Sarah; DAY, Matt; EIDELSON, Joseph. Millions of Facebook records found on Amazon Cloud servers, **Bloomberg**, 3 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-04-03/millions-of-facebook-records-found-on-amazon-cloud-servers>. Acceso en: 20 de abril de 2019.

²⁷² Servicio ofertado a editores para mostrar anuncios de publicidad de Facebook en sus plataformas, permitiendo a los anunciantes ampliar el alcance de sus campañas de Facebook más allá de Facebook y llegar hasta las apps para celulares.

²⁷³ ACCC, Australian Competition & Consumers Commission. **Digital Platforms Inquiry: Final Report**. 26 de junio de 2019. 26 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>. Acceso en: 10 de agosto de 2019. p. 87.

²⁷⁴ ACCC, Australian Competition & Consumers Commission. **Digital Platforms Inquiry: Final Report**. 26 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>. Acceso en: 10 de agosto de 2019. p. 88.

²⁷⁵ UNIÓN EUROPEA, **Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE**. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1528874672298&uri=CELEX%3A32016R0679>. Acceso en: 01 de agosto de 2019.

²⁷⁶ OEA, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. **Principios y Recomendaciones Preliminares sobre la Protección de Datos (la Protección de Datos Personales)**. OEA/Ser.G CP/CAJP-2921/10 rev.1 corr. 1. 17 de octubre de 2011. OEA, Asamblea General. **Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales**. AG/RES.2727 (XLII-O/12). 4 de junio de 2012; OEA, Asamblea General. **Acceso a la información pública y protección de datos personales**. AG/RES. 2811 (XLIII-O/13). 6 de junio de 2013.

El tema del uso indebido de datos sea por Estados, sea por empresas, aún que esté conectado a la libertad de expresión, necesita todo un análisis en separado y no será objeto de profundización en esta tesis. La preocupación en este momento es solamente establecer la distinción de este tipo de violaciones a los derechos humanos (privacidad) cometidas por empresas, a las violaciones al ejercicio de la libertad de expresión en línea, para no trasladar las reglas utilizadas con fines de protección a la privacidad a las discusiones a respeto de contenidos generados en el ambiente *online*²⁷⁷.

3.4 VIOLACIONES DIRECTAS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LÍNEA: regulación de contenidos

La segunda categoría de posibles violaciones afecta directamente a la libertad de expresión y está conectada a toda la regulación del contenido en la red, con especial atención al acceso y moderación de lo que es generado en Internet. Aquí se dividen las restricciones en dos niveles.

a) Las restricciones a nivel de red, donde actúan básicamente los proveedores de servicios de Internet y el derecho afectado es el acceso a los contenidos en Internet;

b) Las restricciones a nivel de plataforma, donde están involucrados tanto motores de búsqueda como redes sociales. En este punto, son básicamente las medidas voluntarias adoptadas por las empresas que restringen la libertad de expresión en Internet.

Importante resaltar que sea en colaboración con los Estados, sea por la adopción de medidas voluntarias adoptadas por los intermediarios, las medidas de restricción a la libertad de expresión en línea solamente deben considerarse legítimas cuando dichas restricciones no impidan u obstaculicen de manera arbitraria las posibilidades de expresión de una persona en Internet²⁷⁸.

²⁷⁷ Esto no significa que las medidas para la protección de los datos personales no constituyan un fin legítimo para la restricción a la libertad de expresión en Internet, siempre y cuando cumplan los estándares internacionales para tanto, o que no es posible es aplicar las mismas reglas para datos y para contenidos. Por otro lado, “Si bien la protección de datos personales constituye un objetivo legítimo, en ningún momento puede ser invocada para limitar o restringir la circulación de información de interés público, sobre funcionarios o personas públicas, o candidatos en el ejercicio de sus funciones, o que involucren violaciones de derechos humanos”. CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Estándares para una Internet libre, abierta e incluyente**. OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.17/17 de 15 de marzo 2017. Párrafo 136.

²⁷⁸ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de Expresión e Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 de 31 diciembre 2013. Párrafo 111.

3.4.1 Restricciones a nivel de red

Los puntos tratados a seguir (interrupción total o parcial del acceso a red; sistemas de filtrado, priorización paga y tarifa cero) están centrados en lo que se puede llamar de *network-level restrictions*²⁷⁹. Son las restricciones básicamente operadas por los ISP y es posible identificar una fuerte relación de esas violaciones con las reglamentaciones o actuaciones estatales, que afectan el acceso a los contenidos en la red.

3.4.1.1 Interrupción total o parcial de la red (*Service Shutdowns*)

El primer punto grave que involucra empresas y Estados en el acceso a los contenidos e informaciones generados en línea, son las interrupciones del servicio de Internet, con cortes de redes enteras o bloqueo de servicios específicos. Las empresas que operen o facilitan el tráfico en red son necesarias para prestar asistencia a los gobiernos en situaciones como estas²⁸⁰.

Los cierres totales de la red suelen ocurrir por los más variados motivos y justificativas estatales. En muchos casos existe una clara intención del gobierno de dificultar el acceso a la información, organización de protestas²⁸¹ o denuncias de violaciones a los derechos humanos²⁸². En algunos casos los Estados justifican las medidas extremas por motivos

²⁷⁹ MACKINNON, Rebeca, *et al.* **Fostering Freedom Online: The role of intermediaries**. Paris: Unesco Publishing, 2014. p. 25.

²⁸⁰ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/35/22 de 30 de marzo de 2017. Párrafo 8.

²⁸¹ Véase: PARLAMENTO EUROPEO, Departamento de Políticas de la Dirección General de Políticas Exteriores. **After the Arab Spring: New Paths for Human Rights and the Internet in European Foreign Policy**, EXPO/B/DROI/2011/28, PE 457.102, 4 de junio 2012. Disponible en: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/457102/EXPODROI_NT%282012%29457102_EN.pdf. Acceso en: 10 de octubre de 2019.

²⁸² “En Bahrein, las interrupciones del acceso móvil y a Internet en Duraz presuntamente coincidieron con sentadas frente a la casa de un destacado líder religioso cuya ciudadanía el Gobierno había revocado. Aparentemente se negó a los usuarios de Internet en la República Bolivariana de Venezuela el acceso a Internet durante las protestas generalizadas contra el Gobierno realizadas en 2014. Se han registrado interrupciones del acceso a la red antes, durante y después de elecciones o protestas en el Camerún, Gambia, la India, Myanmar, la República Islámica del Irán, Uganda y Montenegro”. NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/35/22 de 30 de marzo de 2017. Párrafo 11. “Antes de las elecciones, tanto Turquía como Uganda restringieron, presuntamente, el acceso a la red. Malasia hizo valer su Ley de Sedición para justificar el bloqueo de un sitio web de noticias, y Nauru citó la prevención del delito como una de las razones por las que bloqueó varios sitios web de medios sociales en 201524. Durante mi misión a Tayikistán en 2016, confirmé que el Gobierno ha bloqueado en repetidas ocasiones el acceso a los servicios de mensajería cuando se han producido protestas públicas y ha

relacionados con la prevención del terrorismo, mantenimiento del orden público, y la previsión de los disturbios públicos. Adicionalmente, las interrupciones pueden estar dirigidas a determinados sitios web, redes sociales y aplicaciones de mensajes, sin atingir toda la red.

Asimismo, los informes de las Naciones Unidas apuntan para la existencia de “bloqueos programados”, que impiden el acceso o difusión de informaciones en coyunturas políticas importantes, como elecciones o épocas de descontentamiento con el gobierno. En esos momentos se bloquean los sitios web de los partidos de la oposición, los medios de comunicación independientes y las redes sociales como Twitter y Facebook, como se observó en el contexto de las protestas en la región de Oriente Medio y África Septentrional en la Primavera Árabe²⁸³. Durante la Revolución Egipcia de 2011, el gobierno interrumpió el acceso a los servicios de comunicaciones y Internet por cuatro días consecutivos²⁸⁴. La empresa Vodafone fue acusada de complicidad con el gobierno egipcio en el episodio y sufrió intensas críticas de la comunidad internacional²⁸⁵. Con el regreso de los servicios de Internet, Vodafone, envió a todos sus usuarios mensajes a favor del gobierno²⁸⁶.

En el marco de las protestas en Ecuador en octubre de 2019 periodistas y medios de comunicación denunciaron una serie de intentos para deslegitimar el trabajo que estaban haciendo, así como el ataque informático a *sites* de medios digitales comunitarios y la presencia de inhibidores de señal de Internet para dificultar la divulgación de informaciones acerca del paro nacional²⁸⁷.

En la mayor parte de los casos estas medidas de bloqueo e interrupción de servicios incumplen las reglas previstas en los documentos internacional de protección a la libertad de expresión porque sus razones difícilmente están justificadas en leyes y cuando están las leyes

mantenido un bloqueo de larga duración de los sitios web de medios sociales llevado a cabo desde fuera del país”. NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/71/373 de 6 de septiembre de 2016. Párrafo 21.

²⁸³ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue**. A/HRC/17/27 de 16 de mayo de 2011. Párrafo 30.

²⁸⁴ Para la importancia de los medios sociales en 2011 en Egipto véase: MÉNDEZ, Evelyn Norma Castro. La Situación de Los Medios de Comunicación En La Era Mubarak y Su Relación Con El Uso de Facebook Durante La Revolución Egipcia de 2010-2011, **Revista Mexicana de Opinión Pública**, v.16, 2014, 50–70.

²⁸⁵ MACKINNON, Rebeca, *et al.* **Fostering Freedom Online: The role of intermediaries**. Paris: Unesco Publishing, 2014. p. 74.

²⁸⁶ NOLAN, Justine. Business and Human Rights in context. In: BAUMANN-PAULY, Dorothée; NOLAN Justine (Ed). **Business and Human Rights: From Principle to Practice**. Nueva York: Routledge, 2016. p. 2-11. p. 8.

²⁸⁷ OBSERVACOM, **Denuncian estigmatización y ataques informáticos a medios comunitarios durante protestas en Ecuador**, 8 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.observacom.org/denuncian-estigmatizacion-y-ataques-informaticos-a-medios-comunitarios-durante-protestas-en-ecuador/>. Acceso en: 09 de noviembre de 2019.

funcionamiento de servicios públicos, además de todos los contenidos sobre lo que está pasando en la región o país.

Los ISP, generalmente, solo restringen la red completamente por razones de mantenimiento, en los demás casos, alegan cumplimientos de ordenes estatales. La mayoría de los ISP son titulares de licencias de telecomunicaciones estatales, lo que hace que estén legalmente vinculados a las órdenes y reglas de las autoridades reguladoras nacionales²⁹².

No siempre la violación al acceso a informaciones y contenidos en la red asumirá formas tan explícitas, otras formas más sutiles pueden impedir los usuarios de Internet a accedieren a determinados contenidos o discusiones públicas, como se discute a partir de ahora.

3.4.1.2 Sistemas de filtrado

Filtros son programas de software especializados que pueden restringir o impedir el acceso a sitios webs completos, tipos de servicios en línea, páginas específicas, o el bloqueo por contenidos que presenten determinadas palabras claves. En algunos casos el filtrado es una condición previa para la licencia o instalación de los ISP en determinados países. El contenido restringido dependerá de las restricciones legales locales donde las empresas actúan. Es el caso de empresas como Yandex y Baidu, que operan en regímenes muy restrictivos en los contenidos que pueden circular en la red, como Rusia y China, respectivamente²⁹³.

El sistema de filtrado, a través de las comunicaciones y ordenes de gobiernos o solicitudes de organizaciones regulatorias, pueden darse caso por caso o en forma de una “lista negra” general de contenidos que no deben estar disponibles para los usuarios del país. Como se ha dicho anteriormente, la necesidad de estar físicamente en los locales donde actúan hace con que los ISP estén más sujetos a las presiones estatales. Según las Naciones Unidas, un memorando de un proveedor de una multinacional de servicios de Internet que opera en el Ecuador apuntó que en marzo de 2014 los usuarios no pudieron acceder a Google y YouTube porque la Asociación de Proveedores de Internet, una entidad privada del Ecuador que

²⁹² MACKINNON, Rebeca, *et al.* **Fostering Freedom Online: The role of intermediaries**. Paris: Unesco Publishing, 2014. p. 74.

²⁹³ MACKINNON, Rebeca, *et al.* **Fostering Freedom Online: The role of intermediaries**. Paris: Unesco Publishing, 2014. p. 105 y 106.

administra dos de los principales IXPs del país, bloqueó el acceso a ciertas páginas de Internet por solicitud del Gobierno nacional²⁹⁴.

Más allá del prejuicio causado a los usuarios locales, el filtrado de los contenidos en una jurisdicción puede afectar usuarios en otras jurisdicciones. “Por ejemplo, en 2013, el filtrado ordenado por el Estado y llevado a cabo por la empresa Airtel en la India dio lugar a restricciones del mismo contenido en varias redes de Omán pertenecientes a su socia Omante²⁹⁵.”

El sistema de filtrado, realizado por los ISP, pueden ser hechos por requerimientos de los gobiernos o por las propias reglas de las empresas. Gran parte de los proveedores de servicios de Internet incluyen en sus términos las actividades y contenidos prohibidos en sus redes. El mayor problema es la amplitud y vaguedad de estas normas (lo mismo ocurre con los términos de servicio de las grandes plataformas de redes sociales, como será discutido en sección propia)²⁹⁶.

En Brasil, según informe de la Unesco, la empresa Vivo, por ejemplo, prohíbe actos contrarios a la ley, la moral, la buena costumbre y los hábitos que se consideran aceptables y razonables en línea²⁹⁷. Difícilmente se puede prever lo que esperar de la interpretación de la empresa para expresiones como buena costumbre y el buen hábito. Típicamente los contenidos filtrados son pornografía, difamación, discursos de odio, material que inflige los derechos del autor, noticias falsas, o involucrando temas de seguridad y elecciones. Los Estados generalmente utilizan indirectamente los términos de servicio o reglas de comunidad para ampliar aún más las bases de restricción legalmente establecidas, o ejercen presiones ilegítimas (económicas por lo general) sobre los intermediarios para restringir la circulación de contenidos a través del bloqueo o filtrado privado.

²⁹⁴ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/35/22 de 30 de marzo de 2017. Párrafo 35.

²⁹⁵ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/71/373 de 6 de septiembre de 2016. Párrafo 47.

²⁹⁶ “All companies include in their Terms prohibited types of content and activities on their networks. Specificity varies, but most use broad terms to capture many forms of disallowed content. For example, Airtel India prohibits what it calls objectionable, obscene and pornographic messages or communications, and maintains that content and communications on the network must be consistent with Indian law. Airtel Kenya requires users to comply with all relevant laws and regulations and notes that users cannot encourage, allow or engage in the transmission of what it terms obscene or offensive communications, the spread of viruses, copyright infringing material, or defamatory material. Vivo says that it prohibits acts that are contrary to law, moral, good customs, and customs and habits understood to be reasonable and acceptable online. This includes dissemination of messages that are racist, pornographic, pedophilic, intellectual property–infringing, or that violate the law.³²⁰ Vivo also prohibits customers from invading the privacy or harming other users” MACKINNON, Rebeca, *et al.* **Fostering Freedom Online: The role of intermediaries**. Paris: Unesco Publishing, 2014. p. 65.

²⁹⁷ MACKINNON, Rebeca, *et al.* **Fostering Freedom Online: The role of intermediaries**. Paris: Unesco Publishing, 2014. p. 65.

Los informes de las Naciones Unidas reiteran la excepción al uso de filtrado o bloqueo en caso de pornografía infantil, con fundamento en una legislación suficientemente precisa, con la posibilidad de revisión y supervisión por un tribunal u organismo independiente e imparcial. Al mismo tiempo subrayan que, dada la relación entre la venta de niños, la trata de niños, el trabajo forzado, la prostitución infantil, el turismo sexual y la pornografía infantil, los Estados deben hacer frente a los problemas fundamentales en los que tienen su origen la pornografía infantil y adoptar medidas eficientes para lo procesamiento de los responsables²⁹⁸.

Para el Sistema Interamericano, los sistemas de filtrado que no sean controlados por el usuario final constituyen una forma de censura previa y han sido utilizados para impedir el acceso a la población a información fundamental de interés público y serán justificados excepcionalmente en los estrictos términos establecidos en el artículo 13 de la Convención Americana²⁹⁹.

Los discursos no resguardados (propaganda de guerra y la apología del odio que constituya incitación a la violencia, la incitación directa y pública al genocidio, y la pornografía infantil) por el derecho a la libertad de expresión, según los documentos internacionales de los derechos humanos, pueden ser objeto de sistemas de bloqueo, siempre y cuando impacten exclusivamente el contenido ilegítimo, como se verá en detalles más adelante³⁰⁰.

3.4.1.3 Priorización paga y tarifa cero

Otro punto que afecta el acceso a los contenidos en Internet es la priorización paga, donde los proveedores de servicio dan un trato preferencial a determinados tipos de tráfico de Internet a cambio de un pago u otros beneficios comerciales. Las opciones de los usuarios acaban socavadas en esta jerarquía de datos, porque o pagan costos más elevados o reciben un servicio de menor calidad y variedad cuando intentan acceder al contenido de Internet y sus

²⁹⁸ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/66/290 de 10 de agosto de 2011. Párrafo 22.

²⁹⁹ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de Expresión e Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 de 31 diciembre 2013. Párrafo 90.

³⁰⁰ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de Expresión e Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 de 31 diciembre 2013. Párrafo 40.

aplicaciones en las vías lentas. Igualmente, encuentran contenidos a los que se ha dado prioridad sin su conocimiento ni aprobación³⁰¹.

Lo que ocurre al final es que los proveedores de contenido que pueden pagar más tendrán vías más rápidas en Internet, los demás, vías más lentas. El tema depende necesariamente de la legislación nacional, que permite o no, la priorización a cambio de una contrapartida. Para las Naciones Unidas, cuando las empresas asignan prioridad al contenido o las aplicaciones de Internet a cambio de pago u otros beneficios comerciales, modifican la forma en que los usuarios utilizan la información en línea³⁰², afectando claramente la neutralidad de la red³⁰³.

En otros casos, las empresas se utilizan de la llamada tarifa cero (no cobrar por la utilización de datos de Internet relacionados con una aplicación o un servicio determinados, mientras que otros servicios o aplicaciones están sujetos a costos medidos). Los usuarios con dificultad de pagar por datos medidos terminan por recurrir exclusivamente a servicios o aplicaciones con tarifa cero, afectando el acceso a la información, especialmente, de comunidades ya marginalizadas en su acceso a la información y excluidas de la partición pública³⁰⁴.

En algunos países las restricciones son totales a este tipo de práctica (prohibición total), algunos aceptan exclusivamente para las aplicaciones de utilidad pública (prohibición atenuada), otros aceptan los planes que extienden la gratuidad a todas las aplicaciones de un tipo de servicio determinado (autorización parcial) y otros permiten expresamente en todos los casos (autorización total)³⁰⁵³⁰⁶.

³⁰¹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/35/22 de 30 de marzo de 2017. Párrafo 24.

³⁰² NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/35/22 de 30 de marzo de 2017. Párrafo 1.

³⁰³ En Brasil, prevista en la Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) en artículo 9°. La neutralidad de red tiene como objetivo garantizar que Internet siga siendo un espacio para distintos tipos de contenidos, aplicativos y servicios. BALKIN, Jack M. O futuro da liberdade de expressão na era digital. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (cord.) **Liberdade de Expressão no Século XXI**, Belo Horizonte: Del Rey, 2016, 351-374. p. 354.

³⁰⁴ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/35/22 de 30 de marzo de 2017. Párrafo 26.

³⁰⁵ Véase: CORREA PÉREZ, Marco. Zero-rating y la neutralidad de la red en Chile. **Revista chilena de derecho y tecnología**, 7(1), 2018, 107-135. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2018.48961>. Acceso en: 3 de julio de 2019.

³⁰⁶ “En Chile, Noruega, los Países Bajos, Finlandia, Islandia, Estonia, Letonia, Lituania, Malta y el Japón rigen restricciones a la tarifa cero. En cambio, los Estados Unidos, y posteriormente el Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas (ORECE), aprobaron directrices basadas en un enfoque caso por caso.”. NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la**

Los tipos de *zero-rating* son diversos y, a depender de su configuración, involucran los ISP o los proveedores de contenido. En el primer caso, el ISP patrocina la tasa cero a un determinado sitio (caso del Wikipedia Zero, un programa de acceso gratuito a la enciclopedia Wikipedia que fue promovido por la Fundación Wikimedia en varios países mediante alianzas con empresas telefónicas). En el segundo caso, el proveedor de contenido asume los costos (caso del programa *Free Basics* creado y desarrollado por Facebook, que ofrece acceso gratuito a varias páginas web de distintos servicios (información, meteorología, etcétera) en países con bajo nivel de penetración de Internet)³⁰⁷.

En todos los casos el acceso a una mayor variedad de contenidos e informaciones en red se ve perjudicado, en la medida que restringe aún más el acceso a noticias, opiniones, informaciones y expresiones, basados en puntos de vista distintos y producidas por los más diversos medios.

En todas las restricciones a nivel de red, en que los intermediarios involucrados son los proveedores de servicio de Internet, es posible observar que la reglamentación estatal posee gran influencia y la forma como el Estado promueve y protege la libertad de expresión ruega un papel fundamental para determinar el comportamiento de las empresas.

3.4.2 Restricciones a nivel de plataforma

En ese punto nos centramos en las llamadas *platform level restrictions*³⁰⁸, donde los intermediarios involucrados son, usualmente, los motores de búsqueda y las redes sociales. Las violaciones a la libertad de expresión tienen lugar por la petición de un gobierno, a la solicitud de los usuarios u otros terceros, o de acuerdo con las normas privadas y el sistema de ejecución del intermediario³⁰⁹.

promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. A/HRC/35/22 de 30 de marzo de 2017. Párrafo 28.

³⁰⁷ CORREA PÉREZ, Marco. Zero-rating y la neutralidad de la red en Chile. *Revista chilena de derecho y tecnología*, 7(1), 2018, 107-135. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2018.48961>. Acceso en: 3 de julio de 2019.

³⁰⁸ MACKINNON, Rebeca, *et al.* **Fostering Freedom Online: The role of intermediaries.** Paris: Unesco Publishing, 2014. p. 25.

³⁰⁹ MACKINNON, Rebeca, *et al.* **Fostering Freedom Online: The role of intermediaries.** Paris: Unesco Publishing, 2014. p. 25.

3.4.2.1 Algoritmos de búsqueda

Los motores de búsqueda son los principales medios en Internet para que los usuarios procuren y accedan a informaciones y contenidos diversos, estableciendo la conexión entre aquellos que buscan informaciones y quienes la crean, la publican y la agregan. Son definidos como un sistema de recuperación de toda la información disponible públicamente en la red, produciendo un “contenido” específico: información sobre información (metainformación)³¹⁰. Los buscadores colectan e indexan lo que hay en la red y lo hacen disponible basado en una forma particular de ranking definida por algoritmos de acuerdo con las órdenes específicas de la búsqueda³¹¹.

Es importante tener claro que los motores de búsqueda, en que Google es su mayor representante³¹², solo ofrece la visualización de todo lo que esta indexado por los buscadores. Las páginas “invisibles” (Deep web³¹³) a los motores de búsqueda son todas aquellas en que se necesita un usuario y contraseña (bibliotecas, base de datos de registros públicos), las que los propios intermediarios excluyen, por política, de su base de datos y las que los propietarios de las páginas deliberadamente excluyen de los rastreadores de los motores de búsqueda. Las estimativas de páginas indexadas por Google, por ejemplo, son de un orden de 0,4 a 12% de lo que existe en la red³¹⁴.

Aun así, los intermediarios juegan un papel esencial para el ejercicio de la libertad de expresión en la medida que controla el flujo de todo tipo de noticias, informaciones públicas, datos y servicios que circulan públicamente en la web. En cualquier jurisdicción y bajo cualquier reglamentación estatal los motores de búsqueda pueden restringir o manipular

³¹⁰ “Search engine can be more easily defined from a functional perspective, in which case the following definition could be given for the search engine that is the subject of this study: an information retrieval system for the public networked information environment. Throughout this study the term public networked information environment is used to denote the collection of information which is publicly available on the Internet, and on the World Wide Web in particular”. VAN HOBOKEN, J.V.J. **Search Engine Freedom: On the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines**. Tesis de doctorado, University of Amsterdam Faculty of Law, 2012. Disponible en: <http://dare.uva.nl/document/357527>. Acceso en: 2 de julio de 2019. p.41

³¹¹ GUIMARAES, Guilherme Cintra. **Global Technology and legal theory: transnational constitutionalism, google and the European Union**. New York, Routledge, 2019. p. 3.

³¹² Sobre la dominación del mercado por Google véase: DALY, Angela. **Private Power, Online information flows and EU law**. Oxford: Hart Publishing, 2016. p. 63-90.

³¹³ Véase: CROFT, Bruce W.; METZLER, Donald; STROHMAN, Trevor. **Search Engines Information Retrieval in Practice**. Reino Unido: Pearson, 2011. p. 31-63

³¹⁴ MACKINNON, Rebeca, *et al.* **Fostering Freedom Online: The role of intermediaries**. Paris: Unesco Publishing, 2014. p. 98.

contenido en una o en todas las siguientes acciones, según estudio de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco)³¹⁵:

- a) Eliminación de páginas específicas o incluso sitios web completos del índice del motor de búsqueda;
- b) Programación del indexador para que no agregue ciertas páginas, sitios web completos o sitios que contengan ciertos contenidos;
- c) Programación del algoritmo del motor de búsqueda para no entregar resultados para ciertas consultas;
- d) Programación del algoritmo para favorecer ciertos tipos de páginas web sobre otras;
- e) Influencia en la comprensión del usuario de ciertos resultados de búsqueda al agregar declaraciones explicativas, advertencias o declaraciones en la publicidad que lo acompaña.

Las restricciones, como en los casos de los motores de búsqueda, pueden ser por requerimiento del gobierno, u otra tercera parte, o para hacer cumplir sus propios términos de servicios y procedimientos privados.

Cuanto a los procedimientos privados los cuestionamientos recaen en el uso de los algoritmos para la selección, clasificación y presentación de los resultados de las búsquedas hechas por los usuarios en la red. Todos los motores de búsqueda usan de algoritmos para decidir cuales los resultados y en cual orden serán presentados a los usuarios. Entre todo lo que existe en el motor de búsqueda, los sistemas de clasificación, formados por una serie de algoritmos, ofrecen los resultados más útiles y relevantes a los usuarios. Los algoritmos de búsqueda presentan los resultados con base las palabras de la consulta, la relevancia y la facilidad de uso de las páginas, el historial de búsqueda y la ubicación del usuario³¹⁶.

Cuando un usuario escribe un término de búsqueda en la Búsqueda de Google, Google produce un conjunto de hipervínculos que su algoritmo considera relevantes para el término de búsqueda dado. Eso se conoce como resultados de búsqueda orgánicos. Cuando un usuario escribe un término de búsqueda en la Búsqueda de Google que Google considera que tiene una

³¹⁵ MACKINNON, Rebeca, *et al.* **Fostering Freedom Online: The role of intermediaries**. Paris: Unesco Publishing, 2014. p. 104.

³¹⁶ Véase GOOGLE, **Inside Search: How Search Works: Algorithms**. Disponible en: <https://www.google.com/insidesearch/howsearchworks/algorithms.html>. Acceso en: 10 de julio de 2019.

'intención de noticias' la búsqueda presenta al usuario las historias principales³¹⁷ en su motor de búsqueda acerca de la noticia, además de los resultados de búsqueda orgánica³¹⁸.

De la misma manera, las medias sociales también son utilizadas por los usuarios para acceder a noticias y se utilizan de algoritmos para clasificar y presentar contenidos. En Facebook, por ejemplo, los algoritmos usan los datos de los usuarios para determinar la relevancia de una publicación³¹⁹.

La forma como los motores de búsqueda³²⁰ clasifican y ofrecen los resultados a los usuarios finales ha generado una serie de discusiones sobre el impacto de los algoritmos en la libertad de expresión y acceso a la información. Según la relatoría especial para la libertad de expresión de la ONU: “De hecho, los algoritmos de los buscadores dictan qué ven los usuarios y en qué orden de prioridades, y pueden manipularse para limitar un determinado contenido o darle prioridad”³²¹. A parte de esto, ni la ONU, tampoco el Sistema Interamericano hace mayores cuestionamientos sobre los algoritmos y los resultados en los motores de búsqueda.

El tema se presenta bastante desafiador, al final, se trata de la forma como las empresas toman decisiones sobre sus propios negocios. De otra parte, es innegable que las decisiones sobre la forma como clasifican los resultados afectan intereses públicos y privados. En Estados Unidos el caso *Search King, Inc. v. Google Technology, Inc* discute la forma como el buscador hace la clasificación de los resultados. Search King, un directorio para empresas locales de Oklahoma, alegó un gran prejuicio en sus negocios después de caer el ranking de resultados de Google. El Tribunal de Oklahoma acordó que las decisiones de clasificación de Google estaban protegidas por la Primera Emenda de la Constitución estadounidense y, por ende, no deberían sufrir restricciones, tal como sintetiza el fallo estadounidense:

³¹⁷ “Google’s Top Stories carousel is a container that includes articles, live blogs and videos on breaking news stories and displays sets of related results horizontally with images. Top Stories can contain news articles from different publishers, or from one news publisher. News publishers have the option of using structured data to mark-up content on their web pages, which makes the web page eligible for inclusion in Google’s Top Stories carousel”. ACCC, Australian Competition & Consumers Commission. **Digital Platforms Inquiry: Final Report**. 26 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>. Acceso en: 10 de agosto de 2019. p.210.

³¹⁸ ACCC, Australian Competition & Consumers Commission. **Digital Platforms Inquiry: Final Report**. 26 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>. Acceso en: 10 de agosto de 2019. p. 209.

³¹⁹ ACCC, Australian Competition & Consumers Commission. **Digital Platforms Inquiry: Final Report**. 26 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>. Acceso en: 10 de agosto de 2019. p. 216.

³²⁰ Las búsquedas de información no se hacen exclusivamente en buscadores (aún que prioritariamente) y los problemas planteados afectan todas las plataformas que permiten realizaciones de buscas en sus páginas.

³²¹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/71/373 de 6 de septiembre de 2016. Párrafo 21.

A PageRank is an opinion – an opinion of the significance of a particular web site as it corresponds to a search query. Other search engines express different opinions, as each search engine's method of determining relative significance is unique. There is no question that the opinion relates to a matter of public concern. SearchKing points 150 million search queries occur every day on Google's search engine alone. Finally, PageRanks do not contain false factual connotations. While Google's decision to intentionally deviate from its mathematical algorithm in decreasing SearchKing's PageRank may raise questions about the "truth" of the PageRank system, there is no conceivable way to prove that the relative significance assigned to a given website is false. A statement of relative significance, as represented by the PageRank is inherently subjective in nature. Accordingly, the Court concludes that Google's PageRanks are entitled to First Amendment protection³²².

La obligación legal con respecto a la clasificación y presentación de los resultados de búsqueda de delinear los resultados patrocinados de los resultados de búsqueda orgánicos ya existe. Tanto en Europa como en Estados Unidos, se considera una obligación legal que los motores de búsqueda sean transparentes sobre esta diferencia³²³.

Lo que no se niega es que la selección y clasificación de los resultados por los motores de búsqueda dominantes es de gran importancia tanto a los usuarios finales como a los proveedores de contenidos e informaciones y la manipulación en lo que llega al público en determinados casos puede ocurrir, afectando el derecho de los usuarios de informarse libremente, como el derecho del proveedor de información de difundirla.

El término burbujas de filtros (*filter bubbles* o *echo chambers*) se ha utilizado para referirse al escenario actual en el que el material que se muestra a un usuario se selecciona mediante algoritmos de acuerdo con los comportamientos previos del usuario, y este material está desprovisto de contenido que desafíe la actitud, es decir, es una situación en la que los usuarios de plataformas digitales se exponen repetidamente a las mismas perspectivas³²⁴. Se crea un escenario perfecto para la diseminación de noticias falsas y contenidos más extremo³²⁵, además de socavar la pluralidad de fuentes de noticias e informaciones que debería estar disponible en Internet.

³²² SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, **Search King, Inc. v. Google Technology, Inc.**, Case N. Civ-02-1457-M (W.D. Okla., Jan. 13, 2003). p. 9.

³²³ VAN HOBOKEN, J.V.J. **Search Engine Freedom: On the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines.** Tesis de doctorado, University of Amsterdam Faculty of Law, 2012. Disponible en: <http://dare.uva.nl/document/357527>. Acceso en: 2 de julio de 2019. p.194

³²⁴ ACCC, Australian Competition & Consumers Commission. **Digital Platforms Inquiry: Final Report.** 26 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>. Acceso en: 10 de agosto de 2019. p. 346.

³²⁵ "With respect to the Internet and new communications technologies, the implication is that groups of like-minded people, engaged in discussion with one another, will end up thinking the same thing that they thought before—but in more extreme form". SUNSTEIN, Cass. **Republic.com 2.0** Reino Unido: Princeton University Press, 2007. p. 61.

Se podría argumentar que en los medios *offline* los usuarios también eligen fuentes de periodismo solamente con sus ideas afines, si bien, en los medios digitales la elección no es el factor principal que determina a que fuentes de noticias e informaciones las personas están expuestas. Dos factores son más determinantes: los algoritmos utilizados por la empresa para seleccionar las fuentes de noticias y contenidos y, el comportamiento de compartir y la forma de interactuar de otros usuarios de redes sociales³²⁶. Distinto de los medios tradicionales en que los usuarios eligen deliberada y conscientemente noticias con una determinada orientación, un usuario de una plataforma digital difícilmente sabrá como las noticias son seleccionadas.

Sunstein también sustenta que cuando alguien lee un periódico o una revista, los ojos pueden encontrarse con una serie de artículos que no había seleccionado de antemano y como la mayoría de las personas podrá leer algunos de esos artículos y podrá beneficiarse de la experiencia³²⁷. Quizás podrá incluso ser persuadido en un punto u otro, o informado o tendrá informaciones extras sobre determinado asunto.

Lo que pasa en Internet es distinto, más allá de la polarización generada por solo compartir con personas e ideas afines, las inúmeras opciones de informaciones y el poder de personalizar hará con que los diversos grupos de interés se centren en temas muy diferentes, dificultando la comprensión mutua y la capacidad de resolver los problemas que la sociedad enfrenta en conjunto³²⁸.

Por la naturaleza opaca de los algoritmos es, incluso, difícil identificar exactamente de qué manera los algoritmos pueden haber contribuido a la creación de las burbujas de filtros y cuáles son sus verdaderos impactos³²⁹. Es difícil y tal vez muy temprano para evaluar cuales son los impactos reales de estos sesgos aparentemente optativos de estandarización y customización en la circulación de información en Internet, aunque sean los retos y paradojos que las sociedades modernas necesitan enfrentar cuando las tecnologías digitales aumentan y nuestra forma de buscar informaciones ha cambiado³³⁰.

El usuario final debería ter más control sobre la selección de los resultados. De hecho, esto será posible cuando la forma como clasificación ocurre sea la más clara y ampliamente

³²⁶ ACCC, Australian Competition & Consumers Commission. **Digital Platforms Inquiry: Final Report**. 26 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>. Acceso en: 10 de agosto de 2019. p. 347.

³²⁷ SUNSTEIN, Cass. **Republic.com 2.0** Reino Unido: Princeton University Press, 2007. p. 29

³²⁸ SUNSTEIN, Cass. **Republic.com 2.0** Reino Unido: Princeton University Press, 2007. p. 56.

³²⁹ ACCC, Australian Competition & Consumers Commission. **Digital Platforms Inquiry: Final Report**. 26 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>. Acceso en: 10 de agosto de 2019. p. 347.

³³⁰ GUIMARAES, Guilherme Cintra. **Global Technology and legal theory: transnational constitutionalism, google and the European Union**. New York, Routledge, 2019, p. 62.

divulgada por los intermediarios, con los ajustes usualmente hechos para proteger los niños de la explotación sexual y en los casos que la ley determinar la propiedad intelectual.

Actualmente, los motores de búsqueda también influyen en la dinámica de la comunicación social al contener lo que la sociedad en general es capaz de construir como realidad, aumentando la selectividad de la memoria social general que proporcionan los medios de comunicación, recordando más unas cosas y se olvidando de otras³³¹.

3.4.2.2 Derecho al olvido

Desde el año de 2014 los motores de búsqueda enfrentan un nuevo desafío, con el fallo del 13 de mayo de 2014 del Tribunal Europeo de Justicia, que establece el "derecho a ser olvidado" en toda la Unión Europea, en el caso “Google Spain S.L., Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González³³²”.

A pesar de los argumentos en contra de Google, en dicho fallo el Tribunal Europeo determinó que los buscadores hacen tratamiento de datos y, a conclusión, podrían solicitar directamente a estos intermediarios la remoción de datos, de acuerdo con la Directiva Europea n. 95/46 CE, en vigor antes del GDPR³³³. En actual redacción:

A fin de reforzar el «derecho al olvido» en el entorno en línea, el derecho de supresión debe ampliarse de tal forma que el responsable del tratamiento que haya hecho públicos datos personales esté obligado a indicar a los responsables del tratamiento que estén tratando tales datos personales que supriman todo enlace a ellos, o las copias o réplicas de tales datos. Al proceder así, dicho responsable debe tomar medidas razonables, teniendo en cuenta la tecnología y los medios a su disposición, incluidas

³³¹ GUIMARAES, Guilherme Cintra. **Global Technology and legal theory**: transnational constitutionalism, google and the European Union. New York, Routledge, 2019, p. 63.

³³² El señor Costeja solicita judicialmente al Google la retirada de la una noticia que vinculaba su nombre a una deuda que ya se había pagado hace unos años, pues en todas las veces que su nombre era introducido en el motor de búsqueda aparecían el enlace de la deuda y esto afectaba su intimidad y buen nombre. TJUE. **Google Spain, S.L., Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González**. Sentencia del 13 de mayo de 2014. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES>. Acceso en: 24 de abril de 2018.

³³³ “Los interesados deben tener derecho a que se rectifiquen los datos personales que le conciernen y un «derecho al olvido» si la retención de tales datos infringe el presente Reglamento o el Derecho de la Unión o de los Estados miembros aplicable al responsable del tratamiento”. UNIÓN EUROPEA, **Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE**. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1528874672298&uri=CELEX%3A32016R0679>. Acceso en: 10 de julio de 2019. Párrafo 65, artículo 17.

las medidas técnicas, para informar de la solicitud del interesado a los responsables que estén tratando los datos personales³³⁴.

El derecho al olvido es “un fundamento jurídico que permite que ciertas situaciones del pasado no sean actualmente difundidas cuando son capaces de provocar más daños que beneficios”³³⁵. En la práctica, lo que se pide a los buscadores con la desindexación, es que rompa el vínculo entre una persona y una información que la misma considere inadecuada, irrelevante, excesiva o que perdió relevancia³³⁶.

Actualmente, las personas que desean la desindexación de alguna información deben llenar un formulario de Google y caso a caso las solicitudes serán evaluadas por una equipe, que en caso positivo, retira las URL de todos los dominios europeos de la Búsqueda de Google (google.fr, google.de, google.es, etc.) y utiliza señales de geolocalización para restringir el acceso a la URL desde el país de la persona que ha solicitado la retirada (para no restringir el acceso a tal información en los países donde no se aplica la directiva europea). Hasta mayo de 2019, 3.132.705 fueron los números de solicitudes recibidas por Google y un total del 44,6% fueron retiradas tras la revisión por la equipe del buscador³³⁷.

Según Google este no es proceso automatizado y son analizadas las siguientes condiciones: la validez de la solicitud, tanto en lo que se refiere a capacidad de gestión (por ejemplo, la solicitud especifica las URL exactas para su exclusión) como la conexión del solicitante a un país de la Unión Europea; la identidad del solicitante (por ejemplo, si el solicitante es un figura pública, puede haber mayor interés público que rodea el contenido); el contenido al que hace referencia la URL (un contenido relacionado con un crimen violento puede ser de interés para el público en general); y, la fuente de la información, ya sea un gobierno, un sitio de noticias, o un blog (en el caso de páginas de gobierno, el acceso a una URL puede reflejar una decisión del gobierno de informar a la sociedad sobre una cuestión particular de interés público). La decisión de aceptar o rechazar la solicitud es de los propios

³³⁴ UNIÓN EUROPEA, **Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE**. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1528874672298&uri=CELEX%3A32016R0679>. Acceso en: 10 de julio de 2019. Párrafo 66.

³³⁵ LETURA, Francisco J. Fundamentos Jurídicos Del Derecho Al Olvido: ¿Un Nuevo Derecho De Origen Europeo O Una Respuesta Típica Ante Colisiones Entre Ciertos Fundamentos?, **Revista Chilena de Derecho**, 43, n. ,1 2016, 91–113. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-34372016000100005>. Acceso em: 5 de maio de 2018.

³³⁶ BOTERO MARINO, Catalina; CAMILLERI, Michael J.; CORTÉS, Carlos. **Democracia en la era digital: libertad de expresión en las Américas y el “Derecho al Olvido” Europeo**. Informe del Estado de Derecho, nov. 2017.

³³⁷ GOOGLE, **Google Transparency Report**. Disponible en: <https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=es>. Acceso en: 1 de agosto de 2019.

funcionarios de Google, sin la participación de un Tribunal y sin mecanismos de rendición de cuentas.

A pesar de pretenderse una respuesta a las legítimas preocupaciones sobre privacidad, el “derecho al olvido” afecta el libre flujo de informaciones en Internet. Tanto en el ámbito interamericano, como en el Sistema Universal, las Relatorías especiales para la libertad de expresión han manifestado preocupación con las medidas de remoción o desindexación de contenidos que realizan las empresas privadas (especialmente los motores de búsqueda) bajo la justificativa del “derecho al olvido”, no solo por la afectación del flujo de informaciones como por el impacto extraterritorial de algunas decisiones³³⁸. Importante señalar que, para Relatoría Interamericana, la información removida no circula, afectando la dimensión individual de la libertad de expresión de quien no puede expresarse y difundir sus ideas y opiniones, y afecta la dimensión social de la libertad de expresión porque impide la comunidad de recibir informaciones e ideas de toda índole³³⁹.

Por otra parte, la Relatoría de las Naciones Unidas advierte que esta lógica de permitir la eliminación extraterritorial de vínculos, sitios web y otros contenidos, permitiría ejercer la censura a través de las fronteras, en beneficio de quienes la aplican de forma más restrictiva³⁴⁰. Para David Kaye, el derecho al olvido es un típico caso en que la reglamentación estatal ha permitido aún más poder a las corporaciones, permitiendo que empresas privadas decidan sobre la posibilidad de enterar datos históricamente importantes³⁴¹.

La Relatoría de la CIDH, en la misma línea, afirma en su Informe de 2017 que, con base en la doctrina desarrollada en el caso *Costeja*, mencionado anteriormente, América Latina ha recibido solicitudes de remoción y desindexación de contenidos que pretenden expandir significativamente el derecho al olvido para que periódicos y periodistas eliminen contenidos, en lugar de su desindexación por motores de búsqueda, además de denuncias, por la sociedad

³³⁸ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 18. CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17 de 15 de marzo 2017. Párrafos 126-142.

³³⁹ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17 de 15 de marzo 2017. Párrafo 133.

³⁴⁰ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 18.

³⁴¹ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p.35.

civil, de funcionarios públicos que estarían utilizando el derecho al olvido para cancelar información de interés público³⁴².

Sigue advirtiéndose que en las Américas los años de regímenes autoritarios y los conflictos internos, crearon un contexto particular en que el acceso a la información sobre las actividades gubernamentales y las graves violaciones a los derechos humanos tornase esencial y que el “derecho al olvido” podría afectar el derecho a la verdad y la memoria³⁴³.

El impacto en América Latina era inevitable ya que la legislación latinoamericana de protección de datos es bastante similar a la legislación europea. Una primera ola de legislaciones ocurrió después de la directiva de UE de protección de datos (Chile, Argentina y Paraguay) y una segunda ola es más reciente (Uruguay, México, Costa Rica, Perú, Nicaragua, Colombia y Brasil), más por lo general, los instrumentos proporcionan el derecho de acceso, corrección, modificación o eliminación de datos personales³⁴⁴.

Las agencias de protección de datos personales en la región han aplicado el “derecho al olvido” en casos concretos, como en Perú y México, desconociendo los estándares regionales de protección de libertad de expresión, con órdenes ambiguas y retirando de circulación informaciones públicas³⁴⁵. El traslado puro y simple de la doctrina y jurisprudencia europea para la región es problemático tanto por la concepción distinta de la libertad de expresión el Sistema Interamericano y europeo, como por el legado autoritario existente en la región. Bajo los estándares interamericanos, como se verá más adelante, el derecho al olvido debería ser aplicado de manera más cuidadosa, sin la privatización de la función judicial de ponderar derechos y definir lo que debe ser público.

3.4.2.3 Moderación de contenidos por Redes sociales

Las redes sociales son los responsables por la transformación de una audiencia pasiva de consumidores de información hasta productores activos de información y contenidos, a

³⁴² CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17, 15 de marzo 2017. Párrafo 130.

³⁴³ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17, 15 de marzo 2017. Párrafo 134.

³⁴⁴ VOSS, W. Gregory; CASTET-RENARD-Renard, Céline. Proposal for an International Taxonomy on the Various forms of the ‘Right to be Forgotten’: a Study on the Convergence of Norms. **Colorado Technology Law Journal**, v 14, n. 2, 2016, 281-344. p. 314

³⁴⁵ BOTERO MARINO, Catalina; CAMILLERI, Michael J.; CORTÉS, Carlos. **Democracia en la era digital: libertad de expresión en las Américas y el “Derecho al Olvido” Europeo**. Informe del Estado de Derecho, nov. 2017. p.11.

través de la interacción permitida en estos intermediarios. Las redes sociales han modificado la forma como las personas reciben y divulgan informaciones, opinan y expresan sus ideas, participan da vida pública, crean redes de intereses comunes, debaten ideas, acceden a informaciones, organizan protestas y defienden los derechos humanos. Con la misma potencia, las redes sociales han permitido la divulgación de cenas de violencia brutales, la proliferación de discursos de odio, discriminatorios y xenófobos, la intensa diseminación de noticias falsas, hasta la organización para cometimiento de crímenes.

Como advierte Castells, cuando Internet se convirtió en una palanca de transformación social, no necesariamente, llevó en cuenta la defensa de los valores que la mayor parte de nosotros compartimos³⁴⁶.

En este difícil equilibrio entre libertad de expresión, cumplimiento de leyes estatales de las más diversas ordenes, expectativa de los usuarios y cifras billonarias de negocios, las redes sociales son, actualmente, el intermediario prioritario en temas de acceso y moderación de contenidos en Internet. Sea por presión o reglamentaciones de los gobiernos, sea en sus condiciones de términos y servicios, la discusión de quien habla y lo que se habla en Internet parece estar en las manos de algunas pocas empresas en el mundo.

En el mundo existen más de 3 millones de usuarios activos en redes sociales³⁴⁷, es decir, el 42% de la población mundial, en un mercado dominado por Facebook con 2.38 millones de usuarios activos en marzo de 2019³⁴⁸, seguido de Youtube, WhatsApp, y otras pocas empresas. Las más conocidas son Facebook, Youtube, WhatsApp, Instagram, Twitter, LinkedIn, Snapchat y Pinterest.

Aunque las redes sociales no requieren una presencia física en el país donde actúan, muchos Estados crean regulaciones que irán impactar en lo que puede o no ser dicho en las redes sociales. Normas con criterios jurídicos vagos, sin un examen judicial, bajo severas

³⁴⁶ CASTELLS, Manuel. La Galáxia Internet. Barcelona: Aterá, 2001. p. 165.

³⁴⁷ DATEREPORTAL, **Digital 2019: Global Digital Overview**, enero 2019. Disponible en: <https://www.slideshare.net/DataReportal/digital-2019-global-digital-overview-january-2019-v01>. Acceso en: 10 de janeiro de 2019.

³⁴⁸ FACEBOOK, Newsroom – Statistics. Disponible en: <http://newsroom.fb.com/company-info>. Acceso en: 10 de enero de 2019.

aplicaciones de multas son bastante comunes³⁴⁹. La obligación de vigilar y sancionar contenidos inapropiados crece rápidamente en el mundo, en las sociedades más democráticas³⁵⁰.

Australia aprobó una amplia legislación, que amenaza con multas enormes las compañías de medios sociales y pena de prisión para sus ejecutivos si no logran eliminar rápidamente el material violento de sus plataformas, tras la masacre en dos mezquitas transmitidos en Facebook³⁵¹. La ley presentada y aprobada en 5 días, fue duramente criticada por el Relator especial de las Naciones Unidas, por sus términos vagos, la ausencia de participación popular, la desproporcionalidad en las sanciones, que pueden socavar en lugar de proteger el interés público³⁵².

Es absolutamente reconocible las preocupaciones de Estados y toda sociedad civil con la divulgación de materiales violentos, discursos de odio, temas de seguridad nacional y terrorismo, más también es indiscutible la presión de estas normas sobre las empresas que, entre escoger las multas extraordinarias o la eliminación de contenidos legítimos, seguramente no elegirán las primeras. Más una vez, las Naciones Unidas por su relatoría especial:

Las cuestiones complejas de hecho y de derecho deberían ser resueltas por las instituciones públicas, no por agentes privados cuyos procedimientos actuales tal vez no sean compatibles con las normas relativas a las debidas garantías procesales y cuya motivación es principalmente económica³⁵³.

³⁴⁹ “Por ejemplo, en la Ley de Ciberseguridad de China, de 2016, se imponen vagas prohibiciones contra la difusión de información “falsa” que perturbe el “orden social o económico”, o la unidad o la seguridad nacionales. También se obliga a las empresas a supervisar sus redes y denunciar a las autoridades cualquier infracción. Al parecer, el incumplimiento de esa ley ha dado lugar a la imposición de cuantiosas multas a las principales plataformas de medios sociales”. NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 15.

³⁵⁰ “En virtud de la Ley de Vigilancia de la Red (NetzDG) de Alemania se exige a las grandes empresas de medios sociales que eliminen el contenido incompatible con determinadas leyes locales en plazos muy breves, con importantes sanciones por incumplimiento”. NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 16.

³⁵¹ AUSTRALIA, **Criminal Code Amendment** (Sharing of Abhorrent Violent Material) Bill 2019. Disponible en: https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query=Id%3A%22legislation%2Fems%2Fs1201_ems_08b22f92-a323-4512-bf31-bc55aab31a81%22. Acceso en: 10 de julio de 2019.

³⁵² NACIONES UNIDAS, **Mandates of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression; and the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism**, Reference: OL AUS 5/2019. Disponible en: <https://freedex.org/wp-content/blogs.dir/2015/files/2019/04/OL-AUS-04.04.19-5.2019-2.pdf>. Acceso en: 23 de agosto de 2019.

³⁵³ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 17.

Los Estados presionan las empresas para la eliminación de contenidos de maneras no jurídicas³⁵⁴ y aumentan el papel de las empresas como “jueces” de los contenidos en línea, sin ningún tipo de mecanismo de rendición de cuentas o formas de reparación en caso de daños. En muchos casos, incluso, las empresas no son transparentes en cuanto a los pedidos recibidos de bloqueo o retirada de contenidos de los Estados y cómo responderán a cada uno ellos. Así como en otras situaciones es posible observar que la actuación estatal ha aumentado aún más el poder de las empresas, transfiriendo a las mismas tareas que no deberían asumir.

El tema se agrava aún más cuando el análisis pasa a los términos y servicios u otras reglas de las propias redes sociales. Las empresas de Internet exigen a sus usuarios que respeten las condiciones de servicio y “las normas comunitarias”, donde se reservan la discrecionalidad en cuanto a la adopción de medidas sobre el contenido y sobre la cuenta del usuario, sin ninguna posibilidad de discusión de las reglas por los usuarios. En teoría, un usuario es libre de abandonar una plataforma y llevar su contenido a otra parte, pero en la práctica, la falta de alternativas, la dificultad de migrar la colección de contenido que uno ha creado y los vínculos con servicios de terceros hacen que salir de estas plataformas sea una tarea difícil³⁵⁵.

Los primeros redactores de las reglas de las empresas no las conectaron con ninguna tradición legal en particular que no sean los valores de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. La idea general era que más discurso era bueno para los negocios y bueno para los usuarios, a menos que sea un discurso que dañe la plataforma, perjudique a los usuarios o disuada a otros de unirse a la plataforma³⁵⁶.

El crecimiento asombrosamente rápido de las redes sociales obligó a las compañías a afrontar la realidad de que tendrían que moderar el contenido generado por los usuarios y establecer reglas sobre lo que las personas podrían compartir y decir en sus plataformas³⁵⁷. Las reglas más duras para moderación de contenidos fueron surgiendo hace unos pocos años, Twitter solamente en 2018 prohibió las conductas odiosas, Facebook solo en 2015 revisó

³⁵⁴ “Tres años de prohibición de YouTube en el Pakistán animaron a Google a crear una versión local más receptiva a las exigencias del Gobierno relativas a la eliminación de contenido “ofensivo”. Se dijo que Facebook e Israel acordaron coordinar sus esfuerzos y su personal para vigilar y eliminar la “incitación” en línea. Los detalles de ese acuerdo no se divulgaron, pero el Ministro de Justicia de Israel afirmó que entre junio y septiembre de 2016, Facebook aceptó casi todas las solicitudes del Gobierno para la eliminación de contenidos relacionados con la “incitación””. NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 20.

³⁵⁵ YORK, Jillian; ZUCKERMAN, Ethan. Moderating the Public Sphere. In: JORGESEN, Rikkie Fran (edit). **Human Rights in the Age of Platforms**. Reino Unido: The IMT Press, 2019, 137-162. p. 148.

³⁵⁶ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p 46.

³⁵⁷ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p 48.

completamente su política y pasó a eliminar el discurso de odio³⁵⁸. Las reglas sobre la moderación de contenidos fueron aumentando su especificidad, las restricciones posibles y la publicidad a respeto de sus normas.

Con todo, como advierte Kaye, a menudo es difícil entender las decisiones corporativas bajo esas reglas, excepto en los casos más obvios, ya que las compañías no divulgan nada como una especie de jurisprudencia sobre sus juicios³⁵⁹. “La mayoría de las empresas no basan expresamente las normas sobre el contenido en un ordenamiento jurídico concreto que pueda regular la libertad de expresión, como la legislación nacional o el derecho internacional de los derechos humanos.”³⁶⁰, pero lo hacen según sus propios criterios y de maneras bastante distintas.

Desde América Latina los casos de abusos de restricciones a la libertad de expresión por las reglas y términos de servicios de las empresas empezaron a ser denunciados recientemente. En 2017 una actriz argentina, María Riot, tuvo su cuenta bloqueada por Facebook, después de publicar fotos de una sesión artística con trabajadores sexuales. Facebook bloqueó la cuenta por las imágenes de desnudos, pero la actriz denunció a Facebook en Argentina por violar su libertad de expresión. El asunto acabó no siendo objeto de análisis por el Judiciario argentino, porque luego después de la denuncia, Facebook restauró el contenido³⁶¹.

En 2015 Facebook excluyó fotos de una exposición sobre los pueblos indígenas organizada por el Ministerio da Cultura brasileño en su página oficial en la plataforma, por contener imágenes de indios desnudos. El contenido fue restaurado después de la denuncia del gobierno de Brasil, aun así, el caso fue presentando por Brasil ante la Comisión Interamericana en audiencia pública realizada en abril de 2016³⁶².

La moderación puede afectar en muchos casos el propio funcionamiento democrático en los países. En países autoritarios o donde las líneas entre lo permitido y lo prohibido caminan en zonas grises, las propias condiciones de servicios de las empresas pueden ser utilizadas para silenciar grupos y partidos opositores y excluir determinados grupos de los debates

³⁵⁸ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p 48 y 49.

³⁵⁹ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p 50.

³⁶⁰ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 24.

³⁶¹ CLARÍN, **Fin de una disputa**. Tras la denuncia por censura, Facebook restauró el perfil de la actriz porno María Riot, 14 de septiembre de 2017. Disponible en: https://www.clarin.com/sociedad/denuncia-censura-facebook-restauroperfil-actriz-porno-maria-riot_0_Sk5UuO_9-.html. Acceso: 17 de mayo de 2019

³⁶² Video de la audiencia en la CIDH: <https://www.youtube.com/watch?v=ICoj7dxADZI>

nacionales³⁶³. Según York y Zuckerman, bajo los sistemas actuales, las voces minoritarias corren el peligro de ser silenciadas en las plataformas y las mismas están mal preparadas para proteger el discurso controvertido pero legal³⁶⁴.

Las plataformas de redes sociales generalmente requieren que los usuarios creen una cuenta, es decir, un nombre de usuario y contraseña, para compartir contenido. Los operadores de las plataformas pueden restringir el contenido que los usuarios comparten en la plataforma de varias maneras: eliminando contenido; bloqueándolo o desactivando las cuentas de los usuarios que publican cierto contenido.

En el diseño y conformación de sus términos de servicio y reglas de comunidad, las empresas no deberían limitar o restringir la libertad de expresión de manera desproporcionada o innecesaria. No obstante, las empresas, en sus normas de condiciones de servicios utilizan conceptos vagos e imprecisos para explicar lo que puede o no ser restringido en línea, no llevan en consideración el contexto e imponen la identificación del usuario, sin llevar en consideración el derecho al anonimato.

Twitter, en sus términos de servicios prohíbe, entre otras, lo que se llama: abusos y conductas odiosas³⁶⁵. Las restricciones serán aplicadas cuando existen amenazas violentas; cuando se desea graves daños o la muerte de una persona o grupo de personas; cuando existan referencias a asesinatos en masa, cuando relaten eventos violentos o medios específicos de violencia donde los grupos protegidos han sido los principales objetivos o víctimas; cuando inciten al miedo a una categoría protegida; en caso de insultos racistas y sexistas, u otros contenidos que degradan a alguien y, por fin, imágenes de odio. Es difícil precisar, por ejemplo, lo que son contenidos que desagradan u o cuales serán consideradas imágenes de odio, asimismo, expanden el concepto de discursos de odio, acepto en los órganos internacionales de derecho humanos. El riesgo es la utilización de tales impresiones con la intención de silenciar determinadas voces minoritarias o críticas al gobierno.

³⁶³ Véase los ejemplos en KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p 48 y 49. En Myanmar, los funcionarios del ejército Tatmadaw y los grupos militantes budistas anti musulmanes utilizaron Facebook para difundir contenido que reforzó la discriminación y el racismo birmanos contra la comunidad rohingya, víctimas de exterminio en el año de 2017. El lenguaje era incendiario, llamando a la destrucción de los rohingya como pueblo, describiéndolos en un lenguaje que recordó la retórica deshumanizante de la Alemania nazi. Facebook no logró moderar estas publicaciones, en cambio, desconcertantemente, eliminó publicaciones que describían ataques reales contra los rohingya y suspendió un grupo de usuarios diseñado para decirle a los rohingya dónde se estaban produciendo ataques para que pudieran evitarlos.

³⁶⁴ YORK, Jillian; ZUCKERMAN, Ethan. Moderating the Public Sphere. In: JORGESSEN, Rikkie Fran (edit). **Human Rights in the Age of Platforms**. Reino Unido: The IMT Press, 2019, 137-162. p. 140

³⁶⁵ Disponible en: <https://help.twitter.com/en/rules-and-policies/twitter-rules>. Acceso en: 5 de octubre de 2019.

Desde el año de 2017 existe información sobre los tipos de contenidos disponibles en los informes de la empresa. En el último semestre de 2018 fueron reportados violaciones a reglas de conducta de odio de más de 3.500 millones de cuentas y Twitter sancionó un poco más de 250 mil³⁶⁶. Los usuarios podrán sufrir sanciones que van desde una limitación temporal de la capacidad para crear publicaciones o interactuar con otros usuarios de Twitter hasta la suspensión permanentemente de la cuenta.

Las reglas de las comunidades en Facebook están disponibles para consultas en las páginas de la compañía y veinte tipos de contenidos pueden ser eliminados. Algunos ejemplos son:

a) Violencia e incitamento: eliminación del lenguaje que incita o facilita la violencia grave;

b) Personas y organizaciones peligrosas: actividades terroristas, organizaciones de odio, trata de persona, asesinato en serie, violencia organizada o actividad crimonosa. Se elimina contenido que expresa apoyo o elogio para grupos, líderes o personas involucradas en estas actividades³⁶⁷.

c) Desnudos y explotación sexual de menores: no son permitidos contenidos que exploten sexualmente o pongan en peligro a los niños.

d) *Bullying* y acoso: Facebook afirma que se reconoce la distinción entre personas públicas, eliminando solamente los comentarios graves, así como ciertos ataques donde la figura pública está directamente etiquetada en la publicación o comentario. Para las personas privadas son eliminados el contenido destinado a degradar o avergonzar, incluidas, por ejemplo, las afirmaciones sobre la actividad sexual de alguien.

e) Desnudos y actividades sexuales de adultos: la compañía afirma restringir la exhibición de desnudos o actividades sexuales porque algunas personas son sensibles a estos contenidos. Afirman entendieren que la desnudez se puede compartir por una variedad de razones, incluso como una forma de protesta³⁶⁸, para crear conciencia sobre una causa o por

³⁶⁶ Disponible en: <https://transparency.twitter.com/en/twitter-rules-enforcement.html#twitter-rules-enforcement-jul-dec-2018>. Acceso en: 5 de octubre de 2019.

³⁶⁷ Con base en esta definición de personas peligrosas, Facebook anunció en mayo de 2019, que se les prohibirá el uso de la herramienta de transmisión de videos en directo (Live). CONELLAN, Shannon; LIEU, Johnny, Facebook rolls out 'one strike' policy for live-streaming following New Zealand attack, **Mashable**, 15 de mayo de 2019. Disponible en: https://mashable.com/article/facebook-restrictions-livestreaming-abuse.amp?twitter_impression=true. Acceso en: 7 de agosto de 2019.

³⁶⁸ Véase caso María Riot.

razones educativas o médicas y cuando la intención es clara hacen concesiones para el contenido. De esta manera, resaltan que los desnudos son permitidos en obras de arte³⁶⁹.

f) Cuentas y declaraciones falsas: Facebook afirma creer que las personas son más responsables de sus declaraciones y acciones cuando usan sus identidades auténticas, por eso requieren que las personas se conecten en Facebook con el nombre que usan en la vida cotidiana;

g) Noticias falsas: la compañía reconoce que hay una línea muy delgada entre las noticias falsas y la sátira o una opinión, por esa razón, no elimina las noticias falsas de Facebook, sino que reduce significativamente su distribución mostrándolas más abajo en la fuente de noticias. Con la intención de mantener la comunidad más informada interrumpen incentivos económicos para personas, páginas y dominios que propagan información errónea; usan de varias señales, incluida la retroalimentación de la comunidad, para informar un modelo de aprendizaje automático que predice qué historias pueden ser falsas; reducen la distribución de contenido calificado como falso por terceros independientes y están capacitando a las personas para que decidan por sí mismas qué leer, confiar y compartir informándolas con más contexto y promoviendo la alfabetización de las noticias.

h) Discursos de odio: Facebook define discursos de odio como: “un ataque directo a las personas según lo que llamamos características protegidas: raza, etnia, origen nacional, afiliación religiosa, orientación sexual, casta, sexo, género, identidad de género y enfermedad grave o discapacidad. Afirma, también proporcionar algunas protecciones para el estado de inmigración. Facebook define “ataque” como un discurso violento o deshumanizante, declaraciones de inferioridad o llamadas a la exclusión o segregación”³⁷⁰. Los ataques son divididos en tres niveles:

Ataques de nivel 1: definido como cualquier discurso violento o apoyo en forma escrita o visual:

a) De discurso deshumanizante con referencias o comparaciones a: Insectos; animales que son percibidos culturalmente como intelectualmente o físicamente inferiores: suciedades, bacterias, enfermedades y heces; predador sexual, inferioridades, criminales violentos y

³⁶⁹ Los casos de eliminación de contenidos y bloqueo de páginas de museos por obras de arte con desnudos son innúmeros. RÍOS, Ruben H. ¿Por qué Facebook censura obra de arte?, **Perfil**, 18 de mayo de 2018. Disponible en: <https://www.perfil.com/noticias/cultura/por-que-facebook-censura-obras-de-arte.phtml>. Acceso en: 10 de agosto de 2019.

³⁷⁰ “We define hate speech as a direct attack on people based on what we call protected characteristics -race, ethnicity, national origin, religious affiliation, sexual orientation, caste, sex, gender, gender identity, and serious disease or disability. We also provide some protections for immigration status. We define attack as violent or dehumanizing speech, statements of inferiority, or calls for exclusion or segregation”. Disponible en: https://www.facebook.com/communitystandards/hate_speech. Acceso en: 10 de agosto de 2019.

sexuales u otros delincuentes (incluidos, entre otros, "ladrones", "ladrones de bancos" o decir "todas las [características protegidas o características casi protegidas] son delincuentes":

b) Burlarse del concepto, eventos o víctimas de delitos de odio, incluso si no se representa a una persona real en una imagen;

c) Designar comparaciones deshumanizantes tanto en forma escrita como visual:

Ataques nivel 2: los ataques de este nivel son definidos como:

a) Declaraciones de inferioridad o una imagen que implique la deficiencia física, mental o moral de una persona o grupo. Físico (incluyendo, pero no limitado a "deformado", "horrible", "feo"); Mental (incluyendo, pero no limitado a "retardado", "cretino", "bajo coeficiente intelectual", "estúpido", "idiota") Moral (incluyendo, pero no limitado a "promiscuo", "defraudador", "barato", "free riders");

b) Expresiones de desprecio o su equivalente visual, incluyendo (pero no limitado a) "Odio", "No me gusta", "X son los peores";

c) Expresiones de disgusto o su equivalente visual, incluyendo (pero no limitado a) "Bruto", "Vil", "Asqueroso";

d) Maldecir a una persona o grupo de personas que comparten características protegidas;

Ataques de nivel 3: discursos para excluir o segregar a una persona o grupo de personas según las características enumeradas por Facebook. Son permitidas las críticas de las políticas de inmigración y los argumentos para restringir esas políticas. Son excluidos aún el contenido que describe o se dirige de forma negativa a las personas con calumnias (palabras insultantes).

Tanto Facebook como Twitter utilizan una serie de conceptos vagos e indeterminados para restringir una variedad amplísima de contenidos y no siendo los casos extremos es muy difícil prever cuál será la reacción de la empresa cuando analiza las reclamaciones de usuarios y gobiernos. ¿Qué será entendido como un discurso violento por Facebook? ¿Qué es, según Facebook, una declaración humillante? ¿Quién irá definirla? ¿Como se caracteriza el apoyo a discursos violentos? ¿Qué Facebook considera como maldecir a una persona? ¿Cuáles son las palabras que Facebook considera insultantes?

Consciente de las dificultades de definición de los discursos de odio y otros temas involucrando moderación del contenido, Facebook creó una serie de artículos llamados: *Hard Questions*. donde la compañía reconoce la variedad de definiciones, incluso legales, para clasificar discursos de odio y afirma que el año de 2017 excluyeron alrededor de 288 mil publicaciones al mes por discursos de odio y que llevan en consideración el contexto y la

intención de la publicación ³⁷¹. Facebook admite los errores ³⁷² por las dificultades de categorizar exactamente estos discursos.

La impresión y vaguedad de las normas de servicio hace con que la capacidad de las redes sociales de eliminar determinados discursos va mucho más allá de los límites a la libertad de expresión permitidos bajo los estándares internacionales de los derechos humanos. En decisión reciente el tribunal de Varsovia, Polonia, en un fallo de medida provisional ha impedido Facebook de eliminar las páginas o bloquear publicaciones individuales de contenidos relacionados a la organización polonesa SIN (*Civil Society Drug Policy Initiative*), que brinda una educación sobre drogas. SIN, con el apoyo de la Fundación Panoptykon, demandó a Facebook por la exclusión de su cuenta en la red social por violar las normas de las comunidades, sin ninguna notificación previa o explicación clara. Las alegaciones de la ONG son justamente la imposibilidad de saber exactamente por qué la página fue excluida y cómo apelar de decisiones como estas. El tribunal ha decidido también que, en caso de victoria definitiva de la ONG, Facebook deberá restaurar todo el contenido eliminado en 2018 e 2019. Aunque la decisión no sea definitiva, para la Fundación Panoptykon, es un primer paso para la creación de estándares más claros para la moderación de contenido ³⁷³.

Solo en mayo de 2018 Facebook presentó su primer informe sobre moderación de contenido, con informaciones actualizadas desde octubre de 2017 hasta septiembre de 2018. Las cifras presentadas son de ocho categorías de contenidos: desnudos y actividades sexuales de adultos y menores, bullying y acoso, cuentas falsas, lenguaje que incita al odio, spam, propaganda terrorista, violencia y contenido gráfico. En el tercer trimestre de 2018, tomaron medidas sobre un total de 30,8 millones de contenidos de desnudos y actividades sexuales de adultos, más del 95% de los contenidos es detectado por la propia empresa y no por notificación de usuarios. En la categoría desnudos y explotación de menores 8,7 millones de contenidos fueron eliminados. En lenguaje que incita al odio, un total de 3 millones de eliminaciones

³⁷¹ RICHARD, Allan. **Hard Questions:** Who Should Decide What Is Hate Speech in an Online Global Community?, de 27 de junio de 2017. Disponible en: <https://newsroom.fb.com/news/2017/06/hard-questions-hate-speech/>. Acceso en: 10 de agosto de 2019.

³⁷² “Last year, Shaun King, a prominent African-American activist, posted hate mail he had received that included vulgar slurs. We took down Mr. King’s post in error — not recognizing at first that it was shared to condemn the attack. When we were alerted to the mistake, we restored the post and apologized. Still, we know that these kinds of mistakes are deeply upsetting for the people involved and cut against the grain of everything we are trying to achieve at Facebook”. RICHARD, Allan. **Hard Questions:** Who Should Decide What Is Hate Speech in an Online Global Community?, de 27 de junio de 2017. Disponible en: <https://newsroom.fb.com/news/2017/06/hard-questions-hate-speech/>. Acceso en: 10 de agosto de 2019.

³⁷³ PANOPTYKON FOUNDATION, **First court decision in SIN vs Facebook:** the internet giant must not restrict the organisation’s activities in its services de 2 de julio de 2019. Disponible en: <https://en.panoptykon.org/articles/first-court-decision-sin-vs-facebook>. Acceso en: 10 de agosto de 2019.

ocurren por trimestre. En propagando terrorista son eliminados una media de 2 millones de contenidos, con un aumento en el segundo trimestre de 2018 en que Facebook informa que fueron encontradas y eliminadas grandes cantidades de fotos antiguas. Hasta 2018 no existían informaciones por contenidos eliminados.

En diciembre de 2018, el periódico *The New York Times* denunció, después de tener acceso a 1400 páginas de reglas para moderación de contenido en Facebook que hay falta de moderadores que comprendan todos los idiomas y contextos locales, que las reglas contienen sesgos, omisiones y errores, que los moderadores necesitan tomar decisiones de manera muy rápida (entre 8 y 10 segundos) y que las decisiones son modificadas según las exigencias de los gobiernos en el poder³⁷⁴.

Tras las críticas intensas sobre su política de moderación de contenido, el fundador de Facebook, Mark Zuckerberg, anunció en noviembre de 2018, la creación de una Junta de Supervisión de Contenidos independiente para analizar los casos de eliminación de contenido y en enero de 2019 presentó un borrador³⁷⁵ de cómo funcionará el organismo. El organismo contará con 40 expertos escogidos inicialmente por Facebook que podrán revisar las decisiones de la empresa en materia de moderación de contenido.

La empresa inició en el mismo enero de 2019 un proceso de consulta pública con talleres, mesas de discusión y una convocatoria de comentarios para discutir la composición y funciones de la “Suprema Corte de Facebook”.

El Relator especial de las Naciones Unidas se manifestó sobre la intención de creación del organismo afirmando que la supervisión puede ayudar a refinar las políticas de contenido interno y garantizar una implementación más consistente, más también debería reforzar las responsabilidades de la empresa para proteger los derechos humanos. El relator escribió sobre cinco puntos distintos que deberían ser observados para el mejor funcionamiento de la junta³⁷⁶:

En primer lugar, para el Relator de la ONU, los estándares utilizados para la revisión de las decisiones no deberían ser los valores reflejados en las normas de las comunidades de Facebook más los estándares del derecho internacional de los derechos humanos. Distinto de las normas de Facebook los estándares internacionales crearán reglas predecibles y consistentes

³⁷⁴ FISCHER, Max. Inside Facebook’s Secret Rulebook for Global Political Speech, *The New York Times*, 27 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/12/27/world/facebook-moderators.html>. Acceso en: 8 de septiembre de 2019.

³⁷⁵ FACEBOOK, **Draft Charter**: An oversight board for content decision. Disponible en: <https://newsroom.fb.com/news/2019/01/oversight-board/>. Acceso en: 10 de octubre de 2019.

³⁷⁶ NACIONES UNIDAS, Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. **Oversight Board for Content Decision**. OL OTH 24/2019 de 1 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Pages/LegislationAndPolicy.aspx>. Acceso en: 01 de diciembre de 2019

(con un vocabulario común) y permitirán una mejor rendición de cuentas de los Estados y mejores mecanismos para las empresas resistir a los intentos estatales de explotar sus políticas para censurar contenido.

En segundo lugar, la independencia de la Junta debe ser una exigencia primordial y la selección de los primeros miembros por la propia empresa debería ser repensada. Asimismo, como la mayor parte de los usuarios de Facebook no son estadounidenses la Junta debería ser integrada atendiendo criterios de diversidad cultural y geográfica (especialmente del sur global y de grupos o comunidades que han experimentado discriminación crónica y bien documentada en las plataformas y aplicaciones de Facebook).

En tercer lugar, sostiene el Relator ONU, que la revisión independiente de las decisiones de contenido requerirá acceso a la información sobre las políticas, procesos, deliberaciones y acciones de la compañía que conducen a las decisiones de moderación de contenido. Y deben contar con la participación de las partes interesadas y un proceso deliberativo que priorice el compromiso con las comunidades y grupos históricamente en riesgo de censura y discriminación.

En cuarto lugar, la transparencia no debe centrarse solo en las decisiones de la Junta más debe estar en el centro de todas las actividades, desde su fundación hasta su proceso de selección, gobernanza y toma de decisiones.

Por ende, será necesario un enfoque integral que permita mecanismos de apelación y reparación y actitudes que minimicen los impactos, en la medida de lo posible, cuando las leyes locales presenten déficits de protección a la libertad de expresión.

El Relator, en el documento, también hace referencia, a la imposibilidad de la Junta de decidir casos en que revertir la decisión de Facebook podría significar una violación de la ley local. Para el Relator, la exclusión de la competencia de la Junta en estos casos socavaría la capacidad del órgano de comprobar los intentos de casos en que las leyes son usadas apenas para calar opositores del gobierno, interferir en las elecciones o silenciar grupos minoritarios³⁷⁷.

La Universidad de Stanford, de la misma forma, hizo una serie de recomendaciones sobre la Junta y apuntó que, como las normas de las comunidades son constante revisadas, la Junta debería adoptar un conjunto de principios para orientar las decisiones del órgano y

³⁷⁷ NACIONES UNIDAS, Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. **Oversight Board for Content Decision**. OL OTH 24/2019 de 1 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Pages/LegislationAndPolicy.aspx>. Acceso en: 01 de diciembre de 2019

garantizar mayor seguridad en las decisiones del órgano³⁷⁸. Las recomendaciones de la universidad de Stanford advierten que como la mayor parte de la moderación de contenido de Facebook se realiza a través del filtrado automatizado en lugar de la decisión humana, la supervisión de los algoritmos debe estar dentro del alcance de la Junta, a pesar de las dificultades de comprensión que muchos miembros de la junta pueden tener sobre el funcionamiento de estos algoritmos³⁷⁹.

Iniciativas como esta de Facebook, aunque intenten minimizar el inmenso poder que las empresas privadas poseen en decidir quién habla y sobre que se habla actualmente, optando por un proceso decisorio un poco más transparente, se depara con evidentes fragilidades.

En términos generales, en lo que respecta a los términos de servicios de las empresas los problemas apuntados son:

a) Vaguedad de las normas:

Aunque la mayor parte de las empresas informan cuáles son sus reglas, la vaguedad de las normas empresariales siguen los mismos problemas de muchas legislaciones nacionales, que no puntúan con claridad o que significa acto terrorista, incitación al odio o la violencia, impidiendo que previamente se comprenda cuáles son los discursos prohibidos. “La prohibición de Twitter de mostrar una “conducta que incite al miedo a un grupo protegido” y la distinción que hace Facebook entre “ataques directos” contra características protegidas y “el contenido simplemente desagradable u ofensivo” son fundamentos subjetivos e inestables en que basar la moderación del contenido³⁸⁰”.

La Relatoría especial del Sistema Universal afirma que especialmente las políticas relativas al acoso y el discurso de odio, por la vaguedad de las normas, siguen siendo aplicadas de manera incoherente, reforzando la situación de grupos poderosos y perjudicando las minorías³⁸¹:

³⁷⁸ BREST, Paul *et al.* **Policy Practicum: creating a social media oversight board**. Recommendations Facebook Content Review Board. Disponible en: https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2019/07/Stanford_Policy_Lab_Recs_for_Facebook_Content_Review_Board_FINAL.pdf.

Acceso en: 13 de agosto de 2019.

³⁷⁹ BREST, Paul *et al.* **Policy Practicum: creating a social media oversight board**. Recommendations Facebook Content Review Board. Disponible en: https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2019/07/Stanford_Policy_Lab_Recs_for_Facebook_Content_Review_Board_FINAL.pdf.

Acceso en: 13 de agosto de 2019

³⁸⁰ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 26.

³⁸¹ Muchos grupos de personas negras acusan a Facebook de bloqueos arbitrarios por hablaban de racismo en la red social. Posts con expresiones como “white people” suelen ser removidos y las cuentas bloqueadas, pero en muchos casos son denuncias sobre incidentes racistas. GUYNN, Jessica. Facebook while black: Users call it

Los usuarios y la sociedad civil informan de actos de violencia y abuso contra la mujer, incluidas las amenazas físicas, los comentarios misóginos, la publicación de imágenes íntimas falsas o sin consentimiento y la publicación de información personal confidencial; las amenazas de agresión contra los grupos políticamente marginados, las razas y las castas minoritarias y los grupos étnicos que sufren persecución violenta; y los abusos dirigidos contra los refugiados, los migrantes y los solicitantes de asilo. Al mismo tiempo, las plataformas habrían reprimido el activismo en favor de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero y asexuadas; la contestación contra los Gobiernos represivos; la denuncia de la depuración étnica; y las críticas de los fenómenos y las estructuras de poder de naturaleza racista³⁸².

Lo que se reclama es la dificultad de saber con un mínimo de seguridad cual será la decisión de las empresas frente a determinados casos y cómo las reglas afectan determinados grupos o poblaciones.

b) Dificultad para analizar el contexto y la automatización de las decisiones:

Sobre el contexto, el informe de las Naciones Unidas, apunta que, a pesar de los intentos de algunas empresas, la ausencia de informaciones más precisas sobre el contexto, permiten casos de exclusión de “imágenes de desnudos con valor histórico, cultural o educativo; relatos históricos y documentales de conflictos; pruebas de crímenes de guerra; intervenciones en contra de los grupos que promueven el odio; o esfuerzos por impugnar o denunciar el lenguaje racista, homófobo o xenófobo”³⁸³. Aunque Facebook insista que el contexto es siempre llevado en consideración.

Conviene destacar que, por la incapacidad humana de monitorear tanta cantidad de información, las empresas han acudido a procesos de automatización para eliminación y filtrado previo de contenidos, que se utilizan de instrumentos que van desde los filtros de palabras y la detección de mensajes basura, hasta los algoritmos de comparación criptográfica y el procesamiento del lenguaje natural³⁸⁴.

La primera herramienta que ha estado en moderación de contenido desde las primeras etapas de la vida de las plataformas es que los usuarios notifiquen a la compañía sobre presuntas violaciones de las reglas. Esto generalmente se conoce como marcado (*flagging*), pero al mismo

getting 'Zucked,' say talking about racism is censored as hate speech, **USA Today**, 24 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.usatoday.com/story/news/2019/04/24/facebook-while-black-zucked-users-say-they-get-blocked-racism-discussion/2859593002/?fbclid=IwAR1-JYtEtUSNx3D3Hd6JutN6-9UuX3jL2RkrW-LVwrTouYHJEJwiBb-C0YEc>. Acceso en: 24 de abril de 2019.

³⁸² NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 27.

³⁸³ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 29.

³⁸⁴ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 33.

tiempo que esta herramienta puede ayudar en la identificación de contenidos dañoso, la señalización está sujeta a graves abusos. Es fácil para los grupos coordinar la señalización para acosar a los usuarios, desencadenando acciones tales como suspensiones o eliminaciones de publicaciones, incluso cuando no se trata de una violación.³⁸⁵ Los grupos de defensa han documentado casos en los que los partidarios del régimen organizan a un gran número de personas para "marcar" las cuentas de Facebook, Twitter, YouTube y otras redes sociales de activistas por conducta inapropiada, o por tergiversar sus identidades, con el objetivo de hacer que la empresa se desactive sus cuentas³⁸⁶. Esto ocurre, porque los usuarios utilizan el sistema de *flagging* no solo para identificar el contenido que viola los términos de servicios sino también para intentar eliminar el contenido que consideran política o socialmente indeseable o simplemente no quieren ver en línea³⁸⁷.

La otra herramienta es la identificación algorítmica de contenido infractor. La inteligencia artificial ha funcionado bien para algunos problemas, como la explotación sexual infantil, donde hay un consenso sobre lo que constituye una violación de las reglas y en general, suele funcionar mejor para las imágenes que el texto³⁸⁸. Por otro lado, ha afectado directamente la evaluación del contexto. Los algoritmos tienen muchas dificultades en evaluar el contenido, especialmente el texto, con todas las variaciones de la sátira y la ironía y la distorsión coloquial que es natural para el lenguaje, facilitando la defensa de la raza, el género y otros tipos de sesgos con efectos negativos³⁸⁹. Así como el uso de la detección de contenidos ofensivos por usuarios o los llamados detectores fiables acaban eliminando contenidos de apoyo a minorías.

En muchos casos la automatización se complementa con un examen realizado por empleados de las empresas, que pueden socorrerse de equipos de revisión, aun así, las informaciones caso a caso son muy limitadas³⁹⁰.

c) Ausencias de notificación, recurso y reparaciones:

³⁸⁵ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p.63.

³⁸⁶ FREEMAN, Bennett; *et al.* **Shared Space Under Pressure: Business Support for Civic Freedoms And Human Rights Defenders for Companies**. Business Network on Civic Freedoms and Human Rights Defenders, 2018. p. 21.

³⁸⁷ YORK, Jillian; ZUCKERMAN, Ethan. Moderating the Public Sphere. In: JORGENSEN, Rikkie Fran (edit). **Human Rights in the Age of Platforms**. Reino Unido: The IMT Press, 2019, 137-162. p. 149.

³⁸⁸ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p.63.

³⁸⁹ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p. 63.

³⁹⁰ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 35.

Un informe del año de 2018 de la Ranking Digital Rights³⁹¹ utiliza seis indicadores que miden la transparencia corporativa sobre los procesos para censurar contenido en línea o restringir el acceso a sus plataformas o servicios. Según el informe, las compañías en general no proporcionaron suficiente información sobre qué contenidos o actividades están prohibidos.

Las empresas en general carecen de compromisos claros para notificar a los usuarios cuándo y por qué eliminan contenido, con un puntaje promedio de solo el 22 por ciento entre las compañías de Internet y ecosistemas móviles en el indicador de transparencia y rendición de cuentas. En el ítem notificación del usuario sobre los contenidos o cuentas restringidas, Twitter tiene el mejor puntaje (56%), Facebook tiene un puntaje del 31%, esto porque la mayor parte de las informaciones necesarias o no son encontradas o encontradas parcialmente³⁹². Incluso cuando las empresas envían notificaciones, lo hacen indicando de modo genérico el motivo y las medidas adoptadas³⁹³.

De las 22 compañías analizadas en este informe, solamente 4 (Facebook, Microsoft, Google y Twitter) revelaron datos sobre el volumen o el tipo de contenido o la cantidad de cuentas que restringen por violar sus reglas³⁹⁴. Aun así, las informaciones carecen de datos más completos. En julio de 2019 la justicia alemana impuso una multa de 2 millones de euros a Facebook por comunicar de manera incompleta los números sobre contenido ilegal y discurso de odio³⁹⁵. Por lo general las compañías informan los números de solicitudes y contenidos removidos, pero sin grandes informaciones sobre como la decisión ocurre, cuáles son los casos, la notificación de los usuarios, los casos de revisión de decisiones, entre otras informaciones relevantes.

³⁹¹ RANKING DIGITAL RIGHTS, **Corporate Accountability Index, 2018**. Disponible en: <https://rankingdigitalrights.org/index2018/>. Acceso:18 de enero de 2019.

³⁹² RANKING DIGITAL RIGHTS, **Corporate Accountability Index, 2018**. Disponible en: <https://rankingdigitalrights.org/index2018/>. Acceso:18 de enero de 2019.

³⁹³ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 37.

³⁹⁴ “Index data shows that companies are making incremental progress in this area: in the 2015 Index, no company disclosed any data about the volume or nature of content or accounts restricted for violating their rules. In the 2017 Index, three companies—Google, Microsoft, and Twitter—each received a small amount of credit for disclosing some data about content they removed for terms of service violations, although all still failed to provide comprehensive or systematic data on these actions. In the 2018 Index, four companies—the same three companies that received credit in the 2017 Index plus Facebook—divulged some information about different actions they took to enforce their terms of service”. RANKING DIGITAL RIGHTS, **Corporate Accountability Index, 2018**. Disponible en: <https://rankingdigitalrights.org/index2018/report/policing-speech/#footnotes>. Acceso:18 de enero de 2019.

³⁹⁵ GDA, Facebook pagará 2 millones de euros por falta de transparencia, **El Tiempo**, 2 de julio de 2019. Disponible en: https://m.eltiempo.com/amp/tecnosfera/novedades-tecnologia/facebook-pagara-multa-por-falta-de-transparencia-en-denuncias-de-contenidos-383258?_twitter_impression=true. Acceso en: 6 de agosto de 2019.

Los resultados del Índice 2018 muestran que, aunque las empresas divulgaron al menos cierta información sobre qué tipos de contenido o actividades están prohibidos por sus términos de servicio, la mayoría no reveló nada sobre las acciones que tomaron para hacer cumplir estas reglas. Los usuarios tienen derecho a saber si su contenido puede ser eliminado a través de procesos automatizados, revisores humanos o alguna combinación de estos y otros métodos. También no hay mayores informaciones sobre los marcadores confiables y se hay alguna consideración prioritaria sobre estos marcadores³⁹⁶.

La Relatoría Especial de las Naciones Unidas señala en el mismo sentido: “Hay poca o ninguna información publicada en la que se expliquen los procedimientos empleados para la selección de detectores especializados, su interpretación de las normas jurídicas o comunitarias o su influencia en las decisiones de las empresas”³⁹⁷.

La Relatoría regional advierte que las empresas no solo necesitan ser claras sobre el tipo de contenido que podría ser removido, así como la forma en que la remoción podría tener lugar y se hay recursos de apelación³⁹⁸.

En cuanto al derecho de defenderse, un estudio de la FGV-Rio analiza los términos de servicios de 50 plataformas online, entre ellas Facebook, LinkedIn, Twitter. Solo el 4% de las plataformas ofrece a los usuarios la posibilidad de defenderse si alguno de sus contenidos está sujeto a una solicitud de eliminación³⁹⁹. Según las Naciones Unidas, suele ocurrir que las personas con cuentas suspendidas no reciban ningún tipo de notificación y explicación sobre las medidas adoptadas⁴⁰⁰.

Los usuarios afectados por cualquier medida de restricción a la libertad de expresión como consecuencia de decisiones de los intermediarios deberían tener, dependiendo de las regulaciones específicas de derecho interno, recursos legales para controvertir dicha decisión y mecanismos de reparación en relación con la eventual violación de sus derechos⁴⁰¹.

³⁹⁶ RANKING DIGITAL RIGHTS, **Corporate Accountability Index, 2018**. Disponible en: <https://rankingdigitalrights.org/index2018/report/policing-speech/#footnotes>. Acceso: 18 de enero de 2019.

³⁹⁷ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 34.

³⁹⁸ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17 de 15 de marzo 2017. Párrafo 118.

³⁹⁹ VENTIRUNI, Jamila; *et al.* **Terms of Service and Human Rights: An Analysis of Online Platform Contracts**, Río de Janeiro: Revan, 2016. p. 58.

⁴⁰⁰ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 36 y 37.

⁴⁰¹ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de Expresión e Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 de 31 diciembre 2013. Párrafo 115.

En el tema de reparaciones, de la misma forma, los intermediarios han actuado muy mal. De manera general, si se puede apelar de las medidas adoptadas, no hay medidas de reparación o son “limitadas o extemporáneas”⁴⁰². Ni siempre la restitución del contenido o de la cuenta es suficiente, frente a posibles perjuicios morales, financieros individuales. Cuando el daño es colectivo es aún más complejo. ¿Cómo valorar la exclusión o el silencio de determinados grupos y partidos políticos de oposición? ¿Cómo valorar la imposibilidad de discusión de determinados temas públicos?

d) Obligación en proporcionar verdadera identidad:

Por fin, en una tentativa de hacer frente a los abusos en línea, las empresas exigen requisitos de identidad, con clara violación al derecho al anonimato, discutido en el ítem 3.3.1. “De hecho, la insistencia estricta en que se proporcione el nombre real ha supuesto revelar la identidad de blogueros y activistas que utilizan seudónimos para protegerse, exponiéndolos así a graves peligros físicos. También ha supuesto el bloqueo de las cuentas de usuarios y activistas en favor de los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, transexuales y asexuales, artistas travestidos y de las cuentas de usuarios con nombres que no son ingleses o que son poco convencionales.”⁴⁰³

Este mismo criterio fue analizado por el estudio de la FGV-Rio que identificó que un número significativo de plataformas (32%) no permite el anonimato o el uso de seudónimos, mientras que el 28% lo permiten. Finalmente, el 8% de las plataformas presentaron cláusulas contradictorias y el 32% no tenía disposiciones relevantes sobre el anonimato en sus términos y servicios⁴⁰⁴. Mientras que la política de fornecer el nombre real cambia el equilibrio de poder de los usuarios a los propietarios de plataformas, al aumentar los costos por mal comportamiento, pueden estar acompañados por otro efecto: una creciente reticencia por parte de los usuarios para producir contenido⁴⁰⁵.

Así como los Estados, el sector privado debe estar comprometido con la protección a la libertad de expresión y para tanto, proteger el discurso anónimo, permitiendo su levante,

⁴⁰² NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 38.

⁴⁰³ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 30.

⁴⁰⁴ VENTIRUNI, Jamila; *et al.* **Terms of Service and Human Rights: An Analysis of Online Platform Contracts**, Río de Janeiro: Revan, 2016, p. 60.

⁴⁰⁵ YORK, Jillian; ZUCKERMAN, Ethan. Moderating the Public Sphere. In: JORGENSEN, Rikkie Fran (edit). **Human Rights in the Age of Platforms**. Reino Unido: The IMT Press, 2019, 137-162. p. 143.

siempre que el discurso no sea amparado por la libertad de expresión o en caso de responsabilización posterior.

El hecho es que el poder “gatekeeper” que los intermediarios de Internet poseen actualmente, exige un abordaje que garanta el reconocimiento y eficacia de un derecho históricamente conquistado como la libertad de expresión. Es necesario pensar como las empresas podrían utilizar mejores estándares que garantan al mismo tiempo la protección de los derechos humanos y una mejor protección a la libertad de expresión, mirando especialmente el desarrollo y mantenimiento de los sistemas democráticos.

En virtud de las distintas características de las regiones del globo y la necesidad de una mirada que considere los distintos contextos, optamos en ese momento por centrarnos en las reglas que mejor se adapten a la región latinoamericana.

4 ESTÁNDARES INTERAMERICANOS PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LÍNEA

Las opciones para una mayor protección del derecho a la libertad de expresión en Internet y la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos, como discutido en el capítulo 1, son múltiples y han venido de la iniciativa de múltiples actores y con distintos enfoques. La autorregulación del sector ha sido bastante criticada, y hasta el momento, no ha tenido la capacidad de frenar las violaciones a la libertad de expresión cometidas por empresas de Internet, con o sin la participación de los Estados.

Las iniciativas exclusivamente nacionales, por otro lado, aunque de países democráticos, en algunos casos extrapolan los límites de las posibles restricciones en materia de libertad de expresión y enfrentan dificultades obvias por tratarse de un sector clásicamente transnacional, en que las barreras territoriales son incompatibles con la realidad de Internet, como visto en el capítulo anterior.

El ecosistema regulatorio en Internet es bastante amplio, con intervención de distintos actores. Lo que parece ocurrir es que la regulación de normas y procesos técnicos permite un funcionamiento adecuado de las redes y aplicaciones que integran Internet, pero, ni siempre tienen en cuenta los problemas de derechos humanos en el marco de la formulación de sus reglamentaciones⁴⁰⁶. Es necesario, por tanto, pensar en un marco normativo y regulatorio más adecuado a los desafíos planteados en el capítulo anterior.

4.1 EL MARCO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los estándares internacionales y regionales en materia de libertad de expresión son bastante desarrollados y distintos documentos internacionales se han manifestado que las mismas reglas que se aplican al ambiente *offline*, deben ser aplicadas en el ambiente *online*⁴⁰⁷.

⁴⁰⁶ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/32/38 de 11 de mayo de 2016. Párrafo 29.

⁴⁰⁷ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet**. /HRC/38/L.10 de 2 de julio de 2018. NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos. **Observación General n. 34** - Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión. UN Doc. CCPR/C/GC/34 de 12 de septiembre de 2011. Párrafo. 12.

Así que solamente las mismas restricciones a la libertad de expresión que se admite en el ambiente *offline*, pueden ocurrir en el ambiente *online* (*media neutrality*⁴⁰⁸), bajo las reglas y condiciones de servicios de las empresas.

Es cierto que los estándares para la protección y promoción a libertad de expresión mismo que aplicados a las comunicaciones en línea, tanto a nivel internacional como regional, fueran desarrollados para pautar las actividades de los Estados y serán aplicados en caso de violaciones a libertad de expresión cometidas por ellos. No obstante, los distintos avances en materia de empresas y derechos humanos, especialmente los Principios Ruggie de las Naciones Unidas, nos permiten un abordaje distinto (con foco en una gobernanza en Internet centrada en los derechos humanos) y hacen con que dichas normas puedan también incidir en el sector privado.

De igual modo, como sustentando en el capítulo anterior, las actividades de los intermediarios de Internet inciden de manera inequívoca en la libertad de expresión, de manera directa o indirecta, y se trata de un sector en que el rol de los actores privados es fundamental. Así que, pensar en la protección de la libertad de expresión en Internet con una mirada solo hacia la responsabilidad del Estado es bastante corta para la actual realidad.

Una gobernanza en Internet centrada en los derechos humanos se justifica por tres motivos. En primer lugar, los Principios Rectores son bastante claros en la responsabilidad de las empresas en respetar los derechos humanos - mismo cuando los Estados no lo hacen - y en la obligación de los Estados de proteger las personas contra actos de terceros, incluidas las empresas. La obligación estatal bajo ninguna hipótesis es voluntaria, como exhaustivamente sustentado en la jurisprudencia internacional y regional⁴⁰⁹. Así que los Estados tendrán la obligación de responder por los actos de las empresas que violen la libertad de expresión en línea o fuera del ambiente de Internet.

Aún más, los Estados no deben dejar en las manos de actores privados, no siempre comprometidos con los derechos humanos, la decisión de quien habla y o que se habla en Internet, en razón de la importancia de este espacio público para la promoción y protección a la libertad de expresión y, consecuentemente, para el desarrollo de propio estado democrático y el ejercicio de otros derechos conexos. “Las cuestiones complejas de hecho y de derecho

⁴⁰⁸ La libertad de expresión protege el contenido y no la forma de divulgar la expresión. Con esto no se desconoce que en caso de límites y responsabilidades el potencial impacto del tipo de medio utilizado es un importante factor. KUCS, Artürs; VILJANEN, Jukka. Updating freedom of expression doctrines in the new media cases. In: SUSI, Mart; *et al.* **Human Rights Law and Regulating Freedom of Expression in the New Media**: lessons for Nordic approaches. Nueva York, Routledge, 2018, 189-206. p. 193.

⁴⁰⁹ Véase ítem 2.5.2 para los casos del sistema interamericano.

deberían ser resueltas por las instituciones públicas, no por agentes privados cuyos procedimientos actuales tal vez no sean compatibles con las normas relativas a las debidas garantías procesales y cuya motivación es principalmente económica⁴¹⁰.

Los intermediarios de Internet hoy en día han se han convertido en los nuevos espacios públicos de información y deliberación democrática, lo que solo aumenta las responsabilidades que todas las empresas tienen en respetar los derechos humanos⁴¹¹.

En segundo lugar, para las empresas los estándares internacionales serán métricas más seguras para su deber de respetar los derechos humanos y promover la libertad de expresión en Internet. En los dos escenarios distintos en que ocurren violaciones a la libertad de expresión por los intermediarios de Internet (directamente o en complicidad con Estados) la aplicación de un marco de derechos humanos es importante para las empresas:

Cuando violan la libertad de expresión de manera indirecta por actuar en espacios de poca o inadecuada protección a los derechos humanos “un marco de derechos humanos facilita la aplicación de respuestas normativas frente a las restricciones estatales excesivas”⁴¹².

Las empresas comprometidas con la aplicación de las normas de derechos humanos en todas sus actividades —y no simplemente cuando conviene a sus intereses— se encontrarán en un terreno más firme cuando traten de hacer que los Estados cumplan las mismas normas. Por otra parte, cuando las empresas armonicen más estrechamente sus condiciones de servicio con el derecho de los derechos humanos, a los Estados les resultará más difícil sacar partido de ellas para censurar el contenido⁴¹³.

Cuando violan la libertad de expresión por sus propias reglas de normas de servicio, al utilizar los marcos de los derechos humanos podrán construir reglas más coherentes y predecibles. Igualmente, las leyes nacionales no siempre serán adecuadas para empresas que precisan de reglas comunes para una base de usuarios que es tan diversa cultural y geográficamente⁴¹⁴, estas dificultades son muy evidentes en las normas de moderación de

⁴¹⁰ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 17.

⁴¹¹ ADC; Colectivo Intervozes; OBERSERVACOM. **Una perspectiva latinoamericana para construir una regulación democrática que limite el poder de las grandes plataformas y garantice la libertad de expresión en Internet**. Buenos Aires, 26 de febrero de 2019. p. 2.

⁴¹² NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 42.

⁴¹³ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 42.

⁴¹⁴ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 41.

contenido, por ejemplo. Según las Naciones Unidas, este es un enfoque benéfico porque ofrece a los usuarios una protección a la libertad de expresión más allá de la protección nacional, al mismo tiempo que ofrecería los instrumentos necesarios para no permitir una afectación de los derechos de los demás y la capacidad de los Estados para proteger los intereses legítimos⁴¹⁵.

En relación con una serie de comportamientos nocivos que quizá puedan tener mayor impacto en el espacio digital que fuera de él —como el acoso homófobo o misógino orientado a silenciar a las mujeres y las minorías sexuales, o la incitación a la violencia de todo tipo— el derecho de los derechos humanos no privaría de instrumentos a las empresas. Al contrario, ofrecería un marco mundialmente reconocido para la elaboración de esos instrumentos y un vocabulario común para explicar a los usuarios y a los Estados su naturaleza, finalidad y aplicación⁴¹⁶.

Como advierte Kaye, esa no es una respuesta sin riesgos para las empresas. En últimas los Estados más autoritarios pueden bloquear el acceso a determinadas plataformas en sus países, pero esto también causará un riesgo a los gobiernos dada la popularidad de las plataformas entre sus ciudadanos y la señal autoritaria que el bloqueo de determinadas plataformas envía al resto del mundo⁴¹⁷.

En tercer lugar, igualmente, el marco de los derechos humanos facilita el cumplimiento de la responsabilidad empresarial de un proceso de debida diligencia, que permita la identificación, mitigación y rendición de cuentas del impacto de las actividades de los intermediarios en los derechos humanos, como preconiza los Principios Ruggie (Principio 15), al fornecer un marco seguro para la identificación de los riesgos.

El deber de debida diligencia, impuesto a los Estados para definir su responsabilidad internacional en la violación de derechos humanos, en los Principios Rectores fueran desarrollados para el debido cumplimiento de las obligaciones empresariales en respetar los derechos humanos. Las empresas deben demostrar que sus operaciones no tienen impacto negativo en los contextos en que actúan y deben mitigar y reparar los daños cuando ellos existieren. Así que el contenido de la debida diligencia empresarial y Estatal es similar en la medida que ambos deben desarrollar sus deberes con suficiente cuidado para evitar la violación

⁴¹⁵ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 43.

⁴¹⁶ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 43.

⁴¹⁷ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p.119.

de una obligación o responsabilidad en materia de derechos humanos, como advierte Cantú Rivera⁴¹⁸.

Lo que se espera es que un proceso eficiente de debida diligencia permitirá a las empresas identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades, o que guarden relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, sobre los derechos humanos. Es un proceso eficiente en la medida que, preventivamente evita violaciones a los derechos humanos, pero no excluye la responsabilidad empresarial por provocar o contribuir a provocar violaciones a los derechos humanos. Aunque, todavía, estamos tratando de un deber derivado de un instrumento no vinculante y esto claramente tendrá sus impactos en una práctica no uniforme por todas las empresas.

Como los Estados deben cumplir con su obligación de garantizar los derechos humanos por los distintos actores, la debida diligencia también puede convertirse en un elemento central para que los Estados regulen los impactos empresariales en los derechos humanos⁴¹⁹.

El proceso deberá incluir la participación de expertos internos y externos y la consulta con los grupos afectados y otras partes interesadas y exigen una comunicación clara sobre las consecuencias de sus actividades a los derechos humanos y cuales medidas que toman a respecto. Este proceso será muy difícil si los intermediarios de Internet se basan exclusivamente en sus normas internas y no reconocen el marco de los derechos humanos para evaluar el impacto de sus actividades.

En el mismo sentido, la Declaración Conjunta de las relatorías para la libertad de expresión de los sistemas internacional de protección de los derechos humanos afirma que en razón de la amenaza privada a la libertad de expresión en el entorno digital, las empresas deben “Implementar un marco de responsabilidades de las empresas según los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de la ONU, respaldado por regulaciones o la supervisión del Estado para mitigar los daños a los derechos humanos, mediante el desarrollo de compromisos, políticas y evaluaciones públicas del impacto persistente en los derechos humanos”⁴²⁰.

⁴¹⁸ CANTÚ RIVERA, Humberto. Debida diligencia en derechos humanos: Breves reflexiones. In: **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. San José: IDH, 2017, 423-440. p. 435.

⁴¹⁹ CANTÚ RIVERA, Humberto. Debida diligencia en derechos humanos: Breves reflexiones. In: **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. San José: IDH, 2017, 423-440. p. 435.

⁴²⁰ Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la

Todos estos esfuerzos pueden garantizar un vocabulario común entre los distintos actores que actúan e inciden en la libertad de expresión en Internet garantizando que el ambiente *online* siga manteniendo el mismo diseño abierto que inspiró su creación. Internet se ha convertido en el instrumento democratizador más poderoso de los últimos siglos, en la medida que permite el intercambio de ideas, expresiones, opiniones de toda índole, de millones de personas, como garantizan los principales documentos internacionales. Inúmeras personas o grupos que siempre estuvieron excluidas de los debates políticos, hoy pueden manifestar sus perspectivas y debatir sobre los más variados aspectos de la vida pública.

Como advierte Castells, Internet no puede sustituir el cambio social o la reforma política, pero en la medida que relativamente iguala como los distintos actores manipulan los símbolos y amplía las fuentes de la comunicación, contribuí a la democratización⁴²¹. Así que preservar un espacio abierto e inclusivo debe ser una preocupación central en cualquier regulación o autorregulación del sector.

4.2 EL MARCO REGIONAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Aunque el marco internacional de los derechos humanos sea un parámetro común para regular las actividades empresariales, en materia de libertad de expresión es necesario hacerse una salvedad: la libertad de expresión adquiere en el Sistema Interamericano un significado y alcance distinto de los otros sistemas de protección, incluso del Sistema Universal, por tener un marco normativo más garantista y protector de la libertad de expresión⁴²².

Los estándares regionales en materia de libertad de expresión iniciaron su desarrollo especialmente a partir de la creación de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión en la CIDH en el año de 1997, con las funciones, entre otras, de asesorar la CIDH en la evaluación de casos y medidas cautelares, realizar visitas en los distintos países de la OEA y producir

Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP). **Declaración conjunta del vigésimo aniversario: Desafíos para la libertad de expresión en la próxima década** de 10 de julio de 2019.

⁴²¹ CASTELLS, Manuel. *La Galaxia Internet*. Barcelona: Areté, 2001. p. 187.

⁴²²“El marco jurídico del sistema interamericano de protección de los derechos humanos es probablemente el sistema internacional que da mayor alcance y rodea de mejores garantías a la libertad de pensamiento y expresión. En efecto, la Convención Americana—en su artículo 13—, la Declaración Americana—en su artículo IV—, y la Carta Democrática Interamericana—en su artículo 4—, ofrecen un conjunto de garantías reforzadas que no parece tener parangón ni en el sistema universal ni en algún otro sistema regional de protección”. CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 3.

informes anuales y temáticos. En 2000 fue aprobada la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión⁴²³ y a continuación la interpretación sobre los principios enunciados en la Declaración⁴²⁴, representando un marco importante para la libertad de expresión en América Latina.

Con la Declaración de Principios, el impulso de jurisprudencia con decisiones de la Corte e informes de la Comisión, y el desarrollo de informes temáticos, la Relatoría ha construido una red de estándares hemisféricos que cubre ampliamente el contenido del derecho a la libertad de expresión, y, a su vez ha provisto a abogados, jueces, fiscales, ONGs y al mundo académico una herramienta esencial en la defensa de la libertad de expresión y el Estado de derecho⁴²⁵.

El derecho a la libertad de expresión tiene su consagración normativa en todos los documentos de derechos humanos en el ámbito internacional, ya la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁴²⁶, fruto de la Revolución Francesa, hacía referencia al derecho a la libre comunicación de las ideas y las opiniones. También está garantizado por los artículos 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴²⁷ y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴²⁸. En el ámbito interamericano está consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴²⁹ y, por ende, encuentra protección en todas las cartas constitucionales de Estados democráticos.

⁴²³ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Declaración de Principios para la Libertad de Expresión** de octubre de 2000.

⁴²⁴ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios** de octubre de 2000.

⁴²⁵ CANTÓN, Santiago. El legado democrático de la OC – 5/85. In: CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de expresión: A 30 años de la Opinión Consultiva sobre la colegiación obligatoria de periodistas**. OEA/Ser.D/XV.18. 2017. p. 28

⁴²⁶ Artículo 10: “Nadie debe ser incomodado por sus opiniones, inclusive religiosas, siempre y cuando su manifestación no perturbe el orden público establecido por la Ley”, **Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano** de 1789.

⁴²⁷ NACIONES UNIDAS, **Declaración Universal de Derechos Humanos**, 1948. Artículo 19: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

⁴²⁸ Art. 19: 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. NACIONES UNIDAS, **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, 1966.

⁴²⁹ OEA, **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (Pacto de San José), 1969. Art. 13: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a)

No obstante, por las propias redacciones del texto de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁴³⁰, de la Carta Democrática Interamericana⁴³¹ y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴³², en comparación con las redacciones encontradas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos o la Convención Europea de Derechos Humanos⁴³³, es posible percibir que son muy limitadas las posibilidades de restricción a la libertad de expresión y que el SIDH tiene un diseño muy generoso al derecho de expresarse libremente⁴³⁴.

La misma amplitud puede ser percibida tanto en la jurisprudencia de la Corte como en todo el trabajo de la Comisión, que afirma que las restricciones previstas en otros instrumentos internacionales no son aplicables en el contexto interamericano⁴³⁵. En razón de la importancia que el artículo 13 otorga a la libertad de expresión, y del principio *pro homine*, no es posible utilizar otros instrumentos internacionales para interpretar de forma restrictiva la Declaración Americana⁴³⁶.

el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

⁴³⁰ Artículo IV.

⁴³¹ Artículo 4.

⁴³² Artículo 13.

⁴³³ “La comparación hecha entre el artículo 13 y las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas”. Corte IDH, **Opinión Consultiva OC-5/85**. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). 13 de noviembre de 1985. Párrafo 50.

⁴³⁴ SANTANA, Anna Luisa Walter de; PAMPLONA, Danielle Anne. Os contornos possíveis do discurso de ódio no Brasil: proposta a partir da convenção americana de direitos humanos. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 55, set. 2018, 13-30. Disponible en: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12048>. Acceso en: 28 de agosto de 2019.

⁴³⁵ “La forma como está redactado el artículo 13 de la Convención Americana difiere muy significativamente del artículo 10 de la Convención Europea, que está formulado en términos muy generales. En este último, sin una mención específica a lo “necesario(o) en una sociedad democrática”, habría sido muy difícil delimitar la larga lista de restricciones autorizadas. En realidad, el artículo 13 de la Convención Americana al que sirvió de modelo en parte el artículo 19 del Pacto, contiene una lista más reducida de restricciones que la Convención Europea y que el mismo Pacto, sólo sea porque éste no prohíbe expresamente la censura previa”. Corte IDH, **Opinión Consultiva OC-5/85**. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). 13 de noviembre de 1985. Párrafo 45.

⁴³⁶ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 4.

Respetar esta interpretación regional de la libertad de expresión es obligación de los Estados, que en el marco del SIDH, deben adecuar su ordenamiento jurídico de acuerdo con las disposiciones convencionales (art. 2 CADH). Cualquier violación a la libertad de expresión en el SIDH utilizará estas mismas interpretaciones, sea por actos cometidos directamente por los Estados, sea por particulares, donde el Estado será responsable en los casos previstos. Las empresas también deben ajustar sus normas y políticas a los distintos contextos y a la legislación local donde actúan. De tal manera, el conjunto de estándares aplicados por el sector privado en América Latina debe respetar que las limitaciones a la libertad de expresión en línea son las permitidas a luz de la Convención Americana y de la interpretación del artículo 13.

Esta mirada regional a la libertad de expresión se justifica, en primer lugar, por ser el derecho a la libertad de expresión, en razón de sus importantes funciones, tema esencial para la región latinoamericana. América Latina a pesar de los avances en materia de protección a libertad de expresión, mucho por la labor de los órganos del Sistema Interamericano, con especial atención a la labor de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana, sigue siendo una región con constantes violaciones al dicho derecho.

En las últimas décadas del siglo XX, la región parecía vivir una renovación democrática, con avances en materia de libertad de expresión⁴³⁷, no obstante, los primeros años del nuevo siglo, son marcados por una profundización de ataques a la libertad de expresión, el recrudecimiento de regímenes autoritarios e inestabilidad democrática⁴³⁸.

⁴³⁷ “Los avances mencionados se originan en la consolidación o profundización de nuestras democracias y en la vigorosa, activa y protagonista participación de la sociedad civil en la defensa y promoción del derecho a la libertad de expresión en toda la región. Pero estos avances también se deben al impulso que el sistema interamericano de protección de derechos humanos le ha dado a este derecho en la última década”. CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 4/09, 25 febrero 2009. Párrafo 8.

⁴³⁸ Segundo informe de la Intelligence Unit, que evalúa la situación política de los países de América Latina y Caribe en 2018, solamente dos países son considerados democracias totales (Uruguay y Costa Rica) en la región. El Salvador, Bolivia, Honduras, Guatemala y Haití reciben la clasificación de democracias híbridas (donde existen irregularidades electoral significativas y la oposición sufre frecuente presión del gobierno), Nicaragua, Venezuela y Cuba con un régimen autoritario (En estos estados, el pluralismo político estatal está ausente; algunas instituciones formales de democracia pueden existir, pero estos tienen poca sustancia) y los demás países con una democracia defectuosa (con elecciones libres, pero con problemas de gobernanza y poca participación política). La clasificación es basada en cinco categorías: proceso electoral y pluralismo; libertades civiles; funcionamiento del gobierno; participación política; y cultura política. THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, **Democracy Index 2018**. Me too?: Political participation, protest and democracy. Disponible en: [http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.ashx?fi=Democracy Index 2018.pdf&mode=wp&campaignid=Democracy2018](http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.ashx?fi=Democracy%20Index%202018.pdf&mode=wp&campaignid=Democracy2018). Acceso en: 27 febrero 2019.

La propia RELE a través de los informes anuales, informes temáticos, informes sobre países y comunicados de prensa, alerta sobre los graves problemas a libertad de expresión en la región y los déficits democráticos que aún necesitan ser superados. CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 4/09 de 25 febrero 2009. CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Zonas Silenciadas**: Regiones de alta peligrosidad para ejercer la libertad de expresión. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.16/17 de 15 de marzo de 2017. CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Graves violaciones a los derechos humanos en el marco de las protestas**

Igualmente, nuestra región aún presenta un déficit democrático importante, en razón de los conflictos sociales y políticos presentes en varios países, por la desigualdad y pobreza⁴³⁹ extrema. Todos estos ingredientes hacen, más que justificable, una mirada especial a las afectaciones a libertad de expresión en América Latina.

El segundo punto, es que el derecho a la libertad de opinión y de expresión además de ser un derecho fundamental en sí mismo, funciona como catalizador de otros derechos, entre ellos los derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la educación y el derecho a participar en la vida cultural y gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, así como los derechos civiles y políticos, como los derechos de libertad de asociación y reunión, pendientes de desarrollo en la región. Esto porque, la indivisibilidad, interdependencia y universalidad de los derechos humanos permiten que el ejercicio efectivo del derecho a la libertad de opinión y de expresión sea un indicador claro del nivel de protección de todos los demás derechos humanos y libertades⁴⁴⁰.

Así que, para evaluar los límites posibles a la libertad de expresión en línea y los impactos que las actividades de los intermediarios de Internet pueden tener en el derecho a libertad de expresión en nuestra región, los mismos estándares regionales deben orientar tanto las actividades de las empresas como de los Estados, que serán en últimas los responsables por las violaciones cometidas por los actores no estatales.

4.3 FUNCIONES Y CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL SIDH

El derecho a la libertad de expresión dispuesto en el artículo 13 de CADH declara:

sociales en Nicaragua. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 86 de 21 junio 2018. CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela.** OEA/Ser.L/V/II. Doc. 209 de 31 diciembre 2017. CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Situación de los derechos humanos en Guatemala.** OEA/Ser.L/V/II. Doc. 208/17 de 31 diciembre 2017. CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Situación de derechos humanos en Honduras.** OEA/Ser.L/V/II. Doc. 42/15 de 31 diciembre 2015.

⁴³⁹ El sistema interamericano relaciona de manera evidente la libertad de expresión y la pobreza y apunta como el derecho a la libertad de expresión puede ser un importante instrumento para superar la pobreza. Para tanto véase: SANTANA, Anna Luisa Walter de; PAMPLONA, Danielle Anne Pamplona. Políticas públicas em liberdade de expressão para o enfrentamento a pobreza - contribuições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: GONCALVEZ, Rúben Miranda; VEIGA, Fabio da Silva. **Estudios de Derecho Iberoamericano.** Volumen II. Las Palmas de Gran Canaria, España: La Casa del Abogado, 2019, 103-116.

⁴⁴⁰ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **El derecho a la libertad de opinión y de expresión.** E/CN.4/RES/2005/38 de 20 de abril de 2005.

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

La libertad de expresión, por tanto, bajo la interpretación del artículo 13 de CADH, no se agota en derecho del hablar y escribir, más también protege:

- a) El derecho de difundir las expresiones habladas o escritas, en el medio que se elija para alcanzar el mayor número de personas;
- b) El derecho de buscar, recibir y acceder a expresiones, ideas, opiniones e informaciones de toda índole.

En el SIDH, el derecho a la libertad de expresión abarca todas las formas de expresión, independiente de su contenido y del medio a través del cual se transmiten. El Principio 2 de la Declaración de Principios declara expresamente que “La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas”⁴⁴¹.

Como se ha dicho anteriormente, a la libertad de expresión en Internet deben ser aplicadas las mismas reglas que las expresiones difundidas fuera del ambiente *online*. Para el SIDH ese también es un punto pacífico.

La libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba "tripartita")⁴⁴².

A CIDH desde hace más de una década ha sostenido que los términos del artículo 13 de la Convención Americana protege de igual manera tanto a los medios de comunicación tradicional como la expresión difundida a través de Internet⁴⁴³. Así que el artículo 13 se aplica

⁴⁴¹ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Declaración de Principios para la Libertad de Expresión** de octubre de 2000. Principio 1.

⁴⁴² Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP). **Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet** de 1 de junio de 2011. Principios Generales 1.

⁴⁴³ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República de Costa Rica, Caso n. 12.367 “La Nación”** Mauricio Herrera Ulloa y Fernán Vargas Rohrmoser de 28 de enero de 2002. Párrafo 97.

a las expresiones, las ideas y a las informaciones que se difunden y acceden a través de Internet⁴⁴⁴.

4.3.1 Funciones

Así como fuera de línea, el derecho a la libertad de expresión en línea cumple tres funciones en los sistemas democráticos. La primera se trata del derecho individual mismo de expresar sus ideas y compartir con los demás. “El ejercicio del derecho a la libertad de expresión define nada menos que nuestra naturaleza humana, como hombres y mujeres provistos de pensamiento, dignidad y autonomía”⁴⁴⁵. Se trata del derecho humano de percibir la sociedad en que vive, pensar y reflexionar sobre la misma desde su propia perspectiva y expresar sus ideas y opiniones.

La segunda función es ser una condición esencial para la democracia. Para los órganos del Sistema Interamericano la conexión entre libertad de expresión y democracia se caracteriza por ser “estrecha”, “indisoluble”, “esencial” y “fundamental”⁴⁴⁶. De hecho, todos los documentos internacionales hacen referencia a libertad de expresión como piedra angular de todas las sociedades libres y democráticas⁴⁴⁷, esto porque el ejercicio de expresar las propias ideas y opiniones, poder circular la información disponible y la posibilidad de deliberar de manera abierta y desinhibida sobre los asuntos que importan a todos, es condición indispensable para la preservación de los regímenes democráticos.

Para la Corte IDH, la democracia jamás será concebible sin un debate libre de ideas y sin la posibilidad de la disidencia tener el pleno derecho de manifestarse⁴⁴⁸. “La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática”⁴⁴⁹. Tal

⁴⁴⁴ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de Expresión en Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 de 31 diciembre 2013. Párrafo 2.

⁴⁴⁵ BOTERO, Catalina; *et al.* **El derecho a la libertad de expresión**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2017. p 30.

⁴⁴⁶ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 8.

⁴⁴⁷ NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos. **Observación General n. 34** - Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión. UN Doc. CCPR/C/GC/34 de 12 de septiembre de 2011. CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco Jurídico Interamericano sobre el derecho a la Libertad de Expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09, 30 diciembre 2009.

⁴⁴⁸ Corte IDH, **Opinión Consultiva OC-5/85**. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). 13 de noviembre de 1985. Párrafo 69.

⁴⁴⁹ Corte IDH, **Opinión Consultiva OC-5/85**. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). 13 de noviembre de 1985. Párrafo 70.

hecho genera al Estado la obligación de garantizar un debate público que satisfaga la necesidad de los ciudadanos, con condiciones necesarias para una deliberación pública plural y abierta de los asuntos que conciernen a todos de un determinado Estado⁴⁵⁰.

En este mismo sentido, para la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, además de ser un derecho inalienable inherente a todas las personas, la libertad de expresión es “un requisito indispensable para la existencia misma de la sociedad democrática”⁴⁵¹.

Sin embargo, para permitir que la libertad de expresión en línea ejerza su rol para el desarrollo de los estados democráticos latinoamericanos dependerá tanto de la conducta estatal, como de la actuación de los actores privados en la región y de la forma en que la regulación de este espacio se dará.

El importante aquí es comprender que un sistema de libertad de expresión no debe pautarse en lógica del mercado de consumo más debe estar diseñado para servir a los ciudadanos y sus posibilidades de expresarse, debatir y deliberar públicamente los asuntos que son del interés de todos. Internet, respetada algunas condiciones, puede ser un poderoso instrumento de foro público que permita una integración social, que promueva un conjunto compartido de experiencias al mismo tiempo que expone a los individuos a informaciones y opiniones que ellos, por su propia elección no habrían buscado⁴⁵².

Internet juega un papel esencial para la promoción a la libertad de expresión y el mantenimiento del sistema democrático. Una Internet libre, abierta e incluyente tiene una fuerza inmensurable, por sus propias características, para viabilizar el pluralismo de ideas, un debate vigoroso de los aspectos esenciales de la sociedad, la circulación de opiniones e ideas contrarias y auxiliar en un proceso deliberativo más informado sobre qué tipo de sociedad queremos vivir. Tanto así que, según Castells, el reto político más importante planteado por Internet es justamente el control del ágora pública que se volvió Internet⁴⁵³.

La moderación excesiva o inadecuada de los contenidos por las empresas, por ejemplo, impide y perjudica justamente el pluralismo necesario para el fortalecimiento de la democracia. Nadie, que no cada miembro de la sociedad debería decidir cuáles son las ideas, opiniones y contenidos que merecen su atención o deben ser desconsiderados en Internet. “Este es justamente el alcance democrático de la libertad de expresión: que todos tengan la posibilidad

⁴⁵⁰ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 8.

⁴⁵¹ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión** de octubre de 2000. Principio 1.

⁴⁵² SUSTEIN, Cass R. **Republica.com: Internet, Democracia y Libertad**. Barcelona, Paidós, 2003. p. 179.

⁴⁵³ CASTELLS, Manuel. **La Galaxia Internet**. Barcelona, Areté, 2001. p. 188.

de expresarse y de ser escuchados y que cada uno de nosotros pueda conocer lo que otros tienen que decir”⁴⁵⁴.

Internet puede generar un alto riesgo de polarización si las personas solo reciben informaciones y opiniones que obedezcan a sus propias predilecciones porque crea grupos y espacios de deliberación en que todos piensan los mismos y más fácilmente pueden moverse a opiniones extremas, e incluso, violentas⁴⁵⁵. Es claro que no es posible obligar a las personas a que lean y vean contenidos que no les interesa o les aburren, más es importante crear un entorno digital en que se garantice al máximo la exposición a diferentes temas y opiniones.

Para cumplir dicha función de la libertad de expresión, los problemas en Internet no deben ser pensados a partir de más regulaciones, pero desde estrategias distintas (incluso de educación digital) que garanticen una limitación estricta a la libertad de expresión en Internet y permita el fomento de una deliberación pública fuerte con amplio acceso a las opiniones e informaciones de toda índole.

La tercera función de la libertad de expresión es una función instrumental, es decir, la libertad de expresión viabiliza el goce y ejercicio de los demás derechos fundamentales. Es una herramienta clave para el ejercicio del derecho de participación, a la libertad religiosa, a la educación, a la igualdad, a la identidad étnica y cultural y al goce de derechos sociales básicos⁴⁵⁶. De esta forma, el respeto y protección que la libertad de expresión recibe en determinado Estado es un importante termómetro para el grado de protección de los demás derechos.

La protección a la libertad de expresión en Internet, como se ha dicho en otras ocasiones, impacta directamente en la protección de una gama de otros derechos: el derecho de educación, reunión, protestas sociales, privacidad, acceso a informaciones públicas, etc.

Así que las limitaciones a libertad de expresión en Internet y la regulación o autorregulación del sector de los intermediarios debe estar pensada para que la libertad de expresión en línea siga cumpliendo sus funciones esenciales en un estado democrático.

⁴⁵⁴ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 4/09 de 25 febrero 2009. Párrafo 100.

⁴⁵⁵ SUNSTEIN, Cass R. **Republica.com: Internet, Democracia y Libertad**. Barcelona, Paidós, 2003. p. 181.

⁴⁵⁶ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 9.

4.3.2 Características

La libertad de expresión, en razón de su articulado, posee algunas características particulares, que deben ser consideradas por Estados y empresas cuando da regulación de las actividades en red. La primera característica es su titularidad en condiciones de igualdad y sin discriminación, sin restringir el derecho a profesión o grupo, ni al ámbito de las actividades de prensa⁴⁵⁷.

La segunda característica es que la libertad de expresión debe estar protegida en sus dos dimensiones, el derecho del individuo de expresarse libremente (dimensión individual), sino también el derecho y la libertad de la sociedad de buscar y recibir informaciones e ideas de toda índole (dimensión social o colectiva)⁴⁵⁸.

Las violaciones a la libertad de expresión afectan, por tanto, tanto el derecho del individuo de manifestar sus pensamientos e ideas, como de los demás que no “recibirán” las informaciones y no podrán conocer el pensamiento ajeno. Hay así una doble afectación: una individual y una colectiva, tal hecho hace de la libertad de expresión un derecho de dimensiones muy especiales. Cualquier limitación afecta las dos dimensiones, precisando ser garantizadas simultáneamente para la efectividad plena del derecho.

Cuando un discurso legítimo es retirado de Internet, por ejemplo, se verifica esta doble afectación: el derecho individual de que quien dejó de manifestarse y también el derecho de todas las personas que dejaron de recibir la información, la idea y la opinión. Para la Corte IDH es tan importante conocer de opinión ajena como difundir su propia opinión⁴⁵⁹.

Como se ha resaltado anteriormente, el derecho a la libertad de expresión no se agota en hablar o escribir, pero comprende también la utilización de cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de personas. La expresión y la difusión del pensamiento y de las informaciones son indivisibles, de tal manera que, las restricciones de las posibilidades de divulgación también limitan en la misma medida la libertad de expresión.

Internet se presenta como un importante mecanismo para la promoción de la libertad de expresión, justamente por permitir que las ideas, pensamientos e informaciones llegue a un número tan expresivo de personas. Por otro lado, violaciones de la libertad de expresión en

⁴⁵⁷ Corte IDH, **Caso Tristán Donoso Vs. Panamá**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Párrafo 114.

⁴⁵⁸ Corte IDH, **Opinión Consultiva OC-5/85**. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). 13 de noviembre de 1985. Párrafo 30.

⁴⁵⁹ Corte IDH, **Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile**. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Párrafo 66.

línea también tendrán grandes consecuencias, porque más allá del derecho individual de manifestarse y de divulgar su pensamiento, impide que la expresión, las ideas y las informaciones llegue a un número muy importante de personas. Es difícil mensurar el número de personas afectadas en una restricción de un contenido, por ejemplo, en Internet, justamente por estas características propias del derecho a la libertad de expresión.

En su dimensión social, consistente en el derecho de la sociedad a procurar y recibir cualquier información, a conocer los pensamientos, ideas e informaciones ajenos y a estar bien informada, impacta directamente en la construcción de una ciudadanía fuerte y verdaderamente participativa y en el mantenimiento del propio estado democrático.

Una de las principales consecuencias de garantizar simultáneamente la doble dimensión de la libertad de expresión es bastante útil para discutir los límites de las restricciones en línea en lo que resta a la desinformación: no se puede menoscabar una de ellas para preservar la otra. Es decir, “No sería lícito invocar el derecho de la sociedad a estar informada verazmente para fundamentar un régimen de censura previa supuestamente destinado a eliminar las informaciones que serían falsas a criterio del censor”⁴⁶⁰. Así que, regular la desinformación, como se verá más adelante, puede ser muy peligroso en este sentido, aún más cuando el censor es un ente privado.

La tercera y última característica son los deberes y responsabilidades que forman parte del contenido de la libertad de expresión. Como todos los derechos el ejercicio de la libertad de expresión implica en responsabilidades, especialmente de no violar los derechos de los demás al ejercer esta libertad. Los deberes y responsabilidades dependerán del análisis de cada caso concreto, con evaluación del contexto, del contenido del mensaje, del medio para difundirlo, de las características del emisor y del receptor (es).

4.4 POSIBLES LIMITACIONES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La libertad de expresión no es un derecho absoluto y puede estar sujeto a restricciones bajo estrictas condiciones. En el contexto regional, las condiciones están previstas en los numerales 2.3. y 5 del artículo 13 de la Convención Americana. Una limitación a la libertad de

⁴⁶⁰ Corte IDH, **Opinión Consultiva OC-5/85**. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). 13 de noviembre de 1985. Párrafo 33.

expresión, como ya discutido en capítulos anteriores, puede provenir del Estado, de particulares alentados por los Estados, o por iniciativa propia de particulares⁴⁶¹.

Las reglas sobre las posibles limitaciones a la libertad de expresión se aplican a todos los elementos constitutivos de la libertad de expresión, en sus diversas manifestaciones, y la concordancia entre las restricciones y la CADH deben ser evaluadas caso a caso, en el contexto que ocurrieron⁴⁶².

Como regla general las limitaciones a la libertad de expresión deben incorporar las justas exigencias de las sociedades democráticas y deben ser compatibles con la preservación y desarrollo de las sociedades democráticas, conforme las exigencias de los artículos 29 y 31 de la CADH⁴⁶³.

La legitimidad de una restricción a la libertad de expresión en Internet debe todavía respetar las garantías del debido proceso y la reserva judicial garantizadas en los artículos 8 y 25 de la CADH y, para evitar barreras que desincentiven de manera desproporcional el derecho de libertad de expresión en Internet, la competencia de las causas vinculadas con expresiones en línea debería corresponder a los Estados con los que tales causas tengan contactos más estrechos (normalmente donde reside el autor)⁴⁶⁴. “Los particulares solo deberían poder iniciar acciones judiciales en una jurisdicción en la que puedan demostrar haber sufrido un perjuicio sustancial (esta norma busca prevenir lo que se conoce como "turismo de la difamación")”⁴⁶⁵.

Sobre la base del artículo 13.2 la jurisprudencia americana desarrolló un test tripartito para que una limitación a la libertad de expresión sea legítima⁴⁶⁶. El numeral 2 prohíbe la censura previa y exige que las responsabilidades ulteriores deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

⁴⁶¹ FISS, Owen M. In: SALDARRIAGA, Esteban Restrepo (Com.). **Libertad de expresión entre tradición y renovación**: ensayos en homenaje a Owen Fiss. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2013. p. 23.

⁴⁶² Corte IDH, **Caso Tristán Danoso vs Panamá**. Sentencia de 27 de enero de 2009 Párrafo 123.

⁴⁶³ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Informe Anual 1994**. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. de 17 de febrero de 1995.

⁴⁶⁴ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de expresión en Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 de 31 diciembre 2013 Párrafo 65 y 66.

⁴⁶⁵ Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial 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. **Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet**. 1 de junio de 2011. Punto 4.a.

⁴⁶⁶ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 67.

Para el SIDH la censura o controle previo es siempre incompatible, salvo la excepción del 4, referente a los espectáculos públicos. Las causales de responsabilidad posterior precisan estar previamente establecidas por ley y deben ser necesarias para asegurar los fines mencionados. Por fin, el artículo 13.2 también debe interpretarse de acuerdo con las disposiciones del artículo 13.3⁴⁶⁷, que distinto de Convención Europea y del Pacto, no usan la expresión “vías o medios indirectos”.

El artículo 13.3 no solo trata de las restricciones gubernamentales indirectas, sino que prohíbe expresamente que las actividades de los particulares (incluso empresas) produzcan los mismos resultados⁴⁶⁸.

4.4.1 El Test Tripartito

El test tripartito exige que: a) las limitaciones deben establecerse mediante leyes redactadas de manera clara y precisa; b) deben estar orientadas al logro de los objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana y c) deben ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persiguen, estrictamente proporcionadas a la finalidad que buscan, e idóneas para lograr el objetivo imperioso que pretenden.

4.4.1.1 Las limitaciones deben establecerse mediante leyes redactadas de manera clara y precisa

El test tripartito exige en primer lugar que la limitación haya sido establecida por una ley – en sentido formal y material – “en forma previa y de manera expresa, taxativa, precisa y clara”⁴⁶⁹. Distinto del artículo 10 de la Convención Europea, no es suficiente que la ley que

⁴⁶⁷ OEA, **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (Pacto de San José), 1969. Art. 13.3. “No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

⁴⁶⁸ Corte IDH, **Opinión Consultiva OC-5/85**. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). 13 de noviembre de 1985. Párrafo 46.

⁴⁶⁹ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 69.

restringe el derecho de libertad de expresión sea útil u oportuna, más deben justificarse según objetivos colectivos y que no limiten más de lo estrictamente necesario.

Las normas vagas, ambiguas, amplias o abiertas, por su simple existencia, disuaden la emisión de informaciones y opiniones por miedo a sanciones, y pueden llevar a interpretaciones judiciales amplias que restringen indebidamente la libertad de expresión; de allí que el Estado deba precisar las conductas que pueden ser objeto de responsabilidad ulterior, para evitar que se afecte la libre expresión de inconformidades y protestas sobre la actuación de las autoridades⁴⁷⁰.

La jurisprudencia de la Corte IDH ha dado una aplicación más estricta al requisito de la legalidad si se trata de los discursos especialmente protegidos y si la norma que prevé las responsabilidades ulteriores es de naturaleza penal, siendo altamente exigente en cuanto a precisión de la redacción del tipo penal⁴⁷¹.

Lo que se espera es que cualquier restricción deba estar prevista en ley, de manera clara y asequible a todos, con redacción precisa y sin ambigüedades, de tal manera que las personas y sus encargados de ejecución puedan regular su conducta en conformidad con ella, evitando una discrecionalidad sin trabas para restringir la libertad de expresión. “Las leyes deben proporcionar suficientes orientaciones a los encargados de su ejecución para que puedan distinguir cuáles expresiones pueden restringirse correctamente y cuáles no”⁴⁷².

La vaguedad de los términos de servicios de las plataformas afecta directamente la necesidad de limitaciones previstas en leyes claras y precisas, no superando siquiera la primera parte del test tripartito. Por el tamaño de la injerencia que las reglas y condiciones de las empresas genera en los debates públicos y la posibilidad de las personas se expresaren libremente, lo mínimo que se espera es más previsibilidad y clareza.

4.4.1.2 Las limitaciones deben estar orientadas al logro de los objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana

El segundo requisito del test tripartito es que las limitaciones deben estar orientadas al logro de los objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, a saber: el respeto

⁴⁷⁰ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 71.

⁴⁷¹ BOTERO, Catalina; *et al.* **El derecho a la libertad de expresión**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2017. p. 102.

⁴⁷² NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos. **Observación General n. 34** - Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión. UN Doc. CCPR/C/GC/34 de 12 de septiembre de 2011. Párrafo 25.

a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

El derecho a la honra, a la reputación y a la privacidad están previsto en el artículo 11 de la CADH y en cada caso concreto de conflicto entre estos derechos y la libertad de expresión un ejercicio de ponderación o armonización deberá ser hecho. En los casos de derecho a la honra de funcionarios públicos y el derecho a la libertad de expresión, la ponderación debe partir de la prevalencia *prima facie* de la libertad de expresión, dado el interés del debate sobre los asuntos públicos, como se verá más adelante⁴⁷³.

La afectación a la honra y la reputación en Internet debe responder a los mismos criterios de ponderación. En primer lugar, es necesario demostrar la existencia de un daño cierto a los derechos ajenos, en segundo lugar, debe existir una previsión legal y clara de las responsabilidades ulteriores y, en tercer lugar, es necesario probar que la imposición de las responsabilidades es absolutamente necesaria⁴⁷⁴.

En virtud del test de necesidad debe seleccionarse la medida ulterior menos gravosa posible, el derecho de rectificación o respuesta (Art. 14 CADH). En Internet, es oportuno reconocer, que la propia capacidad de respuesta inmediata y efectiva es mucho más fácil, así que algunas medidas aplicadas en línea pueden ser innecesarias o desproporcionales⁴⁷⁵.

El derecho penal es el último recurso que debe ser utilizado para la protección de los derechos de la reputación por el efecto inhibitorio que tendrá en todas las expresiones y según la CIDH, penalizar, de manera más rigurosa, los delitos contra el honor en línea sería desproporcional y tendría el efecto de restringir y limitar Internet como un espacio libre⁴⁷⁶.

Asimismo, la imposición de responsabilidad, cuando el derecho de rectificación o respuesta hayan resuelto insuficiente, debe llevar en consideración tres requisitos:

- a) Aplicación del estándar de la real malicia – probar que quien se expresó lo hizo con mala fe o con la intención de causar daño con desprecio por la verdad;
- b) Prueba cierta: la carga de la prueba de que las expresiones eran falsas y causaron efectivo daño es de quien alega el daño;

⁴⁷³ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 105.

⁴⁷⁴ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 107.

⁴⁷⁵ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue**. A/HRC/17/27 de 16 de mayo de 2011. Párrafo 27

⁴⁷⁶ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de expresión en Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 de 31 diciembre 2013 Párrafo 74.

c) Únicamente los hechos son susceptibles de juicios de veracidad. En este sentido la Corte ha indicado que no es necesario constatar la veracidad de las afirmaciones para desestimar las sanciones civiles o penales pero que existan razones suficientes para justificar tales afirmaciones, siempre que se trate de informaciones de interés público⁴⁷⁷.

Para el SIDH es particularmente importante la manutención abierta y libre de los debates, especialmente los debates de interés público, como forma de fomentar la deliberación pública y el escrutinio social de asuntos que interesan a todos⁴⁷⁸. Así que, “en los casos de conflicto entre el derecho a la honra de funcionarios públicos y el derecho a la libertad de expresión, el ejercicio de ponderación debe partir de la prevalencia en principio (o prevalencia prima facie) de la libertad de expresión pues, dado el interés del debate sobre asuntos públicos, este derecho adquiere un valor ponderado mayor.⁴⁷⁹”

Con relación a la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas, el tema más desarrollado por el Sistema Interamericano ha sido sobre el orden público. En la Opinión Consultiva 5/85 la Corte ha establecido que “una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios.⁴⁸⁰”

La misma OC establece que este concepto no puede ser utilizado para suprimir o desnaturalizar un derecho amparado en la Convención y deben ser interpretados a las justas exigencias de una sociedad democrática.

Considera la Corte, sin embargo, que el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse⁴⁸¹.

Igualmente, el SIDH añade que el concepto de orden público no puede ser interpretado libremente por los Estados, para justificar una limitación a la libertad de expresión es necesario

⁴⁷⁷ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 102 a 113.

⁴⁷⁸ Véase: Corte IDH, **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004; Corte IDH, **Caso Kimel vs. Argentina**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008; Corte IDH, **Caso Tristán Donoso vs. Panamá**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009; Corte IDH, **Caso Usón Ramírez vs. Venezuela**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009.

⁴⁷⁹ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 105.

⁴⁸⁰ Corte IDH, **Opinión Consultiva OC-5/85**. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). 13 de noviembre de 1985. Párrafo 64.

⁴⁸¹ Corte IDH, **Opinión Consultiva OC-5/85**. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). 13 de noviembre de 1985. Párrafo 69.

que se verifiquen causas reales y objetivamente verificables, que planteen una amenaza cierta de perturbación al funcionamiento de las instituciones democráticas⁴⁸².

Importante acordar que la interrupción del acceso a Internet, o a parte de este, aplicada a poblaciones enteras o a determinados segmentos del público no puede estar justificada ni siquiera por razones de orden público o seguridad nacional⁴⁸³.

El gran problema de las normas que establecen limitaciones a la libertad de expresión basados en la protección del orden público o seguridad nacional es la amplitud y ambigüedad de los términos utilizados, permitiendo una excesiva vigilancia en línea y fuera de Internet. Estados y empresas no deberían utilizar estos conceptos de manera incompatible con una sociedad democrática, capturando información privada de opositores del gobierno, defensores de derechos humanos o periodistas⁴⁸⁴.

De la misma forma, bajo la justificativa de atentaren en contra la seguridad nacional muchos contenidos son eliminados de Internet. Para evitar el bloqueo o eliminación de contenido ilegítimo, siempre que un Estado utilice una restricción legítima como la seguridad nacional, debe demostrar de forma concreta e individualizada en su pedido de baja de contenido la naturaleza de la amenaza y la conexión directa entre la misma y la libertad de expresión⁴⁸⁵.

Mismo en casos de situaciones de conflictos, la vigilancia será autorizada de forma limitada y selectiva, de tal manera que exista un equilibrio entre el orden público y las necesidades de seguridad, por un lado, y los derechos a la libertad de expresión y a la privacidad, por el otro. La vigilancia masiva será siempre desproporcionada⁴⁸⁶. En las mismas condiciones, la encriptación y el anonimato *online* que permiten el libre ejercicio de los derechos a la libertad

⁴⁸² CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 82.

⁴⁸³ Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial 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. **Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet**. 1 de junio de 2011. Punto 6.b.

⁴⁸³ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 67

⁴⁸⁴ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de expresión en Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 de 31 diciembre 2013 Párrafo 60.

⁴⁸⁵ NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos. **Observación General n. 34** - Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión. UN Doc. CCPR/C/GC/34 de 12 de septiembre de 2011. Párrafo 35.

⁴⁸⁶ El Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión de Naciones Unidas (ONU), la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Relatora Especial para la Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP). **Declaración Conjunta sobre la Libertad de expresión y las Respuestas a las Situaciones de Conflicto** de 4 de mayo de 2015. Punto 8 a)

de opinión y expresión, no deben estar prohibidos u obstruidos y posibles restricciones solo serán aceptas bajo el cumplimiento de las reglas del test tripartito⁴⁸⁷.

Cuanto a la moral pública las Naciones Unidas reiteran la necesidad de las limitaciones impuestas con el fin de protegerla no deben basarse en los principios de una sola tradición, pero en el contexto de la universalidad de los derechos humanos y el principio de no discriminación⁴⁸⁸.

4.4.1.3 Las limitaciones deben ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persiguen, estrictamente proporcionadas a la finalidad que buscan, e idóneas para lograr el objetivo imperioso que pretenden

En este quesito el test tripartito se divide en tres criterios que deben, igualmente, ser observados. La necesidad, la proporcionalidad y la idoneidad.

La necesidad de las limitaciones debe ser pensada en armonía con los artículos 29 y 32 de la CADH, ajustándose a las justas exigencias de la democracia. Para que una restricción sea legítima debe existir una necesidad cierta e imperiosa de que el objetivo legítimo no puede ser alcanzado por un medio menos restrictivo de los derechos humanos. Solamente la utilidad u oportunidad no son criterios suficientes⁴⁸⁹. Es decir, es necesaria la comprobación de que no existe medio menos gravoso para alcanzar el objetivo imperioso de la CADH.

Las limitaciones también deben ser un instrumento idóneo para cumplir la finalidad que busca, siendo capaces de contribuir a la realización de los objetivos de la Convención Americana. Por fin, la limitación debe ser estrictamente proporcional al fin legítimo a que se propone, interfiriendo de la menor manera posible en el ejercicio de la libertad de expresión. “Para determinar la estricta proporcionalidad de la medida de limitación, ha de determinarse si

⁴⁸⁷ El Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión de Naciones Unidas (ONU), la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Relatora Especial para la Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP). **Declaración Conjunta sobre la Libertad de expresión y las Respuestas a las Situaciones de Conflicto** de 4 de mayo de 2015. Punto 8 e)

⁴⁸⁸ NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos. **Observación General n. 34** - Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión. UN Doc. CCPR/C/GC/34 de 12 de septiembre de 2011. Párrafo 32

⁴⁸⁹ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 85.

el sacrificio de la libertad de expresión que ella conlleva resulta exagerado o desmedido frente a las ventajas que mediante ella se obtienen⁴⁹⁰.

Para que esta ponderación ocurra, tres análisis deben ser hechos: 1) determinar si la afectación al derecho a la libertad de expresión fue leve, moderado o grave; 2) la importancia de satisfacción del bien contrario; 3) si la satisfacción del bien contrario justifica la limitación a la libertad de expresión⁴⁹¹. El principio de la proporcionalidad será aplicado a cada caso concreto y no debe ser llevado en cuenta solo en la ley que impone la restricción, cómo también quien la aplique, tendrá que analizar la forma de expresión y los medios por los que se la difundió⁴⁹².

En Internet es necesario, al evaluar la proporcionalidad y necesidad de las limitaciones, considerar el impacto que tales limitaciones tendrán en un ambiente descentralizado y abierto como el ambiente *online*⁴⁹³. Aunque muchos estándares puedan ser aplicados en Internet y fuera de Internet, las particularidades de este medio deben ser consideradas para evaluarse la proporcionalidad y necesidad de las limitaciones.

La Declaración Conjunta sobre la libertad de expresión en Internet de las Relatorías Especiales es enfática al afirmar:

- b. Al evaluar la proporcionalidad de una restricción a la libertad de expresión en Internet, se debe ponderar el impacto que dicha restricción podría tener en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión respecto de los beneficios que la restricción reportaría para la protección de otros intereses.
- c. Los enfoques de reglamentación desarrollados para otros medios de comunicación —como telefonía o radio y televisión— no pueden transferirse sin más a Internet, sino que deben ser diseñados específicamente para este medio, atendiendo a sus particularidades⁴⁹⁴.

⁴⁹⁰ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 88.

⁴⁹¹ Corte IDH, **Caso Kimel Vs. Argentina**. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177. Párrafos 84 y 131.

⁴⁹² NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos. **Observación General n. 34** - Artículo 19 Libertad de opinión y libertad de expresión. UN Doc. CCPR/C/GC/34 de 12 de septiembre de 2011. Párrafo 34.

⁴⁹³ “Las normas de responsabilidad, incluidas las exclusiones de responsabilidad, en los procedimientos civiles, deberían tener en cuenta el interés general del público en proteger tanto la expresión como el foro en el cual se pronuncia (es decir, la necesidad de preservar la función de “lugar público de reunión” que cumple Internet)”, Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial 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). **Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet** de 1 de junio de 2011. Punto 4.b.

⁴⁹⁴ Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial 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). **Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet** de 1 de junio de 2011. Punto 1 b y c.

En este sentido, tanto el SIDH como el Sistema Universal, han resaltado que medidas menos restrictivas pueden estar fácilmente disponibles en Internet que en los medios tradicionales, esto porque la misma velocidad y capacidad de repercusión y difusión que existe en las expresiones existirá también en las réplicas y respuestas⁴⁹⁵. En los discursos protegidos, como se verá adelante, la rectificación debe evitar otro tipo de responsabilidades ulteriores.

4.4.2 Censura previa directa o indirecta

Las limitaciones a la libertad de expresión en Internet no pueden constituir una forma de censura previa directa o indirecta (excepción del numeral 4 del artículo 13), únicamente responsabilidades ulteriores pueden ser admitidas para quien haya abusado del ejercicio del derecho y no pueden ser discriminatorias o producir efectos discriminatorios.

La censura directa es la violación más extrema y radical de la libertad de expresión y ocurre cuando el poder público impide de forma previa la libre circulación de ideas, opiniones, informaciones o noticias, por cualquier tipo de procedimiento⁴⁹⁶. En Internet son ejemplos de censura previa el orden de incluir o retirar determinados enlaces, la imposición de determinados contenidos, el impedimento al anonimato, los sistemas de filtrado de contenidos impuestos por gobiernos o proveedores de servicios comerciales que no sean controlados por el usuario final⁴⁹⁷.

Las afectaciones menos evidentes – indirectas – están prohibidas en el artículo 13.3, que trae en su dicción un rol no taxativo de violaciones indirectas (abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información).

⁴⁹⁵ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de expresión en Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 de 31 diciembre 2013 Párrafo 64 y NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue**. A/HRC/17/27 de 16 de mayo de 2011. Párrafo 27.

⁴⁹⁶ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 147.

⁴⁹⁷ Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial 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). **Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet** de 1 de junio de 2011. Principio 3.b

Cumple acordar el papel de los particulares en las afectaciones indirectas a la libertad de expresión. La responsabilidad estatal, como discutido en el capítulo 1, se dará cuando el Estado omite su deber de garantizar la libertad de expresión ante un riesgo real e inmediato⁴⁹⁸.

Leído en conjunto con el artículo 1.1 de la Convención Americana, ello implica, en criterio del tribunal, que se viola dicho instrumento no solo cuando el Estado impone a través de sus agentes restricciones indirectas sobre la circulación de ideas u opiniones, sino también cuando ha permitido que el establecimiento de controles particulares genere una violación de la libertad de expresión⁴⁹⁹.

En Internet son ejemplos de violaciones indirectas la restricción de blogs, la vigilancia en línea, la violación de datos personales, que generan un efecto inhibitor sobre el ejercicio de la libertad de expresión.

4.5 DISCURSOS PROTEGIDOS EN EL SIDH

Para el cumplimiento integral del ejercicio de la libertad de expresión algunos discursos son especialmente protegidos según su forma y contenido. Importante resaltar, que la libertad de expresión protege, desde sus orígenes, la posibilidad de manifestar críticas al gobierno. Según parte de la doctrina, la primera vez en la que se hizo posible el ejercicio de esta libertad fue cuando el presidente del Parlamento inglés, en el siglo XV, solicitó esta deferencia a la Corona. Poco a poco el derecho se fue extendiendo a todos los parlamentarios y, posteriormente, a todos los súbditos ingleses⁵⁰⁰. En consecuencia, la libertad de expresión nace fuertemente vinculada al derecho de manifestación sobre actos del Estado. Ello explica que frente a las posibles restricciones al derecho a la libertad de expresión sea necesario hacer interpretaciones bastante restrictivas, en virtud del riesgo que existiría en caso opuesto de que se restrinja algo tan importante para el funcionamiento de un régimen democrático: la posibilidad de la participación ciudadana. Eso explica el tratamiento más “benéfico” dispensado a algunos tipos de discursos.

⁴⁹⁸ BOTERO, Catalina; *et al.* **El derecho a la libertad de expresión**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2017. p. 113.

⁴⁹⁹ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 162.

⁵⁰⁰ PAMPLONA, Danielle Anne. Discurso de odio: a extensão da proteção à liberdade de expressão em sistemas de defesa de Direitos Humanos e no Brasil. **Revista Jurídica da Presidência**, v.19, n.117, pp.190-216.

Cumple resaltar que, en respecto a los contenidos, existe una presunción de cobertura *ab initio* para todos los tipos de expresiones, incluido los discursos ofensivos, chocantes o perturbadores en el SIDH⁵⁰¹.

Esta presunción es muy particular de nuestro sistema regional, e impacta directamente en la forma de interpretar la amplitud del artículo 13 y las posibilidades de restricción de contenidos y “se explica por la obligación primaria de neutralidad del Estado ante los contenidos y, como consecuencia, por la necesidad de garantizar que, en principio, no existan personas, grupos, ideas o medios de expresión excluidos a priori del debate público”⁵⁰².

Además, tres tipos de discursos reciben un nivel reforzado de protección: el discurso político y sobre asunto de interés público; el discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos; y el discurso que configura un elemento de la identidad o la dignidad personales de quien se expresa. Como consecuencia, cualquier limitación a este tipo de discurso estará sujeta a un mayor escrutinio. Esta protección especial se justifica por la importancia de estos discursos para la consolidación, funcionamiento y preservación de la democracia y el ejercicio de los demás derechos humanos⁵⁰³.

El discurso político y sobre el asunto de interés público está protegido porque la democracia exige la mayor deliberación pública posible cuanto a los asuntos que interesan a todos.

En un sistema democrático y pluralista, las acciones y omisiones del Estado y de sus funcionarios deben sujetarse a un escrutinio riguroso, no sólo por los órganos internos de control, sino también por la prensa y la opinión pública. La gestión pública y los asuntos de interés común deben ser objeto de control por la sociedad en su conjunto⁵⁰⁴.

Todas las informaciones, opiniones y expresiones atinentes al Estado, sus instituciones, funcionarios, políticas públicas o cualquier otro asunto de interés público deben ser los más debatidas posibles, así que las restricciones a estos asuntos deben ser las más reducidas posibles. Como consecuencia, las autoridades y aquellos que aspiran a ocupar cargos públicos también deben tener una tolerancia mayor ante la crítica, incluso se son chocantes o desagradables. Lo más importante en una sociedad democrática es que el debate sea es más amplio y libre posible.

⁵⁰¹ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 30.

⁵⁰² CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 30.

⁵⁰³ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 32.

⁵⁰⁴ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 33.

Igualmente, la protección especial de los discursos de interés público conduce a la protección más reforzada del derecho de acceso a la información.

Lo que se exige en todos los casos involucrando discurso político y asunto de interés público es que las restricciones deben ser evaluadas por el Poder Judicial teniendo en cuenta el contexto en que se realizan las expresiones y el juzgador deberá ponderar el respeto a la reputación de los demás con el valor que tiene el debate abierto sobre temas de interés público para una sociedad democrática⁵⁰⁵.

El segundo tipo de discurso que goza de especial protección son los discursos sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos.

Por los mismos motivos que los asuntos de interés público los discursos sobre funcionarios públicos y sobre candidatos a cargos públicos posee un nivel especial de protección bajo la Convención Americana. Tales personas están sujetas a un tipo diferente de protección de su reputación o su honra frente a las demás personas debido a las funciones públicas que cumplen⁵⁰⁶.

En el Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica⁵⁰⁷ la Corte IDH afirma expresamente que los funcionarios públicos que, por la naturaleza de sus funciones, deben demostrar mayor tolerancia a las críticas, lo cual implica una protección de la privacidad y la reputación diferente que la que se otorga a un simple particular. En el Caso Tristán Donoso vs. Panamá⁵⁰⁸ la Corte IDH recuerda que los funcionarios públicos se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente y que este umbral sea en el interés público de las actividades que realiza y no en la calidad del sujeto.

⁵⁰⁵ Corte IDH, **Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay**. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Fondo, Reparaciones y Costas. Párrafo 105; Corte IDH, **Caso Tristán Donoso vs Panamá**. Sentencia de 27 de enero de 2009. Excepción, Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Párrafo 123 e Corte IDH, **Caso Fontevecchia y D'Amico vs Argentina**. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Fondo, Reparaciones y Costas. Párrafo 66.

⁵⁰⁶ Las leyes de privacidad no deben inhibir ni restringir la investigación y difusión de información de interés público. La protección a la reputación debe estar garantizada sólo a través de sanciones civiles, en los casos en que la persona ofendida sea un funcionario público o persona pública o particular que se haya involucrado voluntariamente en asuntos de interés público. Además, en estos casos, debe probarse que en la difusión de las noticias el comunicador tuvo intención de infligir daño o pleno conocimiento de que se estaba difundiendo noticias falsas o se condujo con manifiesta negligencia en la búsqueda de la verdad o falsedad de las mismas. Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA). **Declaración Conjunta sobre Censura a través del asesinato y la difamación** de 30 de noviembre de 2000. Principio 10.

⁵⁰⁷ Corte IDH, **Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica**. Sentencia de 2 de julio de 2004. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Párrafo 102.2.d. Véase también Corte IDH, **Caso Fontevecchia y D'Amico vs Argentina**. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Fondo, Reparaciones y Costas. Párrafo 46.

⁵⁰⁸ Corte IDH, **Caso Tristán Donoso vs Panamá**. Sentencia de 27 de enero de 2009. Excepción, Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Párrafo 114

Y más, para la Corte, además de la exposición voluntaria, por su mayor influencia social y mayor facilidad de acceso a los medios de comunicación, estas personas tienen más posibilidad de dar explicaciones o responder a las críticas que les han sido formuladas⁵⁰⁹.

Por estos motivos, los funcionarios públicos no deberían bloquear un ciudadano en sus redes sociales, cuando sus cuentas estén siendo utilizadas para divulgar contenido de interés público⁵¹⁰. La Suprema Corte de México en marzo de 2019 ordenó en un amparo de revisión que un funcionario público desbloqueará un periodista en su cuenta de Twitter⁵¹¹. La Segunda Sala de la Corte mexicana en la decisión observa que el fiscal general del estado de Veracruz utiliza su cuenta en Twitter para difundir tanto información personal como contenidos sobre las funciones y actividades que se derivan de su función pública y cuando bloqueó el periodista violó su derecho de acceso a la información. Lo importante en dichos casos es analizar el uso que el servidor público le dé a su cuenta.

Al incluir tuits relacionados con sus actividades como servidor público, decidió voluntariamente colocarse en un nivel de publicidad y escrutinio distintos al de una persona privada. Por esta razón, el propio funcionario fue quien libremente decidió extraer su cuenta de la esfera privada para trasladarla al ámbito público, con todos los contenidos que preexistían en ella⁵¹².

Al final la Corte exige que la medida de desbloqueo siga vigente incluso en caso del fiscal dejar el cargo público ya que éste permanecerá ostentando el carácter de persona pública pues la notoriedad pública no se extingue con la terminación del encargo de servidor público.

Páginas en redes sociales de entidades públicas también no deben bloquear el acceso a ciudadanos, en razón de comentarios sobre las políticas establecidas por la entidad o cualquier otro tipo de crítica. Así se decidió en el caso en que el Banco de Costa Rica bloqueó un usuario en su página de Facebook⁵¹³.

⁵⁰⁹ Corte IDH, **Caso Tristán Donoso vs Panamá**. Sentencia de 27 de enero de 2009. Excepción, Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Párrafo 122.

⁵¹⁰ En este sentido la sentencia de mayo de 2018 involucrando el Presidente estadounidense Donald Trump y los bloqueos en su cuenta de Twitter. CORTE DISTRITO DE NUEVA YORK, **Caso 1:17-cv-05202-NRB**, sentencia del 23 de mayo de 2018. Disponible en: <https://knightschool.org/sites/default/files/content/Cases/Wikimedia/2018.05.23%20Order%20on%20motions%20for%20summary%20judgment.pdf>. Acceso en: 30 de julio de 2019.

⁵¹¹ SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN MEXICO, **Amparo de revisión n. 1005/2008** de 20 de marzo de 2019. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2019-03/AR%201005-2018%20..pdf. Acceso en: 30 de julio de 2019.

⁵¹² SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN MEXICO, **Amparo de revisión n. 1005/2008** de 20 de marzo de 2019. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2019-03/AR%201005-2018%20..pdf. Acceso en: 30 de julio de 2019. Párrafo 241.

⁵¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA, **Caso n. 03871**, sentencia del 9 de marzo de 2018. Disponible en: <https://vlex.co.cr/vid/706363073>. Acceso en: 01 de agosto de 2019.

Esto no significa que funcionarios públicos y aspirantes a los cargos públicos no puedan procurar protección a su honra o reputación frente a ataques injustificados, sin embargo, deben hacerlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático y sin generar inhibición o autocensura⁵¹⁴.

Lo que se espera es que, al final, la transparencia de las actividades estatales y la responsabilidad de los funcionarios sea la más amplia posible. Las reglas de las empresas de Internet deben una especial atención al momento de bloquear determinados contenidos cuando los asuntos discutidos sean de interés público o sobre agentes públicos, evitando al máximo que este tipo de discurso sea retirado. Por lo tanto, los análisis deben considerar siempre quien habla y el contexto en que se habla determinadas cosas.

El tercer tipo de discurso especialmente protegido son los discursos que expresan elementos esenciales de la identidad o dignidad personales. Este tipo de protección ha sido abordada pela Corte IDH haciendo alusión al uso de la lengua de grupos étnicos y comunitarios⁵¹⁵. También son protegidos los discursos religiosos y aquéllos que expresan la propia orientación sexual e identidad de género⁵¹⁶.

4.6 DISCURSOS PROHIBIDOS

La libertad de expresión, como todos los derechos no es absoluto y todo sistema democrático regula algunas formas de discursos, que protegen desde los derechos de propiedad hasta la honra e imagen de las personas. Según Sunstein, lo más importante no es discutir se regularemos o no algunos discursos, sino cómo regular los discursos fomentando valores asociados a la libertad de expresión que destaque el autogobierno democrático⁵¹⁷.

Por lo tanto, ciertos discursos, debido a las prohibiciones expresas del derecho internacional de los derechos humanos, se encuentran excluidas de la cobertura *ab initio* de las expresiones humanas. Estos discursos deben ser prohibidos en el ambiente *online* y *offline* y deben contar con la iniciativa de Estados para combatirlos. Por esa razón, y por tratarse de casos

⁵¹⁴ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 41.

⁵¹⁵ Corte IDH, **Caso López Álvarez Vs. Honduras**. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. Párrafo 169.

⁵¹⁶ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 56.

⁵¹⁷ SUNSTEIN, Cass R. **Republica.com: Internet, Democracia y Libertad**. Barcelona, Paidós, 2003. p. 180

excepcionales, es posible incluso la adopción de medidas obligatorias de filtrado y bloqueo de contenidos específicos.

Mismo delante de casos extremos, como los que serán analizados, importante resaltar que tales medidas de restricción de contenidos son medidas de *ultima ratio* y deben estar sujetas a un estricto juicio de proporcionalidad y estar claramente diseñadas de modo que no impacten otros cometidos considerados legítimos en Internet⁵¹⁸. Esto significa que tales medidas, mismo en Internet, también deben atender a las garantías judiciales procesuales de los artículos 8 y 25 de la CADH.

En todos los casos, las medidas de filtrado y bloqueo deben estar restringidas al contenido prohibido, las medidas de bloqueo de sitios web enteros, direcciones IP, protocolos de red o ciertos tipos de usos (como las redes sociales) constituye una medida extrema que solo podría estar justificada conforme a estándares internacionales, por ejemplo, cuando sea necesaria para proteger a menores del abuso sexual⁵¹⁹.

Los Estados no deben presionar ilegítimamente los intermediarios de Internet para “restringir la circulación de contenidos a través del bloqueo o filtrado privado ni utilizar indirectamente los términos de servicio o reglas de comunidad para ampliar las bases de restricción legalmente establecidas”⁵²⁰.

Para evitar que tales medidas puedan ser utilizadas como forma de censura por los Estados se exige que las medidas de bloqueo de contenidos sean determinadas por una autoridad judicial competente o a un organismo independiente de cualquier influencia indebida político, comercial, o de otro tipo⁵²¹.

Bajo las reglas del derecho internacional, los Estados están obligados a prohibir: 1 - utilización de niños en la pornografía, 2 - instigación directa y pública a cometer genocidio, 3-

⁵¹⁸ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de expresión en Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 de 31 diciembre 2013. Párrafo 85.

⁵¹⁹ Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), **Declaración Conjunta sobre libertad de expresión y Internet** de 1 de junio de 2011. Principio 3.a

⁵²⁰ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente**. OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.17/17 de 15 de marzo 2017. Párrafo 124

⁵²¹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/66/290 de 10 de agosto de 2011. Párrafo 82.

apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia y la incitación al terrorismo⁵²².

4.6.1 Pornografía infantil

La pornografía infantil es prohibida en términos absolutos en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 34.c)⁵²³. El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía define la pornografía infantil como: “toda representación, por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”⁵²⁴. El Convenio 82 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) clasifica la contratación, utilización u oferta de niños para la prostitución, materiales pornográficos o espectáculos de la misma índole como las peores formas de trabajo infantil⁵²⁵.

Actualmente, el principal medio de difusión de la pornografía infantil por Internet y, de hecho, dentro de los límites adecuados, el bloqueo o filtrado del contenido es obligatorio⁵²⁶. Las legislaciones nacionales no solo deben prohibir la difusión de contenidos de pornografía infantil pela Internet, como deben prohibirlas como delito penal⁵²⁷, no obstante, como cualquier restricción, la prohibición de la difusión de pornografía infantil a través de Internet debe ser prevista en una legislación suficientemente precisa, y debe haber salvaguardias adecuadas y

⁵²² NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/66/290 de 10 de agosto de 2011. Párrafos 18 y 19.

⁵²³ Artículo 34.c: “Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales. Con este fin, los Estados Partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir: La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.” NACIONES UNIDAS, **Convención sobre los Derechos del Niño** de 20 de noviembre de 1989.

⁵²⁴ NACIONES UNIDAS, **Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía**. A/RES/54/263 de 25 de mayo de 2000. Artículo 2.c.

⁵²⁵ OIT, **Convenio C 182 sobre las peores formas de trabajo infantil**. 17 de junio de 1999.

⁵²⁶ “Por lo tanto, la pornografía infantil es una clara excepción a la regla, y no solo es legítimo restringir la difusión de esos contenidos a través de Internet, sino que incluso los Estados tienen la obligación de prohibirla, como delito penal”. NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/66/290 de 10 de agosto de 2011. Párrafo 21.

⁵²⁷ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/66/290 de 10 de agosto de 2011. Párrafo 21

efectivas contra el abuso o uso indebido, lo que incluye supervisión y revisión por un tribunal o órgano independiente⁵²⁸.

Es necesario no extender la restricción a discursos e imágenes que estén categorizados como legítimos y la transparencia sobre las medidas adoptadas para restringir la pornografía infantil deben ser pormenorizadas.

Asimismo, es fundamental el llamado que hace las Naciones Unidas a los Estados de concentrar esfuerzos en el procesamiento de los responsables de producir y difundir pornografía infantil en lugar de centrarse exclusivamente en medidas de bloqueo en Internet⁵²⁹.

4.6.2 Instigación directa y pública a cometer genocidio

La instigación directa y pública a cometer genocidio también se trata de discurso prohibido en el derecho internacional y encuentra previsión normativa en los artículos 3 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, el artículo 25, 3 e) del estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, el artículo 4, 3 c) del estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia y el artículo 2, 3 c) del estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Los tres requisitos que definen el delito son: la instigación debe ser pública, directa y perpetrada con intención específica.⁵³⁰

Cómo tales instigaciones en Internet alcanzan un número muy grande de personas, causan también una preocupación enorme. Para evitar bloqueos o supresiones inadecuadas de determinadas expresiones, lo primero necesario es que la prohibición a la incitación a cometer genocidio debe estar prevista en las legislaciones nacionales y los bloqueos por las empresas de Internet deben ser hechos después de un análisis cuidadoso de quién habla, cuál público alcanza, el contexto histórico y cultural, el contenido y el modo de transmisión⁵³¹.

⁵²⁸ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/66/290 de 10 de agosto de 2011. Párrafo 32

⁵²⁹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/66/290 de 10 de agosto de 2011. Párrafo 32

⁵³⁰ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/66/290 de 10 de agosto de 2011. Párrafo 23 a 25.

⁵³¹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/66/290 de 10 de agosto de 2011. Párrafo 25.

4.6.3 Propaganda de guerra y la apología del odio que constituya incitación a violencia

El tercer tipo de discurso no protegido por la libertad de expresión es la propaganda de guerra y la apología del odio que constituya incitación a violencia expreso en el artículo 13.5 de la CADH: “Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”⁵³².

El artículo 13.5 de la CADH se refiere a los casos en que los Estados deben adoptar una legislación que impida dichos discursos – *online* y *offline* –, distinta de la interpretación del artículo 13.2 -analizado anteriormente- que establece las reglas para los casos en que los Estados pueden restringir la libertad de expresión⁵³³.

La propaganda de guerra es todo acto ilegal e intencional destinado para exaltar y motivar la participación de personas en actos de guerra, tal como definida en el derecho humanitario, de forma deliberada y con la potencialidad de que dichos actos puedan efectivamente ocurrir⁵³⁴.

Los llamados discursos de odio deben ser combatidos por los Estados dentro y fuera de Internet. Sin embargo, como no encuentra en el derecho internacional una definición precisa y uniforme, tanto las legislaciones nacionales⁵³⁵, como las normas y condiciones de servicios de los intermediarios de Internet, como mencionado en el cap. 2, amplían en demasiado esta categoría, sin considerar el nivel de gravedad que estos discursos exigen para su configuración.

Los intermediarios de Internet manejan el discurso de odio en sus plataformas casi sin hacer referencia a las implicaciones de sus productos para los derechos humanos, esto priva a

⁵³² Redacción semejante al artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966: “1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. NACIONES UNIDAS, **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** de 1966

⁵³³ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Informe Anual 2014**. Capítulo IV (Discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América). OEA/Ser.L/V/II. Doc.48/15 de 31 diciembre 2015. Párrafo 18

⁵³⁴ BOTERO, Catalina; *et al.* **El derecho a la libertad de expresión**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2017. p. 79.

⁵³⁵ “Durante los últimos años, varios países de América han impulsado iniciativas legales para promover la igualdad, sancionar la discriminación y prohibir el “discurso de odio”. Sin embargo, la CIDH ha tomado conocimiento que en muchos casos esta legislación no satisface los principios de legalidad. La vaguedad de las definiciones que contienen podría dar lugar a interpretaciones que comprometan el efectivo ejercicio de la libertad de expresión sobre asuntos de interés público”. CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Informe Anual 2014**. Capítulo IV (Discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América). OEA/Ser.L/V/II. Doc.48/15 de 31 diciembre 2015. Párrafo 3.

las empresas de un marco para tomar decisiones que cumplan con los derechos y que está articulado con gobiernos e individuos, mientras limita la capacidad del público para hacer reclamos utilizando un vocabulario entendido globalmente⁵³⁶.

Para el SIDH la caracterización de estos discursos debe tener como presupuesto una prueba “actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión (por dura, injusta o perturbadora que ésta sea), sino que tenía la clara intención de cometer un crimen y la posibilidad actual, real y efectiva de lograr sus objetivos”⁵³⁷. Por esto, los debates críticos, incluso agresivos e irrazonables, ideas, opiniones, creencias e instituciones, incluidas las religiosas, serán permitidas siempre y cuando esto no constituya apología del odio que incita a la violencia contra una persona o un grupo de individuos”⁵³⁸.

En 2015 el Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión de la CIDH sobre el discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex⁵³⁹ revisó el marco jurídico interamericano sobre el tema y reafirmó la necesidad de dos requisitos para la configuración del discurso de odio: clara intención de promover la violencia o cualquier otra acción ilegal similar, así como la capacidad de lograr este objetivo y que ello signifique un verdadero riesgo de daño contra la(s) persona(s)⁵⁴⁰.

El discurso de odio es un caso típico en que el SIDH suele ser menos restrictivo a la libertad de expresión. Para la categorización del discurso de odio bajo las reglas de CADH y de las interpretaciones de los órganos interamericanos, la violencia es un requisito esencial para cualquier restricción. Ya en el sistema europeo, por ejemplo, la definición de discurso de odio abarca una gama de expresiones que no llegan a la violencia (hostilidad y discriminación)⁵⁴¹. En casos como los discursos de odio la jurisprudencia de la Unión Europea e incluso de las

⁵³⁶ NACIONES UNIDAS, Asamblea General. **Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**. A/74/486 de 9 de octubre de 2019. Párrafo 42.

⁵³⁷ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafo 58.

⁵³⁸ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y a protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/66/290 de 10 de agosto de 2011. Párrafo 30.

⁵³⁹ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Informe Anual 2014**. Capítulo IV (Discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América). OEA/Ser.L/V/II. Doc.48/15 de 31 diciembre 2015.

⁵⁴⁰ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Informe Anual 2014**. Capítulo IV (Discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América). OEA/Ser.L/V/II. Doc.48/15 de 31 diciembre 2015. Párrafo 23.

⁵⁴¹ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Informe Anual 2004**. Capítulo VII (Las expresiones de odio y la convención americana sobre derechos humanos). OEA/Ser.L/V/II.122. Doc. 5 rev. 1 de 23 febrero 2005. Párrafo 46.

Naciones Unidas deben ser utilizadas como estándares mínimos, pero no como formas autorizadas de limitar la libertad de expresión en la región⁵⁴².

Para el SIDH no es necesario existir un vínculo directo entre el discurso y la violencia, no obstante, debe ser determinada la probabilidad del discurso obtener suceso en el incitamiento a la violencia de la persona o grupo⁵⁴³. Por estas razones, la apología del odio no es en sí misma una violación del artículo 13.5 de la CADH, para que se convierta en discurso de odio, la incitación⁵⁴⁴ a la violencia debe estar presente, esto es, quien habla busca provocar reacciones de violencia en la audiencia y hay un vínculo mucho estrecho entre la expresión y el riesgo de violencia. Esto solo puede ser determinado llevando en consideración el contexto.

En 2016 Facebook, Microsoft, Twitter y Youtube firmaron en la Unión Europea un Código de Conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en Internet. El Código define incitación al odio legal en Internet como “toda conducta de incitación pública a la violencia o al odio dirigida contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en función de la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico”⁵⁴⁵. En estos términos, la incitación al odio ya es elemento suficiente para que las empresas eliminen los contenidos en la Unión Europea⁵⁴⁶.

La negociación del Código Europeo, según Kaye, ocurrió a puertas cerradas, realizada en gran parte por correos electrónicos, excluyó a otros actores tecnológicos relevantes, la sociedad civil, los gobiernos y los expertos académicos. Los correos electrónicos muestran una negociación casi demasiado fácil, una especie de esfuerzo interno para que las empresas

⁵⁴² CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Informe Anual 2004**. Capítulo VII (Las expresiones de odio y la convención americana sobre derechos humanos). OEA/Ser.L/V/II.122. Doc. 5 rev. 1 de 23 febrero 2005. Párrafo 35.

⁵⁴³ SANTANA, Anna Luisa Walter de; PAMPLONA, Danielle Anne. Os contornos possíveis do discurso de ódio no brasil: proposta a partir da convenção americana de direitos humanos. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 55, set. 2018, 13-30. Disponible en: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12048>. Acceso en: 28 de agosto de 2019.

⁵⁴⁴ “La incitación se caracteriza por el afán de influir en otras personas, persuadiéndolas o amenazándolas para que adopten determinadas formas de conducta, incluida la comisión de un delito. La incitación puede ser explícita o implícita, mediante actos tales como la exhibición de símbolos racistas o la distribución de material, así como mediante palabras”. NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos. **Observación General n. 35**: La lucha contra el discurso de odio racista. CERD/C/GC/35 de 26 de septiembre de 2013. Párrafo 16.

⁵⁴⁵ COMISSIÃO EUROPEA, **Código de Conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en Internet**. Mayo de 2016. p.1

⁵⁴⁶ Las empresas, en el Código, se comprometen a examinar, en menos de 24 horas, las notificaciones relativas a la incitación ilegal al odio para retirar o deshabilitar el acceso a dicho contenido y deben hacerlo con base en sus normas o directrices comunitarias, que prohíben la promoción de la incitación a la violencia y las conductas odiosas. Además, se comprometen aún a facilitar la información sobre los procedimientos de notificaciones, para aumentar la rapidez y la eficacia de la comunicación entre las autoridades de los Estados miembros y las empresas de TI. COMISSIÃO EUROPEA, **Código de Conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en Internet**. Mayo de 2016.

aplicasen de la ley europea⁵⁴⁷. Las empresas se comprometieron a retirar los discursos de odios de sus plataformas en un plazo de 24 horas. El Código fue duramente criticado por los organismos internacionales por el exceso de poder que daba a las empresas.

En América Latina una iniciativa conjunta entre Estados y empresas, con participación de la sociedad civil, para combatir los discursos de odio debería llevar en consideración la comprensión regional de dichos discursos. Esto porque, como mismo reconoce la Comisión Europea como existen enfoques distintos sobre el discurso de odio. una visión más alineada entre los países de la región haría que la lucha contra el contenido ilegal sea más eficaz, además de desarrollar un mercado único digital y reducir el costo de cumplimiento para las plataformas en línea. Las empresas deben comprender el marco legal nacional y regional donde operan y tener una relación estrecha de cooperación con las autoridades. De la misma forma, una propuesta estatal para imponer responsabilidad a las empresas por no eliminar los discursos de odio debe definirse de conformidad con los estándares interamericanos.

Para la ONG Artículo 19 las leyes de autorregulación como la ley alemana NetzDG de 2017 sobre redes sociales y los mecanismos voluntarios como el Código de conducta de la UE sobre el discurso de odio no cumplen con el derecho internacional de los derechos humanos porque se basan en términos vagos y demasiado amplios para identificar contenido ilegal, delegan responsabilidades de censura a las empresas de redes sociales sin una consideración real de la legalidad del contenido y no brindan garantías del debido proceso⁵⁴⁸⁵⁴⁹. Hay que tomarse en serio la tarea de pensar cuál es el tipo de regulación que deseamos en América Latina, comprendiendo nuestros contextos de democracias débiles con serias violaciones a la libertad de expresión, y consecuentemente, de los derechos humanos. Leyes como la alemana NetzDG de 2017, no incluye ninguna presión compensatoria para mantener el contenido legítimo, y no existen sanciones por la eliminación de la sátira o comentario político o cualquier otra cosa, así que es casi seguro que las plataformas tomarían medidas contra el contenido límite o legítimo, solo para asegurarse de no violar la ley⁵⁵⁰.

⁵⁴⁷ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p.70.

⁵⁴⁸ ARTÍCULO 19, **Self-regulation and ‘Hate Speech’ on Social Media Platforms**. 2 de marzo de 2018.

⁵⁴⁹ “Hate speech under company rules, for instance, is rooted more in loose corporate standards than any one country’s laws, while Germany’s law on insult has no analog in company policies. Even where there was overlap, NetzDG was asking private corporations to stand in the place of courts and public prosecutors. They would be judge and jury not only of their own standards (as one would expect) but also of German law, bringing with them not the public accountability of the courts but the private incentives of what one senior European Commission official in Brussels described disparagingly to me as “the profit-making beasts””. KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p.69.

⁵⁵⁰ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p.70.

Las medidas no jurídicas de educación y concientización pautada en los derechos humanos, con el apoyo y compromiso de los medios de comunicación, periodistas, influenciadores de todo género, para generar un debate social amplio y saludable en un contexto que parece demasiado desfavorable, parecen ser las más eficaces para superar la violencia, promover la tolerancia y el pluralismo⁵⁵¹.

Los Estados deberían promover la libertad de expresión y contrarrestar los discursos de odio imponiendo la aplicación de la legislación local por parte de autoridades judiciales independientes, con una transparencia que permita la supervisión pública, combinado con los esfuerzos sociales y educativos⁵⁵².

Las empresas deben empezar con una revisión de los productos orientada hacia los derechos humanos, relacionado con los discursos de odio, también es necesario más transparencia en los detalles de la implementación de la moderación del contenido, capacitar sus moderadores para la identificación del discurso de odio, y en particular, las compañías deben evaluar si sus reglas de discurso de odio infringen la libertad de expresión al evaluar los principios de legalidad, necesidad y legitimidad⁵⁵³.

Las definiciones de las compañías sobre el discurso de odio son en general difíciles de entender. Las tres compañías estadounidenses dominantes, YouTube, Facebook y Twitter, han mejorado a lo largo de los años de manera que han convergido en un conjunto de reglas reconociblemente similares, con todo, no aclaran cómo definen la promoción y la incitación⁵⁵⁴. El análisis de la intención y el resultado son difíciles de identificar en las políticas de las empresas⁵⁵⁵.

Las empresas deberían hacer más que simplemente identificar sus normas, también deberían mostrar, mediante el desenvolvimiento de una especie de jurisprudencia, exactamente

⁵⁵¹ “[...] más palabras que eduquen sobre las diferencias culturales, más palabras que promuevan la diversidad y el entendimiento, más palabras para potenciar y dar una voz a las minorías y los pueblos indígenas, por ejemplo, mediante el apoyo de los medios de comunicación de la comunidad y su representación en los medios convencionales¹⁶. Más palabras pueden ser la mejor estrategia para llegar a las personas, y cambiar lo que piensan, y no simplemente lo que hacen [...]” NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/66/290 de 10 de agosto de 2011. Párrafo 41.

⁵⁵² NACIONES UNIDAS, Asamblea General. **Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**. A/74/486 de 9 de octubre de 2019. Párrafo 35.

⁵⁵³ NACIONES UNIDAS, Asamblea General. **Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**. A/74/486 de 9 de octubre de 2019. Párrafo 45.

⁵⁵⁴ NACIONES UNIDAS, Asamblea General. **Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**. A/74/486 de 9 de octubre de 2019. Párrafo 46.

⁵⁵⁵ NACIONES UNIDAS, Asamblea General. **Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**. A/74/486 de 9 de octubre de 2019. Párrafo 47.

cómo se desempeñan sus categorías en la aplicación efectiva de las normas⁵⁵⁶. Las empresas pueden encontrar que el análisis contextual detallado es difícil y requiere muchos recursos, sin embargo, si toman en serio la protección de los derechos humanos en sus plataformas, deben asegurarse de que definen las reglas claramente y requieren una evaluación humana. La evaluación humana, además, debe ser más que una evaluación de si algunas palabras particulares caen en una u otra categoría, más debe basarse en el aprendizaje real de las comunidades en las que se puede encontrar el discurso de odio, en las personas que pueden entender el "código" en el que a veces se implementa el lenguaje⁵⁵⁷.

El Plan de Acción de Rabat de la ONU ha propuesto un test con reglas que deben ser consideradas para la determinación de los discursos de odio: I - Contexto: debe ser analizado el contexto social y político al momento en que el discursos fue emitido diseminado; II – Emisor: la posición y el status social de quien habla y su importancia en el contexto de la audiencia a la cual se dirige el discurso; III – Intención: es necesario una relación triangular entre el objeto, el sujeto y la audiencia. La mera circulación, distribución no son criterios suficientes; IV – Contenido y forma: el grado en que el discurso fue provocativo y directo, el estilo y equilibrio de los argumentos desplegados; V - La extensión del discurso: incluye el alcance del discurso, su naturaleza pública, su magnitud y el tamaño de la audiencia. Es importante determinar el medio de difusión utilizado, si en Internet y o un único folleto, si en Internet, es alguien con muchos seguidores, capaz de causar impactos o no. Cuál es la frecuencia y la amplitud del discurso; VI – Probabilidad, incluida la eminencia: debe existir una probabilidad razonable de que el discurso tenga éxito en incitar la violencia contra el grupo a que se dirige, reconociendo que tal causalidad debe ser bastante directa. Debe existir un riesgo de daño identificado⁵⁵⁸.

Lo que se pretende con estas pruebas y reglas es aclarar cuáles son las circunstancias puntuales en que los discursos o expresiones deben ser suprimidos y punidos, evitando amplia discrecionalidad en las leyes y términos de servicios de las empresas que los definen y en el momento de su aplicación por las autoridades competentes, para que impacten o supriman la libertad de expresión. Las empresas deben demostrar que utilizaron la herramienta menos restrictiva para el caso analizado, la única opción no es solamente eliminar el contenido. Las

⁵⁵⁶ NACIONES UNIDAS, Asamblea General. **Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**. A/74/486 de 9 de octubre de 2019. Párrafo 47, c.

⁵⁵⁷ NACIONES UNIDAS, Asamblea General. **Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**. A/74/486 de 9 de octubre de 2019. Párrafo 50.

⁵⁵⁸ NACIONES UNIDAS, **Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence**. 5 de octubre de 2012. Párrafo 20. Véase también: NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos. **Observación General n. 35**: La lucha contra el discurso de odio racista. CERD/C/GC/35 de 26 de septiembre de 2013.

empresas pueden restringir la viralidad del contenido, etiquetar su origen, suspender al usuario u organización que patrocina el contenido, restringir temporalmente el contenido mientras un equipo está realizando una revisión, colocar advertencias y etiquetas en el contenido, minimizar la amplificación del contenido, interferir en los robots, adoptar restricciones geolocalizadas e incluso promover contra mensajes⁵⁵⁹.

Las empresas deben estar especialmente alertas al abuso de sus plataformas a través de la desinformación que constituye discurso de odio, en particular, en entornos de tensión creciente, las empresas deben establecer claramente sus políticas, desarrollar una comprensión integral a través de la participación de la comunidad y los expertos y contrarrestar firmemente esa incitación⁵⁶⁰.

Casos de expresión de odio que no cumplan los criterios de apología del odio por la raza, color, religión, idioma u origen nacional; necesarios para constituir incitación a la violencia, deben igualmente estar dispuestos en legislación civil e igualmente los Estados deben reforzar las respuestas a la discriminación con adopción de políticas públicas y medidas efectivas para combatirlas⁵⁶¹, desde que mantenidos los criterios de claridad y proporcionalidad.

Lo importante es que tanto Estados, como los intermediarios de Internet y aplicadores de sanciones tengan muy claro las distinciones entre discursos de odio, prohibidos por la legislación internacional, y otros mensajes intolerantes, groseros, irrazonables, pero que no se encuadran en el delito del artículo 13.5 de CADH.

4.6.4 Incitación al terrorismo

El derecho internacional prohíbe, por ende, la incitación al terrorismo. La resolución 1624 del año 2005 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas instó a los Estados a “prohibir por ley la incitación a la comisión de un acto o actos de terrorismo” e impedir tal conducta⁵⁶².

⁵⁵⁹ NACIONES UNIDAS, Asamblea General. **Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**. A/74/486 de 9 de octubre de 2019. Párrafo 51.

⁵⁶⁰ NACIONES UNIDAS, Asamblea General. **Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**. A/74/486 de 9 de octubre de 2019. Párrafo 48.

⁵⁶¹ NACIONES UNIDAS, Asamblea General. **Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/67/357 de 7 de septiembre de 2012. Párrafo 80.

⁵⁶² NACIONES UNIDAS, Consejo de Seguridad. **Resolución 1624 (2005)**. S/RES/1624 (2005) de 14 de septiembre de 2005. Párrafo 1.

Una vez más estamos delante de una conducta que no encuentra en el derecho internacional una definición única, lo que puede llevar a un gran margen de discrecionalidad de los Estados en el momento de redactar sus legislaciones y de las empresas en el momento de moderar los contenidos. Tomando en cuenta esta preocupación, el Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo en 2010 propuso una definición que debe orientar los Estados en el momento de redactar sus normas para que se encuentre un equilibrio entre derechos humanos y seguridad.

En caso de incompatibilidad entre la legislación antiterrorista en vigor y las normas nacionales e internacionales de derechos humanos, es esencial que existan mecanismos para que el poder judicial pueda dejar sin efecto una ley incompatible con los derechos humanos o para que adopte una interpretación que sea compatible con ellos⁵⁶³.

Así que el delito de incitación al terrorismo “a) debe limitarse a la incitación a una conducta que sea verdaderamente de carácter terrorista⁵⁶⁴; b) no deberá entrañar una restricción de la libertad de expresión más allá de la necesaria para proteger la seguridad nacional y el orden, la salud o la moral públicas; c) deberá estar definido en la ley en un lenguaje preciso, evitando en particular el empleo de términos vagos como "apología" o "promover" el terrorismo; d) deberá entrañar un riesgo real (objetivo) de que se cometa el acto al que se incita; e) deberá contener una referencia expresa a dos elementos de intencionalidad, a saber, la intención de transmitir un mensaje y la intención de que ese mensaje incite a la comisión de un acto terrorista; y f) deberá contener una referencia al carácter "ilícito" de la incitación al

⁵⁶³ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Sr. Martin Scheinin**: Diez esferas de mejores prácticas en la lucha contra el terrorismo. A/HRC/C/16/51 de 22 de diciembre de 2010. Párrafo 13. Véase: Corte IDH, **Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile**. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 29 de mayo del 2014. En esta sentencia la Corte IDH declaró a incompatibilidad de una ley penal antiterrorista en Chile que fue aplicada a las víctimas del caso por violar los principios de legalidad y presunción de inocencia.

⁵⁶⁴“Práctica 7. Definición modelo de terrorismo Se entenderá por terrorismo todo acto o tentativa de acto en que: 1. El acto: a) Está constituido por toma de rehenes intencionada; o b) Se proponga causar la muerte o lesiones corporales graves a una o más personas o a partes de la población; o c) Entrañe el recurso a la violencia física con efecto mortal o contra una o más personas o partes de la población; y 2. El acto o la tentativa deben ejecutarse con la intención de: a) Provocar un estado de terror entre la población en general o partes de ella; u b) Obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer algo o abstenerse de hacerlo; 3. El acto: a) Debe corresponder a la definición de delito grave contenida en la legislación nacional promulgada con el propósito de ajustarse a los convenios y protocolos internacionales relativos al terrorismo o a las resoluciones del Consejo de Seguridad relativas al terrorismo; o b) Debe contener todos los elementos de delito grave definido por la legislación nacional”. NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Sr. Martin Scheinin**: Diez esferas de mejores prácticas en la lucha contra el terrorismo. A/HRC/C/16/51 de 22 de diciembre de 2010. Párrafo 28.

terrorismo, de manera que no excluya la aplicación de causas de modificación o exención de la responsabilidad penal ⁵⁶⁵”.

Así que, además de incitar, una vez más, se exige que exista un riesgo real de que, como consecuencia del incitamento, se cometa el delito⁵⁶⁶. Para la Relatoría Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo de las Naciones Unidas la mejor definición para el delito de incitación al terrorismo es la:

[...] difusión intencional e ilícita o la divulgación por cualquier otro medio, de un mensaje destinado al público con la intención de incitar a la comisión de un delito de terrorismo, siempre que dicha conducta, propugne o no expresamente un delito de terrorismo provoque un riesgo de que se cometan uno o más delitos de ese tipo⁵⁶⁷.

La preocupación es no utilizar la lucha contra el terrorismo como una forma para censura y otras violaciones a los derechos humanos, esto porque en todas las regiones del mundo hay casos en que una expresión que defienda una opinión contrataría al del Estado o haga denuncias de violaciones a los derechos humanos, constituye una forma de actividad terrorista⁵⁶⁸.

Basándose en la primacía de los imperativos de seguridad, se han adoptado medidas sostenidas para silenciar e incluso asfixiar a la sociedad civil. Es esencial comprender las graves consecuencias del efecto acumulativo y sostenido que esas medidas, que han proliferado en el marco de la seguridad internacionalizada, han tenido en toda la sociedad civil, a nivel local y mundial, individual y colectivamente, y la forma en que han perjudicado a la sociedad civil y al espacio cívico⁵⁶⁹.

⁵⁶⁵ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Sr. Martin Scheinin:** Diez esferas de mejores prácticas en la lucha contra el terrorismo. A/HRC/C/16/51 de 22 de diciembre de 2010. Párrafo 31.

⁵⁶⁶ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión.** A/66/290 de 10 de agosto de 2011. Párrafo 32.

⁵⁶⁷ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Sr. Martin Scheinin:** Diez esferas de mejores prácticas en la lucha contra el terrorismo. A/HRC/C/16/51 de 22 de diciembre de 2010. Párrafo 32.

⁵⁶⁸ NACIONES UNIDAS, Asamblea General. **Efectos de las medidas para hacer frente al terrorismo y al extremismo violento en el espacio cívico y en los derechos de los agentes de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos.** Informe de la Relatora Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. A/HRC/40/52 de 01 de marzo de 2019. Párrafo 08.

⁵⁶⁹ NACIONES UNIDAS, Asamblea General. **Efectos de las medidas para hacer frente al terrorismo y al extremismo violento en el espacio cívico y en los derechos de los agentes de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos** Informe de la Relatora Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. A/HRC/40/52 de 01 de marzo de 2019. Párrafo 09.

Así como en los discursos de odio, para la configuración del incitamiento al terrorismo debe existir una probabilidad razonable de que la expresión logre incitar la comisión del acto terrorista, “estableciendo así un cierto grado de relación causal o de riesgo real de que se produzca el resultado prohibido”⁵⁷⁰.

En 2018 la Comisión Europea propuso un reglamento para ampliar la responsabilidad de las empresas en eliminar el material que incita a los actos terroristas y para monitorear activamente el contenido generado por los usuarios en sus plataformas. Para David Kaye, en lugar de involucrar a las autoridades públicas (tribunales u otras agencias independientes) para determinar cuándo un acto tiene como objetivo incitar el terrorismo, pide que las empresas tomen esa determinación para cada uno de los veintiocho Estados miembros de la Unión Europea, ampliando aún más el poder de los gigantes de Internet⁵⁷¹. “Companies are policing content that meets these criteria, rather than the usual institutions of democratic governance”⁵⁷².

Reglamentos así permiten a las empresas definir los casos en que la libertad de expresión será restringida, al contrario de imponer al Estado la responsabilidad de garantizar que la libertad de expresión no sufra límites más allá de los establecidos en ley.

Otro tema que está en la agenda de las discusiones internacionales y en América Latina es el combate a la desinformación en Internet.

4.7 DESINFORMACIÓN

La desinformación “se define como información verificablemente falsa o engañosa que se crea, presenta y divulga con fines lucrativos o para engañar deliberadamente a la población, y que puede causar un perjuicio público”⁵⁷³. La desinformación no incluye la publicidad engañosa, los errores de información, la sátira y la parodia ni las noticias y los comentarios

⁵⁷⁰ NACIONES UNIDAS, Asamblea General. **Efectos de las medidas para hacer frente al terrorismo y al extremismo violento en el espacio cívico y en los derechos de los agentes de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos**. Informe de la Relatora Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. A/HRC/40/52 de 01 de marzo de 2019. Párrafo 37.

⁵⁷¹ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p. 81.

⁵⁷² KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p. 82.

⁵⁷³ COMISSION EUROPEA, **La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo**. Bruselas, 26 de abril de 2018. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0236&from=EN>. Acceso en: 10 de octubre de 2019. p. 4.

claramente identificados como partidistas⁵⁷⁴. Se exige para su configuración: 1 - que la (s) persona (s) que la difundan sepan que la información es falsa, 2- lo hacen o con fines lucrativos o para engañar al público y, 3 - que tal desinformación pueda causar un perjuicio público⁵⁷⁵⁵⁷⁶.

La desinformación no es un fenómeno nuevo pero se ve amplificado a través de las redes sociales y otros medios de comunicación en línea, especialmente por tres factores: el uso de algoritmos, que al privilegiar un contenido personalizado es más probable que atraiga la atención del usuario y aumente el intercambio; la estrategia basada en publicidad, que suele apoyarse en los clics de los usuarios favoreciendo el contenido viral y, la propia tecnología en línea, que con uso de servicios automatizados (*bots* u ordenadores zombis) amplifican artificialmente la difusión de la desinformación⁵⁷⁷.

El perjuicio a las democracias es innegable pues la difusión de desinformación obstaculiza la capacidad de los ciudadanos de debatir y tomar decisiones públicas bien informados. De igual modo, afectan la privacidad, la reputación de las personas, causando violencia, discriminación o hostilidad hacia determinados grupos sociales.

En la lucha contra la desinformación los Estados han impulsado desde legislaciones que criminalizan⁵⁷⁸ la difusión de noticias sabidamente falsas hacia la imputación de multas de grandes montos a los intermediarios que no actúen para la retirada de los contenidos basados en noticias falsas.

⁵⁷⁴ COMISSION EUROPEA, **Código de buenas prácticas de la Unión en materia de desinformación**. Septiembre de 2018.

⁵⁷⁵ “El perjuicio público comprende amenazas contra los procesos democráticos políticos y de elaboración de políticas, así como contra los bienes públicos, como la protección de la salud, el medio ambiente o la seguridad de los ciudadanos de la UE”. COMISSION EUROPEA, **La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo**. Bruselas, 26 de abril de 2018. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0236&from=EN>. Acceso en: 10 de octubre de 2019. p. 4

⁵⁷⁶ El concepto de desinformación (*desinformation*) es distinto de los conceptos de *misinformation* (cuando la información es falsa pero no ha sido creada para causar daño y las personas que las comparten no saben que son falsas) y *mal information* (cuando la información es verdadera, pero es utilizada para infligir daño a una persona, organización o país). RETON, Cherilyn; POSETTI, Julie. **Journalism, ‘Fake News’ & Disinformation: Handbook for Journalism Education and Training**. Unesco, 2018. p. 44.

⁵⁷⁷ COMISSION EUROPEA, **La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo**. Bruselas, 26 de abril de 2018. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0236&from=EN>. Acceso en: 10 de octubre de 2019. p. 6

⁵⁷⁸ BRASIL, **Lei 13.834/19** de 4 de junho de 2019. Art. 326-A: “Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuído a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa. § 1º: A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto. § 2º: A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção. § 3º: Incorrerá nas mesmas penas deste artigo quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído.

Para la Unión Europea la falta de transparencia y trazabilidad del ecosistema de las plataformas en línea (especialmente algoritmos y publicidad en línea) es en gran parte responsable pelo escenario actual de la desinformación y las plataformas deben actuar para tornar el ecosistema de información más responsable⁵⁷⁹.

Es necesario tener claro, que la desinformación no se encuentra categorizada en los discursos que el derecho internacional de los derechos humanos permite una censura *ex ante*⁵⁸⁰, como: la propaganda de la guerra y la apología del odio que constituya incitación a la violencia; la incitación directa y pública al genocidio y la pornografía infantil⁵⁸¹. Esto significa que la desinformación no es considerada una categoría independiente de discurso prohibido y para que sea categorizada en uno de los tres discursos prohibidos es necesario demostrarse que, independiente de la veracidad de la información, por las circunstancias específicas, se trata de uno de los discursos prohibidos⁵⁸².

Los organismos internacionales están atentos a la forma como los Estados han tratado el tema de la desinformación porque en muchos casos las legislaciones que tratan del tema son ambiguas y con terminologías vagas. La Declaración Conjunta sobre libertad de expresión y noticias falsas de 2017 afirma que “las prohibiciones generales de difusión de información basadas en conceptos imprecisos y ambiguos, incluidos "noticias falsas" ("*fake news*") o "información no objetiva", son incompatibles con los estándares internacionales sobre restricciones a la libertad de expresión {...}⁵⁸³”. Recuerda también que el derecho a la libertad de expresión no se limita a difundir declaraciones “correctas” pero abarca las ideas que pueden causar perturbación, consternación u ofensas.

⁵⁷⁹ COMISSION EUROPEA, **La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo**. Bruselas, 26 de abril de 2018. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0236&from=EN>. Acceso en: 10 de octubre de 2019. p. 8.

⁵⁸⁰ “La censura previa supone el control y veto de la información antes de que ésta sea difundida, impidiendo tanto al individuo, cuya expresión ha sido censurada, como a la totalidad de la sociedad, a ejercer su derecho a la libertad de expresión e información. El artículo 13 de la Convención Americana explícitamente prohíbe la censura previa”. CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Antecedentes e interpretación de la Declaración de Principios**. Octubre de 2000. Párrafo 21.

⁵⁸¹ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009. Párrafos 57-60.

⁵⁸² BOTERO, Catalina. La regulación estatal de las llamadas “noticias falsas” desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión. In: CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de expresión: A 30 años de la Opinión Consultiva sobre la colegiación obligatoria de periodistas**. OEA/Ser.D/XV.18. 2017, 65-84. p. 72

⁵⁸³ Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), **Declaración Conjunta Sobre Libertad De Expresión Y "Noticias Falsas" ("Fake News")**, **Desinformación y Propaganda** de 3 de marzo de 2017. Principio 2.a.

Es cierto que los intentos para disminuir la proliferación de noticias falsas son absolutamente necesarios, lo que el derecho internacional de los derechos humanos impide es un control previo estatal o privado de las informaciones que deberían o no circular en Internet. Esto porque, la prohibición estatal o control privado implica en una amenaza para la libertad de expresión aún más grave e inminente que la misma problemática que pretende combatir.

El principal argumento utilizado para impedir una legislación que prohíba o criminalice la divulgación de desinformación es que la punición a estos discursos acaba por disuadir los discursos libres y una expresión vigorosa de opiniones (*chilling effects*⁵⁸⁴), esto porque las personas prefieren callarse delante de la posibilidad de sanciones, así como sustentado en el caso *United States vs Alvarez*⁵⁸⁵ en la Suprema Corte estadounidense. Además, la decisión estadounidense reconoce que en contextos políticos las mentiras son más propensas a causar daños, no obstante, el riesgo de censuras selectivas por parte de los fiscales es todavía más alto. La posibilidad de utilizar el combate a la desinformación para silenciar voces disidentes está presente y no puede ser desconsiderado.

Si, por un lado, los sistemas de protección de los derechos humanos rechazan la penalización como instrumento de lucha contra la desinformación por tratarse de medida desproporcional, por otro lado, la carga para que las empresas sean las únicas responsables por combatir la desinformación puede poner en peligro la circulación de ideas en Internet, las fuentes de noticias independientes y alternativos o los contenidos satíricos⁵⁸⁶. Presionadas por multas vultuosas es natural que las empresas bajen el mayor número de contenidos sospechosos para evitar las sanciones, tal cual discutido en los discursos de odio.

El hecho de que las empresas no deben ser responsables por contenidos de terceros no implica que nada puedan hacer en la lucha contra la desinformación, sino en la comprensión de que el combate a la desinformación va más allá de la responsabilización de intermediarios o criminalización de aquellos que difundan noticias falsas: exige una cooperación entre Estados, plataformas, partidos políticos, autoridades electorales, medios de comunicación y sociedad civil en una serie de acciones.

Fue solo en 2018 que Facebook, por ejemplo, llegó a un acuerdo con un consorcio de investigadores dirigido por la Universidad de Stanford para evaluar el impacto de sus actividades en el contexto de las elecciones. Según Kaye, la prensa ha descubierto historias que

⁵⁸⁴ El efecto intimidatorio que conlleva a autocensura.

⁵⁸⁵ SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, *United States v. Alvarez*, 567 U.S. 708 (2012).

⁵⁸⁶ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 31.

indican que Facebook comprendió mucho antes de la elección de Trump que determinados grupos estaban creando y amplificando cuentas falsas e historias falsas en una campaña de disrupción concentrada dirigida al Reino Unido, los Estados Unidos y luego otros gobiernos en Europa⁵⁸⁷. Si la empresa estuviera desarrollando un serio proceso de debida diligencia podría ter previsto el riesgo de que las plataformas serían usadas para diseminar la desinformación y podrían ter actuado con más diligencia desde el principio.

Existen ejemplo de buenas iniciativas para actuar en contra la desinformación. En México, en las elecciones de 2018, el Estado y las plataformas hicieron un acuerdo para llenar las redes sociales de información verdadera siempre que una noticia falsa era detectada. La iniciativa llamada Verificado 2018 trataba de verificar y sellar las noticias verdaderas y difundir noticias oficiales cuando una noticia falsa era detectada en las redes sociales. El apoyo y comprometimiento de las plataformas fue esencial para el logro de resultados positivos.

Los intermediarios deben también apoyar la investigación y adelanto de soluciones tecnológicas adecuadas para impedir la desinformación y la propaganda falsa, que los usuarios puedan aplicar de forma voluntaria⁵⁸⁸. Facebook afirma que ha trabajado en tres áreas claves para frenar las noticias falsas: atacando los incentivos financieros – reglas más rígidas para propagandas-; desarrollando nuevos productos -ranking, informes más fáciles, parcerías con organizaciones independientes de verificación de hechos de terceros- y ayudando a las personas que tomen decisiones más informadas -proyectos como *Facebook Journalism Project* y *News Integrity Initiative*-⁵⁸⁹.

Aún más, uno de los temas claves para inhibir la circulación de noticias falsas es garantizar la transparencia de las políticas de publicidad en las plataformas. Según Kaye, las empresas parecen estar diseñadas para que esos abusos ocurran, ya que las mismas herramientas que generan dinero publicitario para ellos (viralidad, orientación individual de mensajes,

⁵⁸⁷ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p. 89 y 90.

⁵⁸⁸ Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), **Declaración Conjunta Sobre Libertad De Expresión Y "Noticias Falsas" ("Fake News"), Desinformación y Propaganda** de 3 de marzo de 2017. Principio 4.e.

⁵⁸⁹ MOSSERI, Adam. **Working to stop misinformation and false news**. 7 de abril de 2017. Disponible en: <https://www.facebook.com/facebookmedia/blog/working-to-stop-misinformation-and-false-news>. Acceso en: 30 de noviembre de 2019.

colocación de anuncios junto a videos e historias que hacen clic) también hacen que la desinformación amplificada sea tan simple⁵⁹⁰.

En general, las plataformas no han sido suficientemente transparentes en cuanto a publicidad política y contenido patrocinado. Tampoco han facilitado suficiente información sobre el uso de técnicas de difusión estratégica, como la contratación de personas influyentes y/o el uso de robots para comercializar mensajes. Este ha sido uno de los principales motivos que ha llevado a algunos Estados miembros y terceros países a adoptar medidas sobre la transparencia de la publicidad política en línea⁵⁹¹.

Para exigir más transparencia de las empresas, la Unión Europea firmó, con empresas como Google, Facebook, Twitter, el Código de buenas prácticas en materia de desinformación, donde los signatarios reconocen que es necesario mejorar el análisis de comunicación de los anuncios publicitarios y se comprometen a interrumpir la publicidad y los incentivos a la monetización de ingresos de proveedores de desinformación.

Los asignatarios del Código deben garantizar que los usuarios sepan que han sido objetivo de un determinado anuncio publicitario, deben continuar distinguiendo claramente la publicidad de los contenidos editoriales, deben comprometerse a permitir la divulgación pública de los datos sobre publicidad política, incluida la identidad del patrocinador y la cuantía invertida.

Las plataformas pueden, todavía, participar de políticas de empoderamiento de los usuarios para que sepan acceder, interpretar y evaluar críticamente las fuentes de periodismo en línea. La educación digital es reto esencial de una sociedad en que el acceso a la información se realiza masivamente en plataformas digitales. Los usuarios deben ser enseñados a hacer una evaluación crítica de las noticias que consumen para determinar, por su propia cuenta, si son confiables y precisas.

La alfabetización digital será lograda cuando los individuos tengan habilidad de “evaluar de forma crítica la información y el contenido presentado en los medios y otras fuentes de información, incluyendo medios en línea, en términos de autoridad, credibilidad, propósito y posibles riesgos⁵⁹²”.

En septiembre de 2019 la Organización de los Estados Americanos y Twitter lanzaron una guía sobre alfabetismo digital y mejores prácticas en el uso de Twitter con grande

⁵⁹⁰ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p. 91.

⁵⁹¹ COMISSION EUROPEA, **La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo**. Bruselas, 26 de abril de 2018. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0236&from=EN>. Acceso en: 10 de octubre de 2019. p.8.

⁵⁹² OEA, **Alfabetismo y Seguridad Digital: Mejores Prácticas en el uso de Twitter**, 2019.

preocupación con el consumo de noticias e informando a los usuarios la necesidad de preguntarse, antes de hacerle un retuit, un tuit con comentario, o darle un me gusta: ¿quién está compartiendo la información y es una fuente confiable?, ¿el tuit refleja una opción o información?, ¿en cuál fecha la información fue compartida?, ¿cómo se presenta el contenido? ¿Es un retuit, un hilo, un momento, un video, una transmisión en vivo, o está compartiendo un link a una página web?, ¿Cuál parece ser la motivación para compartir la información? De igual modo, la guía trae información sobre seguridad y privacidad en la cuenta, la posibilidad de usar seudónimos para no ser identificado y seguridad. Iniciativas como esa son parte de la responsabilidad de las empresas y pueden ser más útiles y acertadas para proteger los derechos humanos, especialmente la libertad de expresión.

Por fin, cabe a dichas empresas fomentar iniciativas de investigación sobre la desinformación y sus impactos, que apunten los retos y posibles estrategias para combatirla.

Lo esencial, es que las iniciativas conjuntas de combate a la desinformación desde la sociedad civil, Estados y empresas, procuren ampliar el espacio democrático y el debate público, sin socavar la libertad de expresión y el libre debate de ideas. La solución que la democracia ofrece para el discurso falso es más debate y más informaciones verdaderas⁵⁹³. Cabrá a los distintos actores interesados reflexionar sobre la forma como afrontaremos la desinformación en América Latina, especialmente en los periodos electorales, y cuál será la participación de empresas, sociedad civil y Estados en esta lucha.

Los estándares interamericanos existentes sobre la libertad de expresión nos permiten caminar hacia decisiones mejores en términos de moderación de contenido en Internet en la región Latinoamericana, poniendo los derechos individuales y democráticos en el centro de la moderación del contenido corporativo y la regulación gubernamental de las empresas⁵⁹⁴. Sin embargo, no son suficientes para llenar todos los vacíos hacia una gobernanza en Internet pautada en los derechos humanos. Siguen preguntas necesitando de una respuesta y el tema de la responsabilidad de los intermediarios de Internet por violaciones a los derechos humanos y su rol en la protección y promoción de los derechos humanos, requiere todavía la acción de las empresas, los gobiernos y la sociedad civil para proteger el discurso en la era digital⁵⁹⁵.

⁵⁹³BOTERO, Catalina. La regulación estatal de las llamadas “noticias falsas” desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión. In: CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de expresión: A 30 años de la Opinión Consultiva sobre la colegiación obligatoria de periodistas**. OEA/Ser.D/XV.18. 2017, 65-84. p.80.

⁵⁹⁴ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p. 17.

⁵⁹⁵ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p. 115.

Serán necesarios nuevos modelos de moderación de contenido y supervisión pública, respaldados y promovidos por la regulación gubernamental que proteja los derechos⁵⁹⁶ y, caminos más apropiados para responsabilizar las empresas, pautados en la promoción de la libertad de expresión en Internet. Una propuesta para que se avance en este sentido y se establezcan puntos mínimos de partida para la discusión es lo que se pretende discutir en las últimas páginas de esta tesis.

⁵⁹⁶ KAYE, David. **Speech Police**: The Global Struggle to Govern the Internet. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p. 115.

5 LA CONSTRUCCIÓN DE UN *IUS COMMUNE* PARA LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN AMÉRICA LATINA: una propuesta final

La propuesta final de la pretende tesis pretende discutir como avanzar en el respeto y promoción de los derechos humanos, especialmente la libertad de expresión, en las actividades de los intermediarios de Internet, en la región Latinoamericana. Por lo tanto, utiliza el aporte teórico del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL), proponiendo el Sistema Interamericano como un espacio de diálogo entre los distintos actores involucrados y definidor de los estándares que deben pautar las relaciones entre estas empresas, Estados y la sociedad civil.

No se pretende en este espacio llenar los vacíos apuntados proponiendo algún tipo de solución normativa para los temas que aún necesitan de mejor progreso, más reflexionar sobre la mejor forma (o una forma más adecuada) de construir un marco jurídico que, por lado, permita que Internet siga como un importante instrumento democratizador y, por otro lado, permita que los Estados y empresas de Internet avancen en la protección y respeto de los derechos humanos en la región. Al final, se sugiere algunos comportamientos estatales y privados basados en los avances regionales e internacionales de protección de los derechos humanos como punto de partida para las nuevas discusiones que seguramente iremos enfrentar en la temática.

Avanzar hacia la consolidación, en la región, de un *Ius Constitutionale Commune* en materia de libertad de expresión en Internet, construido de un diálogo permanente e igualitario entre los diversos actores interesados en la temática, llevará a una prevención y reparación más adecuada de las violaciones de derechos humanos cometidas por las empresas de Internet. Lo que se espera, al final, es un incremento real en la protección de la libertad de expresión de las personas de la región a partir de una nueva manera de enfrentar los retos y desafíos que Internet nos ha presentado.

Conforme la descripción de Solun, hasta el momento, las regulaciones de Internet siempre se basaron en cinco modelos distintos⁵⁹⁷:

⁵⁹⁷ SOLUM, Lawrence B. Models of Internet Governance, University of Illinois, **Public Research Paper**, n. 07-25, 3 de sep. de 2008, 48-91. p. 56 y ss.

a) El modelo basado en la idea de que Internet es un autogobierno de libertades individuales, más allá del control gubernamental, donde no podría existir ningún control estatal (*The model of cyberspace and spontaneous ordering*);

b) El modelo que se basa en la noción de que muchas decisiones reglamentarias son tomadas por los protocolos de comunicaciones y otro software que determina cómo opera Internet. Así que la propia arquitectura de Internet debería imponer determinados límites y soluciones para los problemas en el ambiente online. (*The model of code and Internet architecture*);

c) El modelo que asume que son las fuerzas de mercado que deben impulsar las decisiones fundamentales sobre la naturaleza de Internet (*The model of market regulation and economics*);

d) El modelo que se basa en la idea de que son los gobiernos nacionales que deben tomar decisiones reglamentarias fundamentales a través de la regulación legal nacional (*The model of national governments and law*) y,

e) El modelo que se basa en la noción de que la gobernanza de Internet trasciende intrínsecamente las fronteras nacionales y, las instituciones apropiadas para regular el tema son solamente las organizaciones internacionales (*The model of transnational institutions and international organizations*);

El gran problema de estos modelos ha sido depender o exclusivamente del poder económico y de la buena voluntad de las empresas o hacer una opción radical entre un abordaje global o nacional para la gestión de los temas que involucran Internet. Las iniciativas de autorregulación cuentan con la actitud de las empresas en organizar códigos de conducta individualmente o de manera colectiva y con los procesos y normas de las propias empresas para regular de manera más adecuada el sector, pero, por lo menos hasta ahora, han sido insuficientes en la promoción y protección de los derechos humanos⁵⁹⁸.

La idea de una gobernanza de Internet basada exclusivamente en organizaciones y estándares internacionales globales está estrechamente relacionada con la percepción de que el

⁵⁹⁸“Whereas Facebook and Google both take great pride in the way their services push the boundaries for technosocial innovation, thereby breaking new ground for connecting people and information, their approach to human rights is conveniently conservative. Despite the explicit commitment to the industry benchmark in the field—the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs)—their practices do not take into account the practical implications of this soft-law framework. Whereas the UNGPs explicitly call for a human rights impact assessment of all business practices that may impact individuals’ enjoyment of human rights, the implementation of these principles within the companies only addresses cases in which there is government interference with business practices”. ⁵⁹⁸ JORGENSEN, Rikke Frank. Rights Talk: In the Kingdom of Online Giants. In: JORGENSEN, Rikke Fran (ed.). **Human Rights in the Age of Platforms**. Reino Unido: The IMT Press, 2019, 162-190. p. 180.

ciberespacio es un ámbito independiente fuera de control de los gobiernos nacionales. Aunque claramente si puede reconocer que los temas de Internet son transnacionales y las iniciativas internacionales son imprescindibles, un camino hacia una mayor protección de los derechos humanos también depende del fortalecimiento de los Estados para hacer frente al poder económico de las empresas y permitir la participación estatal y de la sociedad civil en la elección de las reglas que deben regular el sector.

El modelo de regulación exclusivamente por el derecho nacional estaría justificado por la importancia de Internet, que exige de los Estados una regulación como en cualquier otra actividad para la protección de los derechos. A pesar de ello, el enfoque de empresas y derechos humanos nos alerta para el hecho de que no siempre los Estados pueden o quieren enfrentar las grandes corporaciones.

Por fin, todos estos modelos excluyen del debate la sociedad civil y todos aquellos que se ven afectados por las violaciones a los derechos humanos que pueden suceder en el ambiente *on line*. Al centrar las discusiones exclusivamente en la capacidad estatal o internacional para hacer frente a las violaciones que suelen ocurrir en Internet impide la creación de un espacio para los reclamos y exigencias de quienes son verdaderamente afectados por las relaciones de poder entre empresas y Estados.

Un modelo basado en el aporte teórico del ICCAL, que será definido más adelante, por su metodología que combina el derecho nacional, internacional y comparado, propone que las regulaciones de Internet para la protección de los derechos humanos combinen los diversos modelos hasta hoy utilizados. Bajo las reglas del Sistema Interamericano, los Estados coordinados con las empresas y la sociedad civil, podrían llegar a estándares mínimos que deberían regular la libertad de expresión en Internet.

Para esto, es necesario rescatar la faceta prescriptiva y descriptiva del ICCAL de un constitucionalismo transformador en la región Latinoamericana impulsado especialmente por el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos. Se entiende que las características del ICCAL son especialmente propicias para la construcción de soluciones que, al mismo tiempo, reconozca los beneficios de las empresas de Internet para la promoción de los derechos humanos y que sea capaz de responsabilizar estos actores privados cuando violen los derechos humanos.

El Sistema Interamericano como espacio de diálogo e impulsor de un *ius commune* sobre empresas de Internet y libertad de expresión justificase por varios motivos:

En primer lugar, la gran orientación universal para la temática de las empresas y los derechos humanos - Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos de 2011⁵⁹⁹ para su efectiva aplicación necesitará siempre un proceso de concretización en los diferentes contextos (con consideración a los problemas propios de cada región), en tanto, para pasar de aspectos generales a su concreción e implementación se requiere medidas tanto a nivel estatal como empresarial, siendo importante de igual forma el desenvolvimiento de modelos más concretos para los diferentes sectores, como de Internet⁶⁰⁰.

De tal manera, que el enfoque de empresas y derechos humanos para el tema de libertad de expresión e intermediarios de Internet deberá ajustarse a las características tanto de la región latinoamericana, como del propio sector corporativo. América Latina sigue siendo una región con frecuentes ataques a la democracia de tal forma que las empresas de Internet deben actuar en la región para fomentar y desarrollar los espacios democráticos y no restringirlos aún más.

En segundo lugar, la necesidad de una actuación conjunta de los Estados de la región en la responsabilidad de las empresas con los derechos humanos evita que algunos Estados tengan reglas más o menos rígidas que otros y exista regulaciones nacionales muy diferenciadas para problemas que son clásicamente transfronterizos.

Como hemos discutido, las respuestas internas pueden ser muy distintas y en algunos casos absolutamente insuficientes para hacer frente a las empresas, así que un conjunto de estándares regionales que comprenda las particulares de cada región parece lo más adecuado, sirviendo al mismo tiempo a dos objetivos distintos: guiar la interpretación de las distintas normas internas y fortalecer los Estados más débiles en la protección de las personas que están bajo su jurisdicción.

En tercer lugar, tanto para los Estados como para los intermediarios de Internet el SIDH es un organismo que bien refleja las orientaciones regionales sobre la libertad de expresión. Directrices y líneas jurisprudenciales sobre la libertad de expresión y sus posibles límites son muy desarrolladas y pueden contribuir de manera significativa a avanzar en la consolidación de un *ius commune* sobre libertad de expresión y empresas de Internet, especialmente debido al trabajo de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.

⁵⁹⁹ “Tomando en consideración que los PREDH son aplicables a todo tipo de empresas y que comprenden todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente, sólo se podían establecer principios generales de orientación. Su implementación efectiva requeriría de una mayor elaboración y concretización de los principios estipulados en los distintos contextos”. DEVA, Surya. Empresas y derechos humanos: algunas reflexiones sobre el camino a seguir. In: **Derechos Humanos y Empresas**: Reflexiones desde América Latina. San José: IDH, 2017, 27-33. p. 28.

⁶⁰⁰ DEVA, Surya. Empresas y derechos humanos: algunas reflexiones sobre el camino a seguir. In: **Derechos Humanos y Empresas**: Reflexiones desde América Latina. San José: IDH, 2017, 27-33. p. 28.

Por un lado, la utilización de recomendaciones, informes y jurisprudencia del SIDH es útil para las empresas, por cuanto permite evaluar con seguridad los riesgos que pueden surgir de sus actividades y prevenir los impactos negativos si se siguen sus lineamientos, favoreciendo así el respeto a libertad de expresión en Internet en la región.

De otra parte, para los Estados de la región, además, de recurrir a un marco seguro común para exigir la mejor conducta de los intermediarios de Internet, lo harán apoyados en las reglas democráticas que han decidido promover y respetar al momento de vincularse al Sistema Interamericano. Una orientación y apoyo efectivos a nivel regional ayudaría a los Estados a lograr una mayor coherencia en sus políticas sobre Internet y el impacto de la actividad de las empresas en los derechos humanos.

Los órganos regionales de derechos humanos pueden desempeñar un papel importante para formular recomendaciones a los Estados sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen de proteger los derechos frente a las actividades empresariales. Cuando los Estados carezcan de recursos técnicos o financieros para regular efectivamente las empresas y vigilar el cumplimiento de sus obligaciones, la asistencia de otros Estados que dispongan del conocimiento y la experiencia pertinentes constituye un medio importante para reforzar la aplicación de las normas de derechos humanos.

Los países europeos se han unido fuertemente el sentido de exigir de las empresas de Internet una actuación pautada en la protección de los derechos humanos. Debido a sus fuertes instituciones públicas, organismos administrativos y tribunales nacionales y constitucionales, los europeos han tenido las herramientas para presionar a las plataformas para que se adapten a las exigencias de la región, incluso promoviendo la prioridad a los derechos de privacidad en el continente⁶⁰¹. Presionado por Francia, el Reino Unido y Alemania, el impulso europeo para la regulación del contenido no ha creado herramientas para el control democrático y ha dejado a las empresas que establezcan sus propias estructuras privadas para la regulación del espacio público en Internet⁶⁰².

Desde una perspectiva reguladora, esto no es sorprendente, porque que la propiedad privada de las plataformas de comunicación en línea crea obstáculos a los Estados para imponer límites a la libertad de expresión en Internet directamente. En consecuencia, los gobiernos

⁶⁰¹ KAYE, David. **Speech Police**: The Global Struggle to Govern the Internet. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p. 36.

⁶⁰² KAYE, David. **Speech Police**: The Global Struggle to Govern the Internet. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p. 37.

reclutan los actores privados para actuar como censores sustitutos en el control del flujo de información en línea⁶⁰³.

En los países en desarrollo, las personas están distantes geográficamente de las grandes plataformas de Internet y muchos Estados son débiles institucionalmente, así que la región, junto con sus individuos y las organizaciones de la sociedad civil deberán trabajar excepcionalmente duro para abogar por el control de sus plataformas.⁶⁰⁴ En América Latina es necesario un enfoque que desarrolle no solo las reglas que irán regir el espacio democrático de Internet, sino también la participación del público en hacerlas, interpretarlas y hacerlas cumplir⁶⁰⁵. ¿Por qué el enfoque teórico del ICCAL? ¿Cómo él se ajusta al enfoque de empresas y derechos humanos y las empresas de Internet?

5.1 EL ICCAL Y EMPRESAS Y DD. HH

La actual capacidad de influencia de las empresas en la realidad socioeconómica en América Latina tiene importantes impactos para la realización de los objetivos de un constitucionalismo transformador en la región, como preconiza el *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (ICCAL)⁶⁰⁶, especialmente con relación a la superación de las desigualdades sociales y la protección de los derechos humanos.

El proyecto desarrollado en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público se basa en la tríade integrada por sus objetivos, conceptos claves y desafíos. Entre los objetivos centrales del ICCAL están la promoción y observancia de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho (capacidad emancipadora del

⁶⁰³ JORGENSEN, Rikke Frank. Rights Talk: In the Kingdom of Online Giants. In: JORGENSEN, Rikke Fran (ed.). **Human Rights in the Age of Platforms**. Reino Unido: The IMT Press, 2019, 162-190, p. 176.

⁶⁰⁴ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p. 37.

⁶⁰⁵ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p. 114.

⁶⁰⁶ Véase: von BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada Ius Constitutionale Commune in Latin America*, **Revista Derecho del Estado**, v. 34, 2015, p. 3-50 y von BOGDANDY, Armin; *et al.* *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. In: von BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (cord). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión**. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, 17-54.

derecho), la concretización del Estado abierto al derecho internacional y a las instituciones internacionales⁶⁰⁷ y la conformación de instituciones internacionales eficaces y legítimas⁶⁰⁸.

El proyecto del *ius constitutionale commune* en derechos humanos para América Latina se define como un proyecto político, jurídico y cultural, sustentado en la convicción de que solamente bajo una mirada transformadora, el derecho público y su ciencia pueden enfrentarse exitosamente a los desafíos contemporáneos⁶⁰⁹.

La emergencia del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina defendido por el proyecto del ICCAL es resultado de la combinación de tres importantes factores: en primer lugar, el creciente empoderamiento del Sistema Interamericano y del impacto transformativo de su jurisprudencia en la región, en segundo lugar, por la adopción de constituciones en la región que contienen cláusulas de apertura que facilitan el diálogo entre el derecho doméstico y el derecho internacional de los derechos humanos y por fin, el fortalecimiento de la sociedad civil en la lucha por el derecho y la justicia⁶¹⁰.

De manera general, el *Ius Constitutionale Commune* en América Latina, posee tres dimensiones⁶¹¹. Una función analítica, que describe un fenómeno común en la región, emergido de la interacción y confluencia entre derecho nacional e internacional, en busca de un objetivo común: un constitucionalismo transformador. Para esto, vincula a la Convención Americana sobre Derechos Humanos con los demás instrumentos jurídicos interamericanos, con las garantías establecidas en las constituciones nacionales, con las cláusulas constitucionales de apertura del ordenamiento jurídico interno al derecho internacional y con la jurisprudencia nacional e internacional pertinente.

El ICCAL también asume una postura normativa que, a través de los mecanismos de difusión de estándares comunes sobre derechos humanos, la compensación de déficits nacionales, y el fomento de una nueva dinámica de empoderamiento de los actores sociales, busca la realización de las promesas materiales no cumplidas en las constituciones nacionales en América Latina. El objetivo práctico del ICCAL es el cumplimiento de las garantías

⁶⁰⁷ El Estado y la soberanía se adaptan a las dinámicas transnacionales contemporáneas, pero no desaparecen.

⁶⁰⁸ von BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune*. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; RAMIRÉZ, Fabiola Martínez; MEJÍA, Giovanni A. Figueroa (cord). **Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2014, 774-777. p. 774.

⁶⁰⁹ von BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune*. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; RAMIRÉZ, Fabiola Martínez; MEJÍA, Giovanni A. Figueroa (cord). **Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2014, 774-777. p. 774.

⁶¹⁰ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: context, challenges and perspectives*. In: von BOGDANDY, Armin; *et al* (ed.). **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Nueva York: Oxford University Press, 2017, 49-65. p.52.

⁶¹¹ von BOGDANDY, Armin; *et al*. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: a regional approach to transformative constitutionalism*. In: von BOGDANDY, Armin; *et al* (ed.). **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Nueva York: Oxford University Press, 2017, 3-26. p.4.

establecidas en las constituciones nacionales y que los países de la región se integren en una estructura de mutuo apoyo.

La tercera dimensión del ICCAL es académica, en una perspectiva comparada y orientación metodológica hacia los principios concretos y la tríade: derechos humanos, democracia y Estado de derecho, utilizando los derechos como su principal enfoque y objetivo⁶¹².

La sistematización de los conceptos claves gira en la órbita del diálogo, de la inclusión y del pluralismo jurídico y los rasgos esenciales son una concepción integral del derecho público, la argumentación fundamentada en principios y la mayor relevancia que se asigna al derecho comparado⁶¹³.

Los tres conceptos claves del ICCAL, de igual manera, enmarcan la temática de empresas y derechos humanos trabajada en la tesis. El primero es el concepto de la exclusión. Según el ICCAL, el nuevo derecho público debe combatir la exclusión en todos los sistemas sociales (salud, educación, económico, trabajo y político). Cabe señalar que los excluidos de estos sistemas en los países de la región son, por excelencia, incluidos en el rol de víctimas de violaciones de derechos humanos por empresas, ante todo, por su propia posición de vulnerabilidad⁶¹⁴. Igualmente, la profunda desigualdad y exclusión que existe en la región no es resultado exclusivamente de la economía mundial, de las relaciones comerciales internacionales, de las decisiones políticas y políticas públicas adoptadas por los Estados, pero también, resultado de las relaciones de poder que se imponen entre empresas y Estados⁶¹⁵.

En América Latina, las relaciones de poder entre Estados y empresas son evidentes, cuando se reconoce que las empresas encontraron en la región un contexto de mano de obra abundante, vastos recursos naturales, con dictaduras o gobiernos dispuestos a preparar las más favorables condiciones para la instalación de las empresas, con negociaciones y acuerdos

⁶¹² von BOGDANDY, Armin; *et al.* *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. In: von BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (cord). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión**. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, 17-54. p. 20.

⁶¹³ von BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune*. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; RAMIREZ, Fabiola Martínez; MEJÍA, Giovanni A. Figueroa (cord). **Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2014, 774-777. p. 774.

⁶¹⁴ PAMPLONA, Danielle Anne. Um projeto comum para América Latina e os impactos das empresas em direitos humanos, **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 09, n. 02, ag., 2019, 22-301. p. 295

⁶¹⁵ SANTANA, Anna Luisa Walter; PAMPLONA, Danielle Anne. Contribuições do ICCAL: o constitucionalismo transformador frente às violações de direitos humanos por empresas. In: von BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (cord.). **Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais: Desafios do *Ius constitutionale Commune* Latino-americano a luz do Direito Econômico Internacional**. Salvador: JusPodivm, 2019, 179-192. p. 180.

extremadamente ventajosos para las empresas. Los procesos de globalización económica y la adopción de políticas neoliberales en la región han servido para incrementar de manera evidente el poder económico y político de las empresas, como hemos apuntado en el capítulo uno.

Asimismo, las actividades de las empresas, especialmente las transnacionales, son protegidas bajo todo el aparato del derecho internacional económico, un régimen normativo que en algunos casos dificulta o impide la responsabilización de las empresas que violan derechos humanos. En algunos casos, debe reconocerse que las empresas poseen gran influencia en la fragilización de la capacidad de los Estados de proteger y promover los derechos en los países latinoamericanos. Esto ocurre porque, el inmenso poder político y económico de los actores privados, en algunos casos desproporcional al propio poder estatal, impide la responsabilización de las empresas cuando sus actividades provoquen o contribuyan a provocar violaciones a los derechos humanos.

Es posible percibir la creación y mantenimiento de un círculo vicioso. Si, por un lado, las condiciones iniciales de fragilidad institucional y normativa de muchos Estados latinoamericano crearon un ambiente favorable al empoderamiento de las empresas, por el otro, el amplio poder de las empresas, logra mantener las mismas condiciones de fragilidad estatal en hacer frente a las violaciones a los derechos humanos cometidas por empresas.

Lo expuesto resulta en una región en que persiste la incapacidad estatal de proteger y promover los derechos humanos de manera integral y conta con importantes déficits democráticos. América Latina sigue siendo la región más desigual del mundo, no solo en términos económicos, como en ejercicio de derechos⁶¹⁶, desenvolvimiento de capacidades y oportunidades. Por la interdependencia de los derechos humanos no es posible esperar un desarrollo económico sostenible sin la protección de todos los derechos. Los propios bloques económicos, como el Mercosur, reconocen que la integración regional económica depende de la implementación de políticas enfocadas en el progreso humano⁶¹⁷.

El ICCAL, en este sentido, logra ser un abordaje adecuado para el tema de las empresas y derechos humanos, justo porque identifica la existencia de problemas comunes en la región y reconoce que la conexión entre el poder público y los actores privados económicos en muchos casos debilita los Estados para la protección de los derechos humanos. Los tres desafíos

⁶¹⁶ La igualdad en el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales mejora los índices de igualdad como un todo. NACIONES UNIDAS, Cepal. **Panorama Social na América Latina 2016**. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41598/4/S1700567_es.pdf. Acceso en: 28 de octubre de 2018.

⁶¹⁷ WINTER, Luís Alexandre Carta; BECKERS, Amanda Carolina Buttendorff Rodrigues. Desenvolvimento e Integração Regional: a atuação do Mercosul em políticas públicas de direitos humanos, **Revista de Direitos Humanos em perspectiva**, v. 2, n.2, jul/dez 2016, 112-127. p. 121.

comunes a la región son: la desigualdad social, la violencia sistemática y la consolidación de las democracias⁶¹⁸.

Un enfoque con énfasis en lo social como es el ICCAL seguramente cuestiona el derecho que sustenta el orden económico en la región, pero a la vez define un tema central de convergencia, en la medida que el desarrollo está establecido como un objetivo del ICCAL⁶¹⁹. Por una parte, el ICCAL comprende que las empresas son actores indispensables para el logro de sus objetivos, esto porque el progreso en los derechos humanos exige la construcción de instituciones fuertes, cambios en la cultura política y transformaciones en las estructuras económicas y sociales, sectores en que las empresas tienen fuerte capacidad de impacto.

Por otro lado, reconoce que es necesario fortalecer los Estados -primeros responsables en la implementación de los derechos humanos internacionalmente reconocidos – para que tengan capacidad de hacer frente al poder económico.

Ningún autor que promueva el derecho común latinoamericano propaga un derecho público que no reconozca un papel central a las instituciones estatales. Pero también se afirma que éstas no son suficientes: la garantía y el desarrollo de los mencionados principios requieren un Estado abierto e instituciones internacionales fuertes⁶²⁰.

El proyecto común del ICCAL con empresas y derechos humanos debe reconocer que es necesario avanzar en la responsabilidad de las empresas y hacia interpretaciones del bloque de constitucionalidad que garanticen una reparación integral a las víctimas, sin imputar, a los Estados, cargas mayores de las que ya están sometidos por cuenta del derecho económico y de sus obligaciones de derecho internacional. Es cierto que es necesario reconocer que algunos Estados simplemente no quieren hacer frente al poder de las empresas, sin embargo, es necesario equilibrar el juego de fuerzas para que tanto el SIDH como los propios Estados terminen fortalecidos.

Igualmente, luchar por la disminución de la desigualdad no debería ser solo tareas de los Estados, hasta porque, un ambiente igualitario aumenta la eficiencia de los sistemas

⁶¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: context, challenges and perspectives*. In: von BOGDANDY, Armin; *et al* (ed.). **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Nueva York: Oxford University Press, 2017, 49-65. p. 49.

⁶¹⁹ von BOGDANDY, Armin; *et al*. *Ius Constitutionale em América Latina (ICCAL) y Derecho Económico Internacional (DEI): una Introducción*. In: von BOGDANDY Armin, *et al* (cord.). **Constitucionalismo transformador en América Latina y Derecho Económico Internacional: de la tensión al diálogo**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, 3-32. p. 18.

⁶²⁰ von BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum: una aclaración conceptual*. In: von BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (cord). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014, 13-23. p. 9.

económicos, eleva la productividad, y permite nuevos espacios de inversión⁶²¹, interesando también a las empresas un entorno más igualitario.

La superación de las profundas desigualdades en la región pasa necesariamente por una acción integrada entre actores estatales y no estatales y las empresas pueden desempeñar un papel fundamental en un desarrollo sostenible. La percepción de la democracia en la región no es buena⁶²², esto porque factores como la pobreza, las profundas desigualdades, la discriminación debilitan las instituciones democráticas⁶²³. Uno de los factores que propicia la debilidad de los gobiernos democráticos es la innegable conexión entre el poder y las fuerzas económicas privadas, una y otra se refuerzan mutuamente⁶²⁴.

El segundo concepto es el pluralismo jurídico. Para discutir las relaciones entre derecho internacional y derecho interno, el ICCAL rechaza las respuestas del monismo y del dualismo y propone que, en verdad, los diferentes ordenamientos se relacionan de manera normalmente estable, a pesar de sus independencias normativas y de posibles conflictos que puedan existir. Las órdenes jurídicas internacionales y nacionales se complementan en la protección del Estado de Derecho⁶²⁵. En el tema de empresas y derechos humanos es posible reconocer que existe y necesita existir una intersección estable entre los ámbitos nacionales, internacionales y regionales, por la propia naturaleza transnacional de muchas empresas y por los avances ya existentes en aquellos distintos ámbitos.

La metodología del ICCAL, basada en la interacción entre el derecho nacional, internacional y comparado, es un importante aporte para la superación de una visión conflictiva

⁶²¹ NACIONES UNIDAS, Cepal. **La ineficiencia de la desigualdad**, 2018. Disponible en: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43442/6/S1800059.es.pdf>. Acceso en: 28 de octubre de 2018.

⁶²² Según el Informe de 2018 de la Latinobarómetro, a partir de 2010 comienza una ola de protestas en la región en la región latinoamericana y el apoyo a la democracia declina de manera sistemática año a año hasta llegar al 48% en 2018. La satisfacción con la democracia también ha disminuido constantemente, de un 44% en 2008 hasta un 24% en 2018. En ningún país de la región hay una mayoría satisfecha, sólo tres países este resultado se acerca a tener uno de cada dos ciudadanos satisfechos: Uruguay con 47%, Costa Rica con 45% y Chile con 42%. En Brasil sólo el 9% está satisfecho con la democracia. LATINOBARÓMETRO, **Informe de 2018**. Disponible en: <http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>. Acceso en: 31 de mayo de 2019. p. 14 y 35.

⁶²³ von BOGDANDY, Armin; *et al.* *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. In: von BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión**. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, 17-54. p. 36.

⁶²⁴ von BOGDANDY, Armin; *et al.* *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. In: von BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión**. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, 17-54. p. 40.

⁶²⁵ NALLKAEMPER, André. **National Courts and International Rule of Law**. Reino Unido: Oxford University Press, 2011. p. 13.

per se que existe entre empresas y derechos humanos. En el mismo sentido, Urueña⁶²⁶, utiliza de la metodología del ICCAL para tratar de un tema absolutamente conexo con el tema de empresas y derechos humanos, que es el “conflicto” entre derechos humanos y arbitraje de inversiones. Según el autor, la metodología ICCAL permite pensar la interacción constante entre estas normas, superando la aproximación tradicional de fragmentación y conflicto.

Específicamente en el tema de las empresas de Internet, la ascensión y propagación de las nuevas tecnologías aceleró el flujo de dineros, tecnología e información que generalmente son controlados o influenciados por poderosas transnacionales, generando dificultades de coordinación tanto de los sistemas legales como políticos⁶²⁷. Las violaciones de derechos humanos en el ciberespacio suelen trascender las distinciones clásicas de nacional/internacional, público/privado⁶²⁸, creando problemas que ninguna orden legal logra resolver sola, sea nacional o regional.

El tercer concepto es el diálogo entre las cortes⁶²⁹ y entre ellas y otros actores. Como hemos destacado, distinto de la responsabilidad social corporativa, históricamente centrada en la voluntariedad empresarial, el enfoque de empresas y derechos humanos comprende las empresas, los Estados y la sociedad civil, para avaliar la conducta corporativa frente a los principios de los derechos humanos reconocidos internacionalmente. El diálogo entre estos distintos actores es clave para el desarrollo de una responsabilidad empresarial verdadera efectiva y comprometida con una agenda transformadora.

La ausencia de coordinación y diálogo entre los niveles internacional, regional y nacional pueden crear un entorno regulatorio incoherente, poco eficaz y peor, muy distante de aquellos que deberían ser los reales beneficiarios de estas normas: las personas que diariamente

⁶²⁶ URUEÑA, Rene. Después de la fragmentación: ICCAL, derechos humanos y arbitraje de inversión. In: von BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (cord.). **Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais: Desafios do *Ius constitutionale Commune* Latino-americano a luz do Direito Econômico Internacional**. Salvador: JusPodivm, 2019, 97-124. p. 104.

⁶²⁷ GUIMARAES, Guilherme Cintra. **Global Technology and legal theory: transnational constitutionalism, google and the European Union**. New York, Routledge, 2019, p. 43.

⁶²⁸ GUIMARAES, Guilherme Cintra. **Global Technology and legal theory: transnational constitutionalism, google and the European Union**. New York, Routledge, 2019, p. 43.

⁶²⁹ Inicialmente, la idea del diálogo en el ICCAL estaba bastante restricta al diálogo entre Cortes. von BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum: una aclaración conceptual*. In: von BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (cord). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014, 13-23. p.14. Sin embargo, como explica Piovesan, dentro de la perspectiva de un sistema multinivel emergen dos vertientes del diálogo jurisdiccional: el diálogo con los sistemas nacionales y el diálogo con la sociedad civil y poco a poco el proyecto fue ampliando su perspectiva dialógica para incluir nuevos actores. PIOVESAN, Flávia. Derechos Humanos e impacto del sistema interamericano. In: von BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (cord). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014, 61-81. p.72.

ven sus derechos afectados por las actividades empresariales. Mismo en la elaboración de los Planes de Acción Nacionales⁶³⁰, con carácter doméstico, será necesaria la participación de distintos actores y con las referencias de los estándares internacionales y regionales.

Adicionalmente, el espacio latinoamericano propuesto por el ICCAL no solo interconecta los órganos del Sistema Interamericano con las cortes y tribunales nacionales, como las demás instituciones nacionales e internacionales, sociedad civil y actores políticos. Así que, describir y avanzar en estas interacciones es importante tanto para el proyecto del ICCAL como para los avances que la tesis propone.

Esto porque, Internet es el espacio clásico donde un diálogo entre múltiples órdenes legal y actores distintos precisa ocurrir. La exclusiva regulación de la tecnología (o regulación por código de Lessig⁶³¹) hasta ahora utilizada, crea latentes ambigüedades en la protección de los derechos humanos⁶³².

Bajo estas premisas, la perspectiva del ICCAL, es útil para el examen dos puntos que necesitan de un mayor desarrollo en lo que respecta las empresas de Internet y la violación de la libertad de expresión en América Latina: El avance de un diálogo más eficiente entre los Estados de la región, los intermediarios de Internet y la sociedad civil para una definición conjunta de reglas del sector, que permita la construcción y consolidación de estándares regionales comunes en materia de empresas de Internet y libertad de expresión coordinados por el Sistema Interamericano.

5.2 LOS APORTES DEL DIÁLOGO PROPUESTO POR EL ICCAL PARA EL RESPETO DE LOS DERECHOS HUMANOS POR EMPRESAS DE INTERNET EN AMÉRICA LATINA

El ICCAL propone una perspectiva de pluralismo dialógico para abordar los temas de la región que tiene como punto de partida el hecho de que, aunque las instituciones tiendan a proteger su independencia institucional, los diversos regímenes jurídicos e instituciones

⁶³⁰ Los planes de acción sobre empresas y derechos humanos deben instrumentalizar los Principios Rectores en ámbito interno. En América Latina Colombia y Chile han elaborado su Plan de Acción Nacional.

Véase: NACIONES UNIDAS, Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre las empresas y los Derechos Humanos. **Orientación para los Planes de Acción Nacionales sobre las Empresas y los Derechos Humanos**, noviembre de 2016. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx..> Acceso en: 10 de octubre de 2019.

⁶³¹ LESSIG, Lawrence. **Code: And Other Laws of Cyberspace**, Version 2.0. Nueva York: Basic Books, 2006.

⁶³² GUIMARAES, Guilherme Cintra. **Global Technology and legal theory**: transnational constitutionalism, google and the European Union. New York, Routledge, 2019, p. 53.

existentes, normalmente desarrollan relaciones jurídicas estables, en una relación de cooperación⁶³³. Ese pluralismo, tal cual, descrito en el ICCAL, representa en verdad tres fenómenos distintos: en primer lugar, la necesidad de procesos públicos y democráticos para decisiones que impactan a todos; en segundo lugar, las normas que regulan las relaciones sociales de ciertos grupos precisan estar presentes en los acuerdos firmados por toda la sociedad; y, por fin, la interacción necesaria entre los diversos regímenes jurídicos⁶³⁴.

Esas tres formas de pluralismo dialógico que son descritas y encontradas en el *Ius Constitutionale Commune* en América Latina son aportes valiosos para reflexionar como y cuales estándares precisan ser consideradas cuando empresas de Internet, Estados y sociedad civil se propongan a enfrentar las violaciones a la libertad de expresión que son cometidas por los intermediarios, con o sin aquiescencia de los Estados, en la región latinoamericana.

Será preciso una mayor participación y deliberación social para la definición de cómo la región va a regular el espacio público de Internet, a través de un proceso democrático y verdaderamente inclusivo. Como hemos destacado en el primer capítulo, distinto de la Responsabilidad Social Corporativa, históricamente centrada en la voluntariedad empresarial, el enfoque de empresas y derechos humanos no está restringido a las empresas, pero también en los Estados y en la sociedad civil, para avaliar la conducta corporativa frente a los principios de derechos humanos reconocidos internacionalmente.

De igual manera, será necesario que tal regulación contemple una moderación del contenido y un espacio público democrático en Internet que refleje los valores y normas sociales de poblaciones que son normalmente marginalizadas en la región.

Por fin, los sistemas legales de los distintos países de la región precisan abrirse para incorporar tanto los estándares internacionales y regional sobre la libertad de expresión como los avances en la responsabilización de las empresas por violaciones a los derechos humanos. Será necesario adecuar las empresas dentro del marco de los derechos humanos y hacer dialogar las distintas fuentes normativas nacionales y regionales que inciden sobre la protección de los derechos en Internet. Sino también tendrá lugar un diálogo entre los distintos tribunales de la región, esto porque, las afectaciones de los derechos humanos en Internet suelen afectar

⁶³³ von BOGDANDY, Armin; *et al.* *Ius Constitutionale em América Latina (ICCAL) y Derecho Económico Internacional (DEI): una Introducción*. In: von BOGDANDY Armin, *et al* (cord.). **Constitucionalismo transformador en América Latina y Derecho Económico Internacional: de la tensión al diálogo**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, 3-32. p. 22.

⁶³⁴ von BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. In: von BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia. **Ius Constitutionale Commune na América Latina: marco conceptual**. Curitiba: Huruá, 2016. p 39.

distintos países y jurisdicciones y las experiencias de cada tribunal nacional enfrentando el tema serán valiosas tanto para retroalimentar el SIDH como para pautar las decisiones de los demás Estados⁶³⁵.

El ICCAL, reconoce que los derechos humanos, aunque no realizados plenamente en la región, crearon un discurso político y público más amplio que el discurso jurídico⁶³⁶ y que la propia exclusión social presente en América Latina intensifica la necesidad de un pluralismo dialógico en la región.

La perspectiva de pluralismo dialógico del ICCAL, en este sentido, es un aporte teórico útil, pues el espacio latinoamericano propuesto por el ICCAL no solo interconecta los órganos del Sistema Interamericano con las cortes y tribunales nacionales, como las demás instituciones nacionales e internacionales, sociedad civil y actores políticos, tal cual exigido por los retos presentados en esa tesis.

En efecto, el tema de empresas y derechos humanos exige este diálogo emergente entre actores nacionales, transnacionales e internacionales que buscan a definir el alcance de las obligaciones estatales y empresariales, tal y como lo permite conceptualizar el ICCAL⁶³⁷. Sin embargo, es un diálogo no solo protagonizado por jueces y juezas nacionales e internacionales; pero que involucra una gama mayor de otros actores. La posibilidad de diálogo no requerirá necesariamente una armonía, mas es imprescindible que los distintos interlocutores y los distintos sistemas jurídicos asuman una responsabilidad común en el despliegue del social de la región latinoamericana⁶³⁸.

Esta necesidad de ir más allá del diálogo judicial está sustentada, en el ICCAL, por la propia incidencia y obligatoriedad de la Convención Americana a todas las autoridades

⁶³⁵ Véase la idea de diálogo policéntrico en GÓNGORA.MERA, Manuel Eduardo. Diálogo policéntrico. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; RAMIRÉZ, Fabiola Martínez; MEJÍA, Giovanni A. Figueroa (cord). **Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2014, 586-589.

⁶³⁶ von BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale Commune en América Latina. Aclaración conceptual. In: von BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (cord). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión**. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, 137-178. p. 151.

⁶³⁷ SCHONSTEINER, Judith. Empresas y Derechos Humanos. Lecturas a la luz del Ius Constitutionale Commune. In: von BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (cord.). **Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais: Desafios do Ius constitutionale Commune Latino-americano a luz do Direito Econômico Internacional**. Salvador: JusPodivm, 2019, 195-226. p. 221.

⁶³⁸ von BOGDANDY, Armin; *et al.* Ius Constitutionale em América Latina (ICCAL) y Derecho Económico Internacional (DEI): una Introducción. In: von BOGDANDY Armin, *et al* (cord.). **Constitucionalismo trasformador en América Latina y Derecho Económico Internacional: de la tensión al diálogo**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, 3-32. p. 22.

estatales, no solo en los jueces y cortes judiciales⁶³⁹. De la misma manera, es necesario reconocer que, en sede de protección de los derechos humanos, no existe diálogo judicial, más diálogos instaurados en diversas circunstancias, sobre variados temas, involucrando distintos actores⁶⁴⁰. La sociedad civil, el parlamento, el Ejecutivo y las empresas serán actores fundamentales para una eficaz protección de los derechos humanos, que exigen una actuación coordinada de los órganos del Estado.

Así que, de la misma forma que el ICCAL reconstruye las interacciones en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales, podría ser útil para explicar y sugerir desarrollos en las interacciones entre empresas de Internet, Estados y sociedad para que procuren una mayor protección de la libertad de expresión en la región⁶⁴¹.

Los principales desarrollos normativos sobre empresas y derechos humanos también exigen esta misma construcción dialógica. Los PR hacen innúmeras referencias a la necesidad del diálogo y participación en su redacción⁶⁴², cuando afirma que los riesgos de afectaciones de los derechos humanos que las empresas deben identificar deben contar con la consulta a los grupos potencialmente afectados y otras partes interesadas (18.b), cuando verifican la eficacia de medidas de prevención deben consultar igualmente las partes afectadas (20.b), cuando comunican exteriormente las medidas que están tomando para hacer frente a los impactos de sus actividades en los derechos humanos (21), y cuando dispone sobre la necesidad de diálogo y participación de los grupos afectados para el diseño de los mecanismos de reparación (31. h).

⁶³⁹ SCHONSTEINER, Judith. Empresas y Derechos Humanos: Lecturas a la luz del Ius Constitutionale Commune. In: von BOGDANDY Armin, *et al* (cord.). **Constitucionalismo transformador en América Latina y Derecho Económico Internacional**: de la tensión al diálogo. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, 397-426. p. 414.

⁶⁴⁰ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Kátia. Diálogos Judiciais sobre Direitos Humanos no Ius Constitutionale Commune Latino-americano. In: VILLATORE, Marcos; MATTOS, Marília Soares de; FERRAZ, Miriam. **Ensaio sobre Violação de Direitos Humanos**: Análise Jurídica da Proteção no Ordenamento Brasileiro, Curitiba. Editora Fi, 2019, 415-433. p.421.

⁶⁴¹ De hecho, el grupo del Ius Commune en América Latina y Derecho Económico Internacional del Max Planck Institute ha realizado importantes avances en esta dirección, en muchos de los textos aquí citados, en la medida en que procura superar una idea de conflicto insuperable entre el derecho económico internacional y los derechos humanos y centra sus preocupaciones en las posibles interacciones y avances en esta área. Véase especialmente von BOGDANDY, Armin; *et al*. Ius Constitutionale em América Latina (ICCAL) y Derecho Económico Internacional (DEI): una Introducción. In: von BOGDANDY Armin, *et al* (cord.). **Constitucionalismo transformador en América Latina y Derecho Económico Internacional**: de la tensión al diálogo. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, 3-32.

⁶⁴² Garavito, sin embargo, afirma que, a pesar de estas características, los PR no incorporan la participación de la sociedad civil como una característica institucional sistemática. GARAVITO, Cesar Rodríguez. Empresas y derechos humanos Un marco conceptual y un mapa de estrategias regulatorias. In: GARAVITO, César Rodríguez (ed). **Empresas y derechos humanos en el siglo XXI**: La Actividad Corporativa Bajo La Lupa, Entre Las Regulaciones Internacionales y La Acción de La Sociedad Civil. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, 29-74. p. 44.

La necesidad de consulta a las partes afectas, por ejemplo, es un elemento esencial de la debida diligencia empresarial en derechos humanos presentada por los PR.

Más aún, para Ruggie, la propia construcción de los principios rectores es basada en la observación de que la conducta empresarial en la esfera global está configurada justamente en una gobernanza policéntrica⁶⁴³, que incorpora un sistema nacional e internacional de derecho público, una gobernanza civil con la participación de los afectados por las empresas y la gobernanza empresarial. Los tres sistemas de gobernanza (derecho estatal (nacional e internacional), la gobernanza empresarial y un sistema de gobernanza que involucra a los afectados por las empresas) propuestos por Ruggie en los principios rectores precisan de absoluta integración para funcionar de manera adecuada y eficaz.

De la misma forma, el propio mandato del Grupo de Trabajo de la ONU para empresas y derechos humanos para la implementación de los principios rectores exige un diálogo sistémico y el examen de las posibles formas de cooperación entre los distintos actores. El informe de las Naciones Unidas establece que la actuación del grupo de trabajo sobre empresas y derechos humanos deberá realizar:

[...] un diálogo sistemático y analice de los posibles ámbitos de cooperación con los gobiernos y todos los interlocutores pertinentes, incluidos los órganos de las Naciones Unidas, los organismos especializados, los fondos y los programas, como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Pacto Mundial, la Organización Internacional del Trabajo, el Banco Mundial y su Corporación Financiera Internacional, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y la Organización Internacional para las Migraciones, así como con las empresas transnacionales y otras empresas, las instituciones nacionales de derechos humanos, los representantes de los pueblos indígenas, las organizaciones de la sociedad civil y otras organizaciones internacionales regionales y subregionales⁶⁴⁴.

Los Planes de Acción Nacional, creados para garantizar la aplicación y desarrollo de los Principios Ruggie en ámbito nacional, deben responder a las especificidades jurídicas, políticas, sociales, económicas, y culturales de cada país⁶⁴⁵ y cuanto mayor la participación de los distintos actores involucrados en el tema, mejores serán los resultados y la capacidad vinculativa de los mismos. La elaboración de los Planes de Acción Nacionales deberá ser

⁶⁴³ RUGGIE, John Gerard. ¿Jerarquía o ecosistema? La regulación de los riesgos relativos a los derechos humanos provenientes de las empresas multinacionales. In: GARAVITO, César Rodríguez (Ed). **Empresas y derechos humanos en el siglo XXI: La Actividad Corporativa Bajo La Lupa, Entre Las Regulaciones Internacionales y La Acción de La Sociedad Civil**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, 75-98. p. 93.

⁶⁴⁴ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo**, A/ HRC/17/ L.17/ Rev.1 de 15 de junio de 2011. Párrafo 6.h.

⁶⁴⁵ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas**. A/69/263 de 5 de agosto de 2014.

inclusivo y asegurar que se escuche y se tenga en cuenta la opinión de todos los interesados pertinentes, incluidas, especialmente, las víctimas de violaciones a los derechos humanos⁶⁴⁶.

Mismo delante de la necesidad intrínseca de un diálogo permanente para la construcción de una responsabilidad empresarial, para algunos autores, la propia estructura de los PR no favorece un aspecto dialógico, como pretende defender Ruggie, porque sitúa los titulares de derechos y sus defensores, miembros de la sociedad civil, como beneficiarios pasivos de una buena voluntad de Estados y empresas⁶⁴⁷. Tampoco las actividades del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos favorecen una interacción más empoderada de la sociedad civil. Según Garavito, las actividades de los primeros años del GT fueron caracterizadas por una falta de participación de la sociedad civil, seguido, después de las críticas, de una apertura gradual, todavía muy pendiente de incremento⁶⁴⁸.

A pesar de todos los llamados hacia un verdadero diálogo, las dificultades de una participación efectiva de la sociedad civil en todos los avances normativos sobre empresas y derechos humanos es una realidad, por la propia asimetría de poder entre las grandes empresas y Estados de un lado, y trabajadores, grupos afectados y sociedad civil en otro.

Es necesario el desarrollo de mecanismos institucionales que promuevan el contrapoder de los titulares de derechos, las comunidades afectadas y las organizaciones de la sociedad civil para que estos ejerzan una política de control de la responsabilidad⁶⁴⁹.

Si las iniciativas universales no han logrado una participación extensiva de la sociedad civil y un diálogo más inclusivo, el Sistema Interamericano presenta una particular institucionalidad marcada por la actuación conjunta de Estados, víctimas, sociedad civil, organizaciones nacionales e internacional, Comisión y Corte, en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, permitiendo un diálogo para el fortalecimiento de los derechos

⁶⁴⁶ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas**. A/69/263 de 5 de agosto de 2014. Párrafo 14.

⁶⁴⁷ MELISH, Tara J. Volver a incluir “los derechos humanos” en los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Cambiar de marco e incorporar los derechos de participación. In: GARAVITO, César Rodríguez (Ed). **Empresas y derechos humanos en el siglo XXI: La Actividad Corporativa Bajo La Lupa, Entre Las Regulaciones Internacionales y La Acción de La Sociedad Civil**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, 117-148. p. 118.

⁶⁴⁸ GARAVITO, Cesar Rodríguez. Empresas y derechos humanos Un marco conceptual y un mapa de estrategias regulatorias. In: GARAVITO, César Rodríguez (Ed). **Empresas y derechos humanos en el siglo XXI: La Actividad Corporativa Bajo La Lupa, Entre Las Regulaciones Internacionales y La Acción de La Sociedad Civil**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, 29-74. p. 52.

⁶⁴⁹ GARAVITO, Cesar Rodríguez. Empresas y derechos humanos Un marco conceptual y un mapa de estrategias regulatorias. In: GARAVITO, César Rodríguez (Ed). **Empresas y derechos humanos en el siglo XXI: La Actividad Corporativa Bajo La Lupa, Entre Las Regulaciones Internacionales y La Acción de La Sociedad Civil**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, 29-74. p. 48.

humanos en un sistema multinivel⁶⁵⁰⁶⁵¹. Durante las primeras décadas de funcionamiento especialmente la Corte apenas emitía órdenes genéricas a los Estados y defendía un principio de interpretación autónoma, al final de los noventa la Corte pasó a relacionarse directamente con los órganos estatales concretos, permitiendo un diálogo directo y policéntrico en el SIDH⁶⁵².

Asimismo, a partir de los diálogos con el Sistema Universal, los otros sistemas regionales y los tribunales nacionales, el Sistema Interamericano se legitima por un creciente diálogo con la sociedad civil. Según Flavia Piovesan⁶⁵³, la sociedad civil ha sido la fuerza motriz del Sistema Interamericano por medio de un *transnational network*. En Brasil gran parte de los casos sometidos al sistema son resultado de la articulación de víctimas y organizaciones nacionales e internacionales. “El diálogo con la sociedad civil juega un papel fundamental, ya que empodera al sistema interamericano de una creciente legitimación social y lo diferencia de los sistemas de protección de los derechos humanos”⁶⁵⁴. En el caso de las empresas de Internet, a medida que las instancias de moderación de contenido excesivamente cuidadosas o erróneas llegan al público, existe la oportunidad de que surja un fuerte movimiento ciudadano, que monitoree el abuso de poder por parte de las plataformas, exija transparencia y luche por la libertad de expresión, basándose en los esfuerzos existentes para responsabilizar a las empresas⁶⁵⁵.

La propia discusión tan presente en la esfera internacional entre instrumentos normativos de derecho blando o un tratado vinculante, trabada en el ámbito de las empresas y derechos humanos, deben estar atentos a esta exigencia. Esto porque, como preconiza Vargas⁶⁵⁶, sean los PR sea un tratado vinculante, el impacto en el respeto a los derechos

⁶⁵⁰ Para el concepto de protección multinivel véase URUEÑA, René. ¿Protección multinivel de los derechos humanos en América Latina? Oportunidades, desafíos y riesgos. In: BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo; URUEÑA, René; TORREZ PÉREZ, Aida (cord). **Protección Multinivel de Derechos Humanos**. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013. p. 17

⁶⁵¹ PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune Latino-Americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: Perspectivas e Desafios, **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 2, 2017, 1356–1388. p. 1378.

⁶⁵² GÓNGORA.MERA, Manuel Eduardo. Diálogo coevolutivo. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; RAMÍREZ, Fabiola Martínez; MEJÍA, Giovanni A. Figueroa (cord). **Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2014, 586-589. p. 583.

⁶⁵³ PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune Latino-Americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: Perspectivas e Desafios, **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 2, 2017, 1356–1388. p. 1378.

⁶⁵⁴ von BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Cord). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014. p.XII.

⁶⁵⁵ YORK, Jillian; ZUCKERMAN, Ethan. Moderating the Public Sphere. In: JORGENSEN, Rikkie Fran (ed.). **Human Rights in the Age of Platforms**. Reino Unido: The IMT Press, 2019, 137-162. p. 158.

⁶⁵⁶ CLARET, Vargas. ¿Un tratado sobre empresas y derechos humanos? Un debate recurrente en un nuevo panorama de gobernanza. In: GARAVITO, César Rodríguez (ed). **Empresas y derechos humanos en el siglo XXI: La Actividad Corporativa Bajo La Lupa, Entre Las Regulaciones Internacionales y La Acción de La Sociedad Civil**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, 167-190. p. 188.

humanos, depende mucho más de la participación de las comunidades afectadas por las actividades empresariales como productoras de conocimiento y diseñadora de los mecanismos de implementación de los múltiples instrumentos, que del instrumento en sí. Esta no debe ser una concesión de las empresas, aquí el Estado (en sus distintos poderes) juega un papel relevante y decisivo para el empoderamiento de la sociedad civil.

Por otra parte, recurrir a un sistema regional como promotor del diálogo entre empresas, Estados y sociedad civil, es bastante útil frente a la debilidad de algunos Estados en hacer frente al poder corporativo y suele ser decisivo en el avance de asuntos muy controvertidos, que no alcanzan espacio o consenso en el ámbito nacional. Las estructuras nacionales por veces no permiten un desarrollo importante en algunos asuntos, sean porque involucran determinados grupos invisibilizados, sea porque desafían grandes intereses económicos⁶⁵⁷. Estos asuntos, una vez tematizados en espacios transnacionales, suelen ser incluidos otra vez en la pauta política doméstica en una nueva configuración de poder⁶⁵⁸.

Los intercambios en la esfera regional pueden resultar en genuinos procesos de aprendizaje y consolidación democrática⁶⁵⁹, mitigando la asimetría de poder entre Estados, empresas e individuos. Adicionalmente, el Sistema Interamericano, mismo en el marco de su actual competencia, puede impulsar iniciativas que faciliten el diálogo entre los distintos actores. Una iniciativa importante que podría ser implementada en la CIDH es invitar a las empresas para participar de las soluciones amistosas e involucrar a las empresas en las medidas de reparación y rehabilitación. La Relatoría para la Libertad de Expresión puede seleccionar casos en que el tema de Internet y la responsabilidad de actores privados sea evidente y puede aprovechar los espacios disponibles para traer las grandes empresas de Internet, para que se sienten junto a la sociedad civil y los expertos del Sistema para dialogar sobre las mejores formas de protección de la libertad de expresión en la región.

Las empresas de Internet, como identifica Kaye, no han abordado su déficit democrático, en cambio, han abordado problemas de escala contratando (o prometiendo contratar) más moderadores con habilidades lingüísticas y conocimiento político local o

⁶⁵⁷ BERNARDES, Márcia Nina. Sistema Interamericano de direitos humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais, **Revista Sur**, v. 8, n. 15, dez 2011, 135-156. p. 136.

⁶⁵⁸ BERNARDES, Márcia Nina. Sistema Interamericano de direitos humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais, **Revista Sur**, v. 8, n. 15, dez 2011, 135-156. p. 136.

⁶⁵⁹ BERNARDES, Márcia Nina. Sistema Interamericano de direitos humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais, **Revista Sur**, v. 8, n. 15, dez 2011, 135-156. p. 140.

regional⁶⁶⁰. Esto, aunque importante, no cambia el hecho de que los activistas y usuarios locales de la sociedad civil no han tenido un papel explícito en la formulación de políticas de las empresas. El Sistema Interamericano podría ser un facilitador de ese diálogo.

Para la construcción de un verdadero espacio dialógico, los titulares de derechos violados por la actuación u omisión de empresas “necesitan ser reconocidos como elementos cruciales en el proceso de definición de los problemas, de la consideración de soluciones, el establecimiento de programas de acción, de la desestabilización de expectativas, de la vigilancia del cumplimiento y de la creación de incentivos para el comportamiento. Además de poder intervenir en esos procesos, es igual de importante que cuenten con un conjunto expresivo de herramientas influyentes, basadas en derechos, con las que hacer oír su voz y amplificar socialmente su poder”⁶⁶¹.

Algunas medidas para la promoción del diálogo de las empresas de Internet con los demás actores estatales y no estatales son importantes, siempre que las empresas tengan presencia en determinados mercados⁶⁶²:

a) Las empresas deberían desarrollar consejos de múltiples interesados en las regiones que actúen, cuyos miembros ayudarían las empresas a evaluar los problemas de contenido más difíciles y los problemas emergentes, permitiendo un conocimiento de las características de la región y de los estándares de protección existentes;

b) Deberían tener funcionarios encargados en los países donde operan, idealmente nacionales de ese país, que gestionarían las relaciones con la sociedad civil a tiempo completo. Si la presencia en el país los sometiera a amenazas, hostigamiento e intimidación, podrían ser ubicados regionalmente o en la sede.

c) Las empresas también deben identificar usuarios particularmente vulnerables en función de su estado (por ejemplo, raza, religión, migrantes, orientación sexual, género, etc.) y desarrollar programas destinados a proteger el espacio para su participación en las plataformas y protegerlos contra amenazas fuera de la plataforma, como los que sufren los musulmanes rohingya en Myanmar o los migrantes en Alemania.

⁶⁶⁰ KAYE, David. **Speech Police**: The Global Struggle to Govern the Internet. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p. 117.

⁶⁶¹ MELISH, Tara J. Volver a incluir “los derechos humanos” en los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Cambiar de marco e incorporar los derechos de participación. In *Empresas y Derechos Humanos En El Siglo XXI*: In: GARAVITO, César Rodríguez (Ed). **Empresas y derechos humanos en el siglo XXI**: La Actividad Corporativa Bajo La Lupa, Entre Las Regulaciones Internacionales y La Acción de La Sociedad Civil. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, 117-148. p. 118.

⁶⁶² KAYE, David. **Speech Police**: The Global Struggle to Govern the Internet. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p. 118.

Este tipo de programas advierte Kaye, pueden ser capturados por gobiernos o grupos mal intencionados, interesados en reprimir la oposición al gobierno o la promoción de puntos de vista sociales o políticos no convencionales. De hecho, los gobiernos ya poseen las herramientas para presionar a las empresas a tomar medidas contra el contenido y las informaciones disponibles en Internet que, a su propio juicio, viola la ley local. De todas las formas, se asegura de no dar una herramienta adicional a los Estados para que puedan interferir en los derechos individuales a nivel de plataformas es siempre importante⁶⁶³.

La necesidad de monitoreo de los espacios nacionales para que no sufran presión estatal es fundamental y los riesgos siempre serán menores cuanto más diversa sea la composición de los consejos. Los múltiples interesados e intereses defendidos son un importante aliado para mantener la credibilidad y seriedad de esos espacios nacionales de participación.

Por fin, cuanto mejor el diálogo entre los interesados y mejor la inserción de la sociedad civil en los caminos hacia una responsabilización de las empresas por violaciones a los derechos humanos, mayores serán los logros en la construcción de estándares regionales comunes sobre empresas y derechos humanos y menores los daños causados por las actividades empresariales. La perspectiva de un diálogo que involucre las esferas regionales y locales, teniendo como fuerza de impulso el activismo transnacional de la sociedad civil, puede abrir la vía necesaria para la construcción y consolidación de un *ius constitutionale commune* latinoamericano⁶⁶⁴ en empresas de Internet y la protección de la libertad de expresión.

5.3 LA CONSTRUCCIÓN DE ESTANDARES INTERAMERICANOS PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET

El ICCAL describe la existencia en la región de un marco mínimo de protección de los derechos humanos, surgidos a partir de la interacción de los instrumentos universales, regionales y nacionales⁶⁶⁵. Este *Ius Commune* cumple las funciones de establecer los estándares

⁶⁶³ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p. 118.

⁶⁶⁴ PIOVESAN, Flávia. Derechos Humanos e impacto del sistema interamericano. In: von BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (cord). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014, 61-81. p. 77.

⁶⁶⁵ La CADH desde su entrada en vigor en 1978 ha sido ratificada por todos los países arraigados a la noción de lo latino. Tan solo quince de los 641 millones de latinoamericanos y caribeños que hay en la región no han sido parte del sistema en ninguna época (2,2% de la población). La alteración más reciente es de Venezuela que en 2012 denunció la Convención. De la misma forma, el 68,2% de las Constituciones de la América continental

mínimos de protección, elevar los parámetros de salvaguarda, facilitar la comunicación entre los diversos escenarios de tutela, alcanzar una coherencia que permite la igualdad con respeto a la diversidad y, por último, sirven como parámetro de validez tanto de normas constitucionales, como internacionales⁶⁶⁶. El concepto del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina se refiere tanto al derecho positivo como al discurso jurídico sobre el mismo⁶⁶⁷.

Además de reconocer la existencia de este acervo común en materia de derechos humanos, el ICCAL, prescribe la difusión y consolidación de estándares comunes, junto con la compensación de los déficits nacionales, y el fomento de empoderamiento de los actores sociales, justamente como los mecanismos apropiados para un constitucionalismo transformador preconizado⁶⁶⁸. El ICCAL reconoce que no existe una homogeneidad en la situación política, social, económica y jurídico de los distintos países de la región, así que no almeja una integración política y económica al modo europeo, no obstante, pretende asegurar en el ámbito regional los compromisos asumidos después de los gobiernos autoritarios de las décadas de 70 y 80 y se apoya, para eso, en la proximidad cultural y en la historia jurídica común de la región⁶⁶⁹.

Uno de los principales retos de la región latinoamericana frente al tema de empresas y derechos humanos es fijar estándares comunes coherente con el marco aplicable a los Estados, resaltando especialmente el rol del Sistema Interamericano en la configuración de los mencionados estándares necesarios en atención del contexto y realidades regionales⁶⁷⁰.

contempla algún tipo de disposición en favor de la integración económica, política y social latinoamericana. HERRERA, Juan Camilo. **El *Ius Commune* a la luz de sus críticas**. En prensa. p. 17 y 23.

⁶⁶⁶ ACOSTA, Paola Andrea. *Ius Commune* interamericano. Brevísimas notas sobre el concepto de diálogo. In: von BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (cord). ***Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión***. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, 371-384. p. 384.

⁶⁶⁷ von BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Aclaración conceptual. In: von BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (cord). ***Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión***. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, 137-178. p. 141.

⁶⁶⁸ von BOGDANDY, Armin; *et al.* *Ius Constitutionale em América Latina (ICCAL) y Derecho Económico Internacional (DEI): una Introducción*. In: von BOGDANDY Armin, *et al* (cord.). **Constitucionalismo transformador en América Latina y Derecho Económico Internacional: de la tensión al diálogo**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, 3-32. p. 15.

⁶⁶⁹ von BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. In: von BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia. ***Ius Constitutionale Commune na América Latina: marco conceptual***. Curitiba: Huruá, 2016. p 22.

⁶⁷⁰ WRZONCKI, Elin; ZARAMA, Germán. **Empresas y Derechos Humanos en América Latina y el Caribe: retos y oportunidades para la adopción e implementación de planes de acción nacionales**. Copenhague: Instituto Danés de Derechos Humanos, 2019. p. 36.

A existencia de problemas comunes en América Latina permiten una interpretación peculiar dos conflictos entre empresas y derechos humanos, especialmente de los problemas que afectan la libertad de expresión. Nuestra tradición histórica, distinta de Europa, hace con que se produzcan necesidades divergentes de apelar a la legitimación democrática para justificar las acciones estatales y exigen estándares propios que resuelvan las paradojas que Internet nos impone manteniendo el mayor espacio democrático posible.

Nuestras democracias tardías y los déficits democráticos en la región nos exigen una protección reforzada de la libertad de expresión en los distintos espacios, eso porque, como hemos insistido a lo largo de la tesis la libertad de expresión es condición esencial para la protección y consolidación de los Estados democráticos y hace posible el ejercicio de otros derechos humanos esenciales. Según estudio de la unidad de inteligencia de la Revista *The Economist* en América Latina y Caribe solo Costa Rica y Uruguay son considerados democracias completas, Guatemala, Honduras, Bolivia y Haití fueron tipificados como regímenes “híbridos”, es decir que tienen elementos democráticos y autoritarios. Fueron considerados sistemas autoritarios Venezuela, Nicaragua y Cuba y los demás como democracias incompletas⁶⁷¹. Históricamente la región se ha desempeñado peor en las categorías relacionadas con la práctica de la democracia: funcionamiento del gobierno, participación política y cultura política⁶⁷².

Los retos apuntados a lo largo de la tesis presentan una oportunidad para un potencial desarrollo en la expansión de estándares comunes en materia de libertad de expresión y consolidación y fortalecimiento de los Estados democráticos. Al final discutir sobre la actuación de las empresas de Internet nos exigirá tanto volver más allá de los temas propios de la libertad de expresión como enfrentarnos con nuestros déficits democráticos y las estructuras de poder entre los Estados y las empresas propios de nuestra región. Especialmente en casos relacionados con las actividades de las empresas, el derecho en América Latina tiene una fuerza vinculante que siempre ha protegido los intereses hegemónicos o consolidados⁶⁷³.

⁶⁷¹ El estudio considera cinco aspectos: proceso electoral y pluralismo; libertades civiles; el funcionamiento del gobierno; participación política; y cultura política. THE ECONOMIST, **Democracy Index 2018: Me too? Political participation, protest and democracy**. Disponible en: <https://www.eiu.com/topic/democracy-index>. Acceso en: 20 de noviembre de 2019. p. 46.

⁶⁷² THE ECONOMIST, **Democracy Index 2018: Me too? Political participation, protest and democracy**. Disponible en: <https://www.eiu.com/topic/democracy-index>. Acceso en: 20 de noviembre de 2019. p. 20.

⁶⁷³ von BOGDANDY, Armin; *et al.* Ius Constitutionale em América Latina (ICCAL) y Derecho Económico Internacional (DEI): una Introducción. In: von BOGDANDY Armin, *et al* (cord.). **Constitucionalismo transformador en América Latina y Derecho Económico Internacional: de la tensión al diálogo**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, 3-32. p. 23.

En nuestra esfera pública actual son los propietarios de las grandes plataformas que poseen el enorme poder de decidir sobre qué discursos son posibles y los algoritmos que implementan determinan qué perspectivas se ven y cuáles se ocultan. La moderación, tanto en términos de bloqueo de publicación de contenido como en términos de promoción o degradación de contenido, es el mecanismo a través del cual se ejerce el control sobre la esfera pública en red⁶⁷⁴.

Tal como advierte Sunstein la libertad de expresión no debe ser vista como un lujo de países desarrollados o clases bien educadas, porque al final, aumentan la probabilidad de todos de que el gobierno realmente sirva los intereses de las personas y al desarrollo económico. La libertad de expresión en Internet, por ejemplo, hace posible que innumerables personas puedan aprender sobre problemas sociales y económicos y pedirles a sus gobiernos que respondan a lo que han aprendido. No es casual que los muchos gobiernos han tratado de controlar el acceso a Internet, en parte para alejar a los ciudadanos del conocimiento de otros sistemas, en parte para aislar a sus líderes de escrutinio y crítica. El conocimiento es el gran aliado de ambos: libertad y bienestar⁶⁷⁵.

Asimismo, “Los riesgos que enfrentan las democracias de nuestros días en buena medida provienen desde la desprotección de los derechos —humanos o fundamentales— que les ofrecen sustento”⁶⁷⁶. Así que el valor democrático tradicional de la libertad de expresión exige que la expresión en Internet solo sea limitada para proteger bienes específicos que consideramos más importantes que contribuir con la esfera pública que el medio nos proporciona⁶⁷⁷.

Las empresas de Internet, como defendido en el capítulo tercero, deben hacer de los derechos humanos el estándar explícito que orientan la moderación de contenido y los espacios públicos en la red y precisan dejar eso público en sus reglas⁶⁷⁸. Los estándares interamericanos que ya existen y los que todavía precisan desarrollarse, a través de un amplio diálogo entre todos los interesados, permitirán a las empresas no solo proteger la libre circulación de ideas

⁶⁷⁴ YORK, Jillian; ZUCKERMAN, Ethan. Moderating the Public Sphere. In: JORGESSEN, Rikkie Fran (edit). **Human Rights in the Age of Platforms**. Reino Unido: The IMT Press, 2019, 137-162. p. 148.

⁶⁷⁵ SUNSTEINS, Cass. **Republic.com 2.0**. Reino Unido: Princeton University Press, 2007. p. 97 y 98.

⁶⁷⁶ SALAZAR UGARTE, Pedro. La disputa por los derechos y el Ius Constitutionale Commune. In: von BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (cord). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión**. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, 109-136. p.112.

⁶⁷⁷ POST, Robert. Privacy, Speech and Digital Imagination. In: BRISON, Susan; GELBER, Katharine (Ed.). **Free Speech in Digital Age**. New York: Oxford University Press, 2019, 104-121. p. 105.

⁶⁷⁸ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p. 119.

como preconiza el artículo 13 como permitirán un lenguaje común para articular sus posiciones en la región de manera que respeten las normas democráticas, igualmente, como preconiza Kaye, serán importantes instrumentos para contrarrestar las demandas autoritarias⁶⁷⁹. Toda la jurisprudencia desarrollada tanto en la CIDH como en la Corte Interamericana serán importantes para auxiliar las empresas en el momento de la aplicación de las normas, superando posibles generalidades del derecho internacional de los derechos humanos.

Como no existen normas internacionales directamente vinculadas a las empresas, la identificación y/o construcción de estándares mínimos comunes, con la participación de los distintos actores (Estados, empresas y sociedad civil), podrían calificar la conducta de las empresas de Internet de acuerdo con los objetivos regionales y determinar con mayor precisión la legitimidad de las conductas estatales y empresariales. Estos estándares deberían incorporar lo que razonablemente se puede esperar de las empresas de acuerdo con los instrumentos regionales de protección de los derechos humanos, reflejando en la forma como los Estados también irán abordar la responsabilidad empresarial⁶⁸⁰. Cuando se enfrenta brechas temporales –donde los sistemas jurídicos no presentan soluciones normativas–, como es el caso de la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos⁶⁸¹, la expansión de estándares comunes será la forma de consolidar entendimientos mínimos.

El enfoque regional sería útil, en la medida que permite tanto la consolidación de una visión convergente sobre los derechos humanos, como crea un ambiente de menor riesgo a las empresas que realizaran sus actividades con base en los estándares comunes de la región, contribuyendo al enfoque preventivo de los Principios Ruggie. “Los instrumentos regionales en materia de derechos humanos reflejan un consenso sobre un conjunto de estándares comunes que se debe respetar dentro de la región, generalmente, vinculados a los desafíos históricos concretos que han enfrentados los países en dichas áreas geográficas”⁶⁸².

⁶⁷⁹ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p. 119.

⁶⁸⁰ “Con la ratificación de la CADH los Estados se han abierto a la aplicación directa del derecho interamericano, obligándose a adaptar su legislación e instituciones nacionales a estas normas supranacionales. La CADH es, pues, una piedra angular para la interamericanización de la legislación interna de los Estados. Y, más específicamente, como la Corte IDH lo ha desarrollado en su jurisprudencia, los Estados están vinculados por el *corpus juris* interamericano”. MORALES ANTONIAZZI, Mariela. Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina. In: von BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (cord). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión**. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, 417-384. p. 424.

⁶⁸¹ MORGERA, Elisa. **Corporate Accountability in International Environmental Law**. Reino Unido: Oxford University Press, 2009. p. 70.

⁶⁸² von BOGDANDY, Armin; EBERT, Franz Christian. El Banco Mundial frente al constitucionalismo transformador latinoamericano: panorama general y pasos concretos. In: von BOGDANDY Armin, *et al* (cord.).

El Sistema Interamericano ha se legitimado como un mecanismo importante y eficaz para la protección de los derechos humanos, cuando las instituciones nacionales se muestran deficientes u omisas. El SIDH posee un importante papel como conformador de alianzas regionales para superar la debilidad de los Estados individualmente. Igualmente, el espacio interamericano ofrece mayor voz y acceso a los afectados, haciendo con que las asimetrías entre el derecho internacional económico y el derecho internacional de los derechos humanos pueda verse disminuida⁶⁸³

Con la actuación de la sociedad civil, a partir de los litigios estratégicos, el Sistema Interamericano ha propiciado avances en el régimen de derechos humanos en la región⁶⁸⁴. Un avance en la consolidación de un *Ius Commune* que tuviera en cuenta la diversidad de actores involucrados en violaciones de derechos humanos sería posible oponer estos estándares regionales a las empresas de Internet y los Estados. Asimismo, llevar las colisiones normativas a la arena de los derechos humanos garantizaría una aplicación prevalente de las normas de derechos humanos en los casos en que se haya producido graves violaciones de *ius cogens*⁶⁸⁵.

Incluso, es propio de la característica de los estándares la participación de los distintos actores en su formación. Es el elemento social de los estándares, según Morgera, que refleja puntos mínimos en común a respecto de determinados asuntos⁶⁸⁶. Cuanto mayor la participación de los distintos actores en esta construcción mayores los éxitos y frutos de esta construcción.

Los estándares comunes interamericanos son igualmente importantes porque pueden evolucionar hacia otras herramientas legales, influyendo en la práctica judicial, la forma como los Estados pueden decidir responsabilizar directamente las empresas, respaldar los reclamos

Constitucionalismo trasformador en América Latina y Derecho Económico Internacional: de la tensión al diálogo. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, 355-398. p. 390.

⁶⁸³ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. El constitucionalismo interamericano y la fragmentación del derecho internacional: posicionando el ICCAL en el debate sobre colisiones entre regímenes normativos. In: von BOGDANDY Armin, *et al* (cord.). **Constitucionalismo trasformador en América Latina y Derecho Económico Internacional:** de la tensión al diálogo. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, 33-58, México, 2018. p. 55.

⁶⁸⁴ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos. In von BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (cord.). **Ius Constitutionale Commune en América Latina:** Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, 551-54. p. 554.

⁶⁸⁵ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. El constitucionalismo interamericano y la fragmentación del derecho internacional: posicionando el ICCAL en el debate sobre colisiones entre regímenes normativos. In: von BOGDANDY Armin, *et al* (cord.). **Constitucionalismo trasformador en América Latina y Derecho Económico Internacional:** de la tensión al diálogo. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, 33-58, México, 2018. p. 55.

⁶⁸⁶ MORGERA, Elisa. **Corporate Accountability in International Environmental Law.** Reino Unido: Oxford University Press, 2009. p. 69.

de víctimas y sociedad civil, influir en el propio comportamiento de las empresas y, por ende, desarrollarse en normas a nivel nacional⁶⁸⁷.

Dentro de sus distintas competencias tanto la Corte como la Comisión podrían llenar espacios importantes sobre el tema. De manera general sobre el tema de empresas y derechos humanos, el Sistema puede y debe evaluar el contexto en que las relaciones entre empresas y derechos humanos se han desarrollado en la región, reconociendo el poder económico de las empresas, muchas veces superiores a los Estados que impiden, en determinados casos, una actitud más protectora del Estados y por fin, la reparación de las víctimas.

Una interpretación de la Convención Americana a partir de los Principios Ruggie puede ser sumamente importante para las víctimas y su reparación integral. Para eso, tanto la Corte como la Comisión pueden ir más allá de que citar los Principios Ruggie, dejando claro las obligaciones de los Estados frente a violaciones cometidas por empresas. Deben sobre todo cobrar de manera efectiva de los Estados diseños normativos, políticas públicas y amplio acceso a medidas judiciales y extrajudiciales de reparación, como plantea el tercer pilar de los principios rectores. Esto porque, los Estados deben invertir esfuerzos para crear una legislación solida de debida diligencia a las empresas que actúan en sus territorios, para identificar, prevenir y mitigar los impactos adversos en los derechos humanos⁶⁸⁸.

La Resolución 232 del Comité Jurídico Interamericano⁶⁸⁹ trae otras importantes sugerencias de avances, como la designación de un Representante Especial sobre Empresas y Derechos Humanos para el Sistema Interamericano para poder interactuar con el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas y compartir experiencias e información sobre esta temática y participar de los debates sobre el futuro tratado. Sugiere asimismo que se soliciten una Opinión Consultiva ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que manifieste si hay obligación de protección del Estado respecto de las actividades empresariales, y si los Tratados de Libre Comercio o las leyes internas sobre inversión deben estar en compatibilidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos en esta temática, contribuyendo de esta manera con sus aportes y experiencias a este tema.

⁶⁸⁷ MORGERA, Elisa. **Corporate Accountability in International Environmental Law**. Reino Unido: Oxford University Press, 2009. p. 70.

⁶⁸⁸ Como ejemplo la legislación francesa que no solo incluí el examen de los impactos relacionados con sus propias actividades, con aquellas de las compañías bajo su control directo y los de proveedores y subcontratas, con quienes tengan una relación comercial establecida. Disponible en: <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0924.asp>. Acceso en: 29 de enero de 2019.

⁶⁸⁹ OEA, **Regulación consciente y efectiva de las empresas en el ámbito de los derechos humanos**. OEA/Ser.Q, CJI/doc.522/17 rev.2 de 9 marzo 2017.

El Sistema también tiene un reto importante en incentivar la internacionalización de los Principios Ruggie en los Planes de Acción Nacional, siguiendo los ejemplos de los Estados que ya los hicieron. A partir del Sistema Interamericano y sus estándares, los Estados pueden lograr coordinar los avances y reglamentos necesarios para los temas de las empresas.

La actual visión pauta en la centralidad estatal siempre limitará los avances en términos de violaciones a los derechos humanos por empresas en el Sistema interamericano, no obstante, no impide que tanto de la Corte como la Comisión, con los mecanismos que hoy disponen, se manifiesten de manera más objetiva a respecto de las obligaciones de garantizar los derechos humanos por los Estados y respetar los derechos humanos por las empresas⁶⁹⁰, permitiendo la consolidación y desarrollo de nuevos estándares, además de ser un facilitar en el diálogo entre empresas, Estados y sociedad civil.

Cuanto a las empresas de Internet el SIDH precisa reconocer expresamente que las actuaciones de los actores privados han perjudicado la libre expresión y el acceso a la información en ambiente *online*, aclarando nuestro contexto de democracias todavía débiles y la necesidad de estándares de protección sobre la libertad de expresión compatibles con la comprensión regional sobre los límites posibles que tal derecho pueda soportar.

La selección de casos será fundamental para explorar los temas que aún necesitan una mayor reflexión, especialmente los relacionados al derecho al olvido, desinformación, discurso de odio y la moderación de contenidos en línea, aclarando tanto el rol de los Estados como de las empresas en los temas sobre libertad de expresión y Internet. Un diálogo que permita la construcción de estándares comunes, en la región latinoamericana, debe llevar en consideración algunos puntos de partidas sobre el rol de los Estados y de las empresas para la promoción y protección de la libertad de expresión en Internet.

5.4 EL ROL DE LOS ESTADOS EN LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET

En tratándose de a la libertad de expresión en Internet el Estado tiene la obligación de crear un entorno propicio a la libertad de expresión, además de proteger el ejercicio de esa libertad en el ambiente *online*, respetando las mismas reglas discutidas en el capítulo tercero.

⁶⁹⁰ CARRILLO SANTARELLI, Nicolás. La promoción y el desarrollo de la protección de los derechos humanos frente a abusos empresariales en el sistema interamericano. In: **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. San José: IDH, 2017, 87-118. p. 117.

Al que se refiere a las actividades de los Intermediarios de Internet, los Estados, como primeros garantes de los derechos humanos, deben garantizar que las empresas no violen la libertad de expresión y protejan los derechos humanos en sus actividades (art. 1 CADH). Por lo tanto “deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia”⁶⁹¹.

Cuanto a crear un entorno propicio a la libertad de expresión en Internet los Estados de la región deben antes que nada trabajar para garantizar un amplio acceso a Internet y con servicios de calidad⁶⁹². Debido a las características especiales que han hecho de Internet un medio privilegiado para el ejercicio expansivo de la libertad de expresión, la RELE de la CIDH considera que es deber de los Estados garantizar el principio de acceso universal a Internet⁶⁹³. El principio del acceso universal implica a los Estados la promoción progresiva no solo a la infraestructura de Internet, pero a la tecnología necesaria para su uso. Debe, además, de eliminar las barreras arbitrarias de acceso a la infraestructura, la tecnología y la información en línea. Por lo tanto, en algunas situaciones, debe adoptar medidas de diferenciación positiva para permitir el goce efectivo de este derecho a las personas o comunidades en situación de marginación o discriminación.

En este sentido, las interrupciones totales o parciales del acceso a red siempre vulneran la norma de la necesidad, pues siempre existirán otras medidas menos restrictivas para la preservación de los derechos humanos⁶⁹⁴.

La interrupción del acceso a Internet, o a parte de este, aplicada a poblaciones enteras o a determinados segmentos del público (cancelación de Internet) no puede estar justificada en ningún caso, ni siquiera por razones de orden público o seguridad nacional. Lo mismo se aplica a las medidas de reducción de la velocidad de navegación de Internet o de partes de este⁶⁹⁵.

⁶⁹¹ NACIONES UNIDAS, **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 de 21 de marzo de 2011. Principio 1.

⁶⁹² Los Estados deben tener especial atención en cerrar la brecha de género que existe en el acceso a Internet. NACIONES UNIDAS, Asamblea General. **Las tecnologías de la información y las comunicaciones para el desarrollo**. A/RES/66/184 de 6 de febrero de 2012. Párrafo 3.

⁶⁹³ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17 de 15 de marzo 2017. Párrafo 7.

⁶⁹⁴ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/35/22 de 30 de marzo de 2017. Párrafo 14

⁶⁹⁵ Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP). **Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet** de 1 de junio de 2011. Principio 6.b.

El principio de la no discriminación⁶⁹⁶ obliga a los Estados a garantizar que todas las personas puedan difundir contenidos y opiniones en igualdad de condiciones⁶⁹⁷ y el principio del pluralismo implica que los Estados no deben introducir cambios en Internet que tengan como consecuencia la reducción de voces y contenidos⁶⁹⁸. El acceso a Internet que fomente el pluralismo informativo y la diversidad cultural debe garantizar la participación de las minorías lingüísticas, así como la disponibilidad de contenido local en Internet⁶⁹⁹.

Por la exigencia del artículo 11 de la CADH el derecho a privacidad en todos los ambientes debe ser respetado, por lo tanto, los Estados deben abstenerse de hacer intromisiones arbitrarias en la esfera privada del individuo, sus informaciones personales y sus comunicaciones, y deben de la misma manera, promover la existencia de espacios en línea libres de observación, con la preservación del anonimato en la red⁷⁰⁰.

Las limitaciones al ejercicio de la libertad de expresión solo pueden realizarse mediante leyes redactadas de manera clara y precisas, orientadas al logro de los objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana y que sean necesarias en una sociedad democrática. Además de ser estrictamente proporcionales a la finalidad que buscan e idóneas para lograr el objetivo imperioso que pretenden. O sea, deben respetar el test tripartido desarrollado en el Sistema Interamericano.

La obligación positiva del Estado de promover la libertad de expresión en Internet igualmente sostiene firmemente que se garantice la neutralidad de red⁷⁰¹, por esto, los Estados de la región deberían prohibir la priorización paga y desarrollar restricciones a la tarifa cero⁷⁰².

⁶⁹⁶ “En estos términos, resulta necesario asegurar que no haya un trato discriminatorio a favor de ciertos contenidos en Internet, en detrimento de aquellos difundidos por determinados sectores”. CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de Expresión en Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 de 31 diciembre 2013. Párrafo 21.

⁶⁹⁷ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17 de 15 de marzo 2017. Párrafo 9.

⁶⁹⁸ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de Expresión en Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 de 31 diciembre 2013. Párrafo 19.

⁶⁹⁹ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de Expresión en Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 de 31 diciembre 2013. Párrafo 45.

⁷⁰⁰ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de Expresión en Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 de 31 diciembre 2013. Párrafo 23.

⁷⁰¹ “El tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no debe ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación”. Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP). **Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet** de 1 de junio de 2011. Principio 5.a

⁷⁰² Chile, por ejemplo, acepta el *zero-rating* en todos los casos, más limita la prohibición de las acciones que impidieran el acceso (bloqueo) a los servicios de la igual naturaleza. CORREA PÉREZ, Marco. Zero-rating y la

La CIDH, a través de la RELE, reconoce la división de la doctrina a respecto de los planes de zero-rating y la posibilidad de los Estados adoptaren las políticas que mejor se ajusten a sus realidades, pero advierte que en ningún caso los Estados podrán reemplazar sus políticas de acceso universal a Internet por políticas o planes de zero-rating⁷⁰³.

Aquí, la creación de estándares únicos en la región será importante para garantizar la capacidad de los Estados en negociar con las empresas y exigir las informaciones claras sobre las prácticas de gestión del tráfico en Internet y la protección de datos y privacidad de tales planes.

Los Estados, todavía, deben crear leyes de responsabilidad de los intermediarios que limiten la responsabilidad por el contenido de terceros solo cuando los intermediarios intervengan en el contenido supuestamente ilícito o se recusen a cumplir una orden judicial para retirada del contenido. Según el principio de la mera transmisión:

Ninguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo⁷⁰⁴.

Así, la regla que debe prevalecer es que, los intermediarios no deben responder por contenido de terceros salvo cuando han estado involucrados en la modificación de dicho contenido o no cumplan la orden judicial para retirarlo⁷⁰⁵. El Informe de la Relatora Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo destaca que el uso de medidas para delegar la reglamentación y la aplicación de normas por empresas privadas que acogen contenidos de tercero es problemático por tres motivos: en primer lugar, porque los procesos carecen de supervisión judicial y de transparencia, segundo porque las medidas de reparación, cuando existen, son onerosas y poco

neutralidad de la red en Chile. **Revista chilena de derecho y tecnología**, 7(1), 2018, 107-135. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2018.48961>. Acceso en: 3 de julio de 2019.

⁷⁰³ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17, 15 de marzo 2017. Párrafo 29.

⁷⁰⁴ Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP). **Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet** de 1 de junio de 2011. Principio 2.a

⁷⁰⁵ Véase **Principios de Manila sobre Responsabilidad de los Intermediarios**: Guía de Buenas Prácticas que delimitan la responsabilidad de los Intermediarios de contenidos en la promoción de la libertad de expresión e innovación. Marzo de 2015. Principio 1, a, b, c y d.

accesibles e tercero, porque estas delegaciones de poderes está basadas en leyes imprecisas y ambiguas⁷⁰⁶. La amenaza de una acción judicial o multas dispendiosas llevará a las empresas a regular en exceso⁷⁰⁷.

Si los sistemas de responsabilidad objetiva o estricta son incompatibles con la CADH porque son innecesarias y desproporcionales en una sociedad democrática⁷⁰⁸, los sistemas de responsabilidad condicionada también merecen un cierto cuidado. Mismo los sistemas de responsabilidad condicionada como el de “notificación y retirada”, en el cual el intermediario es responsable por retirar el contenido ilícito cuando notificado de su existencia, también trasladan al intermediario la decisión sobre la licitud o ilicitud del contenido⁷⁰⁹.

De la misma forma, los Principios de Manilla expresan que los intermediarios deberían ser inmunes a la responsabilidad por contenido de terceros en circunstancias en las que no han estado involucrados en la modificación de dicho contenido⁷¹⁰.

En a la responsabilidad por actos de terceros, los Estados no deben imponer a las empresas de Internet la obligación de restringir contenidos sin examen judicial, con base en leyes o reglamentaciones con criterios vagos e imprecisos, bajo la amenaza de sanciones

⁷⁰⁶ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Efectos de las medidas para hacer frente al terrorismo y al extremismo violento en el espacio cívico y en los derechos de los agentes de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos**. Informe de la Relatora Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. A/HRC/40/52 de 01 de marzo de 2019. Párrafo 49.

⁷⁰⁷ “Las amenazas que pesan sobre estas empresas y la poca orientación que reciben suelen conducir a un exceso de reglamentación, como lo demuestra la definición excesivamente amplia e imprecisa de terrorismo que aplica Facebook, que califica de entidades terroristas a todos los grupos no estatales que recurren a la violencia para perseguir cualquier objetivo o fin, una cuestión que la titular del mandato ya ha abordado bilateralmente con Facebook”. NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Efectos de las medidas para hacer frente al terrorismo y al extremismo violento en el espacio cívico y en los derechos de los agentes de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos**. Informe de la Relatora Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. A/HRC/40/52 de 01 de marzo de 2019. Párrafo 50.

⁷⁰⁸ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17 de 15 de marzo 2017. Párrafo 107.

⁷⁰⁹ “Debe considerarse la posibilidad de proteger completamente a otros intermediarios, incluidos los mencionados en el preámbulo, respecto de cualquier responsabilidad por los contenidos generados por terceros en las mismas condiciones establecidas en el párrafo 2(a). Como mínimo, no se debería exigir a los intermediarios que controlen el contenido generado por usuarios y no deberían estar sujetos a normas extrajudiciales sobre cancelación de contenidos que no ofrezcan suficiente protección para la libertad de expresión (como sucede con muchas de las normas sobre "notificación y retirada" que se aplican actualmente)”. Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP). **Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet** de 1 de junio de 2011. Principio 2b.

⁷¹⁰ **Principios de Manila sobre Responsabilidad de los Intermediarios**: Guía de Buenas Prácticas que delimitan la responsabilidad de los Intermediarios de contenidos en la promoción de la libertad de expresión e innovación. Marzo de 2015. Principio I b.

severas⁷¹¹. En razón de la obligación estatal de imponer limitaciones de contenidos apenas ordenadas por un juez o autoridad jurisdiccional competente⁷¹², independiente e imparcial que garantice el debido proceso establecido en el artículo 8 de la Convención Americana, el “derecho al olvido”, tal cual, se ha diseñado en Europa, es incompatible con los estándares interamericanos.

Esto porque, la tarea de ponderar los derechos en tensión, bajo las reglas del SIDH, corresponderá siempre a un juez y no a un actor privado. “En la doctrina del TJUE, se invierte la carga de la prueba, se suprime el derecho de defensa y se le otorga la facultad de decidir a una empresa privada bajo la amenaza de que, si su decisión de mantener la información disponible fue “equivocada”, deberá pagar una multa cuantiosa⁷¹³”. Además, para la RELE de la CIDH, un sistema de desindexación privada de contenidos en línea, con límites tan vagos y ambiguos como el definido en Europa resulta problemático a la luz del amplio margen normativo de protección de la libertad de expresión bajo el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷¹⁴⁷¹⁵.

⁷¹¹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 15.

⁷¹² El Supremo Tribunal Federal de Brasil deberá decidir la constitucionalidad del art 19 del Marco Civil de Internet que garantiza la necesidad de orden judicial para que los proveedores de Internet puedan ser responsabilizados por el contenido de terceros. El caso está siendo discutido en el Recurso Extraordinario con decisión de repercusión general n. 1037396 interpuesto por Facebook Serviços Online do Brasil Ltda contra decisión de la Segunda Turma Civil de Piracicaba-SP que condenó a Facebook pela no retirada de perfil falso de la autora de la acción, mismo sin orden judicial. En el fallo de la Segunda Turma la argumentación es: “Para fins indenizatórios, todavia, condicionar a retirada do perfil falso somente após ordem judicial específica, na dicção desse artigo, significaria isentar os provedores de aplicações, caso da ré, de toda e qualquer responsabilidade indenizatória, fazendo letra morta do sistema protetivo haurido à luz do Código de Defesa do Consumidor, circunstância que, inclusive, aviltaria preceito constitucional (art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal)”. El Supremo tendrá una importante oportunidad para resguardar el Marco Civil de Internet y dialogar con el SIDH en materia de responsabilidad de los proveedores de Internet.

⁷¹³ “Basta que la persona solicite que se elimine el vínculo entre su nombre y una determinada información, para que la empresa, sin más elementos de juicio que los aportados por el sujeto interesado, deba proceder bien a acceder a la solicitud, ora a demostrar de manera fehaciente que la información merece estar disponible al público. Si no fundamenta suficientemente su negativa, deberá pagar una elevada multa”. BOTERO, Catalina; CAMILLERI, Michael J.; CORTÉS, Carlos. **Democracia en la era digital: libertad de expresión en las Américas y el “Derecho al Olvido” Europeo**. Informe del Estado de Derecho, nov. 2017. p. 09.

⁷¹⁴ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente**. OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.17/17 de 15 de marzo 2017. Párrafo 132.

⁷¹⁵ “[...] los criterios propuestos por el TJUE, son de origen jurisprudencial y resultan notablemente vagos, subjetivos y por ende riesgosos: no solo resulta arbitrario que un intermediario como Google, Microsoft o Yahoo! evalúe si una información es inadecuada, excesiva, irrelevante, o ha perdido relevancia, sino que la ponderación de derechos a partir de términos tan generales y en el marco de la aplicación de las leyes de protección de datos, será siempre incierta”. BOTERO, Catalina; CAMILLERI, Michael J.; CORTÉS, Carlos. **Democracia en la era digital: libertad de expresión en las Américas y el “Derecho al Olvido” Europeo**. Informe del Estado de Derecho, nov. 2017. p. 09.

Son apuntados, todavía, los siguientes problemas cuanto a la desindexación de contenido bajo la justificativa del derecho al olvido en América Latina⁷¹⁶:

a) En el Sistema Interamericano las restricciones a la libertad de expresión en nombre de la privacidad deben tener en cuenta la protección especial que se da a la circulación de información de interés público;

b) Un mecanismo privado para desenlazar contenidos sobre la base de criterios ambiguos, regido por las leyes de protección de datos personales y no por el derecho a expresar y recibir información y bajo la amenaza de una multa, estaría creando un marco jurídico que estaría incentivando la autocensura o la censura privada;

c) La regla jurisprudencial del tribunal europeo es innecesaria y desproporcional porque hay otros medios para alcanzar la finalidad de proteger la privacidad o la autonomía, a saber, herramientas que permitan levantar una alerta, confrontar o contextualizar la información disponible en las búsquedas, o que permitan la réplica o la respuesta en el mismo lugar dónde se publica la información;

d) La aplicación extraterritorial de las decisiones de cortes europeas limitaría la competencia de las cortes en la región para proteger el derecho a la libertad de expresión en los términos construidos por el sistema jurídico interamericano.

Aún para la RELE dos puntos más deben ser considerados: las plataformas no son controladores de datos personales, sino fuentes públicas de información y plataformas para la transmisión de opiniones e ideas sobre temas de interés público, y como tal no pueden ser susceptibles de una orden de desindexación y nuestra región sigue todavía muy marcada pelos conflictos y regímenes autoritarios y existe un intenso reclamo por más información⁷¹⁷. “La población quiere recordar y no olvidar. En este sentido, es importante reconocer el contexto particular de la región y cómo un mecanismo legal como el llamado "derecho al olvido" y su incentivo para la desindexación puede afectar el derecho a la verdad y la memoria”^{718 719}.

⁷¹⁶ BOTERO, Catalina; CAMILLERI, Michael J.; CORTÉS, Carlos. **Democracia en la era digital**: libertad de expresión en las Américas y el “Derecho al Olvido” Europeo. Informe del Estado de Derecho, nov. 2017. p. 09 a 11.

⁷¹⁷ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente**. OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.17/17 de 15 de marzo 2017. Párrafo 134 y 138.

⁷¹⁸ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente**. OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.17/17 de 15 de marzo 2017. Párrafo 134.

⁷¹⁹ “Más grave será el escenario si desde Europa se legitima la posibilidad de que cualquier autoridad en el mundo pueda ordenar la restricción de la información disponible en los motores de búsqueda globales. ¿Puede un empleado de Google Noruega o Google India entender la importancia para América Latina de una información sobre los “Panamá Papers” que, por ejemplo, dé claves sobre la financiación de las campañas presidenciales? ¿Poseen estos intermediarios el contexto y la información para decidir los casos en los cuales una información es excesiva o dejó de ser relevante? ¿En nombre de quién podría un motor de búsqueda o cualquier entidad europea ordenar que las personas en el Cono Sur de América Latina no pudieran acceder a toda la información sobre la

En un fallo del año de 2015, la Corte Constitucional Colombiana⁷²⁰ en un caso de pedido de desindexación a Google, afirmó que ordenar al motor de búsqueda la desindexación supondría implementar una modalidad de control previo contraria al principio de neutralidad de la red. Reafirmando el entendimiento de la Sentencia T 040-13 la Corte afirmó que:

Además de hacerle responsable por una información que aquel no generó y por la que no debe endilgársele responsabilidad, esta medida entraña la posibilidad de convertir al motor de búsqueda en un censor o controlador de los contenidos publicados por los usuarios que acceden a la red. Esto, a juicio de la Sala, y como lo advierten varios de los intervinientes, puede afectar la arquitectura de Internet por la vía de desconocer sus principios rectores de acceso en condiciones de igualdad, no discriminación, y pluralismo. A su vez, se declara que una intervención de este tipo no solo tiene una mera influencia técnica en el funcionamiento de un medio de comunicación, sino que compromete, además, el derecho a la información de las personas que acceden al servicio, es decir, todos los ciudadanos⁷²¹.

Para la Corte Colombiana el “derecho al olvido” adoptado en el caso Costeja implica un sacrificio innecesario del principio de la neutralidad de red y, con ello, de las libertades de expresión e información, y que la utilización de herramientas de “*robots.txt*” y “*metatags*”, es posible para los titulares y administradores de un sitio web impedir que contenidos específicos sean mostrados como resultados al realizar una consulta por medio de un buscador de Internet. El uso de tales herramientas evita que se corra el riesgo de alterar la verdad histórica, sin evitar que el dato negativo resulte accesible a partir de la digitación del nombre del interesado en un buscador de Internet.

En Brasil, el STJ (Superior Tribunal de Justicia) decidió, en caso involucrando una integrante del Ministerio Público acusada de fraudar un concurso para juez que, en situaciones excepcionales, el derecho a la intimidad y al olvido, deberá prevalecer y ordenó la desindexación a Google y Yahoo⁷²². La sentencia no enfrenta el tema del uso de otras herramientas y apenas afirma que es imprescindible la actuación del Poder Judicial en casos en que exista la necesidad de interferencia para asegurar la disociación de los datos personales

represión en estos países? ¿Con fundamento en qué principio se delega la garantía de este derecho a una corporación privada que tiene todos los incentivos en contra de permitir que la información permanezca referenciada?” BOTERO, Catalina; CAMILLERI, Michael J.; CORTÉS, Carlos. **Democracia en la era digital: libertad de expresión en las Américas y el “Derecho al Olvido” Europeo**. Informe del Estado de Derecho, nov. 2017. p. 11.

⁷²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-277 de 2015. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-277-15.htm>. Acceso en: 17 de septiembre de 2019.

⁷²¹ CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-277 de 2015. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-277-15.htm>. Acceso en: 17 de septiembre de 2019. Párrafo 9.8.2.

⁷²² BRASIL, Superior Tribunal de Justicia. **Recurso Especial n. 1.660.668** – RJ de 08 de mayo de 2018. Disponible en: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923405/recurso-especial-resp-1660168-rj-2014-0291777-1/inteiro-teor-595923409?ref=juris-tabs>. Acceso en 17 de septiembre de 2019.

de la noticia sin relevancia. El diálogo entre las distintas cortes nacionales y las mismas con el SIDH deberá construir parámetros comunes de lo que será exigido de las empresas en la desindexación de contenidos.

Lo que se espera al final, es que, en los casos debidamente comprobados, la medida menos restrictiva sea utilizada siempre y cuando se demuestre un daño sustantivo a la privacidad y la dignidad, a través de una orden judicial adoptada en el marco de un debido proceso, en el que puedan ejercer su defensa todas las partes involucradas⁷²³. Los Estados no deben trasladar los roles públicos a los actores privados, que expande todavía más el poder corporativo, en lugar de restringirlo.

La regulación gubernamental, al revés de propiciar más poder a las empresas, debe monitorear el comportamiento de las compañías en Internet, proteger el espacio para la expresión individual, reforzar la necesidad de transparencia por parte de las compañías y de ellos mismos, e invertir en la infraestructura necesaria para la libertad de expresión en sus países⁷²⁴. Los Estados también tienen obligaciones positivas de crear un entorno propicio en el que el derecho a la libertad de expresión no se vea amenazado por la aplicación de los términos de servicio de las empresas. Al cumplir con esta obligación, los Estados no solo deben regular para hacer cumplir las obligaciones directas del debido proceso y los recursos en caso de moderación inadecuada de contenidos, sino que también deben tomar medidas para garantizar la competencia en el ecosistema de Internet y considerar los derechos de los usuarios cuando las empresas toman decisiones sobre moderación y curación de contenido⁷²⁵.

La transparencia, es importante decir, debe ser una vía de doble sentido, así que de igual modo a la transparencia de las empresas, los gobiernos deben divulgar más sobre sus propias demandas a las empresas⁷²⁶. ¿Cuántos datos de usuario están solicitando a las empresas? ¿Qué tipo de demandas legales están haciendo a las empresas, sea a través de canales legales regulares o extralegales? ¿Cómo hacen esas solicitudes? ¿Se basan en órdenes judiciales o se basan en los propios términos y condiciones de servicios de las empresas? ¿Qué tipos de contenidos exigen que las empresas restrinjan? ¿Qué acuerdos existen entre gobierno y empresas para restricción de contenido en Internet?

⁷²³ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente**. OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.17/17 de 15 de marzo 2017. Párrafo 140.

⁷²⁴ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p. 113.

⁷²⁵ LAND, Molly K. Regulating Private Harms Online. In: JORGENSEN, Rikkie Fran (ed.). **Human Rights in the Age of Platforms**. Reino Unido: The IMT Press, 2019, 285-316. p. 287.

⁷²⁶ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p. 113.

Igualmente, los gobiernos deberían asegurarse de que la eliminación del contenido en Internet se canalice a través de tribunales, que garanticen el debido proceso. Esto requerirá dos acciones: en primer lugar, un diálogo significativo entre las instituciones públicas del Estado y la gobernanza privada del discurso de las empresas y, en segundo lugar, requerirá pensar creativamente sobre cómo los gobiernos pueden reestructurar y especializar sus tribunales para tratar los tipos de temas que surgen en las plataformas, con la rapidez que este tipo de demanda exige⁷²⁷.

Los gobiernos también deben pensar en formas de crear un entorno digital más competitivo. Las leyes antimonopolio deben regular el sector y podrían ser herramientas importantes para que se revitalice la libertad de expresión en Internet⁷²⁸. Algunas políticas que han sido utilizadas durante mucho tiempo deben ser reforzadas, como ejemplo, la neutralidad de la red y la inmunidad de responsabilidad intermedia. Así como una tarifa onerosa en última instancia aumenta los costos para los consumidores, cuando los gobiernos toman medidas para limitar esa inmunidad, los usuarios asumen los costos con mayores limitaciones de expresión⁷²⁹.

Por fin, los Estados deben tener políticas públicas de educación digital. Invertir en programas de educación para que las personas puedan comprender los retos y beneficios que Internet puede ofrecer, será la contribución más valiosa que los Estados pueden aportar. Los niños y personas mayores deben ser especialmente educados para comprender los riesgos de Internet.

Los Estados deben incorporar la alfabetización en Internet en los programas de estudio y apoyar módulos de aprendizaje semejantes en entornos extraescolares. Además de la formación en aptitudes básicas, los módulos deben indicar los beneficios de acceder a información en línea, y la manera de aportar información de forma responsable. La capacitación también puede ayudar a las personas a aprender a protegerse contra los contenidos nocivos y explicar las posibles consecuencias de revelar información privada en Internet⁷³⁰.

Ciudadanía digital debería ser el eslabón permanente entre empresas, Estados y sociedad civil.

⁷²⁷ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p. 114.

⁷²⁸ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p. 115.

⁷²⁹ KAYE, David. **Speech Police: The Global Struggle to Govern the Internet**. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p. 125.

⁷³⁰ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue**. A/HRC/17/27 de 16 de mayo de 2011. Párrafo 88.

5.5 EL ROL DE LAS EMPRESAS DE INTERNET FRENTE A LAS SOLICITUDES ESTATALES

La existencia de discursos que son prohibidos por el derecho internacional, como hemos destacado, hace con que los Estados puedan y deban interferir en los discursos en línea para la preservación de otros derechos, incluso con la adopción de medidas obligatorias de filtrado y bloqueo. Como tales medidas constituyen un límite al derecho a la libertad de expresión, también deben superar la prueba de tres partes: estar previsto en ley de forma inequívoca, tener un fin legítimo y respetar los principios de necesidad y proporcionalidad.

En caso de solicitudes de los gobiernos a las empresas para bloqueo de dichos contenidos ilegales los Estados deben proporcionar información detallada acerca de la necesidad y la justificación para bloquear el contenido, determinada por autoridad judicial o un órgano independiente de cualquier influencia indebida de tipo político, comercial u otro tipo de influencia, especificando qué contenido se debe bloquear. No deben ser admitidos bloqueos genéricos (sitios web enteros), ni que el bloqueo impacte contenidos legítimos⁷³¹. De igual manera, las solicitudes deben ser hechas por las vías ordinarias y no basadas en las condiciones de servicios de las empresas.

Especial atención debe recibir las solicitudes de bloqueo de contenidos que pretendan eliminar los discursos que son protegidos, por su función en el mantenimiento y fortalecimiento de los sistemas democráticos.

Como hemos sustentando al largo de esa tesis las empresas deben respetar los derechos humanos mismo cuando los Estados no quieren o no pueden proteger aquellos que están bajo su jurisdicción, así que la primera cosa que las empresas deben evaluar es se actúan en países donde las solicitudes para bloqueo de contenidos son totalmente arbitrarias, y más allá, mismo en contextos democráticos las empresas son responsables por verificar se las solicitudes cumplen las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos. El primer compromiso de las empresas debe ser una total transparencia sobre la forma cómo responden a las solicitudes de los gobiernos, cuál el número de solicitudes recibidas, sobre cuál tema y cómo ejecutaron dichas órdenes. Los informes sobre las solicitudes del gobierno deben ser detalladas y publicadas en el idioma local.

⁷³¹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/66/290 de 10 de agosto de 2011. Párrafo 38.

De la misma forma, las empresas deben actuar con transparencia a respecto de las demandas gubernamentales de acceso a las comunicaciones y los datos privados de los usuarios, exigiendo del Estado que tales demandas sean realizadas por escrito, por autoridad judicial competente, y que se manifieste que está siendo solicitada bajo leyes claras, que incluye las vías de subsanación, que existe un interés legítimo definido en ley, que es necesaria y proporcional.

En 2010 Google fue la primera compañía de Internet en el mundo en publicar un "Informe de Transparencia" semestral que incluye datos sobre la cantidad de solicitudes gubernamentales que recibe por restricción de contenido, así como la entrega de datos de usuarios. La compañía también ha incluido el porcentaje de solicitudes que ha cumplido en cada país. En la sección "Solicitudes para eliminar contenido", los datos incluyen órdenes judiciales relacionadas con casos de difamación presentados por individuos. También incluye datos sobre la eliminación o filtrado de solicitudes recibidas de titulares de derechos⁷³².

Es preciso abandonar la creencia que las empresas nada pueden hacer bajo las solicitudes de los gobiernos. Como mecanismo de prevención y mitigación las empresas las Naciones Unidas recomiendan⁷³³:

a) Adoptar y divulgar públicamente políticas específicas, con instrucción a todas las unidades de las empresas, de que deben resolver cualquier ambigüedad en favor de la libertad de expresión y demás derechos humanos;

b) Deben interpretar y aplicar las exigencias de los gobiernos de manera estricta;

c) Deben aceptar solamente solicitudes por escrito, que contengan las bases jurídicas para la restricción, cuál el contenido exacto que deben restringir y que estén expedidas por autoridad competente⁷³⁴;

d) Ante solicitudes que no atendan los requisitos arriba, deben solicitar al gobierno aclaraciones o modificaciones;

⁷³² MACKINNON, Rebeca, *et al.* **Fostering Freedom Online: The role of intermediaries**. Paris: Unesco Publishing, 2014, p. 123.

⁷³³ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafos 49 y ss.

⁷³⁴ "Una solicitud de restricción relativa a contenido ilícito debe, como mínimo, contar con lo siguiente: 1. El fundamento jurídico para afirmar que el contenido es ilegal. 2. El identificador de Internet y una descripción del contenido supuestamente ilícito. 3. La consideración proporcionada a las limitaciones, excepciones, y mecanismos de defensa disponibles al usuario proveedor del contenido. 4. Los datos de contacto de la parte emisora o su representante, a menos que esto esté prohibido por ley. 5. Evidencia suficiente para documentar la legitimación legal para emitir tal solicitud. 6. Una declaración de buena fe de que la información brindada es exacta". **Principios de Manila sobre Responsabilidad de los Intermediarios**: Guía de Buenas Prácticas que delimitan la responsabilidad de los Intermediarios de contenidos en la promoción de la libertad de expresión e innovación. Marzo de 2015. Principio III.b.

e) Solicitudes basadas en las condiciones de servicios de las empresas deben ser evaluadas en el marco de la legislación local y las normas de derechos humanos;

f) Las informaciones sobre las solicitudes de los gobiernos hacer la distinción entre las solicitudes basadas en las condiciones de servicios y por las vías legales, deben ser complementadas con datos relativos al tipo de solicitud recibida (incitación al odio: pornografía, terrorismo, etc.), deben ser conservadas en los archivos de las empresas;

g) Realizar consultas locales con la sociedad civil y expertos para comprender como normas aparentemente favorables pueden tener impacto en la región y sus comunidades:

h) Fortalecer y garantizar la profesionalización de las personas que se dedican a evaluar dichas solicitudes, para que conozcan las normas de derechos humanos y sean sensibles al contexto regional. Es urgente incorporar conocimientos culturales, lingüísticos y la *expertise* de personas locales⁷³⁵;

i) Contar con un mecanismo serio de debida diligencia en derechos humanos, revisada frecuentemente y adaptada a los distintos contextos en que actúa. Distintos factores deben ser analizados sobre el contexto: inestabilidad política, especialmente as que ponen en riesgo la democracia y el Estado de Derecho, corrupción, violaciones sistemáticas de derechos humanos, factores socioeconómicos, como pobreza y marginalización, ausencia de acceso a remedios efectivos en el judiciary local y conflictos activos o latentes⁷³⁶. Cuanto a las legislaciones nacionales las empresas precisan hacer la distinción entre los Estados en que las leyes nacionales protegen los derechos humanos como están reconocidos en el derecho internacional; cuando las leyes reflejen los derechos humanos reconocidos internacionalmente, no obstante, no los hacen valer o cuando las leyes nacionales poseen conflictos con el derecho internacional de los derechos humanos⁷³⁷.

j) Notificar las personas de la decisión de eliminar contenido, con informaciones específicas de quién la solicito y cuáles los motivos de la decisión;

k) Informar cuáles son las medidas de apelación existentes;

l) Tener claro políticas de reparación.

⁷³⁵ “Reliance on relevant expertise can result more objective assessment of appropriate business responses un complex environments. It can promote greater consistency and coherence in interpretation of human rights standards across business enterprises”. BIJLMAKERS, Stéphanie. **Corporate Social Responsibility, Human Rights and the Law**. Nueva York: Routledge, 2019. p. 112

⁷³⁶ COMISSION EUROPEA, **ICT Sector Guide on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights**. Disponible en: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ab151420-d60a-40a7-b264-adce304e138b>. Acceso en: 05 de enero de 2019. p. 30

⁷³⁷ COMISSION EUROPEA, **ICT Sector Guide on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights**. Disponible en: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ab151420-d60a-40a7-b264-adce304e138b>. Acceso en: 05 de enero de 2019. p. 30

Por fin, las medidas deben ser adoptadas con la identificación clara del contenido ilícito que será bloqueado, a fin de evitar que sea extendida a contenidos legítimos. Restricciones a páginas enteras y sitios web completos extrapolan los límites a la libertad de expresión.

En casos en que no estamos lidiando con los discursos prohibidos cualquier medida *ex ante* no se puede imponer. “Los sistemas de filtrado de contenidos impuestos por gobiernos o proveedores de servicios comerciales que no sean controlados por el usuario final constituyen una forma de censura previa y no representan una restricción justificada a la libertad de expresión.”⁷³⁸ Adicionalmente, las empresas deben informar claramente como los usuarios pueden hacer uso de los filtros.

5.6 EL ROL DE LAS EMPRESAS EN LA AUTOREGULACIÓN DEL CONTENIDO EN LÍNEA

Las empresas deberían asumir un compromiso de alto nivel en respetar los derechos humanos y en mantener plataformas que permitan una libre circulación de ideas, opiniones, información, debates, permitiendo el libre ejercicio de la libertad de expresión, derecho esencial al fortalecimiento y mantenimiento de los sistemas democráticos.

Esto significa no solo una actuación mejor en relación a las exigencias y demandas gubernamentales como exige políticas internas y normas y condiciones de servicios de orientadas y coherentes con las normas de los derechos humanos. El compromiso con los derechos humanos debe orientar todas las políticas de empresas, desde la recopilación y manipulación de datos, hasta las políticas de moderación de contenido.

Como discutido en los capítulos anteriores las condiciones de servicios de las empresas de Internet suelen diseñarse de manera tan genérica que es difícil determinar el contenido que se puede restringir. A esta preocupación se suma una comunicación deficiente sobre el contenido retirado, medios de apelación de la decisión de las empresas, acceso a remedios eficaces en caso de violaciones a la libertad de expresión y la automatización que impide el análisis del contexto⁷³⁹.

⁷³⁸ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente**. OEA/Ser.L/V/II, CIDH/RELE/INF.17/17 de 15 de marzo 2017. Párrafo 91.

⁷³⁹ En julio de 2019 el Ministerio Público Federal de Goiás, Brasil, protocola una Acción Civil Pública para evitar que Facebook siga actuando de forma arbitraria y selectiva al aplicar sanciones y bloqueos en contra los usuarios brasileños. El Ministerio Público pide que Facebook deje claro las reglas del uso de Facebook y solo excluya contenidos o cuentas de los usuarios cuando tenga disponible las condiciones mínimas de defensa y explique de

Por el impacto en el libre ejercicio a la libertad de expresión, entendiéndose que las empresas no deberían moderar contenidos, pero deberían estar atentas a las solicitudes judiciales para retiradas de contenidos prohibidos y deberían involucrarse en iniciativas conjuntas con Estados y sociedad civil para el desarrollo de políticas y herramientas que preserven la arquitectura abierta, plural, neutral, de intercambio libre de informaciones y opiniones que debería ser Internet.

Las compañías no están construidas para moderar contenido a escala global, a menudo alienan y debilitan las culturas en los mercados donde operan. Igualmente, las reglas de contenido permiten una participación extremadamente limitada para sus usuarios para ayudar a crearlos o hacerlos cumplir⁷⁴⁰.

Las compañías poseen unos retos inmensos en el ambiente *online*, trabajando para la mejora constante en la calidad de sus servicios, coordinando con el gobierno y la sociedad civil una completa disponibilidad de Internet para todas las personas, protegiendo la privacidad y seguridad de sus usuarios y apoyando iniciativas de educación digital. Pero no son los actores adecuados para “regular” el ágora pública en que se ha transformado Internet.

La moderación de contenidos por las empresas puede llevar a una censura privada excesivamente amplia, y que a menudo se ha desarrollado sin transparencia y las debidas garantías. Las empresas de Internet hoy tienen un poder inmenso sobre lo que puede o no ser dicho y circulado en Internet, pero siguen con sus intereses comerciales y políticos que pueden llevar al silencio de determinadas voces. Si los Estados no deben trasladar a las empresas la función de restringir la libertad de expresión, tampoco las propias empresas deberían imponerse este rol.

La falta de transparencia en el proceso de adopción de decisiones por los intermediarios frecuentemente encubre prácticas discriminatorias o presiones políticas que determinan las decisiones de las empresas. Además, los intermediarios, en tanto que entidades privadas, no están en las mejores condiciones para determinar

manera detallada los motivos de la conducta irregular. “Desde outubro de 2017, o MPF vem apurando as práticas de censura promovidas pela rede social a seus usuários. O fato que deu início às investigações está relacionado às manifestações promovidas por usuários do Facebook em desfavor da “Exposição Queer”, promovida pela Santander Cultural, durante os meses de julho a setembro daquele ano, na cidade de Porto Alegre (RS). Na ocasião, cidadãos e movimentos sociais apontaram que a mostra fazia apologia à pedofilia e zoofilia. O protesto deu-se, especialmente, por meio de publicações no Facebook. Na ocasião, usuários reclamaram publicamente que essas postagens foram, ilícitamente, objeto de censura e exclusão pela rede social”. Disponible en: <http://www.mpf.mp.br/go/sala-de-imprensa/noticias-go/censura-mpf-ajuiza-acp-para-impedir-praticas-de-censura-a-usuarios-do-facebook>. Acceso en: 09 de noviembre de 2019. Hasta la fecha no hay avances en la Acción protocolada.

⁷⁴⁰ KAYE, David. **Speech Police**: The Global Struggle to Govern the Internet. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p. 116.

si un determinado contenido es ilegal, porque para ello hace falta sopesar con cuidado los intereses divergentes y examinar las defensas⁷⁴¹.

Difícilmente las empresas tendrán la capacidad de analizar los múltiples contextos en que la libertad de expresión debería o no sufrir limitaciones y los posibles impactos locales de sus decisiones. La complejidad de los problemas involucrando la libertad de expresión pueden llevar a las empresas de Internet a restringir determinadas expresiones mismo cuando se trate de contenidos legítimos. Por añadidura, las limitaciones de tiempo, la incomprensión de los matices cultural y lingüísticos y la automatización impiden un examen razonado del contexto⁷⁴².

[...] intermediarios no tienen —ni tienen que tener— la capacidad operativa/técnica para revisar los contenidos de los cuales no son responsables. Tampoco tienen —ni tienen que tener— el conocimiento jurídico necesario para identificar en qué casos un determinado contenido puede efectivamente producir un daño antijurídico que debe ser evitado. Pero incluso si contaran con el número de operadores y abogados que les permitiera realizar este ejercicio, los intermediarios, en tanto actores privados, no necesariamente van a considerar el valor de la libertad de expresión al tomar decisiones sobre contenidos producidos por terceros que pueden comprometer su responsabilidad⁷⁴³.

Mismo mecanismo extrajudiciales como los “notificación y retirada” pone a los intermediarios privados en posición de tener que tomar decisiones sobre la licitud o ilicitud de los contenidos y genera los mismos incentivos hacia la censura privada.⁷⁴⁴ Para la CIDH, dejar las decisiones de remoción al arbitrio de actores privados que no tienen la capacidad de ponderar derechos e interpretar la ley de conformidad con los estándares en materia de libertad de expresión y otros derechos humanos, puede perjudicar seriamente la libertad de expresión garantizada por la Convención Americana⁷⁴⁵.

⁷⁴¹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue**. A/HRC/17/27 de 16 de mayo de 2011. Párrafo 42

⁷⁴² NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 29.

⁷⁴³ CDIH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de Expresión e Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 de 31 diciembre 2013. Párrafo 99.

⁷⁴⁴ “Los usuarios a quienes el proveedor de servicios notifica la ilicitud declarada de sus contenidos a menudo tienen pocas posibilidades de recurrir o cuentan con pocos recursos para impugnar la retirada. Además, en vista de que aun así los intermediarios pueden ser considerados responsables —financieramente o, en algunos casos, penalmente— si no retiran el contenido al recibir una notificación de los usuarios en relación con el contenido ilícito, lo normal es que se decanten por la seguridad censurando en exceso el contenido potencialmente ilegal”. NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue**. A/HRC/17/27 de 16 de mayo de 2011. Párrafo 42.

⁷⁴⁵ CDIH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de Expresión e Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 de 31 diciembre 2013. Párrafo 105

Por fin, estamos tratando de un sector en que la concentración de poder en las manos de unas pocas empresas ya es bastante acentuada. El escenario apunta a unas pocas empresas que deciden, hoy en día, lo que es lícito o ilícito, moral o inmoral, legal o ilegal, para ser hablado, discutido, compartido y debatido en Internet.

Es importante impedir las medidas que desnaturalicen el potencial democratizador de Internet y que afecte no solo los derechos de las personas de hablar como de difundir sus informaciones en un ambiente libre. En caso de abuso del derecho a la libertad de expresión todos los mecanismos de responsabilidades ulteriores deben ser activados y la responsabilidad debe recaer sobre quien es directamente responsable por la expresión ofensiva⁷⁴⁶.

En este sentido, La Corte Suprema del Canadá en el caso *Crookes v. Newton* falló en el sentido de que los hipervínculos de una determinada publicación, aunque lleven a sitios de noticias difamatorias, no debe ser visto como una publicación y, por lo tanto, no deberían responsabilizar al autor de la publicación. Para la Corte canadiense, aplicar la regla tradicional de responsabilidad de quien ayuda a que contenido difamatorio llegue a tercero, en los hipervínculos, tendría el efecto de crear una responsabilidad para todos los hipervínculos. Esto restringiría seriamente en flujo de informaciones, en Internet y, como resultado, la libertad de expresión⁷⁴⁷.

Sin embargo, la decisión de las empresas de moderar contenidos en línea parece sin posibilidades de regreso. Una vez que decidan moderar el contenido las empresas asumen una serie de responsabilidades y así como la regulación y co-regulación, la autorregulación también debería ser resultado de un proceso de gobernanza multisectorial que tenga en cuenta los contextos locales y regionales.

⁷⁴⁶ “El Relator Especial considera que las medidas de censura nunca deben delegarse en una entidad privada, y que no debe responsabilizarse a nadie de contenidos aparecidos en Internet de los cuales no sea el autor”. NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue**. A/HRC/17/27 de 16 de mayo de 2011. Párrafo 43. “Las personas no deben ser consideradas responsables por el contenido de Internet que no es de su autoría, a menos que hayan adoptado el contenido como propio o se hayan negado a obedecer una orden de un tribunal para remover ese contenido. La jurisdicción en casos relativos a Internet debe restringirse a aquellos Estados en los que el autor se haya establecido o a los cuales el contenido se haya dirigido específicamente; no debe establecerse la jurisdicción en un Estado simplemente porque el contenido haya sido descargado allí”. Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión. **Mecanismos Internacionales para la Promoción de la Libertad de Expresión: Declaración Conjunta** de 21 de diciembre de 2005.

⁷⁴⁷ “A hyperlink, by itself, should never be seen as “publication” of the content to which it refers. When a person follows a hyperlink to a secondary source that contains defamatory words, the actual creator or poster of the defamatory words in the secondary material is the person who is publishing the libel. Only when a hyperlinker presents content from the hyperlinked material in a way that actually repeats the defamatory content, should that content be considered to be “published” by the hyperlinker”. SUPREME COURT OF CANADÁ, **Crookes v. Newton**, 2011 SCC 47, 2011, 3 S.C.R. 269. 19 de octubre de 2011. Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/7963/index.do>. Acceso en: 20 de octubre de 2019.

En las condiciones de servicios los usuarios están obligados a aceptar las reglas impuestas para utilizar las plataformas y como restringir la libertad de expresión de sus usuarios solamente deben considerarse legítima “cuando dichas restricciones no impidan u obstaculicen de manera arbitraria las posibilidades de expresión de una persona en Internet”⁷⁴⁸. Para que no sean consideradas arbitrarias deben respetar los requisitos de búsqueda de una finalidad imperativa, así como de necesidad, idoneidad y proporcionalidad de la medida para alcanzar la finalidad perseguida, como discutido en el test tripartito para determinar los límites a la libertad de expresión.

Una vez más, las únicas medidas *ex ante* autorizadas, con filtrado y bloqueo previo, son las permitidas en los casos de los discursos prohibidos. Son medidas excepcionales y como tal, deben ser estrictamente aplicadas, so pena de censura previa. Las medidas menos gravosas que la remoción de los contenidos, como la notificación del usuario para la retirada y limitar la visibilidad del contenido, deben ser usadas preferencialmente.

Para atender al criterio de no discriminación en el momento de elaboración de sus políticas, las empresas deben ir más allá del enfoque formalista que considera todas las características protegidas como igualmente vulnerables, más deben tratar de conocer las necesidades de las comunidades regionales que históricamente han sido víctimas de censura, abusos y acosos⁷⁴⁹.

En primero lugar, las normas y condiciones de servicios de las empresas deben ser claras e inequívocas de conformidad con las normas y principios regionales de derechos humanos, respetando todavía, en el momento de la aplicación las comprensiones regionales sobre los límites a la libertad de expresión. Para que las reglas sean inteligibles y accesibles a todos los usuarios, al menos las grandes plataformas, deben presentarlas en el idioma del usuario.

Debe haber una información clara de cuáles son las medidas que pueden ser tomadas por las empresas, especialmente a nivel de cuenta, como modificación del perfil, configuraciones para que sea una cuenta solo de lectura, verificación de titularidad hasta la suspensión permanente. Asimismo, todas las modificaciones en los términos de servicios deben ser notificados a los usuarios, con un aviso significativo de una manera, formato y tiempo que

⁷⁴⁸ CDIH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de Expresión e Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 de 31 diciembre 2013. Párrafo 111.

⁷⁴⁹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 48.

permita a los usuarios de la plataforma ver, procesar y comprender los cambios sin un esfuerzo irrazonable⁷⁵⁰.

Los términos de servicio deberían ser negociados o discutidos de antemano entre los Estados, las empresas y la sociedad civil, en un diálogo permanente que vise reducir el desequilibrio entre los usuarios de la plataforma y las plataformas y, en algunos, casos, entre Estados y plataformas. Es importante que las empresas dejen claro cuáles son exactamente los contenidos y actividades que son prohibidas y cuáles los criterios las empresas utilizan para hacer sus evaluaciones. Ejemplos de casos hipotéticos o reales pueden dejar más claro al usuario.

El manual hecho en conjunto por Twitter y la OEA es un buen ejemplo en este sentido. La parte 4 del manual está todo dedicada a explicar a los usuarios las reglas de Twitter y la manera como dichas reglas pueden ser aplicadas⁷⁵¹. Con todo, las reglas siguen siendo, como ya discutido en el capítulo 2, bastante amplias. Igualmente, al explicar cuáles factores consideran a la hora de decidir sobre la retirada de contenidos lo hacen de manera muy vaga. Twitter explica, por ejemplo, que uno de los factores que se analiza es si el tema es de legítimo interés público. Pero ¿que se valora a la hora de determinar el interés público?, ¿que la empresa entiende por legítimo interés público?

Las empresas también deben explicar ¿Cuáles son los criterios y mecanismos de curación y moderación de contenidos? ¿Cuáles son de control directo del usuario y cuáles no? ¿En qué casos, cuándo y cómo aplica la automatización de análisis de contenidos? ¿En qué casos, cuándo y cómo aplica la revisión humana de contenidos? ¿Cuántos moderadores tiene, describiendo con detalle su perfil profesional⁷⁵².

Cuanto al perfil profesional de los moderadores las empresas deben tomar en serio la profesionalización constante de las personas que analizan los contenidos –basada en los derechos humanos- y aceptar el hecho de que, la moderación automatizada del contenido es incapaz de tener en cuenta el contexto y el significado de las particularidades lingüísticas y culturales de cada una de las localidades en que actúan.

Las empresas también deben contar con salvaguardias eficaces para evitar abusos y censuras y por lo tanto, necesitan tener una política muy clara de notificación de los usuarios de

⁷⁵⁰ BELLI, Luca; ZINGALES, Nicolo (ed.). **Platform Regulations: How Platforms are Regulated and How They Regulate Us**. Annex: Recommendations on Terms of Service & Human Rights. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio: 2017. p. 236.

⁷⁵¹ OEA, **Alfabetismo y Seguridad Digital: Mejores Prácticas en el uso de Twitter**, 2009. p. 30.

⁷⁵² OBSERVACOM, *et al.* **Aportes para una regulación democrática de las grandes plataformas que garantice la libertad de expresión en Internet: Una perspectiva latinoamericana para lograr procesos de moderación de contenidos compatibles con los estándares internacionales de derechos humanos**. Punto 3.4

las restricciones de contenidos, modos de apelación de la decisión de la empresa y mecanismos eficaces de reparación en caso de restricción ilegítima.

Para el respecto al debido proceso las empresas los usuarios deben ser notificados sobre las decisiones a respeto de sus contenidos. Con información clara sobre cuál es el problema, cuál es la regla específica violada, y cuáles son las formas de apelación. “La notificación debería ser lo suficientemente detallada para permitir al usuario identificar específicamente el contenido restringido y debe incluir información sobre cómo se detectó, evaluó y eliminó o restringió el contenido o cuenta”⁷⁵³. Los contenidos cuestionados por otros usuarios o basados en las condiciones de servicios deberían mantenerse publicado en las plataformas hasta una decisión definitiva surgida de debido proceso donde se permita la retirada voluntaria del contenido o se garantice el derecho de defensa del usuario⁷⁵⁴.

En la notificación, la empresa debe dejar claro los mecanismos de apelación que disponen los usuarios. Una vez más el diálogo entre sociedad civil, Estados y empresas puede ser extremadamente útil. Los Estados deberían prestar su apoyo a las empresas para crear mecanismos de apelación de acuerdo con los derechos humanos y la sociedad civil debería participar para opinar sobre los problemas más recurrentes y para facilitar la comprensión del contexto. Se podría pensar incluso en la participación de todas las empresas que moderan contenido en Internet en la región y enfrentan los mismos retos.

Los mecanismos de apelación deben ser accesibles y fáciles de utilizar, los usuarios deben tener derechos de presentar pruebas o materiales para discutir el caso, las apelaciones deben ser analizadas por una persona o panel de personas, deben resultar en una pronta respuesta al usuario y deben ser divulgadas, con base en el derecho internacional de los derechos humanos, las excepciones al principio de apelaciones universales⁷⁵⁵.

Las restricciones de la misma forma no pueden attingir contenidos legítimos, so pena de menoscabar los principios de tolerancia, pluralismo y diversidad que deben orientar las sociedades democráticas. Los usuarios que se sientan afectados por las decisiones de las empresas deben tener acceso a los recursos legales para controvertir la decisión y mecanismos

⁷⁵³ OBSERVACOM, *et al.* **Aportes para una regulación democrática de las grandes plataformas que garantice la libertad de expresión en Internet:** Una perspectiva latinoamericana para lograr procesos de moderación de contenidos compatibles con los estándares internacionales de derechos humanos. Punto 5.1.b.

⁷⁵⁴ OBSERVACOM, *et al.* **Aportes para una regulación democrática de las grandes plataformas que garantice la libertad de expresión en Internet:** Una perspectiva latinoamericana para lograr procesos de moderación de contenidos compatibles con los estándares internacionales de derechos humanos. Punto 4.8.

⁷⁵⁵ **The Santa Clara principles on transparency and accountability in content moderation.** Mayo de 2018. Disponible en: <https://santaclaraprinciples.org/>. Acceso en: 7 de septiembre de 2019.

de reparación en caso de violación de sus derechos⁷⁵⁶. Así como se hace en Europa, las empresas deben establecer que las controversias se regirán por las leyes donde el usuario tenga su residencia habitual⁷⁵⁷.

La reparación de los usuarios en caso de violaciones de sus derechos, tal cual, exigido en los Principios Rectores, ha sido el tema menos debatido sobre la moderación del contenido por las empresas de Internet. El único mecanismo de reparación no puede ser exclusivamente la readmisión del contenido, las propias empresas deben pensar en otras formas de reparación que pueden ir desde admitir el error, hasta la reparación pecuniaria por daños causados a la reputación u otros tipos de daños.

Según los PR, los mecanismos de reparación no judicial deben respetar seis criterios, a saber, que los mecanismos de reparación sean legítimos, accesibles, predecibles, equitativos, transparentes y compatible con los derechos.

a) Legítimos: deben disponer de estructuras de gestión claras, transparentes y suficientemente independientes para evitar que las partes interfieran en la imparcialidad del proceso;

b) Accesibles: deben ser conocidos por quien pueda necesitarlos y deben permitir un amplio acceso, superando obstáculos de idioma y distancia;

c) Previsibles: el procedimiento debe ser claro y prever un plazo para cada fase. Asimismo, deben existir claridad sobre los tipos de proceso y los resultados que pueden ofrecer, así como un medio para vigilar el cumplimiento de los resultados;

d) Equitativos: todas las partes deben tener acceso razonable a las fuentes de información, el asesoramiento y los conocimientos técnicos necesarios para iniciar un proceso de reclamación en condiciones de imparcialidad e igualdad;

e) Compatibles con los derechos: sus resultados y remedios deben ser compatibles con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas;

f) Transparentes: deben proporcionar la suficiente transparencia en sus procesos y resultados⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ CDIH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de Expresión e Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 de 31 diciembre 2013. Párrafo 115.

⁷⁵⁷ “Consumers residing in the EU may bring proceedings against the other party to a (business-to-consumer) contract before the Courts of the Member State where they are domiciled, provided the contract lies in the scope of the other party’s commercial or professional activities in the Member State of the consumer’s domicile. Accordingly, the contract concluded by a consumer with a social network operator shall be governed by the law of the country where the consumer has his habitual residence”. COMISSION EUROPEA, **Better social media for European consumers: overview of changes**, febrero de 2018.

⁷⁵⁸ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos**. A/HRC/8/5 de 7 de abril de 2008. Párrafo 92.

Sin embargo, no está clara todavía como deberían funcionar tales mecanismos y cómo Estados y empresas podrían organizalo⁷⁵⁹. ¿Sería posible la creación de una plataforma para resolución de las disputadas en línea en que participasen los estados, sector privado y sociedad civil? ¿Existen formas de resolución de controversias extrajudiciales eficientes cuando los usuarios si sienten afectados por las empresas de Internet? ¿Cómo la propia innovación tecnológica podría ser utilizada para crearse un buen sistema de resolución de disputas bajo el tercer pilar de los Principios Rectores? La construcción de estándares comunes debe llevar estas preguntas en cuenta al momento de iniciar un diálogo constructivo y participativo.

Cuando las empresas administran directamente el mecanismo de reparación pueden surgir problemas en las medidas en que están desempeñando al mismo tiempo la función de parte y de juez⁷⁶⁰, así parece más razonable un mecanismo totalmente externo, que lograrse corregir los desequilibrios de información y técnicos entre las empresas y sus usuarios. Los mecanismos de reparación cumplen, igualmente, una importante función en la debida diligencia, porque ofrecen datos importantes sobre los riesgos que la actividad puede tener en los derechos humanos, funcionando como un sistema de alerta temprano⁷⁶¹.

Las empresas deben ser transparentes sobre la forma como están moderando los contenidos. La transparencia es un requisito previo para la rendición de cuentas de estas empresas y para que las empresas ganen y mantengan la confianza en sus servicios. La transparencia debe ser cualitativa y cuantitativa. La transparencia cualitativa implica comunicarse con los usuarios sobre los procesos para cumplir las normas y procesos internos de la empresa. La transparencia cuantitativa se refiere a la publicación de datos agregados que ayudan a los usuarios de Internet a comprender qué tipos de contenido se eliminan bajo qué auspicios y por qué motivo⁷⁶².

Las empresas deben adoptar enfoques de la transparencia radicalmente distintos en todas las etapas de sus operaciones, desde la elaboración de normas hasta la recopilación y aplicación de “jurisprudencia” que enmarque la interpretación de las normas privadas. La transparencia requiere una mayor interacción con las organizaciones de derechos digitales y otros sectores pertinentes de la sociedad civil

⁷⁵⁹ LAIDLAW, Emily B. Online Platform Responsibility and Human Rights. In: BELLI, Luca; ZINGALES, Nicolo (ed.). **Platform Regulations: How Platforms are Regulated and How They Regulate Us**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017, 65-82. p. 73.

⁷⁶⁰ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos**. A/HRC/8/5 de 7 de abril de 2008. Párrafo 96.

⁷⁶¹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Empresa y derechos humanos: nuevas medidas para la puesta en práctica del marco "proteger, respetar y remediar"**. A/HRC/14/27 09 de abril de 2010. Párrafo 92.

⁷⁶² MACKINNON, Rebeca, *et al.* **Fostering Freedom Online: The role of intermediaries**. Paris: Unesco Publishing, 2014, p. 21.

y la renuncia a concertar acuerdos secretistas con los Estados sobre las normas relativas a los contenidos y su aplicación⁷⁶³.

Los informes de transparencia deben contener información específica acerca de todas las restricciones de contenido adoptadas por el intermediario, incluyendo las acciones realizadas ante peticiones gubernamentales, órdenes de tribunales, requerimientos de privados, y sobre la implementación de sus políticas de restricción de contenidos de manera individualizada⁷⁶⁴. Cuando se restrinja contenido en un producto o servicio del intermediario que permita desplegar un aviso cuando se intenta acceder a dicho contenido, el intermediario debe desplegar un aviso claro que explique qué contenido fue eliminado y por qué⁷⁶⁵.

Deben informar cómo fueron iniciadas las acciones de moderación de contenido (*flag* de un usuario, un programa de reportes por usuarios de confianza (*trusted flagger program*) o por la aplicación proactiva de los Estándares Comunitarios (por ejemplo, mediante el uso de un algoritmo de aprendizaje automático)⁷⁶⁶. Deben igualmente incluir datos de cuantas decisiones fueron apeladas y en cuantas hubo realmente un error en la toma de decisión.

Para las Naciones Unidas, las empresas deben incentivar que las propias personas tengan autonomía para escoger el contenido que quieren o no tener acceso a través de herramientas para silenciar, bloquear o activar filtros de notificaciones, para impedir que aparezcan contenidos relacionados a determinadas temas, palabras o ciertos tipos de cuentas⁷⁶⁷.

La misma transparencia exigida a la moderación de contenido debe ser exigida para la forma como las empresas clasifican los contenidos de información y búsqueda de resultados. Si la clasificación se hace con base en la interacción de los usuarios, las empresas deben explicar que datos recogen y como hacen los criterios de clasificación. ¿Es posible que el usuario se desvincule del tratamiento realizado para recibir informaciones? ¿Cuáles podrían ser los mecanismos? ¿Como se podrían hacer transparentes los algoritmos de búsqueda de tal manera que sean comprendidos por los usuarios? ¿Es posible evitar las burbujas de información?

⁷⁶³ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 71

⁷⁶⁴ **Principios de Manila sobre Responsabilidad de los Intermediarios**: Guía de Buenas Prácticas que delimitan la responsabilidad de los Intermediarios de contenidos en la promoción de la libertad de expresión e innovación. Marzo de 2015. Principio IV e.

⁷⁶⁵ **Principios de Manila sobre Responsabilidad de los Intermediarios**: Guía de Buenas Prácticas que delimitan la responsabilidad de los Intermediarios de contenidos en la promoción de la libertad de expresión e innovación. Marzo de 2015. Principio IV f.

⁷⁶⁶ **The Santa Clara principles on transparency and accountability in content moderation**. Mayo de 2018. <https://santaclaraprinciples.org/>

⁷⁶⁷ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 61.

Los procesos de debida diligencia pueden apuntar con más claridad los efectos de las actividades de las empresas de Internet en materia de derechos humanos y la mejor forma de supéralos o mitígalos. En un proceso de debida diligencia en que la empresa reúna datos claros sobre potenciales riesgos que sus actividades causan, haga un examen cuidadoso puede apuntar posibles conflictos entre las internas, normas nacionales y los derechos humanos, contar con un procesos internos de capacitación de todos los funcionarios, utilice conocimientos especializados externos de la sociedad civil, organizaciones no gubernamentales, académicos, mantenga un proceso constante de consultas a los usuarios finales⁷⁶⁸, y logre adaptarse rápidamente el proceso as distintas circunstancias y contextos operacionales⁷⁶⁹.

Para los intermediarios algunas actividades serán de importante análisis: tales como, la entrada en un nuevo mercado; solicitudes gubernamentales o no gubernamentales de restricción al contenido o de datos de los usuarios; la formulación o modificación de las políticas de restricción al contenido y la privacidad; cambios de productos relativos a la moderación del contenido o comunicaciones cifradas; mecanismos que facilitan el acceso priorizado a contenido y aplicaciones en Internet; así como los servicios de capacitación y consultoría conexos⁷⁷⁰.

El proceso de debida diligencia deberá comprender cinco fases: evaluar cuáles son los impactos actuales y potenciales; integrar los hallazgos y actuar para prevenir o mitigarlos; hacer un seguimiento sobre la eficacia con que se abordan los impactos; comunicar cómo se están abordando los impactos⁷⁷¹. En todas las etapas la consulta a las partes interesadas que puedan ser afectadas es la clave para determinar el suceso del proceso. Esto porque el mayor propósito de los procesos de debida diligencia es comprender os impactos específicos sobre personas específicas, dado un específico contexto⁷⁷².

⁷⁶⁸ “Por ejemplo, la interacción con una variedad de grupos indígenas diversa desde el punto de vista geográfico puede ayudar a las empresas a elaborar mejores indicadores para tener en cuenta el contexto artístico y cultural a la hora de evaluar el contenido en el que aparezcan desnudos”. NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018. Párrafo 54.

⁷⁶⁹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/35/22 de 30 de marzo de 2017. Párrafos 52 a 58.

⁷⁷⁰ NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/35/22 de 30 de marzo de 2017. Párrafos 53.

⁷⁷¹ COMISSION EUROPEA, **ICT Sector Guide on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights**. Disponible en: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ab151420-d60a-40a7-b264-adce304e138b>. Acceso en: 05 de enero de 2019. p. 15.

⁷⁷² RUGGIE, John Gerald; SHERMAN, John F. The concept of “Due Diligence” in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: a reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale”, **European Journal of International Law**, vol. 28, n. 3, 2017, 921-928. p. 921.

Independientemente de cómo los gobiernos decidan regular las plataformas, las empresas precisan asumir su rol como mediadoras del espacio público y deberán reformar la forma en que vigilan el discurso en Internet. Esa reforma requerirá que las empresas cambien las reglas fundamentales que adoptan para moderar el contenido generado por el usuario; la supervisión y la rendición de cuentas a las que someten sus decisiones; y los roles que ofrecen a sus usuarios en todo el mundo para garantizar que un espacio democrático que beneficie a los usuarios donde sea que operen⁷⁷³.

A pesar de las propuestas anterior, seguimos con una serie de retos que todavía necesitan diálogo, estrategia de mutuo apoyo, incrementos tecnológicos y la construcción de estándares comunes tal cual preconizado por el *Ius Constitutionale Cummune* en América Latina. El objetivo final siempre deberá ser la construcción de una Internet que verdaderamente represente un espacio libre de debates y opiniones que nos permitan la consolidación y protección de los Estados democráticos latinoamericanos.

⁷⁷³ KAYE, David. **Speech Police**: The Global Struggle to Govern the Internet. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019. p.116.

6 CONCLUSIONES

Desde la premisa de que los agentes privados hacen posible el acceso digital y sirven de mediadores para permitir el ejercicio de la libertad de expresión en Internet, la presente tesis procuró superar la preocupación teórica y jurisprudencial prevalente que se ocupó esencialmente del papel y retos de los Estados para la protección y promoción de los derechos humanos, para enfocarse en la actuación de las empresas privadas -Intermediarios de Internet- y los impactos de sus actividades en los derechos humanos, especialmente en la libertad de expresión. Por lo tanto, las discusiones se centraron en establecer cuáles estándares mínimos deberían orientar la actividad de las empresas para el respeto de la libertad de expresión en Internet en la región latinoamericana.

Para satisfacer el objetivo general, en un primer momento se propuso a analizar las obligaciones de las empresas en relación con los derechos humanos y los principales avances sobre el tema en los sistemas de protección de los derechos humanos, a partir del enfoque de empresas y derechos humanos. Esta labor permitió concluir que las obligaciones de las corporaciones comienzan con el deber general y global de respetar los derechos humanos y, por ello, tienen la obligación de abstenerse de todas las acciones que puedan violar los derechos humanos, sea directa o indirectamente, cuando actúan en complicidad con otros actores. El deber de las empresas, que existe de manera independiente de los deberes del Estado, no se restringe a la no violación de los derechos humanos, sino que requiere medidas positivas para garantizar que sus actividades no tengan consecuencias negativas en los derechos humanos. Para cumplir con estas responsabilidades las empresas deben tomar las medidas para conocer, prevenir y responder a los efectos negativos que sus actividades pueden tener en los derechos humanos, esto es, actuar con debida diligencia.

A pesar de existir en el ámbito universal de protección de los derechos humanos, una importante preocupación por la participación de las empresas privadas en graves violaciones de derechos humanos, solo en 2011 ocurrió un importante desarrollo normativo que logró crear un marco común global sobre la responsabilidad de las empresas con los derechos humanos. Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos son el resultado del mandato de John Ruggie como Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales en las Naciones Unidas, Ruggie procuró establecer una plataforma normativa común mundial sobre las empresas y los derechos

humanos. Por eso estableció en los Principios Rectores un sistema de responsabilidades u obligaciones diferenciadas pero complementarias, con tres principios básicos: el deber del Estado de proteger frente a los abusos a los derechos humanos cometidos por terceros -como las empresas-, la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos; y la necesidad de tener una vía más efectiva de acceso a los remedios o recursos en caso de violaciones a los derechos humanos.

Los Principios Rectores Ruggie están basados en tres sistemas de gobernanza: el derecho estatal (nacional e internacional), la gobernanza empresarial y un sistema de gobernanza que involucra a los afectados por las empresas que se expresan en tres pilares: proteger, respetar y remediar. El primer pilar se refiere a la obligación del Estado -emanada de los tratados de derechos humanos que los Estados han ratificado y de la costumbre internacional- de proteger contra las violaciones a los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por empresas, adoptando las medidas apropiadas para prevenir, investigar, responsabilizar y reparar tales violaciones por medio de políticas apropiadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia. El segundo pilar se refiere justamente a la responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos, tanto al abstenerse de violar derechos humanos de terceros, como al enfrentar -prevenir, mitigar y reparar- los impactos negativos que sus actividades puedan causar. El tercer pilar recurre a la necesidad de mecanismos de reparación, judiciales o extrajudiciales cuando se produzcan violaciones a los derechos humanos cometidas por empresas.

A pesar de no crear nuevas obligaciones internacionales para las empresas, el gran éxito de Ruggie fue conciliar, en un mínimo aceptable, intereses tan distintos, como los de las empresas y los que protegen los derechos humanos. Por esta razón los Principios Rectores se transformaron en la mayor referencia normativa para el campo de las empresas y los derechos humanos. Adicionalmente, logró establecer que la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos es aplicable a todas las empresas, independientemente de su tamaño o tipo de actividad, del local donde operan y de dos contextos nacionales existentes. Es decir, la responsabilidad existe con independencia de la capacidad y/o voluntad de los Estados de cumplir con sus propias obligaciones de derechos humanos. Se trata de una responsabilidad adicional a la de cumplir las leyes y normas nacionales de protección de los derechos humanos. Así, las empresas deben, además respetar todas las leyes aplicables a sus actividades, respetar los derechos humanos reconocidos internacionalmente y buscar fórmulas que les permitan honrar esos principios frente a exigencias contrapuestas.

Eso exige de las empresas adoptar acciones positivas que incluyan una política integral de respeto a los derechos humanos, el establecimiento de un proceso de debida diligencia para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas sobre cómo abordan el impacto de sus actividades en los derechos humanos y; la creación de un proceso que permita reparar las consecuencias negativas que puedan haber provocado o contribuido a provocar.

Los PR's impactaron todo el Sistema Universal de Protección a los Derechos Humano y los sistemas regionales. En el ámbito interamericano, desde el año de 2014 la Organización de los Estados Americanos (OEA) reconoció expresamente que las empresas, independientemente de su tamaño, sector de actividad, contexto o estructura, tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos en sus actividades. Esta obligación no depende de las capacidades de los Estados para cumplir sus obligaciones en la materia. La preocupación sobre la actuación de las empresas en los derechos humanos es clave en la región latinoamericana ya que existen zonas en las cuales los Estados no intervienen o no tienen la capacidad para enfrentar a los actores privados, ni siquiera para proteger los derechos más esenciales.

A pesar de su carácter marcadamente centrado en la actuación de los Estados el SIDH, ha producido algunos avances en el tema de empresas y derechos humanos. En el ámbito de CIDH, la principal contribución ha sido el reconocimiento de la responsabilidad de las empresas en los casos de violaciones a los derechos humanos, especialmente cuando se trata de los pueblos indígenas.

En el ámbito de la Corte IDH, la principal contribución ha sido el desarrollo de la responsabilidad de los Estados en casos de violaciones a los derechos humanos cometidas por actores no estatales, como las empresas. En 2015, en el Caso Kaliña y Lokono vs Surinam la Corte abordó por primera vez los Principios Rectores de las Naciones Unidas y reconoció el impacto de las actividades de una empresa minera en el medio ambiente y en los derechos de los pueblos indígenas. Adicionalmente, el tribunal interamericano reconoció la necesidad de involucrar a las empresas que cometieron violaciones a los derechos humanos en las medidas de reparación.

Superada la definición de la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos, sistematizaron los principales casos de violaciones a la libertad de expresión en Internet causado por la actuación de empresas privadas. Este examen se acotó en los casos que involucraron a los intermediarios de Internet. La primera categoría (vigilancia en línea y uso indebido de datos) trató de los casos donde existía una afectación indirecta de la libertad de

expresión. La segunda categoría trató de los casos donde existía violación directa de la libertad de expresión y se abordaba la regulación del contenido.

Los casos de vigilancia en línea y uso indebido de datos afectan directamente el derecho a la privacidad y la protección de los datos. Sin embargo, impactan la libertad de expresión de manera indirecta. Esto porque, las personas que creen que sus comunicaciones y su comportamiento en línea están siendo monitoreados o expuestos de una manera que viola sus derechos de privacidad también tienen menos probabilidades de expresarse libremente mientras utilizan los servicios de intermediarios de Internet. En los casos de vigilancia de comunicaciones en línea, aunque los Estados sean los principales responsables por estas violaciones, las empresas están claramente involucradas, pues el acceso a los contenidos privados es obtenido por conducto de los intermediarios de Internet. En los casos de manipulación indebida de datos, las propias empresas están directamente relacionadas en virtud de un modelo negocio creado para compilar una cantidad valiosa de información sobre los usuarios.

La segunda categoría comprendió los casos que afectaron directamente a la libertad de expresión. Se refiere a toda la regulación del contenido en la red. En las restricciones a nivel de red actúan básicamente los proveedores de servicios de Internet y el derecho afectado es el acceso a los contenidos en Internet. En las restricciones a nivel de plataforma, están involucrados tanto motores de búsqueda como redes sociales y son las medidas voluntarias adoptadas por las empresas que restringen la libertad de expresión en Internet.

A nivel de red, el primer caso grave de violación a la libertad de expresión son las interrupciones del servicio de Internet, con cortes de redes enteras o bloqueo de servicios específicos, donde la asistencia de las empresas que operen o facilitan el tráfico en red son necesarias para prestar apoyo a los gobiernos. Los cierres totales o parciales de la red ocurren para dificultar el acceso a la información, organización de protestas, o denuncias de violaciones a los derechos humanos y suelen ser justificados por motivos relacionados con la prevención del terrorismo, mantenimiento del orden público, y la previsión de los disturbios públicos. Los usuarios afectados pierden acceso a informaciones importantes de servicios de emergencia, salud, comercio electrónico, transporte, horarios de funcionamiento e informaciones sobre servicios esenciales, además de todos los contenidos sobre lo que está pasando en la región o país.

El segundo caso son los sistemas de filtrado para restringir o impedir el acceso a sitios webs completos, tipos de servicios en línea, páginas específicas, o el bloqueo por contenidos que presenten determinadas palabras claves. Realizado por los ISP, los sistemas pueden ser

hechos por requerimientos de los gobiernos o por las propias reglas de las empresas. Cuando hecho debido a los términos de servicios de los proveedores el mayor problema es la amplitud y vaguedad de estas normas y la utilización indirecta de esas reglas por los Estados para ampliar aún más las bases de restricción legalmente establecidas, o ejercieren presiones ilegítimas (económicas por lo general) sobre los intermediarios para restringir la circulación de contenidos a través del bloqueo o filtrado privado.

El tercer caso son la priorización paga y la tarifa cero, que afectan el acceso a los contenidos en Internet. En la priorización paga las opciones de los usuarios acaban socavadas en una jerarquía de datos definidas por quien pagan costos más elevados. En las tarifas cero los usuarios con dificultad de pagar por datos medidos terminan por recurrir exclusivamente a servicios o aplicaciones sin tarifa afectando el acceso a la información, especialmente, de comunidades ya marginalizadas en su acceso a la información y excluidas de la partición pública.

A nivel de plataforma los motores de búsqueda están involucrados en casos de violación al acceso a la información sea por requerimiento de los Estados (derecho al olvido) sea por sus procedimientos privados para la selección de los contenidos (algoritmos de búsqueda). El uso de los algoritmos para la selección, clasificación y presentación de los resultados de las búsquedas hecha por los usuarios en la red dictan qué ven los usuarios y en qué orden de prioridades, y pueden ser manipulados para limitar un determinado contenido o dar prioridad a otro, creando las burbujas filtros. Al exponer los usuarios repetidamente a las mismas perspectivas, crease un ambiente perfecto para la diseminación de noticias falsas y contenidos más extremo, además de socavar la pluralidad de fuentes de noticias e informaciones que deberían estar disponibles y dificultar la deliberación sobre asuntos de intereses de todos. En el derecho al olvido, como se encuentra estructurado hoy en día, traslada a las empresas privadas las decisiones de deberían ser estatales con posibles impactos en flujo de las informaciones. Igualmente, en América Latina puede afectar la memoria y la verdad en asuntos de interés público después de años de conflictos internos y gobiernos autoritarios.

Con relación a las redes social, en las violaciones a nivel de red, la moderación de contenidos sea por solicitud de los Estados sea por los términos de servicios de las empresas, puede retirar o impedir el acceso a contenidos legítimos. La obligación cargada a las empresas de vigilar y sancionar contenidos inapropiados ha crecido rápidamente en el mundo, incluso en las sociedades más democráticas. Los Estados presionan las empresas para la eliminación de contenidos de maneras no jurídicas y aumentan el papel de las empresas como “jueces” de los contenidos en línea, sin ningún tipo de mecanismo de rendición de cuentas o formas de

reparación en caso de daños. Igualmente, las empresas de Internet exigen a sus usuarios que respeten las condiciones de servicio y las normas comunitarias, donde se reservan la discrecionalidad en cuanto a la adopción de medidas sobre el contenido y sobre la cuenta del usuario, sin posibilidad de discusión de las reglas por los usuarios. Al utilizar en sus condiciones de servicios conceptos vagos e imprecisos para explicar lo que puede o no ser restringido en línea, sin llevar en consideración los distintos contextos e imponiendo la identificación del usuario, pueden afectar el propio funcionamiento democrático en países donde las líneas entre lo permitido y lo prohibido caminan en zonas grises y las propias condiciones de servicios de las empresas son utilizadas para silenciar grupos y partidos opositores y excluir determinados grupos de los debates nacionales. En términos general, en lo que respecta a los términos de servicios de las empresas los problemas apuntados fueron la vaguedad de las normas, la dificultad del análisis del contexto y la automatización de las decisiones, la ausencia de notificación, recurso y reparaciones y la exigencia de proporcionar verdadera identidad.

Con el fin de reflexionar sobre un marco común que pueda orientar la actividad de las empresas en la región latinoamericana el tercer capítulo procuró sistematizar cuáles son los estándares mínimos que las empresas, a partir de las contribuciones del Sistema Interamericano, podrían utilizar para impedir la violación a la libertad de expresión en Internet y garantizar el potencial democratizar de la red. Mismo conscientes de que los estándares internacionales de derechos humanos para la protección y promoción a libertad de expresión hayan sido desarrollados para pautar las actividades de los Estados e impedir violaciones a la libertad de expresión cometidas por los mismos es posible sostener que dichas normas puedan incidir en el sector privado por tres razones principales, a saber: en primer lugar, por las orientaciones provenientes de los Principios Rectores cuanto a responsabilidad de las empresas en respetar los derechos humanos -mismo cuando los Estados no lo hacen- y la obligación de los Estados de proteger las personas contra actos de terceros, incluidas las empresas. En segundo lugar, porque para las empresas los estándares internacionales serán métricas más seguras para su deber de respetar los derechos humanos y promover la libertad de expresión en Internet. Tanto para facilitar la aplicación de respuestas normativas frente a las restricciones estatales excesivas como para construir reglas más coherentes y predecibles, ofreciendo a los usuarios una protección a la libertad de expresión más allá de la protección nacional. Por fin, porque el marco de los derechos humanos facilita el cumplimiento de la responsabilidad empresarial de un proceso de debida diligencia, que permita la identificación, mitigación y rendición de cuentas del impacto de las actividades de los intermediarios en los derechos humanos al fornecer un marco seguro para la identificación de los riesgos.

En la región latinoamericana, por la interpretación y protección especial que la libertad de expresión adquiere en el Sistema Interamericano, los estándares interamericanos deben ser el marco utilizado por Estados y empresas para regular el espacio *on line*. Para los Estados, porque respetar la interpretación regional de la libertad de expresión es obligación derivada del deber de adecuar el ordenamiento jurídico nacional de acuerdo con las disposiciones convencionales (art. 2 CADH). Para las empresas, debido a la exigencia de ajustar sus normas y políticas a los distintos contextos donde actúan. El conjunto de estándares exigidos por los Estados y aplicados por el sector privado en América Latina debe respetar las limitaciones a la libertad de expresión en línea previstas a luz de la Convención Americana y de la interpretación del artículo 13.

Esta mirada regional a la libertad de expresión justificase, por ser Latinoamérica todavía una región marcada por violaciones al derecho a la libertad de expresión, el recrudecimiento de regímenes autoritarios e inestabilidad democrática. Igualmente, el derecho a la libertad de opinión y de expresión por la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos funciona como catalizador de otros derechos que necesitan mejor incremento en la región, como los Desca.

Para el SIDH las mismas reglas a respeto de la libertad de expresión que son aplicadas para el ambiente *off line* de deben regir el ambiente *online*, de tal manera que las características de una titularidad en condiciones de igualdad y sin discriminación y la protección a la doble dimensión deben ser mantenidas en Internet para que el derecho a la libertad de expresión cumpla con su función de condición esencial para los sistemas democráticos.

Las limitaciones a la libertad de expresión en Internet deben incorporar las justas exigencias de las sociedades democráticas y deben ser compatibles con la preservación y desarrollo de las sociedades democráticas, conforme las exigencias de los artículos 29 y 31 de la CADH. La legitimidad de una restricción a la libertad de expresión en Internet debe todavía respetar las garantías del debido proceso y la reserva judicial garantizadas en los artículos 8 y 25 de la CADH.

En el contexto regional las condiciones para las limitaciones a la libertad de expresión en Internet están previstas en los numerales 2.3. y 5 del artículo 13 de la Convención Americana y no deben estar sujetas a censura previa. Las responsabilidades ulteriores deben ser necesarias para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas. Adicionalmente, las limitaciones deben establecerse mediante leyes redactadas de manera clara y precisa, deben estar orientadas al logro de los objetivos autorizados por la Convención Americana y deben ser

necesarias en una sociedad democrática, estrictamente proporcionadas a la finalidad que buscan e idóneas para lograr el objetivo que pretenden.

Las normas vagas, ambiguas, amplias o abiertas, por su simple existencia, disuaden la emisión de informaciones y opiniones por miedo a sanciones, y pueden llevar a interpretaciones judiciales amplias que restringen indebidamente la libertad de expresión. Asimismo, las limitaciones en Internet provenientes de leyes nacionales o de los términos y condiciones de servicios de las empresas debe ser redactadas de manera clara y precisa.

Cuanto al respeto a los derechos o a la reputación de los demás, las limitaciones a la libertad de expresión en Internet deben ser capaces de evidenciar la existencia de un daño cierto a los derechos ajenos, deben probar que la imposición de las responsabilidades era absolutamente necesaria y deben seleccionar la medida ulterior menos gravosa posible, como el derecho de rectificación o respuesta y no la exclusión directa de los contenidos.

En cuanto a la protección de la seguridad nacional y el orden público, la interrupción del acceso a Internet, o a parte de este, aplicada a poblaciones enteras o a determinados segmentos del público no puede estar justificada ni siquiera por esas razones. De la misma manera, no deben ser conceptos utilizados para la censura de contenidos legítimos y la vigilancia masiva en línea.

Por fin, las limitaciones deben ser necesarias, idóneas y proporcionales, interfiriendo de la menor manera posible en el ejercicio de la libertad de expresión, es decir, se debe ponderar el impacto que dicha restricción puede tener en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión respecto de los beneficios que la restricción reportaría para la protección de otros intereses.

Sobre los contenidos que circulan en Internet, los intermediarios, de la misma manera que los Estados, deberían garantizar una presunción de cobertura *ab initio* para todos los tipos de expresiones, incluido los discursos ofensivos, chocantes o perturbadores, para evitar la exclusión a priori de determinados grupos, personas o ideas del debate público. Igualmente deberían garantizar un nivel reforzado de protección al discurso político y sobre asunto de interés público, al discurso sobre funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y sobre candidatos a ocupar cargos públicos y a los discursos que configuran un elemento de la identidad o la dignidad personales de quien se expresa.

Los intermediarios de Internet deben asimismo colaborar con los Estados en la exclusión de los discursos prohibidos -utilización de niños en la pornografía; instigación directa y publica a cometer genocidio; apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia y la incitación al terrorismo- siempre que las medidas de bloqueo de contenidos

sean determinadas por una autoridad judicial competente o a un organismo independiente de cualquier influencia indebida político.

En materia de desinformación los intermediarios deben apoyar la investigación y adelanto de soluciones tecnológicas adecuadas para impedir la desinformación y la falsa propaganda, que los usuarios puedan aplicar de forma voluntaria al garantizar la transparencia de las políticas de publicidad en las plataformas e incentivar la educación digital.

Cumpliendo con su último objetivo, el capítulo final de la tesis propone, a partir del aporte teórico del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina, el Sistema Interamericano como un espacio de diálogo entre los Estados, las empresas y la sociedad civil para avanzar en la construcción de otras reglas comunes en materia de empresas de Internet y libertad de expresión en América Latina con el fin de permitir por un lado, que Internet siga como un importante instrumento democratizador y, por otro lado, que los Estados e intermediarios de Internet lleguen a mejores soluciones para la protección de los derechos humanos en la región.

Se ha justificado el Sistema Interamericano como espacio de diálogo e impulsor de un *ius commune* sobre empresas de Internet y libertad de expresión especialmente:

Por la necesidad de un enfoque de empresas y derechos humanos que tome en consideración el hecho de que América Latina sigue siendo una región con frecuentes ataques a la democracia de tal forma que las empresas de Internet deben actuar para fomentar y desarrollar los espacios democráticos y no para restringirlos aún más.

Igualmente, por la necesidad de una actuación conjunta de los Estados de la región en la responsabilidad de las empresas frente a la protección de los derechos humanos que evite un tratamiento muy diferenciado entre los Estados de la región en problemas que son clásicamente transfronterizos.

Asimismo, por las directrices y líneas jurisprudenciales interamericanas que reflejan las preocupaciones regionales por una garantía reforzada de la libertad de expresión.

Por un lado, el aporte teórico del *ius constitutionale commune* en América Latina permitió reflexionar sobre la necesidad de un amplio diálogo y deliberación social para la definición de cómo la región va a regular el espacio público de Internet, a través de un proceso democrático y verdaderamente inclusivo. Esto porque el espacio latinoamericano propuesto por el ICCAL no solo interconecta los órganos del Sistema Interamericano con las cortes y tribunales nacionales, como las demás instituciones nacionales e internacionales, sociedad civil y actores políticos, tal como lo exigen los retos presentados en el tema de intermediarios de Internet y libertad de expresión en la región.

La perspectiva un de diálogo que involucre las esferas regionales y locales, teniendo como fuerza de impulso el activismo transnacional de la sociedad civil, puede abrir la vía necesaria para la construcción y consolidación de un *ius constitutionale commune* latinoamericano en materia de empresas de Internet y la protección de la libertad de expresión.

Por otro lado, la defensa del ICCAL de la existencia de un marco mínimo de protección de los derechos humanos, surgidos a partir de la interacción de los instrumentos universales, regionales y nacionales, permitió la reflexión sobre la necesidad de expansión de estándares comunes en materia de libertad de expresión en Internet y tanto la consolidación como el fortalecimiento de los Estados democráticos. Los estándares interamericanos que ya existen y los que todavía deben ser desarrollados, bajo el diálogo entre los Estados, las empresas y la sociedad civil, permitirán a los intermediarios de Internet no solo proteger la libre circulación de las ideas, como lo preconiza el artículo 13 de la CADH, sino que abilitará un lenguaje común para que los intermediarios de Internet respeten las normas democráticas.

Como punto de partida para la construcción y consolidación dialógica de estándares claros y precisos para regir la libertad de expresión en Internet en la región latinoamericana, los Estados y los intermediarios deben considerar los progresos mínimos que existen en el respeto y protección a los derechos humanos. Asimismo, deben considerar los estándares interamericanos sobre la libertad de expresión que son fruto de un consenso de los países de la región. Esto no significa que los nuevos retos que Internet presenta no puedan conducir a la necesidad de nuevos enfoques para considerar nuevos estándares que deben ser edificados a partir del diálogo entre las empresas, los Estados y la sociedad civil.

Para los Estados -en lo que se refiere a las actividades de los intermediarios de Internet- como primeros garantes de los derechos humanos, deben velar para que las empresas no violen la libertad de expresión y protejan los derechos humanos en sus actividades, adoptando las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia. Debido a las características especiales que han hecho de Internet un medio privilegiado para el ejercicio expansivo de la libertad de expresión, los Estados de la región también deben, antes de todo, garantizar un amplio acceso a Internet, con servicios de calidad, eliminando las barreras arbitrarias de acceso a la infraestructura, la tecnología y la información en línea y adoptando las medidas de diferenciación positiva para permitir el goce efectivo de este derecho a personas o comunidades en situación de marginación o discriminación.

Igualmente, los Estados deben garantizar leyes de responsabilidad de los intermediarios que limiten la responsabilidad por el contenido de terceros solo cuando aquellos intervengan en

el contenido supuestamente ilícito o se recusen a cumplir orden judicial para la retirada del contenido. Igualmente, deben ser rígidos en la tarea de no trasladar a las empresas privadas las decisiones sobre los límites a la libertad de expresión en Internet y monitorear el comportamiento de las compañías en Internet, proteger el espacio para la expresión individual y reforzar la necesidad de transparencia por parte de las compañías y de ellos mismos en casos de límites a la libertad de expresión.

Finalmente, y lo más esencial, los Estados deben tomar en serio la necesidad de establecer políticas públicas de educación digital y programas de educación que permitan que las propias personas sean capaces de comprender los retos y beneficios que Internet puede ofrecer para el ejercicio de los derechos humanos.

Para las empresas, los puntos mínimos de partida deben considerar los dos escenarios distintos sobre posibles violaciones a la libertad de expresión: con o sin la participación estatal. Frente a las solicitudes de los Estados para el bloqueo o el sistema de filtrado de contenidos ilegítimos, las empresas deben exigir de los Estados información detallada sobre la necesidad y la justificación para bloquear el contenido. Esta debe ser determinada por una autoridad judicial o un órgano independiente de cualquier influencia indebida de tipo político, comercial o de otro tipo, especificando exactamente qué contenido se debe bloquear, sin admitir bloqueos genéricos (sitios web enteros) o que impacte contenidos legítimos. De la misma forma, las solicitudes deben ser hechas siempre por las vías ordinarias y no basadas en las condiciones de servicios de las empresas.

Las empresas deben presentar informes detallados en idioma local sobre las solicitudes del gobierno que limiten la libertad de expresión en Internet, adoptando un compromiso de total transparencia sobre la forma como responden a las solicitudes de los gobiernos, el número de solicitudes recibidas, los temas y la forma como ejecutaron dichas órdenes.

Los intermediarios de Internet deben asumir un compromiso de alto nivel para respetar los derechos humanos y mantener plataformas que permitan una libre circulación de las ideas, opiniones, información y debates que propicien el ejercicio de la libertad de expresión y el fortalecimiento y mantenimiento de los sistemas democráticos en Latinoamérica. El compromiso con los derechos humanos debe orientar todas las políticas de las empresas, desde la recopilación y manipulación de datos hasta las políticas de moderación de contenido.

En términos de moderación de contenidos, en los casos en los que decidan hacerlo por sus normas y condiciones de servicios, los intermediarios deben considerar la necesidad de reglas claras y transparentes que cumplan los requisitos del test tripartito para limitar la libertad de expresión. Para que sean reglas inteligibles y accesibles a todos los usuarios, al menos las

grandes plataformas, deben presentarlas en el idioma del usuario, con información clara de cuáles son las medidas que pueden ser adoptadas por las empresas. Igualmente, deben notificar todas las modificaciones en los términos de servicios.

Para evitar abusos y censuras, necesitan contar con una política clara de notificación de los usuarios sobre las restricciones de contenidos, los modos de apelación de la decisión de la empresa y los mecanismos eficaces de reparación en casos de restricciones ilegítimas.

Así como los Estados, la transparencia deberá ser un requisito previo para la rendición de cuentas de los intermediarios y para que las empresas ganen y mantengan la confianza en sus servicios. Los informes de transparencia deben contener información específica acerca de todas las restricciones de contenido adoptadas por el intermediario.

Los intermediarios de Internet deben asumir su rol como mediadoras del espacio público y deberán adoptar mecanismos serios de supervisión y rendición de cuentas para garantizar un espacio democrático que beneficie a todos los usuarios independiente del contexto en el que operen.

Los intermediarios de Internet, los Estados y la sociedad civil deben estar comprometidos a enfrentar los retos que Internet ha planteado, desde una concepción democrática basada en la promoción y protección de la libertad de expresión en América Latina. Si los desafíos son muchos, mayores deben ser los esfuerzos de todos los involucrados. La lucha por los derechos humanos, la libertad de expresión y la democracia es constante porque estas tres aspiraciones no deben jamás suponerse como definitivamente conquistadas.

REFERENCIAS

ACCC, Australian Competition & Consumers Commission. **Digital Platforms Inquiry**: Final Report. 26 de junio de 2019. Disponible en: <https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>. Acceso en: 10 de agosto de 2019.

ACOSTA, Paola Andrea. *Ius Commune* interamericano. Brevísimas notas sobre el concepto de diálogo. In: von BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (cord). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, 371-384.

ADC; Colectivo Intervozes; OBERSERVACOM. **Una perspectiva latinoamericana para construir una regulación democrática que limite el poder de las grandes plataformas y garantice la libertad de expresión en Internet**. Buenos Aires, 26 de febrero de 2019.

ANGARITA REMILINA, Nelson Angarita. Tratamiento de información personal. Desde la transferencia transfronteriza hacia la recolección internacional de datos personales: un reto del mundo post-internet. **Tesis doctoral**, Pontificia Universidad Javeriana, 2015.

ANGARITA REMOLINA, Nelson. **Internet de las empresas**: Una explicación de lo que pasa en internet y del futuro de la protección de los derechos humanos en el ciberespacio (Parte 1). Disponible en: <https://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/?p=2222>. Acceso en: 13 de diciembre de 2018.

ARTÍCULO 19, **Self-regulation and ‘Hate Speech’ on Social Media Platforms**. 2 de marzo de 2018. Disponible en: <https://www.article19.org/resources/self-regulation-hate-speech-social-media-platforms/>. Acceso en: 5 de octubre de 2019.

AUSTRALIA, **Criminal Code Amendment** (Sharing of Abhorrent Violent Material) Bill 2019. Disponible en: https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/search/display/display.w3p;query=Id%3A%22legislation%2Fems%2Fs1201_ems_08b22f92-a323-4512-bf31-bc55aab31a81%22. Acceso en: 10 de julio de 2019.

BALKIN, Jack M. O futuro da liberdade de expressão na era digital. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (cord.) **Liberdade de Expressão no Século XXI**, Belo Horizonte: Del Rey, 2016, 351-374.

BELLI, Luca; ZINGALES, Nicolo (ed). **Platform Regulations**: How Platforms are Regulated and How They Regulate Us. Annex: Recommendations on Terms of Service & Human Rights. Rio de Janeiro: FGV Direito, 2017.

BENACCHIO, Marcelo; VAILATTI, Diogo Basilio. Empresas transnacionais, globalização e Direitos Humanos. In: BENACCHIO, Marcelo (cord.) **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos**. Curitiba: Editora CRV, 2016, 13-28.

BERNARDES, Márcia Nina. Sistema Interamericano de derechos humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais, **Revista Sur**, v. 8, n. 15, dez 2011, 135 -156.

BIJLMAKERS, Stéphanie. **Corporate Social Responsibility, Human Rights and the Law**. Nueva York: Routledge, 2019.

BOTERO, Catalina; *et al.* **El derecho a la libertad de expresión**. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2017.

BOTERO MARINO, Catalina; CAMILLERI, Michael J.; CORTÉS, Carlos. **Democracia en la era digital: libertad de expresión en las Américas y el “Derecho al Olvido” Europeo**. Informe del Estado de Derecho, nov. 2017.

BOTERO, Catalina. The Rule of Law in Latin America: From Constitutionalism to Political Uncertainty. In: SHIFTER, Michael; BINETTI, Bruno (ed). **Unfulfilled Promises Latina America Today**. Washington: Inter-American Dialogue, 2019.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de octubre de 1988.

BRASIL, Superior Tribunal de Justica. **Recurso Especial n. 1.660.668** – RJ de 08 de mayo de 2018. Disponible en: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923405/recurso-especial-resp-1660168-rj-2014-0291777-1/inteiro-teor-595923409?ref=juris-tabs>. Acceso en: 17 de septiembre de 2019.

BRASIL, **Lei 13.834/19** de 4 de junho de 2019.

BREST, Paul *et al.* **Policy Practicum: creating a social media oversight board**. Recommendations Facebook Content Review Board. Disponible en: https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2019/07/Stanford_Policy_Lab_Recs_for_Facebook_Content_Review_Board_FINAL.pdf. Acceso en: 13 de agosto de 2019.

CANTÓN, Santiago. El legado democrático de la OC – 5/85. In: CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de expresión: A 30 años de la Opinión Consultiva sobre la colegiación obligatoria de periodistas**. OEA/Ser.D/XV.18. 2017.

CANTÚ RIVERA, Humberto Fernando. Empresas y Derechos Humanos: ¿hacia Una Regulación Jurídica Efectiva, o El Mantenimiento Del Status Quo?. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v.13, n. 13, 313–54, 2013.

CANTÚ RIVERA, Humberto Fernando. La OCDE y los derechos humanos : el caso de las Directrices para Empresas Multinacionales y los Puntos de Contacto Nacional. **Anuário Mexicano de Derecho Internacional**, v.XV,611–658, 2014.

CANTÚ RIVERA, Humberto. Los desafíos de la globalización: reflexiones sobre la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos. In: **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. San José: IDH, 2017, 37-86.

CANTÚ RIVERA, Humberto. Debida diligencia en derechos humanos: Breves reflexiones. In: **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. San José: IDH, 2017, 423-440.

CARRILLO SANTARELLI, Nicolás. La promoción y el desarrollo de la protección de los derechos humanos frente a abusos empresariales en el sistema interamericano. In: **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. San José: IDH, 2017, 87-118.

CASSÉL, Douglas. Opciones para un tratado sobre empresas y derechos humanos: avances y estados del arte. In von BOGDANDY, Armin. **Constitucionalismo trasformador en América Latina y Derecho Económico Internacional: de la tensión al diálogo**. México: Instituto de investigaciones jurídicas, 2018, 211-245.

CASTELLS, Manuel. **C@mbio. El impacto de internet en la sociedad: una perspectiva global**. Disponible en: <https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2014/03/BBVA-Comunicaci%C3%B3n-Cultura-Manuel-Castells-El-impacto-de-internet-en-la-sociedad-una-perspectiva-global.pdf>. Acceso en: 3 de enero de 2016.

CASTELLS, Manuel. **La Galáxia Internet**. Barcelona: Aterá, 2001.

CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Informe anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión**, 1999.

CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Informe Anual 1994**. Capítulo V: Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Título IV. OEA/Ser. L/V/II.88. doc. 9 rev. de 17 de febrero de 1995.

CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Declaración de Principios para la Libertad de Expresión** de octubre de 2000.

CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Informe anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión**, 2001.

CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República de Costa Rica, Caso n. 12.367 “La Nación” Mauricio Herrera Ulloa y Fernán Vargas Rohrmoser** de 28 de enero de 2002.

CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Informe anual del Relator Especial para la Libertad de Expresión**, 2002.

CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF. 4/09, 25 febrero 2009.

CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión**. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.2/09 de 30 diciembre 2009.

CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Libertad de Expresión y Internet**. OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13 de 31 diciembre 2013.

CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Situación de derechos humanos en Honduras.** OEA/Ser.L/V/II. Doc. 42/15 de 31 diciembre 2015.

CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Informe Anual 2014.** Capítulo IV (Discurso de odio y la incitación a la violencia contra las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex en América). OEA/Ser.L/V/II. Doc.48/15 de 31 diciembre 2015

CIDH, Relatoría Especial para la libertad de expresión. **Zonas silenciadas:** regiones de alta peligrosidad para ejercer la libertad de expresión. OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.16/17 de 15 marzo de 2017.

CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente.** OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17 de 15 de marzo 2017.

CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas.** OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147 de 7 septiembre 2017.

CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Institucionalidad democrática, Estado de derecho y derechos humanos en Venezuela.** OEA/Ser.L/V/II. Doc. 209 de 31 diciembre 2017.

CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Situación de los derechos humanos en Guatemala.** OEA/Ser.L/V/II. Doc. 208/17 de 31 diciembre 2017.

CIDH, Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sesión Extraordinaria CAJP, Empresas y Derechos Humanos. **Cuestionario de consulta para la elaboración del informe: Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos.** Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/docs/pdfs/2018/CuestionarioEmpresasDDHH-ES.pdf>. Acceso en 14 de nov de 2018.

CIDH, Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sesión Extraordinaria CAJP, Empresas y Derechos Humanos. **Presentación sobre Derechos Humanos y Empresas.** 21 de febrero de 2018.

CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. **Graves violaciones a los derechos humanos en el marco de las protestas sociales en Nicaragua.** OEA/Ser.L/V/II. Doc. 86 de 21 junio 2018.

CIDH, **Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales.** OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 diciembre 2009.

CIDH, **Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo.** OEA/Ser.L/V/II.Doc.47/15 de 31 de diciembre de 2015.

CLARÍN, **Fin de una disputa.** Tras la denuncia por censura, Facebook restauró el perfil de la actriz porno María Riot, 14 de septiembre de 2017. Disponible en: https://www.clarin.com/sociedad/denuncia-censura-facebook-restauroperfil-actriz-porno-maria-riot_0_Sk5UuO_9-.html. Acceso en: 17 de mayo de 2019

CONNELLAN, Shannon; LIEU, Johnny, **Facebook rolls out 'one strike' policy for live-streaming following New Zealand attack**, Mashable, 15 de mayo de 2019. Disponible en: https://mashable.com/article/facebook-restrictions-livestreaming-abuse.amp?_twitter_impression=true. Acceso en: 7 de agosto de 2019.

COMISSION EUROPEA, **Código de Conducta para la lucha contra la incitación ilegal al odio en Internet**. Mayo de 2016.

COMISSION EUROPEA, **ICT Sector Guide on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights**, 2011. Disponible en: https://www.ihrb.org/pdf/eu-sector-guidance/EC-Guides/ICT/EC-Guide_ICT.pdf. Acceso en: 30 de octubre de 2017.

COMISSION EUROPEA, **Better social media for European consumers: overview of changes**, febrero de 2018.

COMISSION EUROPEA, **Código de buenas prácticas de la Unión en materia de desinformación**. Septiembre de 2018.

COMISSION EUROPEA, **La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo**. Bruselas, 26 de abril de 2018. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0236&from=EN>. Acceso en: 10 de octubre de 2019.

CORREA PÉREZ, Marco. Zero-rating y la neutralidad de la red en Chile. **Revista chilena de derecho y tecnología**, 7(1), 2018, 107-135. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2018.48961>. Acceso en: 3 de julio de 2019

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, Sentencia T-277 de 2015. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-277-15.htm>. Acceso en: 17 de septiembre de 2019.

CORTE DISTRICTO DE NUEVA YORK, **Caso 1:17-cv-05202-NRB**, sentencia del 23 de mayo de 2018. Disponible en: <https://knightcolumbia.org/sites/default/files/content/Cases/Wikimedia/2018.05.23%20Order%20on%20motions%20for%20summary%20judgment.pdf>. Acceso en: 30 de julio de 2019.

Corte IDH, **Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras**. Sentencia de 29 de julio de 1988.

Corte IDH, **Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile**. Sentencia de 5 de febrero de 2001.

Corte IDH, **Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua**. Sentencia de 31 de agosto de 2001.

Corte IDH, **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica**. Sentencia de 2 de julio de 2004.

Corte IDH, **Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay**. Sentencia de 31 de agosto de 2004.

Corte IDH, **Caso Comunidad Yake Axa vs. Paraguay**. Sentencia 17 de junio de 2005.

Corte IDH, **Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia**. Sentencia del 31 de enero de 2006.

Corte IDH, **Caso López Álvarez Vs. Honduras**. Sentencia de 1 de febrero de 2006.

Corte IDH, **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay**. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

Corte IDH, **Caso Ximenes Lopes vs. Brasil**. Sentencia de 4 de julio de 2006.

Corte IDH, **Caso Claude Reyes y otros vs. Chile**. Sentencia 19 de septiembre de 2006.

Corte IDH, **Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam**. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

Corte IDH, **Caso Kimel vs. Argentina**. Sentencia de 2 de mayo de 2008

Corte IDH, **Caso Tristán Donoso Vs. Panamá**. Sentencia de 27 de enero de 2009.

Corte IDH, **Caso Usón Ramírez vs. Venezuela**. Sentencia de 20 de noviembre de 2009.

Corte IDH, **Caso Fontevecchia y D'Amico vs Argentina**. Sentencia de 29 de noviembre de 2011.

Corte IDH, **Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador**. Sentencia de 27 de junio de 2012.

Corte IDH, **Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile**. Sentencia de 29 de mayo del 2014.

Corte IDH, **Caso Hacienda Verde vs Brasil**, Sentencia del 20 de octubre de 2016.

Corte IDH, **Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras**. Sentencia 8 de octubre de 2015.

Corte IDH, **Caso Pueblo Kaliña y Lokono vs. Surinam**. Sentencia 25 de noviembre de 2015.

Corte IDH, **Opinión Consultiva OC-5/85**. (La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)). 13 de noviembre de 1985.

Corte IDH, **Opinión Consultiva OC-21/14** (Derechos y Garantías de Niños y Niñas en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional), 2014.

Corte IDH, **Opinión Consultiva OC-23/17** (Medio Ambiente y Derechos Humanos), de 15 de noviembre de 2017.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA, **Caso n. 03871**, sentencia del 9 de marzo de 2018. Disponible en: <https://vlex.co.cr/vid/706363073>. Acceso en: 01 de agosto de 2019.

COTTER, Thomas F. Some Observations on the Law and Economics of Intermediaries. **Michigan State Law Review**, v. 1, oct., 2005, 1-16.

CROFT, Bruce W.; METZLER, Donald; STROHMAN, Trevor. **Search Engines Information Retrieval in Practice**. Reino Unido: Pearson, 2011.

DALY, Angela. **Private Power, Online Information Flows and EU Law: Mind the Gap**, Reino Unido: Hart Publishing, 2016.

DATEREPORTAL, **Digital 2019: Global Digital Overview**, enero 2019. Disponible en: <https://www.slideshare.net/DataReportal/digital-2019-global-digital-overview-january-2019-v01>. Acceso en: 10 de enero de 2019.

DENARDIS, Laura; MUSIOANI, Francesca. **Governance by Infrastructure: Introduction, 'The Turn to Infrastructure in Internet Governance'**, sept, 2014. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2730689>. Acceso en: 9 de marzo de 2018.

DANCE, Gabriel J. X.; LAFORGIA, Michael; CONFESSORE, Nicholas. As Facebook raised a privacy wall, it carved on opening for tech giants”, **The New York Times**, 18 diciembre de 2018. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/12/18/technology/facebook-privacy.html>. Acceso en 23 de diciembre de 2018.

DEVA, Surya. Empresas y derechos humanos: algunas reflexiones sobre el camino a seguir. In: **Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina**. San José: IDH, 2017, 27-33.

DEVA, Surya. Empresas y derechos humanos: ¿momento de ir más allá del “presente”? In: GARAVITO, César Rodríguez (ed). **Empresas y derechos humanos en el siglo XXI: La Actividad Corporativa Bajo La Lupa, Entre Las Regulaciones Internacionales y La Acción de La Sociedad Civil**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, 99-116.

DEVA, Surya. **The Zero Draft of the Proposed Business and Human Rights Treaty, Part I: The Beginning of an End?**. Disponible en: <https://www.business-humanrights.org/en/the-zero-draft-of-the-proposed-business-and-human-rights-treaty-part-i-the-beginning-of-an-end>. Acceso en: 09 de octubre de 2018.

DOMINIQUE, Eliete Doretto; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. Sustentabilidade e Empresas Transnacionais: análise do caso Equador e empresa petrolífera transnacional Texaco. In: BENACCHIO, Marcelo (coord). **A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos**. Curitiba: Editora CRV, 2016, 207-230.

DWOSKIN, Elizabeth; TIMBERG, Craig. Inside YouTube’s struggles to shut down video of the New Zealand shooting — and the humans who outsmarted its systems, **The Washington Post**, 18 de marzo 2019, sección tecnología. Disponible en: https://www.washingtonpost.com/technology/2019/03/18/inside-youtubes-struggles-shut-down-video-new-zealand-shooting-humans-who-outsmarted-its-systems/?utm_term=.b69645c9fc77#click=https://t.co/sBRgUhDjaY. Acceso en: 2 de julio de 2018.

FACEBOOK, **Newsroom – Statistics**. Disponible en: <http://newsroom.fb.com/company-info>. Acceso en: 10 de enero de 2019.

FACEBOOK, **Draft Charter**: An oversight board for content decision. Disponible en: <https://newsroom.fb.com/news/2019/01/oversight-board/>. Acceso en: 10 de octubre de 2019.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MOLLER, Carlos María Pelayo. La Obligación de Respetar y Garantizar Los Derechos Humanos a La Luz de La Jurisprudencia de La Corte Interamericana. **Estudios Constitucionales**, v. 10, n. 2, 141–92, 2012.

FISCHER, Max. Inside Facebook's Secret Rulebook for Global Political Speech, **The New York Times**, 27 de diciembre de 2018. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2018/12/27/world/facebook-moderators.html>. Acceso en: 8 de septiembre de 2019.

FISS, Owen M. In: SALDARRIAGA, Esteban Restrepo (Com.). **Libertad de expresión entre tradición y renovación**: ensayos en homenaje a Owen Fiss. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2013.

FRIER, Sarah; DAY, Matt; EIDELSON, Joseph. Millions of Facebook records found on Amazon Cloud servers, **Bloomberg**, 3 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-04-03/millions-of-facebook-records-found-on-amazon-cloud-servers>. Acceso en: 20 de abril de 2019.

FREEMAN, Bennett; *et al.* **Shared Space Under Pressure: Business Support for Civic Freedoms And Human Rights Defenders for Companies**. Business Network on Civic Freedoms and Human Rights Defenders, 2018.

GARAVITO, Cesar Rodríguez. Empresas y derechos humanos Un marco conceptual y un mapa de estrategias regulatorias. In: GARAVITO, César Rodríguez (ed). **Empresas y derechos humanos en el siglo XXI**: La Actividad Corporativa Bajo La Lupa, Entre Las Regulaciones Internacionales y La Acción de La Sociedad Civil. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, 29-74.

GDA, Facebook pagará 2 millones de euros por falta de transparencia, **El Tiempo**, 2 de julio de 2019. Disponible en: https://m.eltiempo.com/amp/tecnosfera/novedades-tecnologia/facebook-pagara-multa-por-falta-de-transparencia-en-denuncias-de-contenidos-383258?twitter_impression=true. Acceso en: 6 de agosto de 2019.

GLOBAL JUSTICE, **Corporations vs Governments**. Disponible en: http://www.globaljustice.org.uk/sites/default/files/files/resources/corporations_vs_governments_final.pdf. Acceso en: 16/08/2018.

GLOBAL NETWORK INITIATIVE, **GNI Principios de libertad de expresión y privacidad**. Disponible en: <https://globalnetworkinitiative.org/wp-content/uploads/2018/03/GNI-Principles-SP.pdf>. Acceso en: 10 de enero de 2017.

GLOBAL NETWORK INITIATIVE, **Implementation Guidelines**. Disponible en: <https://globalnetworkinitiative.org/wp-content/uploads/2018/03/GNI-Implementation-Guidelines-SP.pdf>. Acceso en: 10 de enero de 2017.

GOOGLE, **Google Transparency Report**. Disponible en: <https://transparencyreport.google.com/eu-privacy/overview?hl=es>. Acceso en: 1 de agosto de 2019.

GOOGLE, **Inside Search: How Search Works: Algorithms**. Disponible en: <https://www.google.com/insidesearch/howsearchworks/algorithms.html>. Acceso en: 10 de julio de 2019.

GÓNGORA.MERA, Manuel Eduardo. Diálogo coevolutivo. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; RAMIRÉZ, Fabiola Martínez; MEJÍA, Giovanni A. Figueroa (cord). **Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2014, 586-589.

GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. El constitucionalismo interamericano y la fragmentación del derecho internacional: posicionando el ICCAL en el debate sobre colisiones entre regímenes normativos. In: von BOGDANDY, Armin; et al. (cord.). **El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional**: de la tensión al diálogo. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM) e Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2018 3-32.

GUIMARAES, Guilherme Cintra. **Global Technology and legal theory**: transnational constitutionalism, google and the European Union. Nueva York: Routledge, 2019.

GUYNN, Jessica. Facebook while black: Users call it getting 'Zucked,' say talking about racism is censored as hate speech, **USA Today**, 24 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.usatoday.com/story/news/2019/04/24/facebook-while-black-zucked-users-say-they-get-blocked-racism-discussion/2859593002/?fbclid=IwAR1-JYtEtUSNxhD3Hd6JutN6-9UuX3jL2RkrW-LVwrTouYHJEJwiBb-C0YEc>. Acceso en: 24 de abril de 2019.

HERRERA, Juan Camilo. **El Ius Commune a la luz de sus críticas**. En prensa. p. 17 y 23.

HOPE, Dunstan Alison. **Protecting Human Rights in the Digital Age**: Understanding Evolving Freedom of Expression and Privacy Risks in the Information and Communications Technology Industry. BSR, 2011. Disponible en: https://www.bsr.org/reports/BSR_Protecting_Human_Rights_in_the_Digital_Age.pdf. Acceso en: 7 de febrero de 2018.

INTERNET WORLD STATS. Internet Usage Statistics. The Internet Big Picture. **World Internet Users and 2018 Population Stats**. Disponible en: <https://www.internetworldstats.com/stats.htm>. Acceso en: 13 de diciembre de 2018.

JORGENSEN, Rikke Frank. Rights Talk: In the Kingdom of Online Giants. In: JORGENSEN, Rikkie Fran (ed.). **Human Rights in the Age of Platforms**. Reino Unido: The IMT Press, 2019, 162-190

KAYE, David. **Speech Police**: The Global Struggle to Govern the Internet. Nueva York: Columbia Global Reports, 2019.

KUCS, Artürs; VILJANEN, Jukka. Updating freedom of expression doctrines in the new media cases. In: SUSI, Mart; *et al.* **Human Rights Law and Regulating Freedom of Expression in the New Media: lessons for Nordic approaches.** Nueva York, Routledge, 2018, 189-206.

LAIDLAW, Emily B. Online Platform Responsibility and Human Rights. In: BELLI, Luca; ZINGALES, Nicolo (ed.). **Platform Regulations: How Platforms are Regulated and How They Regulate Us.** Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2017, 65-82.

LAND, Molly K. Regulating Private Harms Online. In: JORGENSEN, Rikkie Fran (ed.). **Human Rights in the Age of Platforms.** Reino Unido: The IMT Press, 2019, 285-316

LATINOBARÓMETRO, **Informe de 2018.** Disponible en: <http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>. Acceso en: 31 de mayo de 2019.

LESSIG, Lawrence. **Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0.** Nueva York: Basic Books, 2006.

LETURA, Francisco J. Fundamentos Jurídicos Del Derecho Al Olvido: ¿Un Nuevo Derecho De Origen Europeo O Una Respuesta Típica Ante Colisiones Entre Ciertos Fundamentos?, **Revista Chilena de Derecho**, 43, n.1, 2016, 91–113. Disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-34372016000100005>. Acceso en: 5 de mayo de 2018.

MACKINNON, Rebeca, *et al.* **Fostering Freedom Online: The role of intermediaries.** Paris: Unesco Publishing, 2014

MEIRELES, Cecília. **Romanceiro da Inconfidência.** 13 ed. São Paulo: Global editora, 2012.

MELISH, Tara J. Volver a incluir “los derechos humanos” en los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Cambiar de marco e incorporar los derechos de participación. In: GARAVITO, César Rodríguez (ed). **Empresas y derechos humanos en el siglo XXI: La Actividad Corporativa Bajo La Lupa, Entre Las Regulaciones Internacionales y La Acción de La Sociedad Civil.** 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, 117-148.

MÉNDEZ, Evelyn Norma Castro. La Situación de Los Medios de Comunicación En La Era Mubarak y Su Relación Con El Uso de Facebook Durante La Revolución Egipcia de 2010-2011, **Revista Mexicana de Opinión Pública**, v.16, 2014, 50–70.

MISUGI, Guilherme; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; EFING, Antonio Carlos. Releitura da Privacidade diante das novas tecnologias: realidade aumentada, reconhecimento facial e Internet das coisas, **Revista Jurídica Cesumar**, v. 16, n. 2, maio/ago. 2016, 427-453.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela. Interamericanización como mecanismo del *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos en América Latina. In: von BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (cord). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión.** México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, 417-384.

MORGERA, Elisa. **Corporate Accountability in International Environmental Law**. Reino Unido: Oxford University Press, 2009.

MOSSERI, Adam. **Working to stop misinformation and false news**. 7 de abril de 2017. Disponible en: <https://www.facebook.com/facebookmedia/blog/working-to-stop-misinformation-and-false-news>. Acceso en: 30 de noviembre de 2019.

NACIONES UNIDAS, **Declaración Universal de Derechos Humanos**, 1948.

NACIONES UNIDAS, **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, 1966.

NACIONES UNIDAS, **Convención sobre los Derechos del Niño** de 20 de noviembre de 1989.

NACIONES UNIDAS, **Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía**. A/RES/54/263 de 25 de mayo de 2000.

NACIONES UNIDAS, **Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence**. 5 de octubre de 2012.

NACIONES UNIDAS, **Zero draft legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises**, de 16 de julio de 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>. Acceso en: 05 de septiembre 2018.

NACIONES UNIDAS, **Legally Binding Instrument to regulate, in International Human Rights Law, the activities of transnational Corporations and other business enterprises**, de 16 de julio de 2019. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf Acceso en 29 de octubre de 2019.

NACIONES UNIDAS, **Mandates of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression; and the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism**, Reference: OL AUS 5/2019. Disponible en: <https://freedex.org/wp-content/blogs.dir/2015/files/2019/04/OL-AUS-04.04.19-5.2019-2.pdf>. Acceso en: 23 de agosto de 2019

NACIONES UNIDAS, **Mandate of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression. Oversight Board for Content Decision**. OL OTH 24/2019 de 1 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Pages/LegislationAndPolicy.aspx>. Acceso en: 01 de diciembre de 2019

NACIONES UNIDAS, Asamblea General. **Integración de la Comisión de Empresas Transnacionales en el mecanismo institucional de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo**. A/C.2/49/L.3 de 5 de octubre de 1994.

NACIONES UNIDAS, Asamblea General. **Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas.** Resolución 17/4. A/HRC/RES/17/4 de 6 de julio de 2011.

NACIONES UNIDAS, Asamblea General. **Efectos de las medidas para hacer frente al terrorismo y al extremismo violento en el espacio cívico y en los derechos de los agentes de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos.** Informe de la Relatora Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo. A/HRC/40/52 de 01 de marzo de 2019.

NACIONES UNIDAS, Asamblea General. **Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression.** A/74/486 de 9 de octubre de 2019

NACIONES UNIDAS, Cepal. **Panorama Social na América Latina 2016.** Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41598/4/S1700567_es.pdf. Acceso en: 28 de octubre de 2018.

NACIONES UNIDAS, Comisión de Derechos Humanos. **Human rights and transnational corporations and other business enterprises.** Human Rights Resolution 2005/69 de 20 de abril de 2005.

NACIONES UNIDAS, Comité de Derechos Humanos. **Observación general n. 31:** Naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 de 26 de mayo de 2004.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **El derecho a la libertad de opinión y de expresión.** E/CN.4/RES/2005/38 de 20 de abril de 2005.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Seguridad. **Resolución 1624 (2005).** S/RES/1624 (2005) de 14 de septiembre de 2005.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Sr. Ambeyi Ligabo.** A/HRC/7/14 de 28 de febrero de 2008.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Proteger, respetar y remediar:** un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos. A/HRC/8/5 de 7 de abril de 2008.

NACIONES UNIDAS, 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:** Empresa y derechos humanos: nuevas medidas para la puesta en práctica del marco "proteger, respetar y remediar". A/HRC/14/27 de 9 de abril de 2010.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Sr. Martin Scheinin:** Diez esferas de mejores prácticas en la lucha contra el terrorismo. A/HRC/C/16/51 de 22 de diciembre de 2010.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo**, A/HRC/17/L.17/ Rev.1 de 15 de junio de 2011.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **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 de 21 de marzo de 2011.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue**. A/HRC/17/27 de 16 de mayo de 2011.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/66/290 de 10 de agosto de 2011.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Contribución del sistema de las Naciones Unidas en conjunto a la promoción del programa relativo a las empresas y los derechos humanos y a la divulgación y aplicación de los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos**. A/HRC/21/21 de 2 de julio de 2012.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión, Frank La Rue**. A/HRC/23/40 de 17 de abril de 2013.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas**. A/68/279 de 7 de agosto de 2013.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe sobre el Primer Foro Regional de América Latina y el Caribe sobre Empresas y Derechos Humanos**. A/HRC/26/25/Add.2 de 24 de abril de 2014.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas**. A/69/263 de 5 de agosto de 2014.

NACIONES UNIDAS, Consejo de derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, David Kaye**. A/HRC/29/32 de 22 de mayo de 2015.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos humanos. **Promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/71/373 de 6 de septiembre de 2016.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión al Brasil**. A/HRC/32/45/Add.1 de 12 de mayo de 2016.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión**. A/HRC/35/22 de 30 de marzo de 2017.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión a México.** A/HRC/35/32/Add2 de 27 de abril de 2017.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión.** A/HRC/38/35 de 6 de abril de 2018.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión al Perú.** A/HRC/38/48/Add.2 de 9 de mayo de 2018.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas sobre la “Tercera Consulta regional para América Latina y el Caribe”:** Implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos, en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. A/HRC/38/48/Add.3 de 4 de junio de 2018.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet.** A/HRC/38/L.10 de 2 de julio de 2018.

NACIONES UNIDAS, Consejo de Derechos Humanos. **Informe del Grupo de Trabajo intergubernamental de composición abierta sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos sobre su cuarto período de sesiones.** A/HRC/40/48, 2 de enero de 2019.

NACIONES UNIDAS, Consejo Económico y Social. **Efectos de las empresas multinacionales en el desarrollo y en las relaciones internacionales.** E/5500/Rev.1 de 24 de mayo de 1974.

NACIONES UNIDAS, Consejo Económico y Social. **Normas sobre la Responsabilidad de las Corporaciones Transnacionales y otras Empresas Comerciales en Materias de Derechos Humanos.** E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 26 de agosto de 2003.

NACIONES UNIDAS, Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre las empresas y los Derechos Humanos. **Orientación para los Planes de Acción Nacionales sobre las Empresas y los Derechos Humanos,** noviembre de 2016. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>.. Acceso en: 10 de octubre de 2019.

NALLKAEMPER, André. **National Courts and International Rule of Law.** Reino Unido: Oxford University Press, 2011

NOLAN, Justine. Business and Human Rights in context. In: BAUMANN-PAULY, Dorothée; NOLAN Justine (Ed). **Business and Human Rights: From Principle to Practice.** Nueva York: Routledge, 2016. p. 2-11.

NOLAN, Justine. Business and Human Rights Treaty. In: BAUMANN-PAULY, Dorothée; NOLAN Justine (ed). **Business and Human Rights: From Principle to Practice**. Nueva York: Routledge, 2016, 70-73.

OCDE, **Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales**, 1976. Con última revisión en 2011.

OCDE, **The Economic and Social Role of Internet Intermediaries**, abril de 2010. Disponible en: <https://www.oecd.org/internet/ieconomy/44949023.pdf>. Acceso en: 10 de octubre de 2018.

OEA, **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (Pacto de San José), 1969.

OEA, **Promoción y Protección de los Derechos Humanos en el Ámbito Empresarial**. AG/RES. 2840 (XLIV-O/14). Aprobada en la segunda sesión plenaria celebrada el 4 de junio de 2014.

OEA, **Segundo Informe. Responsabilidad social de las empresas en el campo de los derechos humanos y el medio ambiente en las Américas**. OEA/Ser. CJI/doc.449/14 rev.1 Q, 24 febrero 2014.

OEA, **Promoción y Protección de Derechos Humanos**. AG/RES. 2887 (XLVI-O/16.) Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016.

OEA, **Regulación consciente y efectiva de las empresas en el ámbito de los derechos humanos**. OEA/Ser.Q, CJI/doc.522/17 rev.2 de 9 marzo 2017.

OEA, **Alfabetismo y Seguridad Digital: Mejores Prácticas en el uso de Twitter**, 2019.

OEA, Asamblea General. **Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales**. AG/RES.2727 (XLII-O/12). 4 de junio de 2012.

OEA, Asamblea General. **Acceso a la información pública y protección de datos personales**. AG/RES. 2811 (XLIII-O/13). 6 de junio de 2013.

OEA, Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos. **Principios y Recomendaciones Preliminares sobre la Protección de Datos (la Protección de Datos Personales)**. OEA/Ser.G CP/CAJP-2921/10 rev.1 corr. 1. 17 de octubre de 2011.

OBSERVACOM, *et al.* **Aportes para una regulación democrática de las grandes plataformas que garantice la libertad de expresión en Internet**: Una perspectiva latinoamericana para lograr procesos de moderación de contenidos compatibles con los estándares internacionales de derechos humanos. Disponible en: <https://www.apc.org/es/news/por-una-regulacion-democratica-de-las-grandes-plataformas-que-garantice-la-libertad-de>. Acceso en: 10 de enero de 2019.

OBSERVACOM, **Denuncian estigmatización y ataques informáticos a medios comunitarios durante protestas en Ecuador**, 8 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://www.observacom.org/denuncian-estigmatizacion-y-ataques-informaticos-a-medios-comunitarios-durante-protestas-en-ecuador/>. Acceso en: 09 de noviembre de 2019.

OIT, **Convenio C 182 sobre las peores formas de trabajo infantil**. 17 de junio de 1999.

OIT, **Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social**, 1977. La Declaración de 1977 fue modificada en 2000 y 2016 y revisada en 2017.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Kátia. Diálogos Judiciais sobre Direitos Humanos no Ius Constitutionale Commune Latino-americano. In: VILLATORE, Marcos; MATTOS, Marília Soares de; FERRAZ, Miriam. **Ensaio sobre Violação de Direitos Humanos: Análise Jurídica da Proteção no Ordenamento Brasileiro**, Curitiba. Editora Fi, 2019, 415-433.

OLSEN, Ana Carolina; PAMPLONA, Danielle Anne. Violações a direitos humanos por empresas transnacionais na América Latina: perspectivas de responsabilização, **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Ano 7, n. 3, jan./jun 2019, 129-151.

PAMPLONA, Danielle Anne. Discurso de ódio: a extensão da proteção à liberdade de expressão em sistemas de defesa de Direitos Humanos e no Brasil. **Revista Jurídica da Presidência**, v.19, n.117, 190-216.

PAMPLONA, Danielle Anne; CASTRO SOUZA, Cássio Bruno. A negociação coletiva supranacional como mecanismo de proteção e reparação de direitos humanos trabalhistas violados por empresas transnacionais, **Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, v. 09, n.18, 2018, 59-77.

PAMPLONA, Danielle Anne. Um projeto comum para América Latina e os impactos das empresas em direitos humanos, **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 09, n. 02, ag., 2019, 22-301.

PANOPTYKON FOUNDATION, **First court decision in SIN vs Facebook**: the internet giant must not restrict the organisation's activities in its services de 2 de julio de 2019. Disponible en: <https://en.panoptykon.org/articles/first-court-decision-sin-vs-facebook>. Acceso en: 10 de agosto de 2019.

PARLAMENTO EUROPEO, Departamento de Políticas de la Dirección General de Políticas Exteriores. **After the Arab Spring**: New Paths for Human Rights and the Internet in European Foreign Policy, EXPO/B/DROI/2011/28, PE 457.102, 4 de junio 2012. Disponible em: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/note/join/2012/457102/EXPODROI_NT%282012%29457102_EN.pdf. Acceso em: 10 de octubre de 2019.

PIOVESAN, Flávia. Derechos Humanos e impacto del sistema interamericano. In: von BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (cord). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: rasgos, potencialidades y desafíos. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014, 61-81.

PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune en América Latina: context, challegens and perspectives. In: von BOGDANDY, Armin; *et al* (ed.). **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Nueva York: Oxford University Press, 2017, 49-65.

PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos. In von BOGDANDY,

Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (cord). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, 551-54.

PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune Latino-Americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: Perspectivas e Desafios, **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 2, 2017, 1356–1388.

Principios de Manila sobre Responsabilidad de los Intermediarios: Guía de Buenas Prácticas que delimitan la responsabilidad de los Intermediarios de contenidos en la promoción de la libertad de expresión e innovación. Marzo de 2015. Disponible en: <https://www.manilaprinciples.org/es>. Acceso en: 5 de mayo de 2018.

POST, Robert. Privacy, Speech and Digital Imagination. In: BRISON, Susan; GELBER, Katharine (ed.). **Free Speech in Digital Age**. New York: Oxford University Press, 2019, 104-121

RANKING DIGITAL RIGHTS, **Corporate Accountability Index, 2018**. Disponible en: <https://rankingdigitalrights.org/index2018/>. Acceso: 18 de enero de 2019.

RAMASTRY, Anita. Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability. **Journal of Human Rights**, v. 14, n. 2, 237–59, 2015.

Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA). **Declaración Conjunta sobre Censura a través del asesinato y la difamación** de 30 de noviembre de 2000.

Relator Especial das Nações Unidas (ONU) para a Liberdade de Opinião e Expressão, o Representante da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) para o Liberdade dos meios de comunicação, o relator especial da Organização dos Estados Americanos (OEA) para a Liberdade de Expressão e o Relator Especial sobre Liberdade de Expressão e Acesso à Informação da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP), **Declaración Conjunta**: Desafíos a la libertad de expresión en el nuevo siglo de 2001.

Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión. **Declaración Conjunta** de 21 de diciembre de 2005

Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial 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). **Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet** de 1 de junio de 2011.

Relator Especial para la Libertad de Opinión y Expresión de Naciones Unidas (ONU), la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Relatora Especial para la Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP). **Declaración Conjunta sobre la Libertad de expresión y las Respuestas a las Situaciones de Conflicto** de 4 de mayo de 2015.

Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), **Declaración Conjunta Sobre Libertad De Expresión Y "Noticias Falsas" ("Fake News"), Desinformación y Propaganda** de 3 de marzo de 2017.

Relator Especial das Nações Unidas (ONU) para a Liberdade de Opinião e Expressão, o Representante da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) para o Liberdade dos meios de comunicação, o relator especial da Organização dos Estados Americanos (OEA) para a Liberdade de Expressão e o Relator Especial sobre Liberdade de Expressão e Acesso à Informação da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP), **Declaração Conjunta: Desafios para a liberdade de expressão na próxima década**, de 10 de julho de 2019.

RETON, Cherilyn; POSETTI, Julie. **Journalism, 'Fake News' & Disinformation: Handbook for Journalism Education and Training**. Unesco, 2018.

RICHARD, Allan. **Hard Questions: Who Should Decide What Is Hate Speech in an Online Global Community?**, de 27 de junio de 2017. Disponible en: <https://newsroom.fb.com/news/2017/06/hard-questions-hate-speech/>. Acceso en: 10 de agosto de 2019.

RÍOS, Ruben H. ¿Por qué Facebook censura obra de arte?, **Perfil**, 18 de mayo de 2018. Disponible en. <https://www.perfil.com/noticias/cultura/por-que-facebook-censura-obras-de-arte.phtml>. Acceso en: 10 de agosto de 2019.

RUGGIE, John Gerard. Business and Human Rights: The Evolving International Agenda. **American Journal of international Law**, v.101, n.04, 819-840, jun, 2007.

RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios: as corporações multinacionais e os direitos humanos**. Trad. Isabel Murray. São Paulo: Ed. Planeta Sustentável, 2014.

RUGGIE, John Gerald; SHERMAN, John F. The concept of "Due Diligence" in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: a reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale", **European Journal of International Law**, vol. 28, n. 3, 2017, 921-928.

RUGGIE, John Gerard. ¿Jerarquía o ecosistema? La regulación de los riesgos relativos a los derechos humanos provenientes de las empresas multinacionales. In: GARAVITO, César Rodríguez (Ed). **Empresas y derechos humanos en el siglo XXI**: La Actividad Corporativa Bajo La Lupa, Entre Las Regulaciones Internacionales y La Acción de La Sociedad Civil. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, 75-98.

SALAZAR, Katya. Empresas y Derechos Humanos: ¿un nuevo desafío para la OEA?. **Aportes DPFL**, n. 20, ano 8, agosto, 2015, 9–13.

SALAZAR UGARTE, Pedro. La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*. In: von BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (cord). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, 109-136.

SAJÓ, András. Foreword. In: PRICE, Monroe; STREMLAU, Nicole. **Speech and Society in Turbulent Times**: freedom of expression in comparative perspective. Reino Unido: Cambridge University Press, 2018.

SANTANA, Anna Luisa Walter; PAMPLONA, Danielle Anne. Empresas de Tecnologia e Direitos Humanos, avanços e diagnósticos do setor. In: GOMES, Eduardo Biacchi; PAMPLONA, Danielle Anne, FACHIN, Melina Girardi. **Direitos Humanos sob a perspectiva global**: Estudos em homenagem a Flávia Piovesan. Curitiba: Instituto Memória, 2017, 371-398.

SANTANA, Anna Luisa Walter de; PAMPLONA, Danielle Anne. Os contornos possíveis do discurso de ódio no Brasil: proposta a partir da convenção americana de direitos humanos. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 55, set. 2018, 13-30. Disponible en: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/12048>. Acceso en: 28 de agosto de 2019.

SANTANA, Anna Luisa Walter de; PAMPLONA, Danielle Anne Pamplona. Políticas públicas em liberdade de expressão para o enfrentamento a pobreza - contribuições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: GONCALVEZ, Rúben Miranda; VEIGA, Fabio da Silva. **Estudios de Derecho Iberoamericano**. Volumen II. Las Palmas de Gran Canaria, España: La Casa del Abogado, 2019, 103-116.

SANTANA, Anna Luisa Walter; PAMPLONA, Danielle Anne. Contribuições do ICCAL: o constitucionalismo transformador frente às violações de direitos humanos por empresas. In: von BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (cord.). **Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais**: Desafios do *Ius constitutionale Commune* Latino-americano a luz do Direito Econômico Internacional. Salvador: JusPodivm, 2019, 179-192.

SANTORO, Michael A. Business and Human Rights in Historical Perspective. **Journal of Human Rights**, v. 14, n. 2, p. 155-161, jun, 2015.

SAUVANT, Karl P. The Negotiations of the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations: Experience and Lessons Learned. **The Journal of World Investment & Trade**, 16, 11-87, 2015.

SCHONSTEINER, Judith. Empresas y Derechos Humanos: Lecturas a la luz del *Ius Constitutionale Commune*. In: BOGDANDY, Armin von; et al. (cord.). **El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional**: de la tensión al diálogo. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM) e Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, 2018, 397-426.

SCHONSTEINER, Judith. Empresas y Derechos Humanos. Lecturas a la luz del *Ius Constitutionale Commune*. In: von BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (cord.). **Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais**: Desafios do *Ius constitutionale Commune* Latino-americano a luz do Direito Econômico Internacional. Salvador: JusPodivm, 2019, 195-226.

SOLÉ, Antoni Pigrau; MÁRQUEZ, Daniel Iglesias. La versión revisada del Borrador del Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos: hacia la siguiente ronda de negociaciones. **Policy Paper**, ICIP, n. 19, oct 2019, 1-8.

SOLUM, Lawrence B. Models of Internet Governance. **Illinois Public Law Research Paper**, n. 07-25; sept, 2008, 47-91.

SUSTEIN, Cass R. **Republica.com**: Internet, Democracia y Libertad. Barcelona, Paidós, 2003.

SUNSTEIN, Cass. **Republic.com 2.0** Reino Unido: Princeton University Press, 2007,

SUPREMA CORTE DE LA NACIÓN MEXICO, **Amparo de revisión n. 1005/2008** de 20 de marzo de 2019. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2019-03/AR%201005-2018%20..pdf. Acceso en: 30 de julio de 2019.

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, **Search King, Inc. v. Google Technology, Inc.**, Case N. Civ-02-1457-M (W.D. Okla., Jan. 13, 2003).

SUPREMA CORTE DE LOS ESTADOS UNIDOS, **United States v. Alvarez**, 567 U.S. 708 (2012).

SUPREME COURT OF CANADÁ, **Crookes v. Newton**, 2011 SCC 47, 2011, 3 S.C.R. 269. 19 de octubre de 2011. Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/7963/index.do>. Acceso en: 20 de octubre de 2019.

THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, **Democracy Index 2018**. Me too?: Political participation, protest and democracy. Disponible en: http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.ashx?fi=Democracy_Index_2018.pdf&mode=wp&campaignid=Democracy2018. Acceso en: 27 febrero 2019.

The Santa Clara principles on transparency and accountability in content moderation. Mayo de 2018. Disponible en: <https://santaclaraprinciples.org/>. Acceso en: 7 de septiembre de 2019.

TJUE. **Google Spain, S.L., Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González**. Sentencia del 13 de mayo de 2014. Disponible en:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES>. Acceso en: 24 de abril de 2018.

UNIÓN EUROPEA, **Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE**. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1528874672298&uri=CELEX%3A32016R0679>. Acceso en: 01 de agosto de 2019.

URUEÑA, René. ¿Protección multinivel de los derechos humanos en América Latina? Oportunidades, desafíos y riesgos. In: BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo; URUEÑA, René; TORREZ PÉREZ, Aida (cord). **Protección Multinivel de Derechos Humanos**. Barcelona: Red de Derechos Humanos y Educación Superior, 2013.

URUEÑA, Rene. Después de la fragmentación: ICCAL, derechos humanos y arbitraje de inversión. In: von BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (cord.). **Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais: Desafios do Ius constitutionale Commune Latino-americano a luz do Direito Econômico Internacional**. Salvador: JusPodivm, 2019, 97-124.

Van HOBOKEN, J.V.J. **Search Engine Freedom: On the implications of the right to freedom of expression for the legal governance of Web search engines**. Tesis de doctorado, University of Amsterdam Faculty of Law, 2012. Disponible en: <http://dare.uva.nl/document/357527>. Acceso en: 2 de julio de 2019.

VARGAS, Claret. ¿Un tratado sobre empresas y derechos humanos? Un debate recurrente en un nuevo panorama de gobernanza. In: GARAVITO, César Rodríguez (Ed). **Empresas y derechos humanos en el siglo XXI: La Actividad Corporativa Bajo La Lupa, Entre Las Regulaciones Internacionales y La Acción de La Sociedad Civil**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2018, 167-190.

VÁSQUEZ CAMACHO, Santiago J. **La Responsabilidad Internacional de los Estados derivada de la conducta de particulares o non-State Actors conforme al Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos**. México: Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2015

VENTIRUNI, Jamila; *et al.* **Terms of Service and Human Rights: An Analysis of Online Platform Contracts**, Río de Janeiro: Revan, 2016.

von BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*: una aclaración conceptual. In: von BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (cord). **Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2014, 13-23.

von BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune*. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; RAMIRÉZ, Fabiola Martínez; MEJÍA, Giovanni A. Figueroa (cord). **Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional**. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2014, 774-777.

von BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada *Ius Constitutionale Commune* in Latin America, **Revista Derecho del Estado**, v. 34, 2015, p. 3-50.

von BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. In: von BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia. **Ius Constitutionale Commune na América Latina**: marco conceptual. Curitiba: Huruá, 2016.

von BOGDANDY, Armin; *et al.* *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: a regional approach to transformative constitutionalism. In: von BOGDANDY, Armin; *et al.* (ed.). **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Nueva York: Oxford University Press, 2017, 3-26.

von BOGDANDY, Armin; *et al.* *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (cord). **Ius Constitutionale Commune en América Latina**: Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro e Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, 17-54.

von BOGDANDY, Armin; *et al.* *Ius Constitutionale em América Latina (ICCAL) y Derecho Económico Internacional (DEI): una Introducción*. In: von BOGDANDY Armin, *et al.* (cord.). **Constitucionalismo transformador en América Latina y Derecho Económico Internacional**: de la tensión al diálogo. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, 3-32.

von BOGDANDY, Armin; EBERT, Franz Christian. El Banco Mundial frente al constitucionalismo transformador latinoamericano: panorama general y pasos concretos. In: von BOGDANDY Armin, *et al.* (cord.). **Constitucionalismo transformador en América Latina y Derecho Económico Internacional**: de la tensión al diálogo. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, 355-398.

VOSS, W. Gregory; CASTET-RENARD-Renard, Céline. Proposal for an International Taxonomy on the Various forms of the ‘Right to be Forgotten’: a Study on the Convergence of Norms. **Colorado Technology Law Journal**, v 14, n. 2, 2016, 281-344.

WETTSTEIN, Florian. **Multinational Corporations and Global Justice**: Human Rights Obligations of a Quasi-Governmental Institution. Reino Unido: Stanford University Press, 2009.

WETTSTEIN, Florian. From side show the main act: can business and human rights save corporate responsibility? In: BAUMANN-PAULY, Dorothee; NOLAN Justine (Ed). **Business and Human Rights**: From Principle to Practice. Nueva York: Routledge, 2016, 78-87.

WINKLER, Adam. **We the Corporations**: How American Businesses Won Their Civil Rights. Nueva York: Liveright Publishing Corporation, 2018

WINTER, Luís Alexandre Carta; NASSIF, Rafael Carmezin. A atuação das empresas transnacionais nos países emergentes: desenvolvimento nacional a luz da ordem econômica constitucional, **Cadernos do Programa de Pós-graduação Direito /UFRGS**, v.11, n.1, 2016, 170-187.

WINTER, Luís Alexandre Carta; BECKERS, Amanda Carolina Buttendorff Rodrigues. Desenvolvimento e Integração Regional: a atuação do Mercosul em políticas públicas de direitos humanos, **Revista de Direitos Humanos em perspectiva**, v. 2, n.2, jul/dez 2016, 112-127.

WRZONCKI, Elin; ZARAMA, Germán. **Empresas y Derechos Humanos en América Latina y el Caribe**: retos y oportunidades para la adopción e implementación de planes de acción nacionales. Copenhagen: Instituto Danés de Derechos Humanos, 2019.

YORK, Jillian; ZUCKERMAN, Ethan. Moderating the Public Sphere. In: JORGENSEN, Rikkie Fran (edit). **Human Rights in the Age of Platforms**. Reino Unido: The IMT Press, 2019, 137-162,

ZUBIZARRETA, Juan Hernandez. **Las Empresas Transnacionales Frente a Los Derechos Humanos**: Historia de Una Asimetría Normativa. Bilbao: Hegoa, 2009.