



JUSTICIA CONSTITUCIONAL
Y DERECHOS FUNDAMENTALES

10

*Redes sociales,
Estado de derecho
y control judicial*

EDITORES ACADÉMICOS
MÔNIA CLARISSA HENNIG LEAL
HARTMUT RANK

 KONRAD
ADENAUER
STIFTUNG

ESTADO DE DERECHO · LATINOAMÉRICA



JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES

10

Redes sociales, Estado de derecho y control judicial

*Redes sociales,
Estado de derecho
y control judicial*

EDITORES ACADÉMICOS

Mônia Clarissa Hennig Leal

Hartmut Rank

© 2022 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.
Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (#49-30) 269 96 453
Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Calle 93B n.º 18-12, piso 7
Bogotá, Colombia
Tel.: (+571) 743 0947
iusla@kas.de
www.kas.de/iusla
Twitter: KASiusLA
Facebook: /kasiusla
Instagram

© JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES n.º 10.
Redes sociales, Estado de derecho y control judicial
Editores: Mônia Clarissa Hennig Leal y Hartmut Rank
Coordinación editorial: Felipe Franco

ISSN: 978-628-95329-7-5 Versión digital
Fecha: octubre de 2022
Revisión de textos en español: Emma Ariza
Revisión de textos en portugués: Paulo Baptista
Diagramación: Marta Rojas

Esta publicación se distribuye en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer. Los textos que se publican son de exclusiva responsabilidad de su autor y no expresan necesariamente el pensamiento de la FKA. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	IX
ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO, INTERNET, REDES SOCIALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES. UNA MIRADA EN BOLIVIA	1
José Antonio Rivera S.	
A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NA ERA DIGITAL: REFLEXÕES DOGMÁTICAS A PARTIR DO PROBLEMA DA TRANSNACIONALIDADE E DA RESPONSABILIZAÇÃO DAS PLATAFORMAS NO BRASIL	27
Leonardo Martins, Lucas Catib de Laurentiis, Felipe Grizotto Ferreira	
LAS REDES SOCIALES, LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, LA DEMOCRACIA Y EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UN PANORAMA SOBRE EL CASO DE BRASIL	47
Mônia Clarissa Hennig Leal	
EL ESTADO DE DERECHO, REDES SOCIALES Y CONTROL JUDICIAL. EL CASO DE CHILE	75
Claudio Nash	
ESTADO DE DERECHO, REDES SOCIALES Y CONTROL JUDICIAL EN GUATEMALA	95
Aylin Ordóñez Reyna	
REDES SOCIALES Y CONTROL JUDICIAL EN EL PERÚ	123
César Landa Arroyo	
ESTADO DE DERECHO, REDES SOCIALES Y CONTROL JUDICIAL EN URUGUAY	145
Martín Risso Ferrand	
LIBERTAD DE EXPRESIÓN, PLATAFORMAS DIGITALES, REDES SOCIALES E INTERVENCIÓN ESTATAL: EL CASO DE VENEZUELA	169
Jesús María Casal, Juan Alberto Berríos Ortigoza	

PRESENTACIÓN

De acuerdo con estadísticas del Banco Mundial, con datos de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, para el año 2020, 74% de la población de América Latina y el Caribe usaba el servicio de internet.¹ Lo anterior es muestra de que esta última década ha marcado un exponencial avance de la digitalización –asociada a una creciente globalización– y un aumento en el acceso global a servicios digitales en internet.

La sociedad actual ha encontrado en internet nuevas avenidas para expresarse, especialmente a través de medios digitales, que han generado una cobertura más vasta para la difusión del pensamiento. Esto, por supuesto, tiene grandes implicaciones para la democracia, ya que ha hecho posible un discurso público amplio y activo, el cual, sobre todo en el contexto de la pandemia, se ha trasladado en gran medida a las esferas de las redes sociales. El más reciente informe de la firma Comscore, difundido por el servidor Statista, demostró que las redes sociales alcanzaron una tasa de representación de cerca de 92% en países del continente, como Chile, Uruguay y Argentina, siendo Whatsapp y Facebook las redes con el mayor número de usuarios en la región.²

El rápido desarrollo y uso generalizado de las redes sociales ha causado, en este sentido, una transformación en la garantía de derechos, poniendo de presente el problema de las noticias falsas y la desinformación, un tema adyacente a la garantía del derecho a la libertad de expresión. La falta de transparencia y de criterios claros para la difusión del pensamiento en estos medios conduce, esencialmente, a la restricción de la libertad de expresión por parte de actores públicos y privados, lo cual resalta la importancia de una regulación del discurso de los medios sociales a través del Estado.

Los expertos y las expertas del Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales del Programa Estado de Derecho para

1 Banco Mundial, “Personas que usan Internet (% de la población – Latin America & Caribbean”. <https://datos.bancomundial.org/indicador/IT.NET.USER.ZS?locations=ZJ>).

2 Statista, “Tasa de penetración de redes sociales en América Latina y Caribe por país en enero de 2022”. <https://es.statista.com/estadisticas/1073796/alcance-redes-sociales-america-latina/>.

Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer presentan esta publicación, la décima dentro de su serie de investigaciones, donde comparan la experiencia de los diferentes países latinoamericanos representados en el Grupo, con el ánimo de identificar y analizar la incidencia de las redes sociales y el rol asumido por las cortes en su ponderación frente a la garantía de los derechos a la libertad de expresión y pensamiento.

Y es en la debida garantía de este derecho fundamental de donde parte el análisis realizado por los autores de esta publicación. La libertad de expresión ha sido reconocida como un derecho angular para la consecuente garantía de las demás libertades sociales y derechos fundamentales reconocidos tanto en las constituciones nacionales de América Latina como en los diferentes instrumentos internacionales. Su interpretación ha llevado también a entender este derecho como de doble dimensión: una individual y otra social.³

El uso y acceso a las redes sociales, como herramienta de difusión del pensamiento, se deriva particularmente del ejercicio de la libertad de expresión desde su dimensión individual. No obstante, como será expuesto por los miembros del Grupo en esta obra, dicho uso y acceso genera tensiones en la protección del derecho a la privacidad, garantizado también en los ordenamientos jurídicos nacionales. Estas redes funcionan no solamente como un medio de difusión de ideas, sino como una herramienta para divulgar discursos, noticias y contenidos que pueden resultar contrarios al derecho a permanecer en la intimidad y que aquellos contenidos que pertenecen a dicha esfera personal no deban llegar a ser ni del todo difundidos o regulados por parte del Estado. El desarrollo de la digitalización ha permitido, entonces, establecer un contacto directo entre el Estado, la política y la sociedad, a través de las redes sociales digitales, sin intermediación profesional. Los mejores ejemplos de ello son los tuits públicos de presidentes, expresidentes y demás funcionarios de Gobiernos, las campañas electorales completamente virtuales, o las controversias políticas desplegadas por medio de estas redes sociales. En esta medida, el ejercicio de este derecho se deberá ver confrontado con las dimensiones del derecho a la intimidad, desarrolladas de manera incipiente en algunas de las constituciones de la región.

El crecimiento exponencial de estas redes sociales y de las plataformas digitales ha venido acompañado, por un lado, de una democratización, de mejor accesibilidad y de la “omnipresencia” de la información, pero, por el otro, ha venido

3 Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado este carácter de manera reiterada en su jurisprudencia, particularmente en la Opinión Consultiva OC-5/85 sobre la “Colegiatura obligatoria de periodistas”, donde señaló de manera categórica que la libertad de expresión es la piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática.

de la mano del peligro latente de una sobrecarga informativa, de desinformación o noticias falsas, discursos de odio y matoneo virtual, como también del mal uso de los datos personales.

Esta tensión de derechos implica, en principio, que el Estado como ente garante de la protección de los derechos fundamentales sea el llamado a regular la provisión del servicio de internet y de los contenidos que se encuentran en las redes sociales. Países como Bolivia y Brasil cuentan con marcos regulatorios específicos en estas materias, para garantizar este debido acceso y evitar excesos que resulten vulneratorios de los derechos humanos. No obstante, como bien será demostrado por los autores de esta obra, este tipo de regulación supone eventuales riesgos y presuntas restricciones impuestas por el Gobierno a la libertad de expresión y que la protección de datos, como parte esencial de este derecho, se vea también condicionada a requerimientos propios del Gobierno o sus instituciones regulatorias.

La existencia de las redes sociales implica esencialmente una serie de obligaciones estatales que serán exploradas a lo largo de esta serie de artículos, tanto desde el punto de vista de la regulación en el uso y acceso a internet y las redes sociales como en la resolución de los conflictos de derechos que pueden existir mediante el uso de dichos mecanismos virtuales. En esencia, las tensiones y tendencias mencionadas hacen aún más evidentes los puntos débiles de los pilares principales de la democracia, lo cual podría llevar a una cierta erosión del Estado de derecho. Veremos que el medio como tal realmente no presenta la fuente de peligro, sino la forma en que se usa, la rapidez y la aparente ausencia de control de la difusión de la información a través de las redes sociales.

En este contexto, el Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales emprendió la ardua tarea de esbozar estos debates a la luz de la normativa doméstica de cada uno de sus países, confrontada con los estándares internacionales de derechos humanos, todos ellos en su mayoría incorporados al ámbito doméstico, por vía de mecanismos constitucionales como el bloque de constitucionalidad. Esta obra que se presenta a nuestros lectores también recoge un análisis juicioso de la jurisprudencia de los tribunales constitucionales que, aunque escasa, define líneas claves de interpretación en virtud de las cuales se ha intentado zanjar las diferencias legales que existen entre el ejercicio de la libertad de expresión, el derecho a la privacidad y la garantía del acceso a la información, todos ellos manifestados en la práctica a través del uso de las redes sociales.

Este libro, además de celebrar la publicación número 10 de esta importante serie, exalta el firme compromiso y trabajo de las autoras y los autores del Grupo de Estudios de nuestro Programa, como fruto de las discusiones sostenidas

durante el tiempo de pandemia, que motivó que el primer encuentro anual del Grupo, realizado en la ciudad de Bogotá en el año 2019, se hiciera de manera híbrida, con la participación virtual de la mayoría de sus miembros. En este contexto, los miembros del Grupo reiteraron que este tema sigue siendo de especial trascendencia y de importante discusión para todos los doctrinantes y practicantes del derecho constitucional en Latinoamérica. En esta medida, extendemos un especial agradecimiento a ellas y a ellos, por su labor para culminar esta importante publicación, enfrentando los retos que produjo la pandemia con el aumento de compromisos en la práctica profesional y las limitaciones en el relacionamiento personal, que representaron mayores esfuerzos para su ejecución.

De igual manera, extendemos un agradecimiento especial a la doctora Anna Luisa Walter de Santana, experta invitada al encuentro del Grupo, cuyo aporte sobre las tendencias en la legislación y jurisprudencia interamericana acerca del manejo de las redes sociales y otros medios técnicos sirvió de referencia e inspiración para la estructuración de cada uno de los capítulos de este libro.

Debemos señalar también que, en el transcurso del desarrollo de esta publicación, algunos de los miembros del Grupo de Estudios sobre Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales cesaron sus labores para emprender nuevos caminos profesionales. Desde el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, agradecemos enormemente a los profesores César Landa y Víctor Bazán por su compromiso y por el cariño brindado en todas las labores del Grupo. Esperamos contar con sus aportes y contribuciones al margen de las importantes labores que emprenden, también en la defensa y protección del Estado de derecho en sus países.

Siguiendo la tradición de los trabajos de este Grupo, esperamos que con esta publicación se sigan proponiendo debates y espacios de diálogo desde la academia con las instituciones jurídicas nacionales y regionales para el desarrollo de iniciativas que permitan, no solo entender las nuevas dimensiones de la protección de los derechos humanos en el continente, sino buscar eventuales soluciones ante confrontaciones o tensiones contextuales que lleven a un fortalecimiento efectivo del Estado de derecho y a una debida protección de los derechos fundamentales que responda a las necesidades de una sociedad cada día más globalizada.

Hartmut Rank

Director del Programa Estado de Derecho
para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer

Felipe Franco

Coordinador de Proyectos del Programa Estado de Derecho
para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer

ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO, INTERNET, REDES SOCIALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES. UNA MIRADA EN BOLIVIA

José Antonio Rivera S.*

INTRODUCCIÓN

En las primeras décadas del presente siglo, pero principalmente en la década pasada, se ha producido un extraordinario avance de la tecnología en el ámbito de la comunicación. La implementación de los servicios de internet y la creación de las redes sociales permiten hoy una circulación cada vez más creciente de información, de opiniones, pensamientos y críticas respecto a fenómenos y hechos sociales, económico-financieros, políticos, culturales, deportivos, así como sobre políticas de Estado, políticas públicas y gestiones gubernamentales.

En el contexto referido, el ejercicio del derecho a la libertad de expresión ha encontrado un mayor cauce a través de las nuevas tecnologías creadas para la comunicación social, pues con la maximización de los recursos y las funcionalidades que ofrecen los servicios de internet, así como las redes sociales, las ciudadanas y los ciudadanos pueden expresar en la actualidad sus pensamientos, ideas y opiniones con una cobertura más amplia. La información circula también con mayor fluidez y alcance.

Es importante señalar que en la actual era de internet y las redes sociales, expresar las ideas, los pensamientos y las opiniones en tiempo real es algo cotidiano. A través de las redes sociales se generan interesantes discusiones,

* Exmagistrado del Tribunal Constitucional de Bolivia. Catedrático titular de Derecho Constitucional, Universidad Mayor de San Simón (Cochabamba, Bolivia); docente de posgrado de varias universidades de Bolivia; conferencista en diversas universidades de Iberoamérica; académico de número de la Academia Nacional de Ciencias Jurídicas; presidente de la Sección Nacional Bolivia del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; miembro de la Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, del Consejo Asesor del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, del Centro Latinoamericano de Derecho Constitucional, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional; autor de numerosos libros y ensayos sobre derecho constitucional, derecho procesal constitucional y derechos humanos. riverasa@gmail.com.

confrontación de ideas, opiniones y pensamientos sobre temas de interés común; políticos, económico-financieros, derechos humanos, culturales, deportivos. Asimismo, a través de las redes sociales, con el uso de internet, circulan críticas o cuestionamientos a las políticas o determinaciones del Gobierno, denuncias de corrupción o de abuso de poder. Pero también circulan comunicaciones que las personas quieren hacer públicas, por ejemplo, sobre su vida privada, aficiones, gustos, pasatiempos o actividades realizadas en familia, en grupo, en círculos sociales, deportivos o culturales.

Sin embargo, si bien es cierto que internet y las redes sociales, puestas al servicio de la población, tienen grandes ventajas para una mayor difusión del pensamiento, de las ideas y opiniones de las personas, así como de la información, no es menos cierto que el mal uso o el uso inadecuado de estos medios tecnológicos pueden vulnerar derechos humanos y fundamentales de las personas, tales como el derecho a la privacidad e intimidad y a la honra, la imagen y dignidad, generando conflictos. Igualmente, pueden ser mal utilizados para cometer delitos, como trata y tráfico de personas, agresiones sexuales, calumnia, difamación e injurias.

La situación referida exige del Estado la adopción de medidas administrativas, legislativas y de orden jurisdiccional, para, de un lado, garantizar el acceso universal a los servicios de internet, regular el acceso y uso de las redes sociales, y, de otro lado, resolver los conflictos de derechos, así como otorgar protección oportuna y efectiva a las personas cuyos derechos humanos y derechos fundamentales sean vulnerados por el mal uso de internet y las redes sociales.

En el presente trabajo se abordará el análisis descriptivo de los derechos a la libertad de expresión, a la libertad de información y acceso a los progresos de la tecnología, a internet y el uso de las redes sociales.

MARCO CONCEPTUAL O TEÓRICO

Para una adecuada comprensión de los temas objeto de este trabajo, es necesario un abordaje conceptual de los institutos jurídicos pertinentes.

La libertad de expresión consiste en la potestad o facultad de toda persona de manifestar por cualquier medio de difusión su propio pensamiento, sus opiniones, ideas, conceptos, creencias y juicios de valor sobre una determinada situación, suceso o hecho. De ese concepto se puede inferir que este derecho fundamental tiene dos componentes que requieren ser analizados por separado para su mejor comprensión.

Por un lado, la libertad de pensamiento consiste en la capacidad de toda persona para estructurar y sistematizar sus ideas y juicios sobre las distintas

realidades del mundo y de la vida. El ejercicio de este elemento del derecho fundamental de la libertad de expresión genera una obligación negativa, no solo para el Estado sino también para las personas particulares, quienes no pueden desplegar ningún acto de injerencia en el ámbito de estructuración y sistematización de las ideas y juicios del titular del derecho.

Por otro lado, la libertad de opinión consiste en la capacidad de toda persona para estructurar juicios de valor o pareceres sobre las cosas que por su índole cuestionable pueden ser controvertidas o disputadas; implica la adopción de un punto de vista sobre una determinada situación. Este derecho también supone una obligación negativa para el Estado y los particulares, quienes no pueden ni deben asumir actos de injerencia.

Sobre la importancia del derecho a la libertad de expresión, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sentencia 0524/2018-S2, ha señalado:

... la libertad de expresión en una sociedad democrática, es sustento y efecto de ésta, constituyendo un instrumento para su ejercicio y garantía para su desempeño; siendo innegable que, el orden público, exige en 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.¹

Cabe señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en su Opinión Consultiva OC5/85, ha indicado:

La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.²

De otro lado, en su Sentencia del Caso La Última Tentación de Cristo vs. Chile, la Corte IDH ha manifestado:

- 1 Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia Constitucional Plurinacional 0524/2018-S2 de 14 de septiembre de 2018, M. R. Carlos Alberto Calderón Medrano, Expediente: 23382-2018-47-APP. [https://buscador.tcpbolivia.bo/\(S\(n54mmooj4zu2h5ndpuyndmwo\)\)/WfrResoluciones.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(n54mmooj4zu2h5ndpuyndmwo))/WfrResoluciones.aspx).
- 2 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, "La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)", Serie A, n.º 5, párrafo 70.

En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social [...] Sobre la primera dimensión del derecho consagrado en el artículo mencionado, la individual, la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende además, inseparablemente, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios. En este sentido, la expresión y la difusión del pensamiento y de la información son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente. Con respecto a la segunda dimensión del derecho consagrado en el artículo 13 de la Convención, la social, es menester señalar que la libertad de expresión es un medio para el intercambio de ideas e informaciones entre las personas; comprende su derecho a tratar de comunicar a otras sus puntos de vista, pero implica también el derecho de todas a conocer opiniones, relatos y noticias. Para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia.³

El derecho a la libertad de información es la facultad o potestad que tiene toda persona para recibir o difundir la información veraz y objetiva sobre determinados sucesos o acontecimientos sociales de carácter económico, político, social o cultural. Este derecho tiene como elementos esenciales: (i) derecho a difundir o transmitir libremente la información, es decir, el comunicar determinados hechos o sucesos que adquieren importancia en la vida colectiva; es pues el derecho de buscar, seleccionar, elaborar y suministrar al público masivamente hechos o sucesos noticiosos; (ii) derecho a recibir la información veraz, objetiva e imparcial sobre los diferentes sucesos o acontecimientos que se suscitan en su medio o en el mundo en general; y (iii) derecho a recibir información pública, interpretarla, analizarla y comunicarla libremente, de manera individual o colectiva.

Un derecho vinculado al uso de internet y las redes sociales es el derecho a la privacidad e intimidad, mismo que consiste en la potestad o facultad que tiene toda persona para mantener en reserva determinadas facetas de su vida privada y la de su familia.

3 Corte IDH, Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 73, párrafos 64, 65, 66.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia Constitucional 1420/2004-R, lo ha definido de la siguiente forma:

... El derecho a la intimidad o la privacidad es la potestad o facultad que tiene toda persona para mantener en reserva determinadas facetas de su personalidad. Es un derecho que se inscribe en el marco del valor supremo de la libertad en su dimensión referida al “status” de la persona que implica la libertad-autonomía, lo que importa que esté íntimamente relacionado con el derecho al libre desarrollo de la personalidad; la consagración de este derecho se encamina a proteger la vida privada del individuo y la de su familia, de todas aquellas perturbaciones ajenas que, de manera indebida, buscan penetrar o develar los sucesos personales o familiares.⁴

Internet es una red global de ordenadores, interconectados a nivel mundial mediante distintos protocolos, que ofrece una amplia diversidad de servicios y recursos para el intercambio libre de información entre todos sus usuarios. Se trata de una gran fuente de información de diversa índole.

Internet ofrece una diversidad de servicios, como la utilización de la web, entendida como un conjunto de protocolos que permite el acceso a distancia de archivos de hipertexto, la transmisión del correo electrónico y de datos multimedia (audio, video) en sistemas de telefonía, televisión y plataformas de intercambio de archivos, los sistemas de mensajería instantánea y los videojuegos en línea, entre los servicios más empleados en la actualidad.

De otro lado, cabe señalar que, según la Real Academia Española, la red social es el

... Servicio de la sociedad de la información que ofrece a los usuarios una plataforma de comunicación a través de internet para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de comunidades con base en criterios comunes y permitiendo la comunicación de sus usuarios, de modo que pueden interactuar mediante mensajes, compartir información, imágenes o videos, permitiendo que estas publicaciones sean accesibles de forma inmediata por todos los usuarios de su grupo.⁵

4 Tribunal Constitucional, Sentencia Constitucional 1420/2004-R de 06 de septiembre de 2004, M. R. José Antonio Rivera Santiviáñez, Expediente: 2004-09373-19-RAC. [https://buscador.tcpbolivia.bo/\(S\(n-54mmooj4zu2h5ndpuyndmwo\)\)/WfrResoluciones.aspx](https://buscador.tcpbolivia.bo/(S(n-54mmooj4zu2h5ndpuyndmwo))/WfrResoluciones.aspx).

5 Real Academia Española, *Diccionario panhispánico del español jurídico*. <https://dpej.rae.es/lema/red-social#:~:text=Servicio%20de%20la%20sociedad%20de,usuarios%2C%20de%20modo%20que%20pueden>.

Las redes sociales, en el ámbito virtual, son aquellos sitios o aplicaciones formados en internet, para crear relaciones entre personas físicas o naturales o personas jurídicas, sin jerarquía o límites físicos. Son aplicaciones a través de las cuales se puede compartir de manera rápida, eficiente y en tiempo real, información y elementos multimedia como imágenes o videos.

En la actualidad, existen multitud de redes sociales, cada una con diferentes funcionalidades y finalidades.

Hay redes de mucha utilidad para contactar amigos desde cualquier punto del mundo, conocer gente con los mismos intereses, compartir aficiones, gustos, pasatiempos o actividades de diversos órdenes, y para crear páginas de empresas, como Facebook. También hay redes para transmitir información y opiniones, como es el caso de Twitter. Otras se constituyen en un medio de transmisión de información de diverso orden, como Google. Otras más, para la relación entre profesionales, como es el caso de LinkedIn. Las redes Instagram y TikTok están diseñadas para optimizar el intercambio de fotos y videos.

Como se podrá advertir, las redes sociales son utilizadas para fines sociales, laborales, empresariales, hasta de ocio; son espacios públicos que se constituyen en un punto de encuentro de millones de personas de diferentes nacionalidades, edades, condiciones sociales o económicas.

INTERNET Y REDES SOCIALES EN BOLIVIA

A diciembre de 2020, Bolivia tenía una población aproximada de 11.750.000 habitantes. Según el Informe oficial de la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes,⁶ para entonces, las conexiones a los servicios de internet alcanzaron una cifra de 10.909.280, de las cuales 5.580.000 están activas.

De otro lado, según información difundida por la organización Colectivo Marketero,⁷ existen 8.200.000 usuarios activos en redes sociales, equivalentes al 69,8% de la población. La red social más utilizada es Facebook, con 7.700.000 usuarios, de los que el 93% accede a través de móviles; un total de 6.450.000 son

6 Estado Plurinacional de Bolivia - Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes, Estado de situación del Internet en Bolivia. Información actualizada a diciembre de 2020, boletín. <https://www.att.gob.bo/content/situaci%C3%B3n-del-internet-en-bolivia>.

7 Colectivo Marketero, Situación del Internet y redes sociales en Bolivia 2021, 11 de marzo de 2021. <https://colectivomarketero.com/internet-redes-sociales-en-bolivia-2021/#:-:text=Bolivia%20tiene%20una%20poblaci%C3%B3n%20de,la%20poblaci%C3%B3n%20total%20de%20Bolivia>.

usuarios de WhatsApp; 4.800.000, de Facebook Messenger; 1.500.000, de Instagram; 1.100.000, de LinkedIn; y 318.000, de Twitter.

Como se podrá advertir, tomando en cuenta la población total, el índice de acceso a internet y las redes sociales en el Estado Plurinacional de Bolivia es considerable, aunque no suficiente.

El acceso de la población a los servicios públicos de internet y redes sociales ha tenido aspectos positivos, pero también, aunque en menor grado, negativos, lo que exige del Estado adoptar medidas de orden legislativo y administrativo para reducir los niveles de afección que se generan con el uso de redes sociales, especialmente en los niños, las niñas y adolescentes.

Las redes sociales se constituyeron en importantes medios para las campañas electorales en las elecciones generales de 2019 y 2020, así como en las elecciones subnacionales de 2021, especialmente, Facebook y WhatsApp. Las organizaciones políticas recurrieron a estos medios de comunicación masiva para el envío y reenvío de mensajes, propaganda, y propuestas con la intención de captar apoyo de las ciudadanas y los ciudadanos, en especial de los indecisos y de la gente joven que por primera vez concurrió a las elecciones. De manera que estos medios se fueron convirtiendo en una herramienta electoral en un momento determinado, donde se van formando plataformas políticas electorales.

También se constituyeron en importantes medios de comunicación y articulación de sectores sociales que protagonizaron movilizaciones pacíficas, exigiendo el respeto de su voluntad ciudadana expresada en las urnas en el referendo constitucional aprobatorio de 21 de febrero de 2016,⁸ ante el desconocimiento por el Gobierno, así como la manifestada en las elecciones generales de 2020.⁹

8 El resultado del referendo constitucional aprobatorio que rechazó la reforma parcial de la Constitución, y con ello la habilitación del presidente Juan Evo Morales Ayma para una tercera reelección continua, fue desconocido por el Gobierno y la organización política en función de gobierno, ya que un grupo de legisladores del MAS plantearon ante el Tribunal Constitucional Plurinacional una acción de inconstitucionalidad abstracta contra las normas de la Constitución y la Ley del Régimen Electoral que limitan la reelección a una sola vez de manera continua. El Tribunal Constitucional Plurinacional, mediante Sentencia 0084/2017 de 28 de noviembre, determinó la aplicación preferente del artículo 23.1.b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el marco de la interpretación realizada, en el sentido de que la reelección es un derecho humano y que limitar la reelección viola el derecho político a ser elegido y el derecho a la igualdad. Con aplicación de esa Sentencia, el Tribunal Supremo Electoral habilitó al presidente Juan Evo Morales Ayma y al vicepresidente Álvaro García Linera a una tercera reelección.

9 En las elecciones generales de 2019 se produjo un fraude electoral, ya que el Órgano Electoral Plurinacional realizó actos contrarios a la Constitución y la ley para favorecer al candidato oficialista en desmedro de los demás candidatos; convocó a elecciones primarias cuando no era necesario, porque todas las organizaciones políticas ya tenían definidos los binomios; habilitó las candidaturas de Juan

Si bien es cierto que las redes sociales tienen aspectos positivos, no es menos cierto que tienen aspectos negativos que el Estado está obligado a modificar.

En las redes sociales se encuentra un espacio para cultivar amistades, difundir en tiempo real y rápido información, pensamientos, ideas y opiniones, intercambiar criterios, y realizar discusiones respecto a determinados temas de interés general. Asimismo se constituyen en espacios utilizados para manifestar odios, difundir mentiras, descalificar a las personas, realizar chantajes.

Existen quienes crean perfiles falsos en la red Facebook, utilizando fotografías subidas por otra persona; se ocultan en el anonimato para descalificar moral y socialmente a personas, difundiendo información falsa, insultando, ofendiendo, incriminando falsamente hechos ilícitos, concluyendo en una especie de “linchamiento virtual”.

El sector social más vulnerable con el mal uso de las redes sociales está constituido por adolescentes y jóvenes, quienes están expuestos al peligro de entablar contacto y crear amistad con personas desconocidas y potencialmente peligrosas. Se está haciendo cada vez más frecuente que adolescentes y jóvenes entablen contacto y amistad con adultos desconocidos, que, utilizando un perfil falso y presentándose como otro adolescente o joven, ganan su confianza, obtienen información, incluidas fotografías y videos, que luego utilizan para manipularlos, chantajearlos o lograr un encuentro personal con los peligros que ello implica.

Los aspectos negativos referidos exigen del Estado asumir medidas de orden legislativo para regular el acceso y uso de las redes sociales, pero sin suprimir los derechos humanos a la libertad de expresión, libertad de información y acceso a los progresos de la tecnología. Debe tratarse de una regulación que restrinja el ejercicio de los derechos humanos en la menor medida posible, caso en el que la limitación o restricción debe ser aplicada cumpliendo con las condiciones de validez constitucional y convencional.

LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS Y DEL ACCESO A INTERNET Y USO DE REDES SOCIALES

En el ámbito dogmático, la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia es altamente proteccionista de los derechos fundamentales, pues en un catálogo extenso reconoce los derechos fundamentales organizados en cinco grupos, en

Evo Morales Ayma y Álvaro García Linera, aplicando retroactivamente lo resuelto por la Sentencia Constitucional 0084/2017; no procedió al saneamiento del padrón electoral; no sancionó al MAS por exigir a los servidores públicos enviar una fotografía de su voto para mantener su empleo; permitió que la candidatura oficialista utilizara los bienes del Estado para su campaña, y cometió irregularidades durante la votación y el cómputo nacional.

función de la finalidad que persiguen. Así, se reconocen derechos denominados fundamentales, derechos civiles, derechos políticos, derechos colectivos de las naciones y pueblos indígenas originario campesinos, y derechos económicos, sociales y culturales.

Además del catálogo extenso, la Constitución prevé una cláusula abierta para la integración de los derechos innominados. Asimismo, establece que los tratados y las convenciones internacionales sobre derechos humanos quedan integrados en el derecho interno como parte del bloque de constitucionalidad.¹⁰ Cabe señalar que, interpretando esta norma constitucional, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha declarado en su Sentencia Constitucional 0110/2010 de 10 de mayo¹¹ que el bloque de constitucionalidad no se agota en las normas de los tratados y las convenciones internacionales, sino que alcanza también a los organismos internacionales especializados en su tutela y a las determinaciones o decisiones emanadas de esos órganos. De otro lado, la Constitución prevé la aplicación preferente, en casos concretos, de las normas de tratados y convenciones internacionales que reconozcan derechos más favorables que los contenidos en la Constitución.¹² Finalmente, prevé el principio de interpretación de la

10 El artículo 410.II de la Constitución establece: «El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país».

11 En la referida Sentencia, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha determinado lo siguiente: “En efecto, el Pacto de San José de Costa Rica, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la CIDH, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional sistémico, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad [...] En el marco del panorama descrito, se colige que inequívocamente las Sentencias emanadas de la CIDH, por su naturaleza y efectos, no se encuentran por debajo ni de la Constitución Política del Estado tampoco de las normas jurídicas infra-constitucionales, sino por el contrario, forman parte del bloque de constitucionalidad y a partir del alcance del principio de supremacía constitucional que alcanza a las normas que integran este bloque, son fundamentadoras e informadoras de todo el orden jurídico interno, debiendo el mismo adecuarse plenamente a su contenido para consagrar así la vigencia plena del Estado Constitucional enmarcado en la operatividad del Sistema Interamericano de Protección a Derechos Humanos” (Tribunal Constitucional de Bolivia, Sentencia Constitucional 0110/2010-R de 10 de mayo de 2010, M. R. Abigail Burgoa Ordóñez, Expediente 2006-13381-27-RAC).

12 Según la norma prevista por el artículo 256.I de la Constitución, “Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre esta”.

Constitución y las leyes desde y en conformidad con los tratados y convenciones internacionales.¹³

Los derechos fundamentales objeto del presente trabajo están expresamente reconocidos por la Constitución en el catálogo de derechos civiles, así como en los tratados y las convenciones internacionales sobre derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Normativa vigente que reconoce los derechos y regula el acceso a internet

El derecho a la libertad de expresión está expresamente reconocido por el artículo 21.5 de la Constitución, que prevé lo siguiente: “Las bolivianas y bolivianos tienen los siguientes derechos: [...] 5. A expresar y difundir libremente pensamientos u opiniones por cualquier medio de comunicación, de forma oral, escrita o visual, individual o colectiva”. El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también están reconocidos por las normas del bloque de constitucionalidad.

Cabe señalar que en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, el derecho reconocido por el artículo 13 de la CADH no se reduce a la libertad de expresión, sino que incluye el derecho a la libertad de información. Así lo ha definido la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC 5/85, cuando señala:

El artículo 13 de la CADH señala que la libertad de pensamiento y expresión “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole [...]”. Esos términos establecen literalmente que quienes están bajo la protección de la C[ADH] tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no sólo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a ‘recibir’ informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales.¹⁴

13 El artículo 13.IV, última parte, de la Constitución dispone: «Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia». Y el artículo 256.II dispone: “Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables».

14 *Ibid.*, párrafo 30.

De otro lado, el artículo 21.6 de la Constitución reconoce expresamente el derecho a la libertad de información, cuando prevé: “Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos: [...] 6. A acceder a la información, interpretarla, analizarla y comunicarla libremente, de manera individual o colectiva”. Este derecho está estrechamente vinculado al derecho a la libertad de expresión, pues resulta una condición esencial para el efectivo ejercicio del mismo.

Dada la importancia que tienen los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información, la Constitución prevé garantías normativas y jurisdiccionales. Así, el artículo 106 dispone lo siguiente:

- I. El Estado garantiza el derecho a la comunicación y el derecho a la información.
- II. El Estado garantiza a las bolivianas y los bolivianos el derecho a la libertad de expresión, de opinión y de información, a la rectificación y a la réplica, y el derecho a emitir libremente las ideas por cualquier medio de difusión, sin censura previa.
- III. El Estado garantiza a las trabajadoras y los trabajadores de la prensa, la libertad de expresión, el derecho a la comunicación y a la información.

Se trata de garantías constitucionales normativas que generan obligaciones negativas para el Estado. Para el caso de vulneración de los derechos por acciones, determinaciones u omisiones, la garantía jurisdiccional es la acción de amparo constitucional, prevista por el artículo 128 de la Constitución.

De otro lado, como una garantía a los receptores de la información, el artículo 107.II de la Constitución prevé lo siguiente:

- III. II. La información y las opiniones emitidas a través de los medios de comunicación social deben respetar los principios de veracidad y responsabilidad. Estos principios se ejercerán mediante las normas de ética y de autorregulación de las organizaciones de periodistas y medios de comunicación y su ley.

Se trata de una garantía normativa frente a la información y las opiniones emitidas a través de los medios de comunicación social. En cumplimiento de la mencionada garantía, la Asociación Nacional de la Prensa y la Asociación Nacional de Periodistas han implementado el Tribunal de Autorregulación.

El derecho a la privacidad e intimidad está reconocido por la Constitución, en su artículo 21.2, en los siguientes términos: “Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos: [...] 2. A la privacidad e intimidad”. Este derecho tiene una doble dimensión: la negativa, con los elementos esenciales del derecho a la inviolabilidad de domicilio, derecho a la inviolabilidad de comunicaciones privadas e inviolabilidad de documentos privados; y la positiva, que tiene como elemento el derecho a la autodeterminación informativa.

Las normas previstas por el artículo 25 de la Constitución establecen garantías normativas para la inviolabilidad de domicilio, comunicaciones privadas y documentos privados, generando obligaciones negativas. Así, dichas normas constitucionales prevén lo siguiente:

I. Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio y al secreto de las comunicaciones privadas en todas sus formas, salvo autorización judicial. II. Son inviolables la correspondencia, los papeles privados y las manifestaciones privadas contenidas en cualquier soporte, éstos no podrán ser incautados salvo en los casos determinados por la ley para la investigación penal, en virtud de orden escrita y motivada de autoridad judicial competente. III. Ni la autoridad pública, ni persona u organismo alguno podrán interceptar conversaciones o comunicaciones privadas mediante instalación que las controle o centralice.

Además de las garantías normativas, la Constitución prevé la garantía jurisdiccional de la acción de amparo constitucional para el derecho a la privacidad e intimidad en su dimensión negativa, como son los derechos a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de comunicaciones privadas e inviolabilidad de documentos privados. Para la dimensión positiva del derecho a la autodeterminación informativa, prevé la acción de protección de privacidad (recurso de *habeas data*), pues por previsión del artículo 130.I de la Ley Fundamental del Estado,

I. Toda persona individual o colectiva que crea estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético o informático, en archivos o bancos de datos públicos o privados, o que afecten a su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal o familiar, o a su propia imagen, honra y reputación, podrá interponer la Acción de Protección de Privacidad.

Los derechos a la honra, a la propia imagen y dignidad están reconocidos por el artículo 21.2 de la Constitución, que textualmente prevé: “Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos: [...] 2. A la honra, propia imagen y dignidad”. El ejercicio de estos derechos se garantiza con la acción de amparo constitucional cuando la vulneración es directa por acciones, determinaciones u omisiones ilegales o indebidas de autoridades públicas o privadas; y por la vía de la acción de protección de privacidad cuando se vulnera el derecho a la autodeterminación informativa y, como consecuencia de ello, se vulneran estos derechos.

Con relación a internet y las redes sociales, que forman parte de los adelantos científicos, no están expresamente reconocidos como derechos por la Constitución. Sin embargo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales

y Culturales, en su artículo 15.1.b, dispone: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: [...] b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”. De otro lado, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, en su artículo 14.1.b), prevé: “1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a: [...] b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico”. Siendo los tratados referidos parte del bloque de constitucionalidad, se puede señalar que los habitantes del Estado Plurinacional de Bolivia gozan del derecho a beneficiarse de los servicios de internet y de las redes sociales, que son producto de los progresos tecnológicos.

La Constitución, en su artículo 103.II, establece una obligación positiva para el Estado respecto a la aplicación de nuevas tecnologías de información y comunicación, como una forma de garantizar el derecho de acceso a los beneficios de los progresos tecnológicos; la referida norma prevé textualmente: “El Estado asumirá como política la implementación de estrategias para incorporar el conocimiento y aplicación de nuevas tecnologías de información y comunicación”. Como se podrá advertir, se trata de un mandato al Estado para asumir medidas de orden administrativo y, por qué no, legislativo para garantizar el acceso de las personas a los servicios de internet y las redes sociales.

La Ley 164, denominada Ley General de Telecomunicaciones, Tecnologías de Información y Comunicación, prevé normas que regulan la prestación de servicios de internet.

El artículo 51.I de la referida Ley prevé textualmente:

I. Los operadores de servicios públicos sobre internet, con autorizaciones de la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes, podrán estructurar sus redes en forma libre de manera de obtener la mayor eficiencia de ellas y proporcionar una adecuada calidad del servicio conforme a sus características técnicas, cumpliendo con las disposiciones legales, reglamentarias y técnicas de telecomunicaciones, que correspondan de acuerdo a la presente Ley, al reglamento, su licencia y a la normativa aplicable, según su naturaleza.

Como se podrá advertir, la disposición legal glosada regula la prestación de servicios públicos de internet, sujeta a las siguientes normas: (i) la obtención de autorización de la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes, previo cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley y su reglamento; (ii) los operadores están obligados a proporcionar un servicio con una adecuada calidad, a cuyo efecto podrán estructurar sus redes de forma libre;

y (iii) en la prestación de servicios públicos de internet, los operadores deben cumplir con las disposiciones legales y reglamentarias, así como con las condiciones establecidas en la licencia de operación otorgada por la autoridad estatal.

De otro lado, el artículo 51.II de la mencionada ley remite al reglamento la regulación sobre las condiciones y características para la prestación de servicios públicos de voz sobre internet.

Mediante Decreto Supremo 1391 de 24 de octubre de 2012 se aprobó el Reglamento General a la Ley 164. Dicho Reglamento prevé normas específicas que explicitan las cláusulas generales de la ley para su respectiva aplicación.

Así, el artículo 87 del Reglamento dispone que los proveedores del Servicio de Acceso a Internet (ISP), para operar, requieren la Licencia Única de la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes, como condición para la provisión de servicios de telecomunicaciones y tecnologías de información y comunicación.

De otro lado, las normas previstas por el artículo 88 del Reglamento disponen que el proveedor del Servicio de Acceso a Internet debe cumplir los términos y las condiciones que las usuarias y los usuarios han contratado; y que la de Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes debe establecer el estándar de calidad con contenidos mínimos de parámetros o indicadores de calidad del servicio.

En los artículos 89, 90, 91 y 92 del Reglamento referido se tienen normas que regulan la prestación del servicio de voz sobre internet, definiendo los alcances del servicio, señalando los derechos de los usuarios, los requerimientos para la instalación, operación y explotación del servicio; las condiciones del servicio; la implementación de telecentros, cibercafés, definiendo los requisitos y condiciones para su implementación y operación. Finalmente, prevén normas que regulan las condiciones técnicas de la conexión para el servicio público de voz sobre internet.

Lo que no se tiene es una regulación sobre el acceso y uso de las redes sociales, el manejo de información, imágenes y documentos a través de las mismas; ni sobre el control de comunicación a través de las redes sociales de menores de edad con personas mayores que terminan causando daños a las niñas y los niños en su integridad psicológica, sexual y moral; ni sobre la circulación de información falsa, de pensamientos y opiniones con contenido violento, racista, misógino o que incitan a la violencia.

Cabe señalar que si bien es cierto que las redes sociales son una vía, acorde con la tecnología de la época, para ejercer los derechos a la libertad de expresión y la libertad de información, no es menos cierto que un uso no razonable podría generar problemas que terminen vulnerando los derechos fundamentales de las

personas a la privacidad e intimidad, a la honra, la imagen y dignidad, pues podría generar problemas como

- la proliferación viral de noticias falsas
- el ciberacoso
- el fraude financiero por internet
- la publicación de videos íntimos por razones de venganza o con fines extorsivos y
- el linchamiento digital, amparado en el aparente anonimato que brindan internet y las redes sociales

Proyectos de ley para regular el acceso y uso de las redes sociales

En los últimos 10 años, en el Estado Plurinacional de Bolivia se ha avanzado de manera importante en el acceso a los servicios públicos de internet y, con ello, a las redes sociales. Estas últimas se han convertido en un poderoso medio para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y el derecho a la libertad de información, así como en un medio de comunicación masiva. Por ello, se han constituido en un recurso efectivo para generar corrientes de opinión pública en torno a la formulación y ejecución de las políticas públicas, y a la gestión gubernamental. Se trata de mecanismos adecuados para formular críticas a la gestión gubernamental, denuncias de corrupción, abuso de poder y violación de derechos humanos. Finalmente, se han establecido como un importante medio para realizar campañas electorales.

La norma prevista por el artículo 168 de la Constitución permite la reelección del presidente y el vicepresidente del Estado por una sola vez continua. Con el propósito de habilitar a una tercera reelección continua al presidente del Estado en ejercicio,¹⁵ la Asamblea Legislativa Plurinacional aprobó la Ley de Reforma Parcial de la Constitución en su artículo 168 para introducir la permisión de la reelección del presidente y el vicepresidente por dos veces continuas. Por Ley 757 se convocó al referendo constitucional aprobatorio de la Ley de Reforma Parcial,¹⁶ que se realizaría el 21 de febrero de 2016. Las ciudadanas y los ciudadanos que tenían la posición contraria a la reforma constitucional utilizaron las redes

15 El presidente del Estado, Juan Evo Morales Ayma, que fue reelecto por segunda vez continua en las elecciones de 2014, pretendía una tercera reelección continua, razón por la que la bancada parlamentaria de la organización política en función de gobierno, el Movimiento Al Socialismo (MAS) impulsó la reforma parcial de la Constitución.

16 Por previsión del artículo 411.II de la Constitución, "La reforma parcial de la Constitución podrá iniciarse por iniciativa popular, con la firma de al menos el veinte por ciento del electorado; o por la Asamblea Legislativa Plurinacional, mediante ley de reforma constitucional aprobada por dos tercios del total de

sociales para la campaña en contra de la reforma constitucional planteada por el bloque oficialista, de manera que frente a la campaña millonaria, con empleo de recursos del Estado, que desplegó el bloque oficialista, la campaña por las redes sociales de las agrupaciones ciudadanas organizadas en plataformas fue más efectiva.¹⁷

Ante la constatación de la importancia de las redes sociales para el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y libertad de información, la generación de corrientes de opinión pública, la circulación rápida y efectiva de la información, el relacionamiento social y los riesgos que ello genera, desde el Gobierno y la organización política en función de gobierno se impulsaron proyectos de ley para regular el acceso y uso de las redes sociales, sin que hasta la fecha se hubiese discutido, aprobado ni sancionado una ley.

La pretensión de aprobar y sancionar una ley que regule el acceso y uso de las redes sociales no prosperó por el objetivo que perseguían las iniciativas, pues los proyectistas no pretendían la emisión de una ley que, en el marco del respeto y resguardo de los derechos humanos y cumpliendo con las condiciones de validez constitucional y convencional, restringiera el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión, a la libertad de información y de acceso a los progresos tecnológicos para resguardar y proteger los derechos a la privacidad e intimidad, honra, imagen y dignidad. Por el contrario, pretendían penalizar y sancionar a los usuarios de las redes sociales que asumieron una posición adversa o contraria al Gobierno, que formulaban críticas a la gestión gubernamental o que denunciaban hechos de corrupción o de violación de derechos humanos a través de las redes sociales.

Un primer Proyecto de Ley fue planteado por el gobierno presidido por Evo Morales Ayma, presentado el 22 de mayo de 2016, como una consecuencia de los resultados del referendo constitucional aprobatorio. Tenía por finalidad la regulación de las redes sociales para:

- Prohibir el anonimato en el uso de internet y redes sociales.
- Sancionar la difamación a los funcionarios públicos a través de las redes sociales.
- Prohibir la recolección y el tratamiento de información personal sin consentimiento.
- Crear una oficina de gobierno para monitorear las redes sociales.

los miembros presentes de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Cualquier reforma parcial necesitará referendo constitucional aprobatorio”.

17 El resultado del referendo constitucional aprobatorio fue: 51,32% por el NO, en rechazo a la reforma parcial de la Constitución, y el 48,68% por el SÍ para la reforma.

El proyecto, no obstante que fue reiterado en varias ocasiones desde el Ministerio de Educación, Ministerio de la Presidencia y Ministerio de Gobierno, no prosperó en su tratamiento en la Asamblea Legislativa Plurinacional, debido a las críticas planteadas desde la sociedad civil por el propósito manifiesto de restringir el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y libertad de información, generando una autocensura por la persecución penal que generaría expresar ideas, pensamiento y opiniones o poner en circulación información pública a través de las redes sociales.

Mediante Decreto Supremo 2731 de 14 de abril de 2016 se creó la Dirección General de Redes Sociales, dependiente del Viceministerio de Gestión Comunicacional del Ministerio de Comunicación, para controlar las cibercomunidades. El objetivo que se persigue con la creación de la mencionada Dirección es “Fortalecer las plataformas de información y comunicación de la gestión gubernamental y temas coyunturales; generando contenidos, elaborando material audiovisual y gráfico, difundiendo en redes sociales y monitoreando el tráfico e interacción con la cibercomunidad”.¹⁸ Las funciones que desempeña son:

- Analizar el seguimiento de opinión de los ciudadanos reflejada en los medios y canales digitales que permita conocer las demandas de la población.
- Desarrollar estrategias de difusión, consulta e interacción, mejorando las plataformas de información y comunicación de gestión del Estado mediante la utilización de las redes sociales.
- Fortalecer el derecho a la comunicación y al mismo tiempo generar una cultura de un buen manejo de la información en las redes sociales.

Para el cumplimiento de sus funciones, el Gobierno asignó a la mencionada Dirección un presupuesto anual que osciló entre 5 millones y 7 millones de pesos bolivianos durante las gestiones de 2016 a 2019.

El 10 de mayo de 2016, las seis federaciones de productores de coca del Trópico de Cochabamba presentaron un segundo anteproyecto para regular el uso de las redes sociales y evitar que se difunda información falsa; el argumento central para sustentar el anteproyecto fue que durante la campaña del referendo constitucional aprobatorio se hizo un mal uso de las redes sociales, afectando la imagen del presidente del Estado Juan Evo Morales Ayma, con la difusión de informaciones falsas sobre su vida privada.

El 20 de diciembre de 2017, fue promulgada la Ley 1005, Código del Sistema Penal, que en su parte sustantiva, artículo 246, creó el “Delito de uso indebido de datos ajenos en medios informáticos”, con el siguiente texto:

¹⁸ La información sobre la Dirección General de Redes Sociales puede obtenerse en <https://www.comunicacion.gob.bo/?q=20190814/27504>.

La persona que, sin autorización, con intención de obtener beneficio indebido o con el fin de afectar la imagen y dignidad de la víctima, utilice los datos o información confidencial ajena, sea personal, institucional o financiera, consignada en medios informáticos o electrónicos o suplante la identidad de otra a través de un medio electrónico o digital generándole perjuicio al titular de la información o a un tercero, será sancionada con prisión de dos (2) a cuatro (4) años y reparación económica. La sanción será agravada a prisión de tres (3) a seis (6) años y reparación económica, cuando la víctima sea niña, niño o adolescente.

El referido Código fue abrogado a los 47 días de su promulgación, por resistencia de la sociedad civil movilizada.

El 20 de julio de 2020, parlamentarios del MAS presentaron un Proyecto de Ley 733-19, denominado “Proyecto de Ley que sanciona el uso inadecuado de redes sociales en el Estado Plurinacional de Bolivia”. Sobre el objeto de la Ley proyectada, el artículo 1º preveía textualmente: “La presente ley tiene por objeto, establecer la sanción del uso inadecuado de las redes sociales como WhatsApp, Facebook, Twitter, YouTube, Instagram y medios similares, con fines delictivos, ofensas, difamaciones, calumnias que menoscaben la dignidad, honorabilidad de toda persona”. El proyecto incorporaba en el Código Penal nuevos tipos penales para sancionar el uso inadecuado de redes sociales.¹⁹

El 10 de julio de 2020, la Cámara de Senadores aprobó el Proyecto de Ley para sancionar la “violencia digital contra las mujeres”, que modifica el artículo 7 de la Ley 348 de 9 de marzo de 2013, “Ley Integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia”, e incorpora el numeral 18 con el siguiente texto:

18. Violencia digital contra las mujeres. Es toda acción realizada a través de las Tecnologías de la información y la Comunicación (TIC), plataformas de internet, redes sociales o correo electrónico, o cualquier otro espacio digitalizado que atente contra la integridad psicológica, la dignidad, la intimidad o la vida privada de las mujeres; manifestando mediante la difusión de contenido sexual plasmado en textos, fotografías, videos u otras impresiones gráficas o sonoras, sin consentimiento de la víctima cuando estas le correspondan, o vinculadas a esta sin corresponderle.

19 El Proyecto de Ley incorporaba al Código Penal el artículo 181 Decies, que tipificaba el delito contra la dignidad a través de redes sociales; el artículo 282 bis, que tipificaba delitos contra la honorabilidad a través de redes sociales; y el artículo 283 Ter, que tipificaba el delito de falsificación de datos.

Asimismo, el Proyecto de Ley aprobado en el Senado modifica el artículo 320 del Código Penal Boliviano, incorporando una tipificación del delito de violencia digital contra la mujer, cuyo texto establece:

... el o la que por cualquier medio de Tecnología de la Información y de la Comunicación (TIC), plataforma de internet, redes sociales, correo electrónico o cualquier otro espacio digitalizado, divulgue, difunda, comparta, distribuya o publique textos, fotografías, videos u otras impresiones gráficas o sonoras de contenido sexual sin consentimiento de la víctima, cuando éstas le correspondan o vinculadas a esta sin corresponderle, será sancionado con privación de uno a tres años. La pena será agravada en una mitad, si el autor fuese conyuge; conviviente o con quien la víctima mantiene o hubiera mantenido una relación análoga de intimidad y si la víctima tuviere algún grado de discapacidad, o se encontrara en estado de inconciencia.

Conforme al procedimiento legislativo previsto por los artículos 162 al 164 de la Constitución, un Proyecto de Ley debe ser analizado, debatido y aprobado en grande y detalle en la Cámara de origen y en la Cámara revisora. El proyecto referido fue aprobado en la Cámara de origen y aún no ha sido tratado y aprobado en la Cámara revisora para proceder a la sanción y posterior promulgación y publicación.

Como se podrá advertir, hasta el presente no existe una ley que regule el acceso y uso de redes sociales. Los proyectos de ley referidos en este trabajo lamentablemente no están orientados a resguardar los derechos humanos de los usuarios, para evitar la proliferación viral de noticias falsas, el ciberacoso, la publicación de documentos que afectan gravemente la vida privada e íntima de personas y el linchamiento digital amparado en el anonimato; tampoco están orientados a proteger los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de información, para evitar las autocensuras o censuras previas. La finalidad que persiguen los proyectos de ley descritos se reduce a la eliminación de posiciones críticas al Gobierno, y a evitar las denuncias sobre hechos de corrupción, de abuso de poder o vulneración de derechos humanos.

JURISPRUDENCIA: CASOS RELEVANTES

La jurisprudencia sobre el ejercicio de los derechos humanos a la libertad de expresión, a la libertad de información a través de internet y las redes sociales, así como el derecho de acceso a los progresos tecnológicos, es mínima; el Tribunal Constitucional Plurinacional no ha abordado la temática con la profundidad

necesaria. A continuación se presenta un caso concreto que fue conocido y resuelto por el Tribunal Constitucional Plurinacional.

El mal uso de internet ha dado lugar a que la persona afectada en su derecho a la privacidad e intimidad, derecho a la propia imagen, reputación, dignidad y autodeterminación informativa acuda a la Jurisdicción Constitucional para presentar una acción de protección de privacidad (recurso de *habeas data*).

La víctima y accionante hace una relación fáctica afirmando que mantuvo una relación sentimental con el accionado; y que mantuvo una relación íntima en su domicilio en el segundo semestre de 2012, la que morbosa, dolosa y premeditadamente sin su autorización ni consentimiento fue filmada con algún dispositivo digital. Cuando en mayo de 2013 cortó la relación, el accionado no aceptó, y en una ocasión le expresó la existencia de la filmación antes referida como amenaza para que recondujese la relación sentimental. Ella rechazó el pedido planteado por el accionado, ante lo que este comenzó a extorsionarla y amenazarla para que le diera dinero y, posteriormente, pedirle tener acceso carnal con él, caso contrario publicaría en los medios de comunicación las fotos y la filmación. Ante su negativa a los pedidos ilícitos, en noviembre de 2013, el accionando publicó en un sitio web una fracción de la filmación y, posteriormente, esta fue transmitida en otras páginas, afectando de esta manera su privacidad, intimidad personal y familiar, lo que, además, repercutió en la situación escolar de su hijo menor, ante la humillación, descrédito y campaña, pública, global y desmedida contra su persona.

La accionante solicitó al Tribunal de Garantías Constitucionales le conceda la tutela demandada, y ordene al demandado que por su propia cuenta y costo elimine todas las publicaciones que realizó en las páginas web de internet y redes sociales, se elimine la filmación en su base de datos y se prohíba la divulgación del video por terceros.

El Tribunal de Garantías Constitucionales denegó la tutela solicitada, pero dispuso que la Autoridad de Regulación y Fiscalización de Telecomunicaciones y Transportes (ATT) retirara, anulara y eliminara toda publicación que involucre a la víctima accionante; argumentando que no se estableció con certeza que el demandado fuera la persona responsable de los archivos o banco de datos, y que el mismo se encuentre en posibilidad de eliminar el contenido audiovisual difundido.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, en grado de revisión de oficio del proceso constitucional,²⁰ resolvió la Acción de Protección de Privacidad me-

20 En el sistema constitucional boliviano, las acciones tutelares, como la acción de protección de privacidad, se sustancian y resuelven en única instancia ante el juez o tribunal de garantías constitucionales, pero la sentencia emitida por esa instancia, junto al expediente, es remitida de oficio ante el Tribunal

diante Sentencia Constitucional Plurinacional 0819/2015-S3 de 10 de agosto, confirmando en parte la Sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales; por lo tanto, denegó la tutela demandada con relación al accionado, pero concedió la tutela respecto al Fiscal General del Estado y al Fiscal de Materia, ordenándose que dichas autoridades, en uso de sus facultades y en cumplimiento de su rol de defensa del interés general de la sociedad, adoptaran las medidas de protección pertinentes a la víctima. Asimismo decidió exhortar al Fiscal General del Estado para que, en su posición de garante –en razón a sus competencias–, gestionara y coordinara con las instancias gubernamentales pertinentes las medidas necesarias para la implementación de programas de protección a las víctimas surgidas de plataformas virtuales y del internet. Finalmente, decidió exhortar al Defensor del Pueblo para que, en su rol asignado constitucionalmente de velar por la vigencia, promoción, difusión y cumplimiento de los derechos humanos, pudiera hacer el seguimiento respectivo de la implementación y eficacia de las políticas de protección a las víctimas.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, para sustentar su determinación de denegar la tutela solicitada respecto al demandado, ha expresado dos razones como argumento central: la primera, que si bien es cierto el video sobre la vida íntima de la accionante se ha difundido por vía de sitios web de internet y redes sociales, también lo es que la jurisdicción constitucional no “podría atribuir como perpetrador de tales vulneraciones a la parte demandada (NNN) pues, ello, significaría una intromisión directa al proceso penal que inclusive ya cuenta con una imputación formal, obviando la garantía de la presunción de inocencia y el debido proceso del antes nombrado”. Como segunda razón señala:

... si bien es cierto que este Tribunal no puede de forma alguna actuar del modo *supra* señalado, no es menos cierto que en el caso concreto las vulneraciones a los derechos de la parte accionante son particularmente intensas, constantes y repetitivas, lo que además afectan a su núcleo familiar el cual está integrado por un menor de edad que resulta ser hijo de ésta; ello es evidente y de conocimiento público, siendo fehacientemente comprobado a través de las diferentes documentales aparejadas al expediente (Conclusiones II.3 y II.4), es decir el material videográfico que afecta a los derechos de la accionante se encuentra siendo difundido en diferentes páginas webs e inclusive comercializado en las calles de La Paz y El Alto (fs. 253) y es precisamente dicha difusión la que origina en la accionante un profundo daño psicológico, pues a partir de lo anterior es que se genera el “repudio”

Constitucional Plurinacional, órgano que conoce y resuelve la acción en revisión de oficio, confirmando o revocando la sentencia emitida por el juez o tribunal de garantías constitucionales.

de la sociedad contra ella y su núcleo familiar, ocasionándole como ella refiere una “muerte civil”.

Se trata de una argumentación incongruente, ya que, de un lado, reconoce la vulneración de los derechos de la accionante, calificándola de intensa, constante y repetida; y, de otro, decide no conceder la tutela arguyendo que no puede atribuir como autor de las vulneraciones al accionado por existir una acción penal.

Luego, el Tribunal Constitucional Plurinacional, para sustentar la decisión de conceder la tutela contra el Fiscal General y Fiscal de Materia, quienes no fueron demandados en la acción, expone el siguiente argumento conclusivo:

Así, las particularidades del caso concreto develaron una omisión por parte del Estado, a través del Ministerio Público, y es que la Fiscalía General del Estado es la institución que no solo debe ejercer la acción penal pública sino que, entre otras cosas, debe velar por los derechos de las víctimas evitando que lesiones constantes y repetitivas, como ocurrió en el presente caso, vayan en desmedro de la integridad de las mismas (Fundamento Jurídico III.2).

En la referida Sentencia Constitucional, el Tribunal Constitucional Plurinacional, como *óbiter dicta*, ha expuesto argumentos referidos a la obligación que tiene el Estado de adoptar medidas legislativas y administrativas para proteger los derechos a la privacidad e intimidad, la honra, la propia imagen y dignidad. En los fundamentos jurídicos FIII.1 de la Sentencia Constitucional se expone el siguiente argumento vinculado con el tema objeto de análisis en el siguiente trabajo:

III.1. Deber del Estado de garantizar la protección de los derechos y la red de informática

Es indudable que hoy en día el uso de internet se encuentra presente en casi todos los aspectos de las relaciones y actividades sociales, así, cabe destacar la proliferación de instrumentos de recopilación de datos tanto por entidades públicas como privadas, lo que implica que muchas veces una persona no conozca a plenitud los fines, alcances y distribución de su información personal; así y en virtud a esa realidad, cabe referirse al uso indebido de esa información, a la eventual invasión a la esfera privada de la intimidad de las personas y al deber del Estado de garantizar que el indicado ámbito no sea una ventana más de vulneración de derechos fundamentales, pues así lo entendió el constituyente que en el art. 21 de la CPE, estableció los derechos de: “Las bolivianas y los bolivianos [...] 2. A la privacidad, intimidad, honra, honor, propia imagen y dignidad”.

De ahí, es innegable reconocer que mediante los avances y herramientas tecnológicas, que cada vez son más frecuentes, los actos que vulneran derechos

fundamentales como los de privacidad, intimidad, honra, honor, propia imagen y dignidad también se incrementan en distintas esferas; en ese sentido, el deber del Estado de garantizar la protección y vigencia de tales derechos implica que éste organice toda la estructura que en general manifieste el ejercicio del poder público, para asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos; en ese entendido, la garantía de respeto a los derechos referidos anteriormente se plasmará en el deber del Estado de adoptar medidas de prevención y protección de las relaciones de particulares entre sí, contra aquellos bancos de datos que puedan sobrepasar el límite de la privacidad en la persona natural y afectar a todos los derechos establecidos por el art. 21.2 de la CPE.

[...]

En esa estructura lógica, el Estado boliviano, como miembro parte, tiene la obligación de establecer medidas legislativas y administrativas internas que permitan en este caso garantizar la protección y respeto de los derechos inherentes a la privacidad, intimidad, honra, honor, propia imagen y dignidad.²¹

La jurisprudencia glosada muestra que el Tribunal Constitucional Plurinacional aún no ha abordado el tema objeto del presente trabajo con la suficiente profundidad.

CONCLUSIONES

Sobre la base de lo expuesto precedentemente, se pueden perfilar algunas conclusiones sobre el tema objeto del presente trabajo.

Primera. La implementación de los servicios de internet y la creación de las redes sociales se constituyen en un importantísimo avance tecnológico, ya que se convierten en excelentes vías para el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y la libertad de información, en tanto permiten la difusión de ideas, pensamientos y opiniones, o en su caso, información de manera rápida y en tiempo real.

Segunda. En el Estado Plurinacional de Bolivia existe un acceso considerable de las bolivianas y los bolivianos al servicio de internet y a las redes sociales. Estas últimas se utilizan para establecer redes de amistad, comunidades académicas, grupos de discusión de temas importantes de diverso orden; para difundir ideas, pensamientos y opiniones; para difundir información; y, en los dos últimos años,

21 Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia 0819/2015-S3 de 10 de agosto de 2015, M. R. Ruddy José Flores Monterrey, Expediente: 06499-2014-13-APP. <https://tcpbolivia.bo/tcp/>.

para desarrollar las actividades de educación por vía virtual, debido a la pandemia de covid-19.

Tercera. Los servicios de internet y las redes sociales, así como tienen aspectos altamente positivos, su uso también presenta escenarios de conflictos o antinomias entre derechos fundamentales, como la libertad de expresión y la libertad de información con los derechos a la privacidad e intimidad, la honra, la propia imagen y dignidad. Por otro lado, genera escenarios de potenciales peligros para sectores sociales vulnerables cuando se hace un mal uso de las redes sociales. Lo antedicho exige del Estado la adopción de medidas legislativas y administrativas para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos humanos y fundamentales con el acceso a internet y a las redes sociales.

Cuarta. En el Estado Plurinacional de Bolivia existe normativa constitucional y convencional que reconoce los derechos vinculados al acceso a internet y las redes sociales, pero no tiene una adecuada normativa que regule el acceso y uso de internet y las redes sociales, lo que configura una tarea pendiente y de urgente atención para el Estado.

BIBLIOGRAFÍA

BALLIVIÁN, Eliana, “Redes capacitó 1.200 personas en prevención de violencia digital”, Fundación Redes, 2012.

COLECTIVO MARKETERO, Situación del Internet y Redes Sociales en Bolivia 2021. <https://colectivomarketero.com/internet-redes-sociales-en-bolivia-2021/#:~:text=Bolivia%20tiene%20una%20poblaci%C3%B3n%20de,la%20poblaci%C3%B3n%20total%20de%20Bolivia>.

ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA - AUTORIDAD DE REGULACIÓN Y FISCALIZACIÓN DE TELECOMUNICACIONES Y TRANSPORTES, Estado de situación del Internet en Bolivia. Información actualizada a diciembre de 2020, boletín. <https://www.att.gob.bo/content/situaci%C3%B3n-del-internet-en-bolivia>.

STEINER, Christian y Marie-Christine FUCHS (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2ª ed., Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2019.

JURISPRUDENCIA

CORTE IDH, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985, “La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, Serie A, n.º 5.

_____, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 73.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL DE BOLIVIA, Sentencia Constitucional 1420/2004-R de 06 de septiembre de 2004, M. R. José Antonio Rivera Santiváñez, Expediente: 2004-09373-19-RAC.

_____, Sentencia Constitucional 0110/2010-R de 10 de mayo de 2010, M. R. Abigael Burgoa Ordóñez, Expediente: 2006-13381-27-RAC.

_____, Sentencia 0819/2015-S3 de 10 de agosto de 2015, M. R. Ruddy José Flores Monterrey, Expediente: 06499-2014-13-APP.

A APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NA ERA DIGITAL: REFLEXÕES DOGMÁTICAS A PARTIR DO PROBLEMA DA TRANSNACIONALIDADE E DA RESPONSABILIZAÇÃO DAS PLATAFORMAS NO BRASIL

Leonardo Martins,* Lucas Catib de Laurentiis,** Felipe Grizotto Ferreira***

INTRODUÇÃO

A internet não é mais uma zona livre de regulação.¹ Estados e organismos internacionais buscam expandir sua influência na esfera digital e isso faz com que os debates políticos e jurídicos sobre os modelos e limites dessa regulamentação sejam cada vez mais corriqueiros.² Em muitos casos, o que declaradamente motiva essas iniciativas normativas é a necessidade de se protegerem interesses e direitos considerados fundamentais.³ Em outros, guerras comerciais e conflitos bélicos são o motivo para a regulação de conteúdos disponibilizados na internet. Embora a internet e as novas tecnologias de comunicação tenham criado um

* Doutor em Direito pela Humboldt-Universität zu Berlin (HUB), Berlin, Alemanha. *Ambassador Scientist* da Alexander von Humboldt Foundation no Brasil. Professor de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais nos Programas de Graduação e Pós-Graduação em Direito da UFRN (PPGD-UFRN). leonardomartins1@yahoo.de

** Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Direito. lucas.laurentiis@gmail.com

*** Mestre em Direito pela PUC-Campinas. Graduado em Direito pela PUC-Campinas, com período sanduíche na Universidade de Coimbra (Portugal). É advogado e possui experiência nas áreas de Direito Público; Direito Digital; Direito Civil e Empresarial e Proteção de Dados Pessoais. felipe.g.ferreira@hotmail.com

- 1 Em seus primórdios, as expectativas sociais eram de que a internet seria um ambiente permeado pela liberdade irrestrita, uma realidade distante do controle governamental. Esse ideário é evidente na clássica Declaração de Independência do Ciberespaço (John Perry Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, Davos, Suíça, 8 de fevereiro, 1996).
- 2 Gill Lex, Dennis Redeker e Urs Gasser, *Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights*, Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication, 2015, pp. 1-15.
- 3 Nessa linha, por todos, e de longa data, conferir: Stefano Rodotà, *A vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008; e Viktor Mayer-Schönberger, *Delete: The virtue of forgetting in the digital age*, Princeton, Princeton University Press, 2009.

ambiente fértil para a troca de informações, produtos e de serviços, elas também foram a fonte de violações graves a direitos e até mesmo ao processo democrático. A dinâmica social no cenário da internet e das tecnologias informacionais desafia, por isso, o equilíbrio entre os pilares do Estado de Direito, os princípios democráticos e a própria tutela dos direitos fundamentais.

O tema “Estado de Direito, redes sociais e controle judicial”, sobre o qual a presente coletânea de artigos se debruça, é, assim, imprescindível. Com o objetivo de contribuir com esse debate, o presente artigo buscará apresentar a análise, do ponto de vista jurídico-dogmático, dos efeitos normativos gerados pela transnacionalidade da internet no exame da proporcionalidade, instrumento que se mostra essencial para avaliar a validade das restrições aos direitos fundamentais e equacionar as tensões geradas nessa área. Analisar como os seus pressupostos elementares são aplicados e adaptados ao ambiente digital é uma tarefa essencial para se garantir os pilares do Estado de Direito nessa nova era.

Diante das consideráveis dificuldades de identificação, fiscalização e processamento dos atos ilícitos em meios informacionais eletrônicos, autoridades têm adotado uma variedade de medidas interventivas que vão desde a identificação de usuários, passando pela coleta de dados compulsória e chegando até a imputação de obrigações e responsabilidade aos provedores de conteúdo pelos danos causados por usuários de suas plataformas, mesmo quando não possuem controle editorial real sobre o conteúdo produzido.⁴ Em específico, a responsabilização dos intermediários gera diversas discussões relacionadas com a noção da liberdade de expressão,⁵ pois como a esfera digital é constituída por sistemas informacionais e produção de conteúdo, a proteção jurídica dessa liberdade é uma das principais fontes de tensões jurídicas.⁶ Com o objetivo de conferir maior concretude e contornos dogmáticos ao tema, nossa análise terá como foco a liberdade de expressão em uma perspectiva transnacional. Sob esse aspecto é no mínimo questionável a eficácia das obrigações atribuídas aos intermediários no controle da produção e do trânsito informacional, tendo em vista tanto a natureza da internet quanto também a concorrência de regramentos e jurisdições aplicáveis ao tema.

4 Para uma listagem das medidas de intervenção aplicadas em meios digitais, ver Thomas Böckenförde, *Die Ermittlung im Netz*, Tübingen, Mohr, 2003, pp. 240 ss.

5 Apresentando esta preocupação em nível internacional: Artigo 19, *Freedom of Expression Unfiltered: How blocking and filtering affect free speech*, Londres, 2016.

6 Organização das Nações Unidas, Relatório do Relator Especial sobre a Promoção e Proteção do Direito à Liberdade de Opinião e Expressão, Frank La Rue, A/HRC/17/27, 16 de maio de 2011, Resolução do Conselho de Direitos Humanos 7/36.

Com a consideração de que a imposição de responsabilidade às plataformas por danos decorrentes da divulgação de conteúdos produzidos por terceiros com base em parâmetros nacionais é ineficaz para atingir os objetivos estatais, segue-se a hipótese aqui apresentada: essas medidas têm grande probabilidade de impor uma limitação injustificada aos direitos que compõem a liberdade de expressão e não satisfazem, assim, os imperativos de fundamentação racional exigidos pela técnica da proporcionalidade.

Esse é o panorama da investigação apresentada pelo artigo. Será dividido em tópicos nos quais será exposta a importância da técnica da proporcionalidade para a tutela dos direitos fundamentais, a sua função e os seus elementos de aplicação (sob 2); serão abordados alguns conceitos e características da internet e da regulação das comunicações *online*, bem como será levantado o impacto da transnacionalidade para os litígios jurídicos (3); será analisado o impacto que a transnacionalidade da internet gera para a aplicação da proporcionalidade (4); e, por fim, serão levantadas algumas hipóteses para solução dos problemas (5).

LIMITES DOS LIMITES: A PROPORCIONALIDADE

O termo proporcionalidade tem múltiplos sentidos.⁷ Em uma perspectiva estritamente voltada à proteção dos direitos fundamentais, essa técnica tem sentido instrumental, pois designa uma relação entre dois ou mais objetos ou grandezas: a ação estatal interventiva e o conteúdo do direito, juridicamente garantido pela norma de direito fundamental.⁸ Com essa configuração, a proporcionalidade tornou-se um elemento-chave para a solução das demandas judiciais na esfera dos direitos humanos e fundamentais.⁹ Tal configuração decorre da orientação adotada em 1958 pelo Tribunal Constitucional Federal alemão sobre a vinculação dos poderes estatais às normas de proteção dos direitos fundamentais. Para

7 Acerca das diferentes funções da proporcionalidade no direito internacional e apresentando diferentes funções (horizontal, vertical e diagonal) para este instrumento, ver Anne Peters, “Verhältnismäßigkeit als globales Verfassungsprinzip”, In Björn Stern Baade *et al.* (org.), *Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.

8 Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, São Paulo, Thomson Reuters - *Revista dos Tribunais*, 2022, pp. 229-232; Lucas Catib de Laurentiis, *A proporcionalidade no direito constitucional: origem, modelos e reconstrução dogmática*, São Paulo, Malheiros Editores, 2017, pp. 178-182.

9 Apresentando a proporcionalidade como uma regra de aplicabilidade universal: David M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004. Similar e indicando o “caminho” percorrido pela proporcionalidade pelo globo: Ahron Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

o Tribunal, as reservas de lei previstas na lei fundamental deveriam ser interpretadas como reservas de lei “proporcional”, de modo a indicar que a ação estatal que afeta o conteúdo protegido do direito, seja ela materializada em atos do Poder Executivo ou em leis aprovadas pelo Parlamento, deve ser considerada como uma intervenção que, como tal, deve ser justificada.¹⁰ Essa questão é especialmente complexa na medida em que, ao menos na maioria dos Estados constitucionais, o Poder Legislativo está vinculado aos direitos constitucionais e, simultaneamente, está autorizado a restringi-los.¹¹

Ao relacionar meios interventivos, finalidades da medida estatal restritiva e o conteúdo dos direitos fundamentais, a proporcionalidade apresenta-se como um método que afere a relação de fatos e normas. Em si mesma ela não é uma norma. Ao contrário: é um instrumento por meio do qual a ação interventiva do Estado é aferida, medida e controlada.¹² Por ser um instrumento de defesa dos direitos e liberdades, a proporcionalidade é um “limite dos limites”.¹³

Sua aplicação depende de quatro pressupostos. Primeiro, a identificação do conteúdo do direito fundamental; segundo, a identificação de uma restrição ou limitação desse direito; terceiro, a legitimidade ou constitucionalidade do meio restritivo (não pode ser vedado pelo sistema constitucional); quarto, a legitimidade ou constitucionalidade da finalidade ou propósito almejados pelo legislador ao estabelecer a restrição ao direito fundamental. Preenchidos esses pressupostos, o exame da proporcionalidade pode ser apropriadamente executado, o que ocorre em duas etapas (ou dois subtestes): a adequação e a necessidade.

Na adequação, avalia-se se o meio restritivo que promove o propósito predefinido na agenda do legislador formal e/ou material, ou seja: se ele estabelece uma “conexão fundada em hipóteses comprovadas sobre a realidade empírica entre o estado de coisas conseguido pela intervenção e o estado de coisas no qual o propósito puder ser considerado realizado”.¹⁴ Trata-se de um instrumento

10 Nesse sentido, esclarecedor: Bernhard Schlink, *Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion*, Europäische Grundrechte Zeitschrift, 1984, pp. 457-468.

11 Ralf Poscher, *Proportionality and the Bindingness of Fundamental Rights*, em Emmanouil Billis, Nandor Knust e Jon Petter Rui (orgs.), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2020, pp. 49-68.

12 Por isso mesmo, não é de se espantar que a aplicação da proporcionalidade tenha se difundido em conjunto com a expansão da ação estatal interventiva, fato que foi fomentado, no campo sócio-político, pela implementação de políticas públicas e pela instituição da forma de estado social. Nessa mesma linha, indicando que a origem da proporcionalidade se confunde com a origem da proposta da “constituição dirigente” (Peter Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit*, Heymann, Colônia, Berlim, Munique, Bonn, 1961).

13 Sobre tal categoria dogmática, ver Dimoulis e Martins, *op. cit.*, pp. 217-220.

14 *Ibid.*, p. 260.

voltado a filtrar extremos: inadequado será apenas o meio que, ao restringir um direito, não gerar nenhuma contribuição para a finalidade almejada pelo Estado. A inadequação marca um ponto de soma zero para os direitos e meios envolvidos na proporcionalidade: quando nem fins nem direitos são minimamente realizados, a medida não é tão somente uma lesão ao conteúdo protegido pela norma constitucional, mas também uma ação estatal sem sentido, pois não contribui em nada para o bem comum.

Mas além de filtro, a adequação serve também de elemento estruturador da prova geral da proporcionalidade. Ela exige que os fins almejados e os meios empregados sejam fática e juridicamente possíveis, condição que torna a prova dogmaticamente viável.¹⁵ Desse modo, fins excessivamente amplos e abstratos inviabilizam a aplicação da proporcionalidade, pois não há parâmetros para avaliar objetivamente a relação entre meios e fins. Por outro lado, os objetivos demasiadamente concretos não poderão ser considerados excessivos e anulariam a função da proporcionalidade.¹⁶ Como resultado, apenas as medidas restritivas definidas em lei e executadas pela autoridade pública que não fomentem o escopo almejado falham nesse teste. Mas isso é tudo, pois o filtro aplicado nessa etapa tem a função de coordenar a avaliação aplicada na proporcionalidade no tempo: um prognóstico a respeito do meio interventivo realizado no momento de criação ou promulgação da lei que o instituiu poderá levar a um resultado diferente de avaliações posteriores da adequação da medida, tendo em vista que o resultado da avaliação pode ser influenciado pela evolução da interpretação da lei, mas também pela criação de novos métodos de aferição da relação entre meios e fins. O dinamismo é uma característica da própria ciência e a realidade prática de aplicação de uma norma pode demonstrar os seus resultados deletérios ou a sua insuficiência para atingir os fins para os quais ela foi criada.¹⁷

Embora a adequação seja um filtro dogmático importante, ela é insuficiente. Para se garantir o exercício dos direitos, é preciso também examinar a necessidade da medida restritiva, que consiste em uma comparação hipotética entre medidas igualmente adequadas para a obtenção da finalidade legítima perseguida pelo Estado, notadamente pelo Estado-legislador. Nessa segunda e decisiva operação, verifica-se se não existe um meio alternativo menos oneroso e que, ao mesmo tempo, apresente uma eficácia semelhante para atingir os resultados almejados. Aqui o titular do direito fundamental pode apresentar outras medidas

15 Na mesma linha, com fundamento no direito de reunião: Ralf Poscher e Thorsten Kingreen, *Polizei und Ordnungsrecht*, Munique, Beck, 2018, p. 175.

16 Laurentiis, *op. cit.*, pp. 211-212.

17 *Ibid.*, pp. 219-220.

que estejam aptas a realizar o fim pretendido, enquanto o poder público fica obrigado a falsear as hipóteses concorrentes colocadas, caso ainda queira manter a validade do meio por ele instituído. Ao mesmo tempo, valem aqui as mesmas considerações realizadas ao subteste da adequação quanto aos seus efeitos no exercício jurisdicional do controle de constitucionalidade no tempo. Com o avanço científico e o aprimoramento da tecnologia e a crescente necessidade de antecipação de riscos gerados por novas tecnologias, uma medida desnecessária e, como consequência, inconstitucional, pode ser convertida em uma medida proporcional.¹⁸ Porém, o contrário também é possível e em face do princípio *in dubio pro libertate* pode ser até mais recorrente que tal “validação” de medida antes considerada inadequada e que, portanto, não teria como ser considerada adequada. Isso porque alternativas menos impactantes na atingida liberdade-parâmetro do exame antes consideradas inadequadas e, por isso, não cogitadas nessa fase comparativa (de intensidades) do exame, passam a habilitarem-se ao exame da necessidade, de modo a potencialmente falsear a conclusão pela proporcionalidade da medida interventiva escolhida pelo Estado.

Elucidados os pressupostos, seus elementos constitutivos e a importância da proporcionalidade, resta saber quais são as consequências da transnacionalidade para a sua aplicação. Esse será o objeto do próximo tópico, o qual, a fim de possibilitar uma maior concretude e precisão à reflexão, será desenvolvido no âmbito da liberdade de expressão e do dilema da responsabilidade civil das plataformas.

TRANSNACIONALIDADE: AS COMUNICAÇÕES NA ERA DIGITAL E A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS PROVEDORES POR DANOS DE TERCEIROS

Estudar a internet é basicamente trabalhar e estudar informações. As atividades de criação, modificação e compartilhamento de conteúdo alcançaram níveis antes inimagináveis com a combinação do avanço tecnológico dos computadores. Como a comunicação é o principal combustível social que atribui dinamismo e funcionalidade às informações e ideias, os processos sociais de comunicação e os interesses e as tensões decorrentes deles compõem um dos centros de discussões e reflexões jus-políticas na era digital. Há diversas características que qualificam as comunicações no ambiente digital e uma das mais intuitivas é a

¹⁸ Nesse sentido, com base no exemplo de possíveis desastres nucleares: Liv Jaeckel, *Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik: Moderne Technologien im Spiegel des Verwaltungsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, p. 293.

transnacionalidade.¹⁹ A própria natureza e o conceito da internet refletem esse elemento distintivo: trata-se de uma complexa e multinível rede de computadores de âmbito mundial.²⁰

É seguro sustentar que toda revolução tecnológica impacta a sociedade, especialmente seus aspectos culturais e aquilo corriqueiramente denominado como “espaço público”. A possibilidade de os membros de uma comunidade ou de um mesmo país regularem processos comunicativos é um traço da própria modernidade.²¹ Além de para a uniformização do idioma, a consolidação do jornal (especialmente o *penny press*, ou seja, a produção em grande escala dos jornais impressos), do rádio e, um pouco mais tarde, da televisão contribuiu para a ampliação do espaço público em nível nacional. A difusão da internet e das novas tecnologias informacionais escalonaram ainda mais essa situação. Protestos e fatos políticos de qualquer país podem ser acompanhados quase simultaneamente por todos. A esfera pública tornou-se internacional.

A era digital e a internacionalização do espaço público trouxeram diversas vantagens econômicas, políticas e culturais para o modelo social predominante no século XXI. Mas esse fenômeno também complicou os problemas sociais derivados das interações comunicativas: discursos de ódio, ofensas e xenofobia, invasões sistemáticas à privacidade, difusão de desinformação, manipulação estrutural dos processos políticos e eleitorais... As respostas jurídicas a essas questões são complexas em razão da abstração e descentralização do ambiente virtual e das próprias características das comunicações *online*. Por isso, uma das tendências regulatórias na era digital consiste na cooptação das instituições privadas pelo poder público.²²

Tal tendência se justifica na medida em que a infraestrutura que permite as comunicações *online* é quase inteiramente dependente de instituições privadas que são comumente denominadas de “intermediários”. As mais conhecidas e problematizadas, que também compõem o centro da presente reflexão, são as

19 Sobre as principais características no âmbito das comunicações, conferir Felipe Grizotto Ferreira, *Liberdade de expressão na era digital: desafios, perspectivas e aplicações. Dissertação de Mestrado em Direito*, Campinas, PUC-Campinas, 2021, pp. 43-51.

20 Sobre um sumário técnico da origem e elementos da internet, ver Barry M. Leiner *et al.*, “A brief history of the internet”, *ACM Sigcomm Computer Communication Review*, v. 39, n.º 5, 2009, pp. 22-31. Para um dos primeiros reconhecimentos jurisprudenciais da natureza da internet, conferir o caso: Estados Unidos da América. Suprema Corte, *Reno v. American Civil Liberties Union*, 1997, pp. 849-850.

21 Zeynep Tufekci, *Twitter and Tear Gas: The Power and Fragility of Networked Protest*, New Haven, Yale University Press, 2017, pp. 3-27.

22 Jack M. Balkin, “Old-School/New-School Speech Regulation”, *Harvard Law Review*, n.º 127, 2014, p. 2316.

plataformas digitais (Facebook, Google, Twitter, Instagram, WhatsApp, Telegram, entre muitas outras). Embora seja uma classificação questionável,²³ a ideia de que as plataformas são “intermediários” deriva do fato dessas empresas oferecerem serviços e ferramentas para que seus usuários produzam e compartilhem o seu próprio conteúdo. Apesar disso, as grandes polêmicas contemporâneas a respeito de atividades comunicativas abusivas perpassam por essas plataformas, pois as comunidades criadas em seus ambientes são fontes comuns de discursos de ódio, desinformação e até mesmo ofensas diretas e individualizadas.

Nesse contexto, a estratégia da maioria dos Estados é regular as plataformas para controlar reflexamente os usuários e as atividades comunicativas consideradas abusivas. A regulação é, assim, mediada ou terceirizada para os atores privados. Apesar de as plataformas não produzirem o conteúdo em si, a lógica regulatória é de que tais instituições devem adotar medidas proativas para minimizarem os danos inerentes às suas atividades. Afinal, “com grandes poderes vêm grandes responsabilidades”.²⁴

Como consequência, o Poder Público estrutura e executa suas políticas de controle dos atos comunicativos por meio do setor privado. Por isso, fala-se em cooptação ou cooperação entre o público e o privado na esfera digital. Embora o controle comportamental por meio dos intermediários não seja algo novo, torna-se regra no contexto da internet e das possibilidades de controle quantitativa e qualitativamente muito maiores do que as formas tradicionais.²⁵

Dada a complexidade da realidade digital, o modelo regulatório predominante é o da “autorregulação regulada”.²⁶ Nele, o Estado cria mecanismos jurídicos a fim de estimular a criação de regras por parte das próprias plataformas, de modo que elas possam cumprir as diretrizes éticas por elas mesmas instituídas (é o

23 Tarleton Gillespie, “Platforms are not intermediaries”, *Georgetown Law Technology Review*, v. 2, n.º 2, 2018, pp. 198-216.

24 Para um manifesto em prol da criação de regras corporativas de moderação de conteúdo por parte das plataformas, inclusive com regulação em nível internacional, ver Dennis Broeders e Linnet Taylor, “Does great power come with great responsibility? The need to talk about Corporate Political Responsibility”, em M. Taddeo e L. Floridi (orgs.), *The Responsibilities of Online Service Providers*, Nova York, Springer, 2017, pp. 315-323.

25 Para a constatação de uma mudança quantitativa no controle informacional, ver Wolfgang Hoffmann-Riem, *Teoria geral do direito digital: transformação digital – desafios para o Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2021, p. 62.

26 Hoffmann-Riem classifica essa modalidade como “autorregulação social regulada pelo Poder Público” (*Ibid.*, pp.144-147).

caso dos termos de uso ou dos códigos de boas práticas) ou a própria legislação (“*privatized enforcement*”).²⁷

Não há uma única via ou modelo para identificar, fiscalizar e processar os atos indesejáveis pelo Estado ou considerados ilícitos, e para instituir uma autorregulação. Um dos mais incisivos meios para se cooptar as plataformas digitais, todavia, é a imputação de responsabilidades pelos danos causados por usuários de suas plataformas, mesmo quando não possuam controle editorial real sobre o conteúdo produzido.²⁸ A depender do tema e do interesse envolvido, as obrigações impostas aos intermediários consistem no bloqueio, filtragem, retirada ou desindexação de determinado conteúdo. Como resultado da não conformidade, impõe-se o pagamento de uma quantia considerável a título de multa. Um exemplo dessa tendência está na assim chamada Lei de Aplicação na Rede alemã (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG*), que determina que todas as plataformas digitais dotadas de ao menos dois milhões de usuários devem implementar formas mais eficientes e efetivas de denunciar e excluir conteúdo potencialmente ilegal. O valor das sanções pode chegar a muito vultosos 50 milhões de euros.²⁹

Essas medidas de controle têm gerado diversas contestações no âmbito dos direitos fundamentais e dos direitos humanos em nível internacional-público. Como visto, embora especialmente a proteção dos direitos fundamentais seja um dos objetivos declarados para a imposição das restrições, elas podem na prática respaldar medidas ilegítimas. Isso porque o próprio conceito e a enumeração de quais atos praticados no meio digital são ilegais e ilegítimos dependem da configuração protetiva atribuída pelo próprio sistema de direitos e garantias fundamentais. Um exemplo disso é encontrado na proteção jurídica da liberdade de expressão. Em relação ao correspondente direito fundamental, o controle informacional digital pode, a pretexto de proteger outros direitos fundamentais, ser utilizado para silenciar opositores de um Governo.³⁰ É justamente isso o que acontece com o impacto da amplitude dos direitos à liberdade de expressão para regular os discursos de ódio. É preciso, portanto, identificar o que é proibido

27 Christina Angelopoulos *et al.*, *Study of Fundamental Rights Limitations for Online Enforcement through Self-Regulation*, Amsterdã, Institute for Information Law (IViR), 2015, p. 6.

28 Giancarlo Frossio, “Why keep a dog and bark yourself? From intermediary liability to responsibility”, *International Journal of Law and Information Technology*, n.º 26, 2018, pp. 1-33.

29 Seção 4 (2), NetzDG: “In cases under subsection (1) numbers 7 and 8, the regulatory offence may be sanctioned with a regulatory fine of up to five hundred thousand euros, and in other cases under subsection (1) with a regulatory fine of up to five million euros. Section 30(2) sentence 3 of the Act on Regulatory Offences shall apply” (tradução livre para o inglês).

30 Com o levantamento dessa possibilidade no meio digital, de longa data, conferir Jack M. Balkin, “The Future of Free Expression in a Digital Age”, *Pepperdine Law Review*. v. 36, 2009, pp. 427-444.

para, depois, exigir das plataformas uma atuação efetiva. Isso não é, contudo, uma tarefa trivial.³¹

A regulação das plataformas se mostra, portanto, como sendo o ambiente propício para a violação de direitos fundamentais. Ao se trazer como exemplo a própria *NetzDG*, há fortes argumentos segundo os quais ela seria incompatível com o sistema normativo da União Europeia no aspecto supranacional³² e no aspecto nacional também geraria problemas de compatibilização com alguns dos parâmetros dogmáticos instituídos no âmbito das liberdades comunicacionais.³³ Nos Estados Unidos, por outro lado, a tendência atual é atribuir uma ampla liberdade de autorregulação das plataformas no âmbito da Primeira Emenda, o que dificulta o controle de abusos comunicativos por parte do Estado.³⁴

Trata-se de um indicativo de que os resultados podem ser diferentes a depender do ordenamento jurídico de cada país. Com isso, além de a transnacionalidade das comunicações *online* ser um importante elemento motivador das regulações das plataformas (ou intermediários), ela também dificulta as análises dogmáticas e as decisões jurídicas no âmbito dos direitos fundamentais, pois os distintos parâmetros normativos nacionais podem ter reflexos internacionais no ambiente virtual. Uma consequência possível é a ineficácia de medidas regulatórias das plataformas e restritivas de direitos *online* instituídas apenas nacionalmente. Embora a obtenção de evidências sólidas que confirmem essa hipótese dependa de estudos mais aprofundados e multidisciplinares, dois casos concretos, ambos centrados nas plataformas de busca, sugerem essa possibilidade.

Em 2011 duas empresas rivais de *hardware* entraram em um embate jurídico em território canadense. O conflito ocorreu em razão de alegações sobre apropriação de segredos comerciais. Durante o processo e após o descumprimento de uma série de ordens judiciais pela ré, a Justiça canadense ordenou ao Google a remoção de centenas de seus websites dos sistemas de busca. Contudo, o Google se recusou a realizar as desindexações em âmbito internacional. Em seu lugar, restringiu a medida às buscas realizadas apenas no território canadense. O embate chegou até a Suprema Corte do Canadá, que ordenou a desindexação

31 Sobre as dificuldades conceituais, dogmáticas e práticas do combate aos abusos comunicativos, conferir Robert Post, “Hate Speech”, em Ivan Hare e James Weinstein (orgs.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

32 Gerald Spindler, “Internet Intermediary Liability Reloaded – The New German Act on Responsibility of Social Networks and its (In-)Compatibility with European Law”, *Jipitec*, v. 8, n.º 2, 2017, pp. 166-179.

33 Wolfgang Schulz, “Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG”, *HIIG Discussion Paper Series*, 2018, pp. 1-15.

34 Sobre o tema, inclusive sobre as diversas tendências e uma possível mudança de orientação dogmática, conferir Ferreira, *op. cit.*, pp. 102-104.

em nível mundial. Então, os problemas derivados de diferentes parâmetros e de eficácia entram em cena. A sede do Google está localizada na Califórnia, nos Estados Unidos, jurisdição na qual a proteção da liberdade de expressão é muito ampla e existe imunidade legal dos intermediários em face dos danos a terceiros. Por isso, como era de se esperar, a plataforma de buscas recorreu à Justiça californiana.³⁵

Em sua decisão, o juízo norte-americano considerou que a liberdade de expressão tem perfeita incidência na internet e engloba a dimensão do acesso e recebimento de informações, na qual as plataformas de buscas desempenham um papel essencial. Nessa linha, a restrição pretendida não restringiria apenas os segredos comerciais revelados, mas também outras informações legítimas presentes nos websites e de interesse de outros indivíduos. Como consequência, o juízo não reconheceu os efeitos da decisão canadense em solo norte-americano.

O reconhecimento de efeitos extraterritoriais de normas sobre a internet e impasses semelhantes são comuns também na Europa com a busca da operacionalização do “direito ao esquecimento” (apesar de consolidado no vernáculo, semanticamente preciso no vernáculo seria “direito a ser esquecido”) em nível transnacional. Na França, a autoridade de proteção nacional exigiu do Google desindexações em escala mundial. Seu parâmetro foi o conhecido precedente *Google Spain*.³⁶ Contudo, a empresa descumpriu parcialmente a decisão ao restringir sua abrangência apenas ao âmbito europeu.³⁷ Porém, a efetividade de uma restrição parcial e territorialmente limitada é questionável na internet, pois existem medidas técnicas, muitas de fácil acesso ou obtenção, que burlam a restrição. Isso pode ser realizado por meio da opção por um domínio específico³⁸ ou com o uso de tecnologias de criptografia, como a Virtual Private Network (VPN).

De maneira similar, no Brasil umas das polêmicas recentes relacionadas ao tema consiste na possibilidade, proposta pela Justiça Eleitoral, de banir o uso do aplicativo de mensageria privada Telegram durante o período eleitoral. Essa

35 Para todos os detalhes fáticos e normativos, ver a decisão e anexos do caso: Estados Unidos. Tribunal Distrital do Norte da Califórnia, Google LLC. v. Equustek Solutions, Julgado em 02/11/2017.

36 O caso é amplamente conhecido como um precedente no campo do direito ao esquecimento, no qual o Tribunal de Justiça da União Europeia reconheceu o dever de desindexação das plataformas digitais de busca de determinados resultados com base nos dados pessoais do interessado: União Europeia. Tribunal de Justiça da União Europeia, Google Spain SL e Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González (C-131/12), 2014.

37 Stefan Kulk e Frederik Zuiderveen Borgesius, “Freedom of Expression, and the Right to Be Forgotten in Europe”, em Evan E. Selinger, Jules Polonetsky e Omer Tene (orgs.), *The Cambridge Handbook of Consumer Privacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 319.

38 *Ibid.*

possibilidade foi apresentada porque esse aplicativo tem como política a concessão de uma liberdade ampla de utilização dos serviços por seus usuários. As principais premissas são: alta privacidade e elevada liberdade. Uma das poucas exceções é o combate à distribuição de pornografia infantil.³⁹ Disso decorre que o Telegram se tornou um ambiente fértil para promover desinformação no contexto eleitoral, o que, no limite, poderia ameaçar até mesmo o próprio regime democrático. O problema é que o aplicativo resiste em cooperar integralmente com o Poder Público brasileiro e por não ter sede no país há grande dificuldade na imposição de medidas regulatórias.⁴⁰ Em um contexto como esse, mesmo que o Poder público determinasse o bloqueio do aplicativo, nada impediria que usuários se valessem de máscaras de IP com o propósito de neutralizar o bloqueio,

39 Sobre o caso, ver Cesar Gaglioni, “O Telegram no centro das preocupações nas eleições de 2022”, *Nexo Jornal*, 21 de jan. de 2022. <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2022/01/21/O-Telegram-no-centro-das-preocupacoes-nas-eleicoes-de-2022> Acesso em: 04/03/2022.

40 Recente decisão monocrática do Supremo Tribunal Federal (Pet. 9953-DF) alterou parcialmente essa situação. Nela, o Min. Alexandre de Moraes considerou que a atitude do Telegram, que até então não tinha respondido os ofícios enviados pelo Tribunal, alguns deles encaminhados ao e-mail pessoal do proprietário do referido aplicativo, configuraria uma ofensa à soberania do Estado brasileiro, o que justificaria o bloqueio do Telegram em todo o território nacional. Não há indicação de como tal ordem deve ser cumprida, limitando-se o julgador a determinar que o presidente da Anatel proceda ao bloqueio. Aqui não é o espaço adequado para discorrer a respeito dos detalhes técnicos de tal decisão, mas duas observações se fazem necessárias: primeiro, como foi comprovado pela experiência internacional, não é possível bloquear aplicativos simplesmente com o bloqueio de seu *download* em lojas virtuais (Apple ou Samsung Store), como sugere a decisão. A Rússia determinou tal bloqueio, que simplesmente gerou a migração do link de *download* para outras plataformas (a esse respeito, entre outros, ver <https://netzpolitik.org/2022/telegram-einfach-abschalten-ist-nicht/>). Ocorre que, sem a especificação dos meios necessários e suficientes para o bloqueio, a decisão do STF é impraticável e, portanto, meramente simbólica. Em paralelo, tendo em vista o direito alemão deve-se observar que: 1) no caso em tela, quem sugeriu, mas em nenhum momento determinou, o bloqueio do Telegram foi uma Ministra de Estado (*Nancy Faeser*), a quem compete a representação do país perante outros países e organismos internacionais, mas não a um juiz do Tribunal Constitucional; 2) o bloqueio sugerido no aludido caso dizia respeito somente a contas que teriam planejado o assassinato de um dos líderes da União Democrata Cristã (*Michael Kretschmer*), não de alegações de propagação de notícias falsas; 3) depois de intenso debate público, a mesma Ministra de Estado que sugeriu o bloqueio do Telegram voltou atrás em sua afirmação (nesse sentido, entre outras fontes, ver <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/telegram-faeser-distanziert-sich-von-abschalt-drohung-a-760aba6b-fd6f-440d-a375-b606b7a89580>). Finalmente, no que diz respeito aos efeitos da decisão do STF, é muito improvável que a simples determinação de um mecanismo de moderação, sem especificar-se o modo de funcionamento desse mecanismo, seja suficiente para conter a disseminação de notícias falsas. Afinal, se o aplicativo tivesse o controle do sistema de monitoração, ele tenderia a fazer com que esse controle fosse o mais leve possível (no mesmo sentido, com base nos relatórios de transparência da NetzDG: Amélie Heldt, “Reading Between the Lines and the Numbers: An Analysis of the First NetzDG Reports”, *Internet Policy Review*, v. 8, n.º 2, 2019, pp. 1-18).

assim como não se poderia impedir que o próprio aplicativo fizesse uso de outros domínios (facilmente acessados em provedores como Amazon), a fim de disponibilizar aos usuários o serviço bloqueado.

Por isso, mesmo que sejam imputadas obrigações e responsabilidades a determinado intermediário, é possível que a medida careça de eficácia plena em razão da descentralização e fluidez da internet, das próprias características normativas do direito fundamental protegido, como aqueles relacionados à liberdade de expressão, e, ainda, pela falta de uniformidade regulatória entre os países. A disparidade normativa entre as jurisdições pode ocasionar ainda uma situação de *forum shopping*, presente quando diversas jurisdições podem ser competentes para responsabilizar um mesmo intermediário a respeito de único conteúdo gerado por usuários. Na mencionada situação o interessado poderá escolher o país onde seu interesse for mais amplamente resguardado, ou seja: onde a proteção da liberdade de expressão é mais restrita.⁴¹ A consequência disso poderá ser o surgimento de um ambiente de competição entre Estados soberanos em busca da consecução de um contexto mais favorável à proteção das plataformas. Diante de tal consequência poderá ainda advir uma sensível diminuição da proteção justamente dos direitos que se procurava tutelar com a instauração do regime de responsabilização dos provedores de internet: um efeito literalmente contra-producente.

IMPACTOS DA TRANSNACIONALIDADE DA INTERNET E DAS REGULAÇÕES DAS PLATAFORMAS NO EXAME DA PROPORCIONALIDADE

Antes de se verificar o impacto de eventual ineficácia das regulações das plataformas para o exame da proporcionalidade, apresentam-se alguns desafios típicos da era digital que envolvem as etapas precedentes à aplicação dessa técnica. Primeiro é necessário abordar a questão da titularidade dos direitos fundamentais. De acordo com cada ordenamento jurídico, deve ser verificado se as pessoas jurídicas (empresas) e os estrangeiros são titulares de direitos fundamentais, para, então, avançar no controle das restrições envolvidas. A titularidade por parte das empresas é importante, porque é nessa categoria que estão enquadradas as plataformas digitais.

Por outro lado, o não enquadramento dos estrangeiros como titulares pode complicar ainda mais o referido controle das medidas interventivas estatais. Se

41 Com a constatação dessa realidade: Corey OMER, "Intermediary liability for harmful speech: lessons from abroad", *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 28, n.º 1, p. 298.

a proteção jurídica da liberdade de expressão em determinado país implicar a manutenção de comunidades *online* destinadas a críticas ácidas aos membros do Poder Público, mas, ao mesmo tempo, os estrangeiros forem excluídos dessa proteção pelo sistema constitucional,⁴² como ficará a situação de eventuais alóctones que façam parte de tais fóruns *online*? Poderá o Poder Público exigir a censura das expressões dessas pessoas? Ou a proteção constitucional dos nacionais será estendida aos estrangeiros em razão de uma conexão fática e jurídica em comum?

Outro ponto é a identificação e interpretação dos parâmetros protetivos. Nesse aspecto, salienta-se que, embora até mesmo o presente artigo utilize o termo genérico e consolidado na literatura jurídica pátria e em grande parte de seus pares “liberdade de expressão” para se referir às prerrogativas jurídicas que disciplinam o livre trânsito de ideias e informações, é imprescindível que qualquer exame dogmático e prático identifique e tenha como fundamento o texto constitucional e os parâmetros específicos de proteção.⁴³

Por isso mesmo em muitos casos será necessário falar em direitos à liberdade de expressão, e não em um único direito fundamental. É o caso do direito brasileiro, em que há ao menos três dispositivos constitucionais distintos que tutelam essa esfera social corriqueiramente denominada “liberdade de expressão” (incisos IV, IX e XIV do art. 5º da CF). Além da liberdade profissional e de livre iniciativa, o principal direito fundamental que tutela os interesses comunicativos das plataformas é o art. 5º, IX da CF, que prescreve ser “livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Por fim, a identificação de uma intervenção ou restrição em direito fundamental que assegure a liberdade de expressão nem sempre é tarefa simples. O conceito mais restrito – porém mais consistente em termos dogmáticos – impõe que a intervenção deva ser intencional, direta, imperativa e formalizada por um ato jurídico.⁴⁴ Todavia, na internet os atos digitais desafiam, em muitas situações, o enquadramento preciso nesse conceito clássico de intervenção. No âmbito da liberdade de expressão isso vale especialmente para a ideia de censura colateral e

42 Vale pontuar que a possibilidade de exclusão de estrangeiros não é uma hipótese totalmente abstrata. A Constituição Federal da República Federativa do Brasil é um exemplo disso, pois o *caput* do art. 5º literalmente exclui da proteção constitucional os estrangeiros não residentes no país. Sobre o tema e os debates dogmáticos em torno desse ponto, ver Dimoulis e Martins, *op. cit.*, pp. 100-110.

43 Em sentido semelhante, com a utilização do termo genérico “liberdade de expressão”, mas com o entendimento de que a aplicação jurídica dessa liberdade depende dos parâmetros específicos do sistema constitucional (Jónatas Machado, *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 370).

44 Dimoulis e Martins, *op. cit.*, pp. 190 ss.

para os possíveis efeitos reflexos e indiretos de determinada regulação, como é o caso da categoria norte-americana do efeito inibidor (*chilling effect*).⁴⁵

Se em determinado caso todas essas questões forem superadas, e, portanto, existir uma ou diversas intervenções em um dos direitos fundamentais que compõem a noção sociopolítica da liberdade de expressão em razão da imposição de responsabilidade às plataformas, então o exame da proporcionalidade pode, enfim, ser apropriadamente aplicado. Para aplicar adequadamente a proporcionalidade é preciso verificar os meios restritivos e suas finalidades a partir da interpretação da base normativa autorizadora da intervenção concreta (*Ermächtigungsgrundlage*). Diante do que já foi analisado neste trabalho, a pergunta chave é: exigir das plataformas o controle de conteúdo (filtragem, exclusão e desindexação) tem o condão de proteger o Estado Democrático de Direito, assegurar a lisura das eleições ou promover a privacidade?

As dificuldades dessas medidas restritivas já se iniciam no subteste da adequação, quando os propósitos e meios interventivos em si cumprirem seus prerequisites de licitude e compatibilidade entre outros, por exemplo, com determinadas condições estabelecidas pelo próprio constituinte em assim chamadas reservas legais *qualificadas*.⁴⁶ O subteste da adequação tem o escopo de filtrar extremos e disciplinar a etapa subsequente, mas os escopos das restrições não raras vezes se concentram em propósitos amplos e abstratos demais. A medida de banir o Telegram durante as eleições até poderia evitar algumas fraudes políticas pontuais e a manipulação de informações por determinados grupos, mas como aferir se tal medida extrema contribuiu para a lisura eleitoral? Dos exemplos apresentados, a proteção do segredo comercial e a concretização do “direito ao esquecimento” são objetivos mais palpáveis que, por isso mesmo, têm maior plausibilidade de superar essa etapa. O problema aqui é a ineficácia da implementação geograficamente restrita da medida, fato que é ocasionado em grande parte pela diferenciação nos níveis de proteção da liberdade de expressão entre os países.

De fato, sem uniformidade de parâmetros em nível internacional não é difícil contornar as restrições no ambiente virtual. Por esse motivo, tanto a Autoridade Francesa de Proteção de Dados quanto a Suprema Corte canadense exigiram

45 Para uma hipótese de redirecionamento do conceito clássico de intervenção na era digital com base nos parâmetros específicos dos direitos fundamentais de livre manifestação do pensamento e de comunicação social, conferir: Ferreira, *op. cit.*, pp. 174-175.

46 Sobre o conceito, em oposição ao conceito de reserva legal simples e suas implicações dogmáticas, cf. Dimoulis e Martins, *op. cit.*, pp. 201-213. Tendo em vista seu sustentável papel dogmático mesmo em face das assim chamadas “novas funções” dos direitos fundamentais, cf. Leonardo Martins, *Direitos fundamentais: conceito permanente – novas funções*, Rio de Janeiro, Marcial Pons, 2022, p. 230.

adoção global das medidas restritivas. Isso porque com a execução da medida limitada a um território a finalidade almejada (a não ocorrência ou a reversão parcial dos danos à imagem do autor) não será atingida. Isso dificulta, quando não impossibilita, a criação de prognósticos de fomento das medidas restritivas. Essa realidade pode enfraquecer a produtividade dogmática e prática do exame da proporcionalidade como ferramenta de resolução de algumas tensões digitais dos direitos fundamentais.⁴⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS: ALGUMAS POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Das diversas técnicas de controle de constitucionalidade, a proporcionalidade, além de ser uma das mais conhecidas no cenário global, se consolidou como a pedra angular para o controle de constitucionalidade material, como critério precípua da assim chamada “justificação constitucional de intervenções estatais em direitos fundamentais de liberdade”. Isso, todavia, pressupondo-se que o legislador esteja em princípio autorizado pelo constituinte a intervir e que o legislador se valha de tal reserva ao autorizar à Administração Pública a tomada de medidas interventivas concretas. Por sua vez, estas deverão ser controladas, primeiro, com base no parâmetro legal pelo Judiciário que controla a constitucionalidade de todo o processo normativo concretizador e interpreta fatos e normas à luz de todo o sistema jusfundamental.

Com efeito, o princípio da proporcionalidade, do qual se derivam critério e técnica, é visto como elemento central da garantia do Estado de Direito no controle das restrições aos direitos fundamentais – no caso em tela notadamente de liberdade de expressão. Entre os inúmeros desafios gerados pela transformação digital para o Direito, está a interpretação e aplicação do princípio da proporcionalidade nos moldes apresentados. Necessário se faz continuar investigando as condições justeóricas, mas, sobretudo, jurídico-dogmáticas dessa aplicação que se constituiu no principal objetivo deste artigo.

Em paralelo, constatou-se que existem alguns caminhos regulatórios com o potencial de restaurar a plena produtividade dogmática da proporcionalidade na era digital e, conseqüentemente, auxiliar a manutenção dos fundamentos do Estado de Direito da persecução dos objetivos estatais *online*. O primeiro deles é a estruturação de políticas legislativas (de longo prazo, leis em sentido formal) e políticas públicas (normativo-executivas) e sistemas regulatórios que instituem

47 Com conclusão similar, mas relacionada ao controle de atividades relacionadas à segurança pública, tema que também assumiu dimensões internacionais (Ralf Poscher, “Tendencies in Public Civil Security Law”, *European Journal for Security Research*, v. 1, issue 1, 2016, pp. 59-76).

medidas restritivas pontuais e com objetivos bem definidos. Por exemplo, exigir que as mídias sociais instituam sistemas de filtragem mais intensos contra as manchetes sensacionalistas ou contra a distribuição em massa de mensagens e notícias durante o período eleitoral com a finalidade específica de reduzir (não acabar) a circulação de desinformação e mitigar fraudes nas eleições é muito mais consistente do que exigir a filtragem geral de desinformação com o objetivo de assegurar a lisura do processo eleitoral ou proteger o regime democrático.

Além disso, o Poder Público pode explorar novas formas de realizar prognósticos sólidos e bem estruturados antes de aplicar medidas restritivas. Uma possibilidade a ser explorada é exigir que as plataformas digitais criem meios de registrar e formalizar quais medidas restritivas aos direitos fundamentais são adotadas para cumprir determinado objetivo regulatório, quais as salvaguardas definidas contra abusos e quais as principais alternativas relegadas em prol da opção adotada. Os prognósticos seriam, assim, “terceirizados” para as plataformas em um primeiro momento. No entanto, os documentos que registrem esses prognósticos não podem ser meros laudos abstratos ou sem possibilidade real de controle objetivo. Foi o que ocorreu com a *NetzDG* e seus relatórios periódicos de transparência, pois, no caso, faltou clareza e precisão ao estabelecer os conceitos regulatórios e o alcance das obrigações. Isso fez com que as plataformas continuassem a realizar a moderação de conteúdo exclusivamente com base em seus termos de uso. Tornou-se impossível, portanto, avaliar o real impacto dessa legislação para as comunicações *online*.⁴⁸

Uma alternativa mais plausível seria estruturar um documento de prognóstico similar aos relatórios de impacto à proteção de dados pessoais. Esse relatório é um documento “vivo”, pois exige que as organizações o revisem periodicamente; ele pode ser “auditado” pelo Poder Público – inclusive pelo Judiciário.⁴⁹ Um relatório dessa natureza, que esteja alinhado com objetivos regulatórios bem definidos, tem o potencial de reorientar o exame da proporcionalidade e a avaliação

48 Nesse sentido, ver Heldt, *op. cit.*

49 Claro que o escopo e a metodologia de um relatório de prognóstico de medidas restritivas seriam distintos do RIPD, o qual tem como objetivo avaliar o impacto e o risco dos tratamentos de dados para os direitos dos titulares. Contudo, o paralelo é útil para a concepção de como seria um relatório funcional de prognóstico. Para uma visão ampla e comparada dos relatórios de impacto, conferir David Wright, “The state of the art in privacy impact assessment”, *Computer Law & Security Review*, 2012, v. 38, pp. 54-61; y Maria Cecília Oliveira Gomes, “Relatório de Impacto a Proteção de Dados. Uma breve análise da sua definição e papel na LGPD”, *Revista dos Advogados de São Paulo*, 2019. Sobre a necessidade de elaboração de risco quando o tratamento apresentar um elevado risco aos direitos e liberdades dos titulares, ver Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and determining whether processing is “likely to result in a high risk” for the purposes of Regulation 2016/679*, WP248. https://ec.europa.eu/newsroom/article29/item-detail.cfm?item_id=611236.

das restrições aos direitos fundamentais no contexto digital. Enfim, medidas de cooperação internacional⁵⁰ também podem ser úteis para padronizar os parâmetros protetivos e a execução das medidas regulatórias entre os países, o que poderia contornar o problema da efetividade gerado pela transnacionalidade e evitar o aludido *fórum shopping*.

BIBLIOGRAFIA

- ANGELOPOULOS, Christina *et al.*, *Study of Fundamental Rights Limitations for Online Enforcement through Self-Regulation*, Amsterdã, Institute for Information Law (IViR), 2015.
- ARTIGO 19, *Freedom of Expression Unfiltered: How blocking and filtering affect free speech*, Londres, 2016.
- ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and determining whether processing is “likely to result in a high risk” for the purposes of Regulation 2016/679, WP248*. https://ec.europa.eu/news-room/article29/item-detail.cfm?item_id=611236.
- BALKIN, Jack M., “The Future of Free Expression in a Digital Age”, *Pepperdine Law Review*. v. 36, 2009, pp. 427-444.
- BALKIN, Jack M., “Old-School/New-School Speech Regulation”, *Harvard Law Review*, n.º 127, 2014, pp. 2296-2342.
- BARAK, Ahron, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- BARLOW, John Perry, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, Davos, Switzerland, February 8, 1996.
- BEATTY, David M., *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.
- BÖCKENFÖRDE, Thomas, *Die Ermittlung im Netz*, Tübingen, Mohr, 2003.
- BROEDERS, Dennis e Linnet TAYLOR, “Does great power come with great responsibility? The need to talk about Corporate Political Responsibility”, em M. DIMOULIS, Dimitri e Leonardo MARTINS, *Teoria geral dos direitos fundamentais*, São Paulo, Thomson Reuters - *Revista dos Tribunais*, 2022.
- TADDEO E L. FLORIDI (orgs.), *The Responsibilities of Online Service Providers*, pp. 315-323, Nova York, Springer, 2017.

50 Sobre o tema, Wolfgang Hoffmann-Riem, *op. cit.*, pp. 133-135. Para outras medidas pertinentes no âmbito da regulação digital, ver pp. 97-127.

- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE, *Reno v. American Civil Liberties Union*, 1997.
- ESTADOS UNIDOS. TRIBUNAL DISTRITAL DO NORTE DA CALIFÓRNIA, *Google LLC. v. Equustek Solutions*, Julgado em 02/11/2017.
- FERREIRA, Felipe Grizotto, *Liberdade de expressão na era digital: desafios, perspectivas e aplicações. Dissertação de Mestrado em Direito*, Campinas, PUC-Campinas, 2021.
- FROSSIO, Giancarlo, “Why keep a dog and bark yourself? From intermediary liability to responsibility”, *International Journal of Law and Information Technology*, n.º 26, 2018, pp. 1-33.
- GAGLIONI, Cesar, “O Telegram no centro das preocupações nas eleições de 2022”, *Nexo Jornal*, 21 de jan. de 2022. <https://www.nexojournal.com.br/expresso/2022/01/21/O-Telegram-no-centro-das-preocupa%C3%A7%C3%B5es-nas-elei%C3%A7%C3%B5es-de-2022> Acesso em: 04/03/2022.
- GILLESPIE, Tarleton, “Platforms are not intermediaries”, *Georgetown Law Technology Review*, v. 2, n.º 2, 2018, pp. 198-216.
- GOMES, Maria Cecília Oliveira, “Relatório de Impacto a Proteção de Dados. Uma breve análise da sua definição e papel na LGPD”, *Revista dos Advogados de São Paulo*, 2019.
- HELDT, Amélie, “Reading Between the Lines and the Numbers: An Analysis of the First NetzDG Reports”, *Internet Policy Review*, v. 8, n.º 2, 2019, pp. 1-18.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, *Teoria geral do direito digital: transformação digital – desafios para o Direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2021.
- JAECKEL, Liv, *Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik: Moderne Technologien im Spiegel des Verwaltungsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.
- KULK, Stefan e Frederik ZUIDERVEEN BORGESIUS, “Freedom of Expression, and the Right to Be Forgotten in Europe”, em Evan E. SELINGER, Jules POLONETSKY E OMER
- LEINER, Barry M. *et al.*, “A brief history of the internet”, *ACM Sigcomm Computer Communication Review*, v. 39, n.º 5, 2009, pp. 22-31.
- LERCHE, Peter, *Übermaß und Verfassungsrecht: Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit*, Heymann, Colônia, Berlin, Munique, Bonn, 1961.
- LEX, Gill, Dennis REDEKER e Urs GASSER, *Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights*, Berkman Klein Center for Internet & Society Research Publication, 2015, pp. 1-15.
- MACHADO, Jónatas, *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- MARTINS, Leonardo, *Direitos fundamentais: conceito permanente – novas funções*, Rio de Janeiro, Marcial Pons, 2022.

- MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor, *Delete: The virtue of forgetting in the digital age*, Princeton, Princeton University Press, 2009.
- OMER, Corey, “Intermediary liability for harmful speech: lessons from abroad”, *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 28, n.º 1.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, Relatório do Relator Especial sobre a Promoção e Proteção do Direito à Liberdade de Opinião e Expressão, Frank La Rue, A/HRC/17/27, 16 de maio de 2011, Resolução do Conselho de Direitos Humanos 7/36.
- PETERS, Anne, “Verhältnismäßigkeit als globales Verfassungsprinzip”, In Björnsterne BA-
ADE, Björnsterne *et al.* (orgs.), *Verhältnismäßigkeit im Völkerrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.
- POSCHER, Ralf, “Tendencies in Public Civil Security Law”, *European Journal for Security Research*, v. 1, issue 1, 2016, pp. 59-76.
- POSCHER, Ralf, *Proportionality and the Bindingness of Fundamental Rights*, em Emmanouil BILLIS, Nandor KNUST e Jon Petter RUI (orgs.), *Proportionality in Crime Control and Criminal Justice*, Oxford, Hart Publishing, 2020, pp. 49-68.
- POSCHER, Ralf e Thorsten KINGREEN, *Polizei und Ordnungsrecht*, Munique, Beck, 2018.
- POST, Robert, “Hate Speech”, em Ivan HARE e James WEINSTEIN (orgs.), *Extreme Speech and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- RODOTÀ, Stefano, *A vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje*, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
- SCHLINK, Bernhard, *Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion*, Europäische Grundrechte Zeitschrift, 1984.
- SCHULZ, Wolfgang, “Regulating Intermediaries to Protect Privacy Online – the Case of the German NetzDG”, *HIIG Discussion Paper Series*, 2018, pp. 1-15.
- SPINDLER, Gerald, “Internet Intermediary Liability Reloaded – The New German Act on Responsibility of Social Networks and its (In-)Compatibility with European Law”, *Jipitec*, v. 8, n.º 2, 2017, pp. 166-179.
- TENE (orgs.), *The Cambridge Handbook of Consumer Privacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
- TUFEKCI, Zeynep, *Twitter and Tear Gas: The Power and Fragility of Networked Protest*, New Haven, Yale University Press, 2017, pp. 3-27.
- UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA, Google Spain SL e Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) e Mario Costeja González (C-131/12), 2014.
- WRIGHT, David, “The state of the art in privacy impact assessment”, *Computer Law & Security Review*, 2012, v. 38, pp. 54-61.

LAS REDES SOCIALES, LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, LA DEMOCRACIA Y EL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UN PANORAMA SOBRE EL CASO DE BRASIL

Mônia Clarissa Hennig Leal*

INTRODUCCIÓN

Internet y las redes sociales se han convertido en campo relevante y dinámico de debate público y de disputa de narrativas, abriendo espacio para discusiones legítimas, pero también para discursos no legítimos y no factuales (*fake news*, agresiones a grupos, etc.). En este ambiente fértil para la diseminación de opiniones e ideas, el uso de herramientas de publicación (*bots*) –cuentas controladas por *softwares* que participan activamente en discusiones en momentos de gran trascendencia, y que promueven, con base en algoritmos, la diseminación de noticias y *fake news* dirigidas a personas que comparten las mismas posiciones, o sea, que se alimentan de informaciones que circulan en sus “burbujas” (*bubbles*), reforzando sus opiniones y convicciones– hace aún más evidentes las potencialidades y los problemas de la democracia y del Estado de derecho en la era digital.

En este escenario, los desafíos que se presentan a la democracia y a los derechos fundamentales en Brasil son muchos, desde diferentes perspectivas, no solo por la adopción de medidas restrictivas por parte del propio Estado, sino también por su violación por parte de los ciudadanos, que utilizan las redes sociales como espacio para ataques a grupos vulnerables, a las instituciones democráticas (incluso, al Supremo Tribunal Federal) y a la democracia misma, poniendo en evidencia los retos de establecer las potencialidades y los límites de la libertad de expresión en la era de la ciudadanía digital. Así, para desarrollar el reporte nacional sobre el “Estado de derecho, redes sociales y control judicial”, en un primer momento se construirá una base teórica relativa al análisis de los

* Posdoctora, Ruprecht-Karis Universitat, Heidelberg (Alemania); doctora en Derecho, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Coordinadora del Programa de Posgrado en Derecho, Maestría y Doctorado, Universidad de Santa Cruz do Sul (UNISC). profa.moniam@gmail.com.

conflictos de derechos fundamentales, tomando como referencia la noción de relaciones constitucionales multipolares y complejas que los caracterizan. Seguidamente, se tratarán los marcos normativos, constitucionales e infraconstitucionales, atinentes a la materia. Finalmente, la actuación de la jurisdicción constitucional y de la jurisprudencia de la más alta corte del país será estudiada, a partir de tres puntos específicos: 1) la libertad de expresión en las redes sociales (extensión de la libertad de expresión en casos de discursos de odio y de manifestaciones de naturaleza política, tanto de personas públicas como de ciudadanos comunes); 2) el Supremo Tribunal Federal como institución democrática y su autoprotección contra ataques en las redes sociales; y 3) la fiscalización de constitucionalidad respecto a cambios en la legislación propuestos por el Presidente de la República, para restringir la exclusión de perfiles e informaciones falsas en las redes sociales. El Supremo Tribunal Federal, en el marco de la Constitución de 1988, ha tendido a reconocer un amplio margen a la libertad de expresión y a la libertad de información, concibiéndolos como pilares fundamentales de la democracia. Suele preguntarse si esta tendencia sigue y es trasladada a la esfera digital y a las redes sociales, con sus riesgos y potencialidades complejas, y si la Corte viene cumpliendo con su rol de guardiana de los derechos en el juego democrático.

MARCO TEÓRICO: LA DEMOCRACIA DIGITAL Y LOS RETOS PARA LA CONFORMACIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN UN CONTEXTO DE RELACIONES CONSTITUCIONALES MULTIPOLARES

Internet y las redes sociales se convirtieron en campo importantísimo, creciente y dinámico de debate público y de disputa de narrativas, abriendo espacio para discusiones legítimas, pero también para discursos no legítimos y no factuales (*fake news*). A ese ambiente fértil para diseminación de opiniones se suma la automatización de herramientas de publicación, con el uso de robos: cuentas controladas por *softwares* que se hacen pasar por seres humanos y participan activamente de las discusiones políticas en momentos políticos de gran trascendencia.¹

Esos robos son utilizados, en la arena política, no solo para conquistar seguidores, sino también para hacer ataques a la oposición, además de forjar discusiones artificiales, manipulando debates, creando y diseminando noticias falsas que influyen la opinión pública, y posteando y replicando mensajes a gran

1 Marco Aurélio Ruediger, *Robôs, redes sociais e política no Brasil: estudo sobre interferências ilegítimas no debate público na web, riscos à democracia e processo eleitoral de 2018*, Rio de Janeiro, FGV, DAPP, 2017, p. 6.

escala.² Promueven, aun, *hashtags* que ganan reconocimiento con la masificación de *posts* automatizados, creando *trending topics*,³ de forma que sofocan el debate espontáneo sobre los temas relevantes. Con ese tipo de manipulación, los robos crean la falsa sensación de amplio apoyo y soporte político a determinada propuesta, idea o figura pública,⁴ modifican el rumor de políticas públicas, interfieren en el mercado de acciones, diseminan rumores, informaciones falsas y teorías conspiratorias, además de generar desinformación y polución de contenido, manipulando así el debate público en general.⁵

Esta acción, que cuenta con el reenvío de enlaces como principal mecanismo de propagación, intenta evitar o disminuir el peso del debate sobre determinados temas. Por tanto, los robos generan un alto volumen de información, que llega a los usuarios simultáneamente junto con información real y relevante, que acaba siendo afectada en su impacto hacia el público. Así, los robos no solamente diseminan *fake news*, que pueden tener significativos efectos nocivos para la sociedad, sino que también buscan impedir, de manera activa, que los usuarios de las redes sociales puedan informarse adecuadamente.⁶

El uso incrementado de acciones concertadas por robos representa, por lo tanto, una amenaza real para el debate público, trayendo riesgos significativos a la democracia, al interferir en la formación de los consensos en la esfera pública y en la elección de representantes, con impactos también en las consecuentes agendas de gobierno responsables de la definición de los rumbos y del futuro del país.

Otro fenómeno que contribuye a la expansión de la información falsa o *fake news* es la forma en que son diseminadas, ya que diferentes consultas apuntan a que las personas tienden a interactuar, en las redes sociales, con personas que comparten sus pensamientos y posiciones. Las personas, en este sentido, se

2 Jörg Dräger y Ralph Müller-Eiselt, *We humans and the intelligent machines: how algorithms shape our lives and how we can make good use of them*, Gütersloh, Bertelsmann Verlag, 2020.

3 De acuerdo con el autor, estas acciones vienen siendo identificadas en grandes eventos de la política internacional, como las elecciones estadounidenses de 2010, la elección de Donald Trump en 2016 y la votación popular de salida del Reino Unido de la Unión Europea (Brexit). Ya en Brasil, la disputa por la Presidencia de la República en las elecciones de 2014, caracterizada por una tensión política creciente, los datos indican que los robos llegaron a motivar cerca del 11% de las discusiones (Ruediger, *op. cit.*, p. 17).

4 En democracias frágiles o “defectuosas” (Gargarella), como las que tenemos en América Latina, con hiperpresidencialismos y una tradición de regímenes autoritarios, con tendencias de centralización del poder, estos riesgos se vuelven aún más evidentes, abriendo camino a gobiernos populistas (Roberto Gargarella, “La revisión judicial en democracias defectuosas”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 9, n.º 2, 2019, p. 154).

5 Ruediger, *op. cit.*, p. 9.

6 *Ibid.*, p. 10.

nutren de noticias que circulan en sus burbujas (*bubbles*) para reforzar sus convicciones y opiniones (homofilia).⁷ Así, en un ambiente de polarización política, en vez de admitir la presencia de opiniones distintas o conflictivas y tratar la pluralidad de ideas como algo positivo, el individuo busca elementos que reafirmen sus concepciones, generalmente incriminando o responsabilizando de todos los males al grupo que está en el espectro opuesto.⁸

En tal sentido, la actuación de los robos es, una vez más, estratégica, pues distribuyen, con base en algoritmos,⁹ la información que cada “bolla” quiere recibir. De acuerdo con Fernández-García,¹⁰

... Google rastrea entre más de 57 variables (por ejemplo, marca del ordenador desde el que se accede, ubicación, software utilizado, etc.) para determinar los resultados de búsqueda que serán más relevantes para cada persona. Facebook también rastrea entre los clics de sus usuarios lo que comparten y los contactos con los que interactúan, así como información sobre los dispositivos electrónicos desde los que acceden, información de compras y transacciones dentro de los servicios de Facebook o información proporcionada por socios de la compañía. Con todos estos datos, personaliza el contenido que muestra a cada usuario.

En ese contexto, los ciudadanos acaban por consumir noticias ajustadas a su modo de pensar, lo cual dificulta enormemente la conformación de una esfera pluralista y abierta al diálogo,¹¹ de acuerdo con lo sostenido por algunas de las principales teorías de la democracia en la actualidad. La información y la participación democráticas son, esencialmente, viciadas, poniendo en riesgo precisamente las bases sobre las cuales fueron desarrolladas esas concepciones.

Es importante tener presente, con todo, que el uso de noticias falsas para influenciar procesos electorales siempre ha existido; lo que torna más grave la situación actual, en un escenario de prevalencia de tecnologías de comunicación

7 Flávio Porcello y Francielly Brites, “Verdade x mentira: a ameaça das *fake news* nas eleições de 2018 no Brasil”, *Intercom - Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação*, 41º Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, Joinville, 2-8 de septiembre de 2018.

8 René Morais da Costa Braga, “A indústria das *fake news* e o discurso de ódio”, en Rodolfo Viana Pereira (org.), *Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio*, vol. I, Belo Horizonte, IDDE, 2018, pp. 203-220. <https://goo.gl/xmUwkd>.

9 Safiya Umoja Noble, *Algorithms of oppression*, New York, New York University Press, 2018.

10 Nuria Fernández-García, “*Fake News*: una oportunidad para la alfabetización mediática”, *Nueva Sociedad*, n.º 269, mayo-junio de 2017. <www.nuso.org>.

11 Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1995.

digitales, es el procesamiento de los datos de los usuarios (*data mining*) a partir de los rastros dejados por su navegación en el ambiente digital y la posibilidad de su viralización por medio de los algoritmos de las redes sociales.¹²

Con ese proceso, opera aquello que se ha llamado convencionalmente “pos-verdad” (*post-truth*), o sea, la creación de “verdades artificiales”, construidas a partir de su sucesiva replicación, con la adhesión de una significativa cantidad de personas:

Era 2003. Los titulares mentirosos, guiados, tolerados o inducidos por el Pentágono, afirmaban que el dictador de Irak, Saddam Hussein, estaba fabricando armas químicas de destrucción masiva. Periódicos acreditados y de gran circulación destacaron esta historia, que ayudó a convencer a la opinión pública de la decisión de enviar tropas dirigidas por Estados Unidos, con el apoyo entusiasta de Tony Blair, el primer ministro británico, a invadir Irak. Años después, George W. Bush y Tony Blair admitieron que la acusación fue falsa, pero el daño ya estaba hecho. Una encuesta publicada a finales de 2016 mostró que el 53% de los estadounidenses todavía creía que la acusación de que Irak producía armas químicas de destrucción masiva era auténtica.¹³ (Traducción propia)

Es evidente, por lo tanto, que el uso de ese tipo de herramientas con bases como Facebook y Twitter, junto con los sitios de búsqueda, como por ejemplo Google, promueven una aceleración y un fortalecimiento de la “posverdad”.¹⁴

12 Según datos entregados por Machado y Duarte, en el caso del asesinato de la concejala Marielle Franco, en Rio de Janeiro, a menos de 48 horas del crimen, en las redes sociales fueron publicados rumores sobre su supuesta participación en el tráfico de drogas. El Estudio del Directorio de Análisis de Políticas Públicas de la Fundación Getulio Vargas (FGV-DAPP) ha demostrado que la repercusión del caso motivó 2,1 millones de *posts* en la plataforma social Twitter y que la viralización del caso ganó velocidad a partir de un único *post* (Viviane Machado y Hosana Oliveira Duarte, “Fake news nas eleições: ponderações entre a liberdade de informação e o excesso midiático”, *Interdisciplinary Scientific Journal*, vol. 5, n.º 4, 2018, p. 10. <http://dx.doi.org/10.17115/2358-8411/v5n4a10>).

13 Eugenio Bucci, “Pós-política e corrosão da verdade”, *Revista USP*, n.º 116, 2018, p. 24.

14 Investigaciones demostraron que varias de las noticias falsas que influenciaron la campaña presidencial estadounidense con ocasión de la elección de Donald Trump venían de sitios electrónicos registrados en una pequeña ciudad de Macedonia, llamada Veles. Y más: aunque apenas 14% de los estadounidenses declaren que las redes sociales fueron su principal fuente informativa en los tres meses anteriores a la votación, las noticias falsas favorables a Trump fueron compartidas treinta millones de veces en Facebook, mientras que las favorables a Hillary Clinton fueron compartidas apenas ocho millones de veces (S. Oliver, “Enguix. Impacto político e informativo de las redes sociales: esferas de actuación y comparación con los medios”, *Anàlisi. Quaderns de Comunicació i Cultura*, n.º 56, pp. 71-85).

Además, según lo afirma Oliver,¹⁵ las redes –más allá de los aspectos económicos que indudablemente juegan un rol central en su actuación– son incapaces de discernir entre noticias reales y falsas, toda vez que a ellas no se les aplican los criterios del periodismo o de verificación de fuentes; de igual forma, tampoco los usuarios son capaces de hacer esa distinción, sea por falta de una educación digital para ello o por una posición de receptividad a las informaciones recibidas (con base en las “burbujas” y en los algoritmos), elementos que, una vez más, refuerzan la “posverdad”.

Sumado a los retos señalados anteriormente, es preciso considerar que el ejercicio de la libertad de expresión gana una nueva dimensión, potenciada por el efecto del uso de las redes sociales, lo cual trae nuevos desafíos en cuanto al establecimiento de sus límites y contornos, particularmente hacia el rol de los tribunales constitucionales,¹⁶ que tienen la tarea de velar tanto por la protección de los derechos fundamentales como por la defensa de la democracia, en sus múltiples dimensiones.

Se configura entonces lo que Caliess¹⁷ llama “relaciones constitucionales multipolares”, caracterizadas por denotar conflictos entre derechos fundamentales más complejos que aquellos puestos en términos de bilateralidad, exigiendo una actuación aún más acurada del Estado en el cumplimiento de su deber de protección de los derechos fundamentales. Lo anterior, por cuanto, por un lado, se muestra la observancia de esos derechos en tanto derechos subjetivos, asociada a un deber de no intervenir de forma muy intensa en las libertades de los individuos; y por otro, es necesaria la observancia de su dimensión objetiva, donde operan como directivas de la vida en común.¹⁸

Desde esa perspectiva, los derechos fundamentales funcionan, al mismo tiempo, como “derechos de defensa” (*Abwehrrechte*) del ciudadano ante el Estado y como sustento de un orden objetivo de valores (*Wertsystem*), que se proyecta para todo el derecho,¹⁹ lo cual obliga a todas las leyes a ser interpretadas

15 *Ibid.*, p. 77.

16 Mônia Clarissa Hennig Leal, *Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre os limites e a legitimidade da jurisdição constitucional na ordem democrática*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

17 Christian Caliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat: zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2001.

18 Mônia Clarissa Hennig Leal y Rosana Helena MAAS, *Dever de proteção estatal, proibição de proteção insuficiente e controle jurisdicional de Políticas Públicas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2020, p. 67.

19 “En consecuencia, la sección de derechos fundamentales de la Ley Fundamental tiene un doble sentido. Ante todo, otorga al ciudadano ‘derechos a defenderse’ contra la semilla. Además, sin embargo, debe contener un ‘sistema objetivo de valores’ o un ‘sistema de valores’, que se aplica como una ‘decisión constitucional básica para todas las áreas del derecho” (Robert Alexy, “Grundrechte als subjektive

por esos derechos,²⁰ en la medida que establecen directrices para la aplicación de todo el derecho infraconstitucional (*Austrahlungswirkung*).²¹

La expansión del contenido de los derechos fundamentales implica, por lo tanto, un proceso de constitucionalización material²² que afecta directamente todos los poderes del Estado,²³ vinculándolos con su carácter principiológico.²⁴

De la dimensión objetiva resulta, por su parte, una noción de “deber de protección estatal” (*Schutzpflicht*), es decir, de una protección de los derechos fundamentales “en fase” y “por medio” del Estado.²⁵ De ese modo, se tiene una incidencia de los derechos fundamentales en los órganos estatales, en sus distintas funciones,²⁶ pudiendo, incluso, como lo afirma Böckenförde, hablarse de una “hipertrofia” de dichos derechos (*Hypertrophie den Grundrechten*), que opera como principios a ser observados por todo el ordenamiento jurídico.²⁷

Así, los derechos fundamentales abogan por una posición subjetiva del ciudadano frente al Estado; pero, a partir del reconocimiento de que integran un orden objetivo de valores, pasan a tener una proyección mayor de carácter

Rechte und als objektive Normen”, en *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*, Band 29, Berlin, Duncker & Humblot, 1990, p. 49).

20 Ralf Dreier, “Konstitutionalismus und Legalismus: zwei Arten juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat”, en *Rechtstaat und Menschenwürde*, Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, Frankfurt a.M., Klostermann, 1988, p. 91.

21 En ese sentido, es posible hablar también de una eficacia de los derechos fundamentales en la esfera privada (*Drittwirkung*), contra terceros (Bernhard Schlink, “Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit”, en *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*, Band 28, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, p. 169).

22 Robert Alexy, “Verfassungsrecht und einfaches Recht: Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, Band 61, Berlin, Walter Gruyter, 2002, p. 10.

23 Dreier, *op. cit.*, p. 99.

24 De acuerdo con Alexy, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales solamente subsiste si sus normas son consideradas jurídicamente vinculantes (*bindend*) (Alexy, *op. cit.*, 1990, p. 56).

25 Josef Isensee y Paul Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*, Band IX, 3. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, 2011, p. 413.

26 Johannes Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 2. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, p. 51.

27 De acuerdo con Kischel, tal dimensión se configura como punto central del Estado de derecho y de la propia democracia (Uwe Kischel, *Die Begründung*, Band 94, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, pp. 151-152).

multidimensional,²⁸ que debe protegerse no solo en las relaciones individuo-Estado, sino también en las relaciones de los individuos entre sí.²⁹

Con base en tal perspectiva, Canaris³⁰ sostiene que los derechos fundamentales actúan en dos sentidos: a) una prohibición de intervención (*Eingriffsverbote*), que tiene relación con la noción de “núcleo esencial” y de límites a su restricción (*Schranken-Schranke Theorie*); y b) un postulado de protección (*Schutzgebote*).

Dicho de otro modo, la dimensión objetiva atribuida a los derechos fundamentales trae consigo la constatación de que los derechos clásicos de defensa y las libertades deben tener su eficacia, valorada no solo bajo una perspectiva individualista, esto es, no solo basada en su posición ante el Estado,³¹ sino también desde una perspectiva social y colectiva, evidenciando, tanto una nueva función de esos derechos como un fundamento para otras funciones más amplias.³²

Así, el carácter de principio de las normas de derechos fundamentales establece que estos derechos son restringibles en relación con otros derechos o principios opuestos,³³ y también que ellos deben ser cumplidos de forma suficiente, de manera que de la noción de “deber de protección estatal” se desprenden los conceptos de “prohibición de exceso” –en términos de restricción y de intervención en los derechos fundamentales (*Übermassverbot*)– y de “prohibición de protección deficiente” (*Untermassverbot*), ambos estrictamente conectados con la proporcionalidad.³⁴

28 Alexy, *op. cit.*, 1990, p. 49.

29 Con la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, que tienen repercusiones frente al Estado, a los ciudadanos y a la comunidad, es posible percibir, incluso, una necesidad de relectura de la propia noción de relación entre poderes (Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, p. 66).

30 Claus-Wilhelm Canaris, “Grundrechte und Privatrecht”, en Wolfgang Grunsky *et al.* (eds.), *Archiv für die civilistische Praxis*, 184. Band, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1984, pp. 201-247.

31 Ingwer Ebsen, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung: eine pluralistische Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat*, Berlín, Dunccker & Humblot, 1985, p. 73.

32 Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, en *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1991, p. 168.

33 Martin Borowski, “La restricción de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, n.º 59, 2000, pp. 29-56.

34 Con todo, estos conceptos no son pacíficos, especialmente en la literatura, y tienen muchos críticos, incluso en Alemania. Para una lectura crítica sobre el tema, véase Ralf Poscher, *Proportionality and the Bindingness of Fundamental Rights*, Freiburg, Max-Planck Institut (MPI-CSL), 2021. <https://ssrn.com/abstract=3774260>. Para una lectura panorámica, véase Miguel Carbonel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, V&M Gráficas, 2008, p. 11.

De ahí resulta una función en cierto sentido contradictoria por parte del Estado, que debe, al mismo tiempo, proteger de forma suficiente los derechos y evitar excesos en su limitación, buscando un equilibrio entre esos dos aspectos. Se verifica, por lo tanto, la existencia de múltiples relaciones y de variados polos (titulares de derechos, Estado, sociedad), cuyos derechos necesitan ser protegidos y ponderados, caracterizándose, así, las “relaciones constitucionales multipolares”.³⁵

En el caso específico de la temática a desarrollar, esto se traduce en la necesidad del Estado de proteger, concomitantemente, la libertad de expresión de los individuos en el ambiente virtual, en su dimensión tanto subjetiva (derecho de sus titulares, sin restringirla de forma excesiva - *Übermassverbot*) como objetiva (en cuanto principio basilar del orden jurídico, en una perspectiva pluralista, que debe ser asegurado de forma suficiente - *Untermassverbot*), además de la propia democracia y sus instituciones, potencialmente afectadas por el uso indiscriminado de *fake news* y sus riesgos (cuyo titular es la sociedad misma y los demás sujetos, en una dimensión subjetiva, sumada a su dimensión objetiva de directriz de la vida en común, debiendo protegerlas de forma suficiente), lo que conduce a una posible restricción de la libertad de expresión. Estos aspectos se proyectan, consecuentemente, sobre la actuación de los tribunales constitucionales, en su función de guardianes de la Constitución y de los derechos fundamentales, muchas veces interpelados para construir ese equilibrio y balance.

MARCO NORMATIVO: LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE PERSONALIDAD Y DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE MANIFESTACIÓN DE PENSAMIENTO EN EL ORDEN JURÍDICO-CONSTITUCIONAL Y EN EL MARCO CIVIL DE INTERNET

Luego de veinte años de dictadura y bajo un contexto de redemocratización, y sin ser producto de una asamblea constituyente democráticamente elegida, la Constitución de 1988 fue promulgada por un significativo movimiento popular

35 “La relación constitucional multipolar así definida, en la que la protección de los derechos fundamentales de la persona afectada puede colisionar con los derechos de defensa del beneficiario, sitúa al Estado en un papel contradictorio, quizás incluso en un ‘dilema’. Al mismo tiempo, el Estado debe cumplir con sus obligaciones de proteger los derechos fundamentales y sus derechos de defensa; hay que lograr un equilibrio. Los instrumentos dogmáticos para lograr este equilibrio, el marco para un examen adecuado de los derechos fundamentales, los proporciona un pensamiento coherente en la relación multipolar del derecho constitucional” (traducción propia del original en alemán) (Christian Calies, “Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsverhältnis”, *Juristen Zeitung*, n.º 7, 2006, p. 326).

(conocido como “Diretas Já”) y con un amplio carácter democrático, cuyo elemento central era la dignidad humana,³⁶ asociada a una extensa gama de derechos fundamentales e instrumentos de garantía. Esta Constitución también ha permitido que se abra un espacio institucional para la participación política de los ciudadanos, no solamente a través del derecho al voto, sino también con mecanismos diversos, como la acción popular, los consejos, los comités, el referendo y el plebiscito, entre otros.³⁷

El enfoque de los derechos fundamentales se evidencia desde el lugar en donde se encuentran ubicados en el texto de la Constitución; al contrario de las cartas políticas anteriores, que los relacionaban apenas al final de su texto, como contenidos últimos (y condicionados, por lo tanto, en cierta medida, a los aspectos organizacionales del Estado y sus instituciones), en la Constitución del 88 aparecen al inicio (art. 5º y siguientes), asociados a los principios fundamentales de la República –tales como la forma federativa del Estado, la separación de poderes, el régimen democrático, la dignidad humana y la formación de una sociedad libre, justa y solidaria (arts. 1º al 4º)–, de manera que ahora sirven como fundamento para la comprensión de todos los demás elementos que siguen dentro del texto constitucional (incluso, los poderes y la sociedad).

La dignidad humana aparece como el *telos* último, la *ratio essendi* del ordenamiento jurídico, donde todos los contenidos constitucionales están comprometidos con su cumplimiento, a través del respeto a los derechos fundamentales, que al mismo tiempo que le atribuyen sentido, están conformados por ella.³⁸

En este sentido, el rol de la garantía de estos derechos es extenso y amplio,³⁹ quedando evidente la preocupación por su efectividad, por lo cual fueron dotados de eficacia inmediata (art. 5º, párr. 1º) y amparados por un amplio espectro de acciones y de *writs* constitucionales destinados a su tutela, incluida la protección de las libertades fundamentales, tales como la libertad de expresión y

36 Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*, 10ª. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.

37 Rogério Gesta Leal, *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*, 2ª. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, p. 47.

38 Sarlet, *op. cit.*, p. 84.

39 Sirve como indicativo de ambos el hecho de que la Constitución de 1988 ha incorporado los derechos humanos previstos en la Declaración de la ONU, de 1948, positivados como derechos fundamentales. Así, los derechos y las garantías individuales están previstos en el artículo 5º (en un total de casi ochenta incisos, pasando por el derecho a la vida, a la igualdad, a la libertad de reunión y de manifestación, libertad religiosa y de creencia, acceso a la justicia, debido proceso, prohibición de la pena de muerte, etc.), en cuanto los derechos sociales están instituidos, principalmente, en el artículo 6º (derechos sociales en sentido amplio, como educación, habitación, alimentación adecuada, trabajo, cultura, entre otros) y en el artículo 7º (derechos de los trabajadores).

de manifestación del pensamiento, el acceso a la información, el derecho a la imagen y a la privacidad, considerados como elementos centrales para la conformación de las posibilidades y los límites de uso de las redes sociales.

Así, es posible clasificar tres grandes grupos de derechos consolidados por el texto constitucional que inciden directamente en el uso de las redes sociales: a) libertad de expresión y de manifestación del pensamiento (CF/88, art. 5º, incs. IV y V), especialmente en los límites establecidos ante amenazas a las instituciones y a la democracia, así como en razón de ataques personales; b) derecho a la intimidad, a la privacidad y a la imagen (art. 5º, inc. X), en la perspectiva de contrapunto a la libertad de expresión y también como criterio guía para la utilización de datos personales; y c) derecho de acceso a la información (art. 5º, inc. XIV), especialmente en lo que concierne a hechos de interés público, en estrecha conexión con las *fake news* y el derecho a acceder a información veraz.

Libertad de expresión y de manifestación del pensamiento

Artículo 5, inciso IV, de la CF/88: la expresión del pensamiento es libre y está prohibido el anonimato.

Artículo 5, inciso V, de la CF/88: se garantiza el derecho de respuesta, proporcional al agravio, además de la indemnización por daños materiales, morales o de imagen.

Artículo 5, inciso IX, de la CF/88: la expresión de las actividades intelectuales, artísticas, científicas y de comunicación es libre, independientemente de la censura o la licencia.

Artículo 220, de la CF/88: la manifestación del pensamiento, la creación, la expresión y la información, en cualquier forma, proceso o vehículo, no sufrirán restricción alguna, con sujeción a lo dispuesto en esta Constitución.

§ 2º: Queda prohibida toda censura de carácter político, ideológico y artístico.
(Traducción propia)

Se manifiesta en la inexistencia de censura previa (al contrario de la Constitución de 1967-69, del periodo dictatorial, que autorizaba la censura y el control de contenido de las manifestaciones culturales y artísticas), como corolario propio del derecho fundamental de la libertad de expresión y del pensamiento, como un elemento clave de una democracia y de una sociedad pluralista. No obstante, los abusos que eventualmente ocurrieron en razón del ejercicio indebido de la libertad de manifestación del pensamiento son apreciables por el Poder Judicial, siendo posible la declaración de responsabilidad tanto civil como penal.

La libertad de pensamiento establecida en el texto constitucional incorpora dos dimensiones: a) positiva (protección de la exteriorización de la opinión) y b) negativa (prohibición de censura). En ese sentido, se entiende que, en razón del pluralismo ínsito a la democracia, ella cubre, incluso, cuestiones controvertidas y polémicas, mientras que los presuntos abusos a esta libertad deberán ser conocidos por el Poder Judicial.

Derecho a la privacidad, a la intimidad y a la imagen

Artículo 5, inciso X, de la CF/88: la intimidad, la vida privada, el honor y la imagen de las personas son inviolables, asegurando el derecho a la reparación de los daños materiales o morales que resulten de su violación. (Traducción propia)

La Constitución protege un espacio íntimo no transponible por intromisiones externas, del cual son titulares tanto personas físicas como jurídicas. Tratándose de personas públicas, la extensión de la privacidad debe ser interpretada de manera menos amplia,⁴⁰ lo que no aleja, con todo, la protección constitucional, que se intensifica cuando no hay un nexo de causalidad entre la actividad pública y la información divulgada.

En el ámbito constitucional brasileño, la privacidad posee los siguientes contenidos: a) no interferencia en la vida privada, familiar o doméstica; b) integridad física y mental; c) prohibición de ataques a la honra y a la reputación;⁴¹ d) no exigibilidad de comunicación de hechos relevantes y/o sensibles relativos a la intimidad; e) espionaje; f) secreto de comunicaciones y de correspondencia; g) mal uso de informaciones –escritas u orales; h) transmisión de datos obtenidos en

40 Supremo Tribunal Federal, *Ação originária 1.390*, Brasília, 30 de agosto de 2011, Relator: Ministro Dias Toffoli. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626839>>.

41 Al tratarse de campañas electorales y de espacios de debate público, el Supremo Tribunal Federal, históricamente, ha tendido a reconocer un espacio más amplio de manifestación, teniendo en cuenta la necesaria contribución del pluralismo de ideas a la consolidación del orden democrático: “Delitos contra el honor y discusión político-electoral. Límites de la tolerancia. Las discusiones políticas, sobre todo las que se producen al calor de las feroces campañas electorales, son inseparables de la necesidad de emitir juicios, necesariamente subjetivos, sobre las cualidades y los defectos de los personajes públicos directamente implicados en ellas, imponiendo un criterio de especial tolerancia en su valoración penal, para no impedir la libertad de crítica, que debe protegerlos; pero la tolerancia debe ser menor cuando, aun situándose en el ámbito de la vida pública o privada de relevancia pública del activista político, el libelo del adversario sobrepasa la línea de los juicios despectivos por la imputación de hechos más o menos concretos, especialmente si tocan o invaden la esfera de la criminalidad” (traducción propia del original en portugués) (Supremo Tribunal Federal, *Inquérito 503-7/RJ*, Brasília, 26 de marzo de 1993, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=A-C&docID=80730>>).

virtud del secreto profesional; i) protección de datos personales, incluso en el ambiente virtual.⁴²

Estos aspectos de protección relativos a la privacidad fueron reforzados aun con la promulgación de la Ley 13.709/2018, conocida como la Ley General de Protección de Datos (LGPD).⁴³

Derecho de acceso a la información

Artículo 5, inciso XIV, de la CF/88: se garantiza el acceso a la información a todos y se protege el secreto de las fuentes, cuando sea necesario para el ejercicio profesional. (Traducción propia)

Este derecho se destina más a la administración y a la gestión pública del Estado, y se identifica con la libertad de prensa y de información periodística. En esencia, se busca permitir que los ciudadanos tengan amplio acceso a los acontecimientos e informaciones relativas al interés público, de lo que deriva, como principio, la inexistencia de datos o informaciones sigilosas, con una serie de excepciones expresamente establecidas en la ley y que deben ser interpretadas de forma restrictiva.⁴⁴

El Marco Civil de Internet (Ley 12.965/14)

La Ley 12.965/14, conocida como Marco Civil de Internet,⁴⁵ prevé los fundamentos y principios a ser observados en el uso de internet, regulando cuestiones

42 Supremo Tribunal Federal, *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387/DF*, Brasilia, 12 de noviembre de 2020. Relatora: ministra Rosa Weber. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>>.

43 La protección de datos personales ha sido considerada como un “derecho fundamental autónomo”, incluso por el Supremo Tribunal Federal, en el juzgamiento de la Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.387/DF, donde se lee, especialmente en el voto del ministro Alexandre de Moraes, que “la inviolabilidad del secreto de los datos complementa la prestación del derecho a la intimidad y a la vida privada” (traducción propia del original en portugués) (www.stf.jus.br, 2020, p. 35) (Supremo Tribunal Federal, *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387/DF*, juzgado el 7 de mayo de 2020, Relatora: ministra Rosa Weber. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>>).

44 Supremo Tribunal Federal, *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.347/DF*, Brasilia, 14 de agosto de 2020, Relator: ministro Alexandre de Moraes. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753469020>>.

45 Interesante observar que la elaboración de la ley ha contado con significativa participación de la sociedad, mediante la presentación de debates y de audiencias públicas, así como con la elaboración de comentarios y de propuestas registradas en el sitio electrónico creado con tal finalidad.

relativas al ejercicio de los derechos fundamentales en el ambiente virtual (libertad de expresión, protección del consumidor y protección de datos personales, por ejemplo); previendo, asimismo, la responsabilidad de aquellos que actúen de forma lesiva a esos derechos, lo cual incluye la responsabilidad subjetiva de los proveedores de internet.

El artículo 3º enumera los principios que rigen el uso de internet en Brasil, entre los cuales se incluyen la garantía de la libertad de expresión, de comunicación y de manifestación del pensamiento, como también la protección de la privacidad, reproduciendo así los derechos contenidos en la Constitución Federal.⁴⁶ Se destacan como fundamentos de su uso y del ejercicio de la libertad de expresión, la observancia de los derechos humanos, el desarrollo de la personalidad y el ejercicio de la ciudadanía en medios digitales, así como la pluralidad y la diversidad (art. 2º), haciendo especial mención a una cláusula abierta a otros principios y al derecho internacional de los derechos humanos (art. 3º, párr. único).

Siguiendo en la línea de la protección de los derechos fundamentales, el artículo 7º trae la exigencia de consentimiento libre y expreso por parte de los usuarios, así como la previsión de inviolabilidad de la intimidad y de la vida privada.⁴⁷

46 Ley 12.965/14, artículo 3: La disciplina del uso de Internet en Brasil tiene los siguientes principios:

I - garantía de la libertad de expresión, comunicación y manifestación del pensamiento, en los términos de la Constitución Federal;

II - protección de la intimidad;

III - protección de datos personales, en forma de ley

IV - preservación y garantía de la neutralidad de la red

V - preservación de la estabilidad, la seguridad y la funcionalidad de la red mediante medidas técnicas compatibles con las normas internacionales y fomentando el uso de buenas prácticas

VI - responsabilidad de los agentes en función de sus actividades, en los términos de la ley

VII - preservación del carácter participativo de la red;

VIII - libertad de los modelos de negocio promovidos en Internet, siempre que no entren en conflicto con los demás principios establecidos en esta Ley.

Párrafo único: Los principios expresados en esta Ley no excluyen otros previstos en el ordenamiento jurídico brasileño relacionado con la materia o en tratados internacionales de los que la República Federativa de Brasil sea parte.

47 Ley 12.965/14, artículo 7: El acceso a Internet es esencial para el ejercicio de la ciudadanía, y el usuario tiene asegurados los siguientes derechos:

I - la inviolabilidad de la intimidad y la vida privada, su protección y la reparación de los daños materiales o morales derivados de su violación;

II - la inviolabilidad y el secreto del flujo de sus comunicaciones por Internet, excepto por orden judicial, en la forma de la ley;

III - la inviolabilidad y la confidencialidad de sus comunicaciones privadas almacenadas, salvo por orden judicial;

IV - la no suspensión de la conexión a Internet, salvo por las deudas directamente derivadas de su uso;

V - el mantenimiento de la calidad contratada de la conexión a Internet;

Otro punto relevante de la ley regula la relación existente entre la libertad de expresión y la responsabilidad subjetiva de los proveedores de internet⁴⁸ (art. 19).⁴⁹ La Ley ha sido objeto de cuestionamientos en dos recursos extraordinarios (RE 1.057.258 y RE 1.037.396) que versan sobre el deber de las empresas de fiscalizar los contenidos publicados y la necesidad de orden judicial para permitir la exclusión de contenidos ofensivos publicados por terceros. El Supremo Tribunal Federal convocó una audiencia pública para discutir el tema, originariamente programada para el 23 y 24 de marzo de 2020, en donde se esperaba contar con la participación de entes estatales, entidades de la sociedad civil, empresas proveedoras de internet, gestoras de aplicativos de redes sociales y asociaciones de emisoras de radio y televisión o de prensa. En virtud de la pandemia, la audiencia fue suspendida, sin indicarse una nueva fecha para su realización, por lo cual el tema sigue pendiente de decisión por el Tribunal.

VI - información clara y completa en los contratos de prestación de servicios, detallando el régimen de protección de los registros de conexión y de acceso a las aplicaciones de Internet, así como las prácticas de gestión de la red que puedan afectar a su calidad;

VII - no facilitar datos personales a terceros, incluidos los registros de conexión y de acceso a las aplicaciones de Internet, salvo con el consentimiento libre, expreso e informado o en los casos previstos por la ley;

VIII - información clara y completa sobre la recogida, el uso, el almacenamiento, el tratamiento y la protección de sus datos personales, que sólo podrán utilizarse para fines que

a) justifican su recaudación;

b) no estén prohibidos por la ley; y

c) se especifican en los contratos de prestación de servicios o en las condiciones de uso de las aplicaciones de Internet;

IX - el consentimiento expreso para la recogida, el uso, el almacenamiento y el tratamiento de los datos personales, que se proporcionará por separado de las demás cláusulas contractuales;

X - la exclusión definitiva de los datos personales facilitados a una determinada aplicación de Internet, previa solicitud, al finalizar la relación entre las partes, con excepción de los casos de conservación obligatoria de los registros previstos en esta Ley y en la que prevé la protección de los datos personales;

XI - publicidad y claridad de las eventuales políticas de uso de los proveedores de conexión a Internet y de las aplicaciones de Internet;

XII - la accesibilidad, teniendo en cuenta las características físico-motoras, perceptivas, sensoriales, intelectuales y mentales del usuario, tal y como establece la ley; y

XIII - la aplicación de las normas de protección y defensa del consumidor en las relaciones de consumo realizadas en Internet.

48 Significa que a los proveedores de servicios de Internet no les corresponde ejercer un control previo sobre la información publicada por terceros, lo que implicaría una clara violación del principio constitucional de libertad de expresión.

49 Artículo 19: Con el fin de asegurar la libertad de expresión y evitar la censura, el proveedor de aplicaciones de Internet sólo podrá ser considerado civilmente responsable de los daños y perjuicios derivados de los contenidos generados por terceros si, tras una orden judicial específica, no adopta las medidas, dentro del ámbito y los límites técnicos de su servicio y en el plazo señalado, para hacer inaccesibles los contenidos señalados como infractores, sin perjuicio de las disposiciones legales en contrario.

Así, tanto la Constitución como la legislación específica buscan proteger los derechos humanos y fundamentales en el ambiente virtual, tarea que, en la práctica, no siempre es fácil, especialmente en razón de la complejidad de los elementos involucrados y de las posibilidades y riesgos potencializados del medio digital, en especial cuando están en juego los límites y contornos de la democracia (libertad de expresión, pluralismo, necesidad de preservación de las instituciones y del Estado democrático de derecho).

JURISPRUDENCIA: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL USO DE LAS REDES SOCIALES. LOS ATAQUES AL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Y AL ORDEN DEMOCRÁTICO

En lo que concierne al uso de las redes sociales y sus límites, se pueden destacar dos casos recientes juzgados por el Supremo Tribunal Federal, que abordaron aspectos relacionados con el ejercicio de los derechos fundamentales (precisamente la libertad de expresión y de manifestación del pensamiento), tanto en lo que concierne a ofensas al honor y a discursos de odio como a incitaciones contra instituciones democráticas (específicamente, la propagación de *fake news* y ataques contra el propio Supremo Tribunal Federal y sus miembros).

En lo que se refiere a ataques proferidos en las redes sociales contra instituciones democráticas, el Supremo Tribunal Federal falló dos demandas que merecen ser destacadas: la ADPF 572, que versa sobre la validez de la consulta instaurada para investigar la propagación de noticias falsas y ataques a la Corte y a sus integrantes, y la Petición 9456/DF, en la cual se recibió una denuncia en acción penal contra un diputado federal que pronunció ofensas en contra de los ministros del STF.

Finalmente, vale mencionar también, con relación a la libertad de expresión en el ambiente virtual, el juzgamiento de la ADI 6991/DF, acción declaratoria de inconstitucionalidad propuesta contra la Medida Provisoria 1.068/2021, adoptada por el Presidente de la República, que estableció alteraciones en el Marco Civil de Internet, con la intención, entre otros aspectos, de restringir las posibilidades de exclusión de contenido (con especial enfoque en las *fake news*) y de perfiles de usuarios de las redes sociales.

- ADPF 572:⁵⁰ se trata de una acción interpuesta por el partido político Rede Sustentabilidade contra la Portaria GP n.º 69, de 14 de marzo de 2019, del Supremo Tribunal Federal, que había determinado la apertura de la Indagación Poli-

50 Supremo Tribunal Federal, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 572/DF*, Brasília, 7 de mayo de 2021, Relator: ministro Edson Fachin. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755791517>>.

cial n.º 4781 (consulta policial), en razón de la existencia de noticias fraudulentas (*fake news*), denuncias calumniosas (dolosas) y amenazas que atacaban la honorabilidad y la seguridad del Supremo Tribunal Federal, sus miembros y sus familiares, enfocándose más en el aspecto del debido proceso y de la regularidad de la consulta que en los límites de la libertad de expresión. Aun así, hubo manifestaciones relevantes sobre el tema en los votos proferidos por los ministros, que permitieron vislumbrar algunos elementos de su conformación.

Con ocasión del juzgamiento de 18 de junio de 2020, el Pleno del STF, por diez votos contra uno, declaró la constitucionalidad de la Indagación (INQ 4781), donde se manifestó, incluso, sobre la libertad de expresión y sus límites. Con base en los contenidos constitucionales del artículo 5º, así como en el contenido del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), quedó asentado que sus contornos no permiten la censura previa, pero autorizan la responsabilidad por cuenta de eventuales excesos:

De este conjunto de normas se puede extraer que el régimen jurídico de protección de la libertad de expresión garantiza, por un lado, la imposibilidad de la censura previa y, por otro, la posibilidad, a posteriori, de la responsabilidad civil y penal. (Traducción propia del original en portugués)⁵¹

En dicha ocasión, también fue evidenciado que el Supremo Tribunal Federal, a lo largo del tiempo, ha tenido una comprensión vigorosa del derecho fundamental de libertad de expresión; en ese sentido, fueron citados los siguientes ejemplos de precedentes:

- ADPF 130,⁵² que reconoció la no recepción, por la Constitución de 1988, de la Ley 5.250/1967 (Ley de Prensa), originaria del régimen militar, donde la libertad de prensa fue calificada como un “sobrederecho” que cubría, incluso, el derecho de crítica, que debía ser ampliamente protegido en un Estado de derecho democrático, como elemento importante de salvaguardia de la democracia.

- ADI 4451,⁵³ cuya decisión consideró inconstitucionales dispositivos de la legislación electoral que restringían la libertad de expresión, asignándola como premisa imprescindible a la participación política y a la democracia.

51 *Ibid.*, p. 14.

52 Supremo Tribunal Federal, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 130/DF*, Brasília, 6 de noviembre de 2009, Relator: ministro Carlos Britto. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>.

53 Supremo Tribunal Federal, *Ação direta de inconstitucionalidade 4451/DF*, Brasília, 6 de marzo de 2019, Relator: ministro Alexandre de Moraes. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=-TP&docID=749287337>>.

- ADFP 187,⁵⁴ en la cual fue ratificada la primacía *prima facie* de la libertad de expresión en relación con otros derechos en el caso de biografías no autorizadas, constatando que eventuales incorrecciones deben ocasionar la responsabilidad posterior, asociada al derecho de respuesta, y no la censura.

- ADFP 548,⁵⁵ relacionada con la libertad de expresión en el medio académico y universitario, en la cual el Pleno de la Corte confirmó la decisión que

... suspendió los efectos de actos judiciales o administrativos emanados de autoridad pública que posibiliten, determinen o promuevan el ingreso de agentes públicos en universidades públicas y privadas, recaudo de documentos, interrupción de clases, debates o manifestaciones de docentes y discentes universitarios, la actividad disciplinar docente y discente y la recolección irregular de testimonios de esos ciudadanos por la práctica de manifestación libre de ideas y divulgación del pensamiento en ambientes universitarios públicos o privados.

En las palabras del relator, ministro Edson Fachin,

... el Tribunal Supremo Federal reconoce que la libertad de expresión incluye el derecho a informar, a buscar información, a expresar opiniones, a criticar. Los límites a la libertad de expresión están en constante conformación y seguirán exigiendo la reflexión del Poder Legislativo y del Poder Judicial, y especialmente de este Tribunal, sobre lo que actualmente se denomina “fake news”.⁵⁶ (Traducción propia del original en portugués)

El Supremo Tribunal ha reforzado la idea de límites a la libertad de expresión, especialmente, cuando se invoca como un escudo de protección para la práctica de actos ilícitos y atentatorios a la propia democracia, como lo son las manifestaciones que incitan al incumplimiento de órdenes y decisiones judiciales:

... No hay derecho en el abuso de los derechos. El antídoto contra la intolerancia es la legalidad democrática. Hay que tener cuidado de que la dosis del remedio no se convierta en un veneno. El disenso es inherente a la democracia. El disenso

54 Supremo Tribunal Federal, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 187/DF*, Brasília, 29 de mayo de 2014, Relator: ministro Celso de Mello. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>>.

55 Supremo Tribunal Federal, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 548/DF*, Brasília, 9 de junio de 2020. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752896813>>.

56 Supremo Tribunal Federal, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 572/DF*, cit., p. 16.

intolerable es precisamente el que pretende imponer violentamente el consenso.⁵⁷
(Traducción propia del original en portugués)

El ministro Celso de Mello, por su parte, ha observado que la máquina de noticias fraudulentas es semejante a las organizaciones criminales, destacando que la incitación al odio público y la propagación de ofensas y amenazas no están incorporadas por la cláusula constitucional que protege la libertad de expresión y de manifestación del pensamiento:

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, respecto al objeto de la mencionada investigación penal, que las ofensas y conductas agresivas, de carácter delictivo, registradas en los registros del Inq. 4. 781/DF, relativas a los ataques sistemáticos a la dignidad institucional del Supremo Tribunal Federal y a la honorabilidad de sus jueces, representan un gravísimo desafío a la sociedad civil y a todas las instancias de poder dentro del aparato estatal, en la medida en que dicha conducta delictiva invierte contra la propia institucionalidad plasmada en el texto de la Constitución de la República, especialmente en los puntos en los que se reclama la supresión de instituciones fundamentales para el orden democrático, como el Supremo Tribunal Federal y el Congreso Nacional.⁵⁸ (Traducción propia del original en portugués)

El entonces presidente de la Corte, ministro Dias Toffoli, a su vez, ha reñido con que el objetivo de la Indagación no fue criticar o plantear meras discordancias con las decisiones del Supremo Tribunal Federal, en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión, sino investigar ataques organizados, que intentan minar su credibilidad institucional.

El ministro Marco Aurélio, único en opinar de manera disidente en esta decisión, consideró que el artículo 43 del Reglamento Interno del STF, en el cual se fundó la instauración de la Indagación, no fue incorporado por la Constitución de 1988, de manera que hubo una violación del sistema penal acusatorio constitucional, por lo que ese vicio contaminó su tramitación. Además, para el magistrado, las investigaciones tendrían como objeto criticar a los jueces, lo que, en su comprensión, está protegido por la libertad de expresión.

De todo lo anterior es posible percibir posiciones distintas respecto a los límites de la libertad de expresión en la democracia: una más amplia, que incorpora las críticas a las instituciones (severas y casi conformadas como ataques personales a los integrantes del Tribunal) y otra que incorpora la perspectiva de que estas

57 *Ibid.*, p. 52.

58 *Ibid.*, p. 336.

manifestaciones constituyen un delito penal y, como tal, imponen restricciones al derecho fundamental en cuestión. Como se ha visto, la última posición ha prevalecido, yendo incluso, en cierta medida, en sentido contrario a la tradición jurisprudencial fijada por el Supremo Tribunal Federal, que ha tendido a tener una interpretación amplia de su protección.⁵⁹

- Petição 9456/DF:⁶⁰ por unanimidad, el Pleno del Supremo Tribunal Federal (STF) recibió la denuncia criminal de la Procuraduría General de la República (PGR) contra el diputado federal Daniel Silveira (PSL-RJ) por haber proferido, por medio de las redes sociales, amenazas al Supremo Tribunal Federal y a sus miembros, incitando a las Fuerzas Armadas a atacar en contra de la Corte, aspecto que se caracterizaría como violación de la Ley de Seguridad Nacional. Entre otros aspectos, la actuación sostenía el regreso del Acto Adicional (AI 5), instrumento de la dictadura militar que restringía derechos fundamentales establecidos por la Constitución y legitimaba la persecución política, para operar la casación de ministros del STF, con frecuentes referencias a los militares, con miras a promover una ruptura institucional. Además, se alega que se habría incitado a la población, por medio de manifestaciones en sus cuentas en las redes sociales, a invadir la Corte.

Una vez más, la posición de que la libertad de expresión, garantizada constitucionalmente, no abarca manifestaciones dirigidas a la ruptura del Estado de derecho fue asentada por el Supremo Tribunal, de modo que la libertad de expresión no se confunda con libertad de agresión, anarquía, violación del Estado de derecho o defensa del regreso de la dictadura, especialmente por parte de un parlamentario: “La Constitución Federal no permite la propagación de ideas contrarias al orden constitucional y al Estado democrático (CF, arts. 5, XLIV; 34, III y IV), ni la realización de manifestaciones en las redes sociales destinadas a romper el Estado de derecho (p. 32)”.

En lo que concierne a que el autor de las manifestaciones fuera un diputado federal –y, por lo tanto, en principio, protegido por la garantía constitucional de inmunidad parlamentaria–,⁶¹ a partir de sus posiciones políticas, caracterizándose como una esfera de protección más amplia de la libertad de expresión,

59 Es necesario tener presente, con todo, que esta decisión se ha proferido en un contexto de tensión entre el Poder Judicial y el Presidente de la República, verificada desde el principio del gobierno de Jair Bolsonaro, de manera que hay que tener presente, para su adecuada comprensión, el escenario de inestabilidad política e institucional vivido por el país en ese momento histórico.

60 Supremo Tribunal Federal, *Petição 9456/DF*, Brasília, 21 de junio de 2021, Relator: ministro Alexandre de Moraes. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756200671>>.

61 CF/88, artículo 53: Los Diputados y Senadores son inviolables, civil y criminalmente, por sus opiniones, palabras y votos.

el Supremo Tribunal siguió la línea jurisprudencial ya fijada, y decidió que esta no puede servir para justificar la práctica de actos ilícitos, estando, además, circunscrita al desempeño de la función legislativa:

Incidencia de la inmunidad parlamentaria prevista en el título del art. 53 de la Constitución Federal. La jurisprudencia del Tribunal es coherente en el sentido de que la garantía constitucional de la inmunidad parlamentaria material sólo se aplica en el caso de que las manifestaciones estén relacionadas con el ejercicio de la función legislativa o se pronuncien con motivo de ella; no es posible utilizarla como un verdadero escudo protector para la práctica de actividades ilegales (p. 37).

Así, aunque la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal apunte, históricamente, en el sentido de una concepción amplia y de cierta primacía de la libertad de expresión y de manifestación del pensamiento, como corolario de la democracia y de un Estado plural, las cuestiones alrededor de ataques a instituciones y ofensas publicadas en redes sociales demuestran un claro reconocimiento de límites a ese derecho fundamental, especialmente en lo que se refiere a la práctica de actos atentatorios a las propias instituciones democráticas, no estando ellos abarcados por la protección constitucional, ya que ultrapasan el límite de mera exposición de opiniones.

- ADI 6991:⁶² la ministra Rosa Weber ha diferido la interposición de una medida cautelar en siete acciones directas de inconstitucionalidad (ADI 6991, 6992, 6993, 6994, 6995, 6996 y 6998) con el mismo objeto de suspender, en su integridad, la eficacia de la Medida Provisoria 1.068/21, adoptada por el Presidente de la República, Jair Bolsonaro, que alteraba algunos preceptos del Marco Civil de Internet (Ley 12.965/2014) y de la Ley de Derechos de Autor (Ley 9.610/1998), que permitían así que se restringiera la posibilidad de exclusión de contenidos y de perfiles de usuarios de las redes sociales.⁶³ Las acciones fueron propuestas por el Partido Socialista Brasileiro (PSB), Solidariedade, el Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), el Partido dos Trabalhadores (PT), Novo e Partido Democrático Trabalhista (PDT), que están legitimados para presentar acciones de control de constitucionalidad concentrado de esa naturaleza ante el Supremo

62 Supremo Tribunal Federal, *Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.991/DF*, Brasília, 14 de septiembre de 2021. Relatora: ministra Rosa Weber. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757262137&prcID=6253046&ad=s#>>.

63 Importa destacar que esta alteración tenía por objetivo, bajo el pretexto de garantizar el derecho fundamental a la libertad de expresión en el ambiente virtual, proteger a simpatizantes del propio Presidente, que hacen uso intenso de las redes sociales para defender las posiciones bolsonaristas y atacar a la oposición, incluso con la propagación de *fake news*.

Tribunal Federal (CF/88, art. 103) y ante el Consejo Federal del Orden de Abogados (OAB).

En su decisión, el Supremo Tribunal ha afirmado que los derechos fundamentales, sobre todo los atinentes a las libertades públicas, son presupuestos para el ejercicio de la ciudadanía y que la Constitución Federal (art. 62, párr. 1º, 'a') no permite la reglamentación, por medio de medida provisoria, de materias atinentes a los derechos y garantías fundamentales.

En el voto que acompaña la sentencia se aprecia que el Supremo Tribunal considera que los derechos individuales visan la protección de los ciudadanos ante los arbitrios del Estado, de manera que posibilitan al Presidente de la República, jefe del Poder Ejecutivo, la restricción de derechos fundamentales por medio de un instrumento unilateral, sin ninguna participación activa de representantes del pueblo y de la sociedad civil, lo cual resulta incompatible con el propósito de contener el abuso del Estado en estos temas.

Al refutar la alegación de que la medida provisoria, en vez de restringir, apenas disciplinaría el ejercicio de los derechos individuales en las redes sociales, maximizando su protección, el Tribunal resaltó que toda conformación de derechos fundamentales implica, necesariamente, restringirlos, y solamente una ley en sentido formal, proveniente del Congreso Nacional, puede hacerlo, por cuestiones atinentes a la legitimidad democrática, transparencia, calidad deliberativa, posibilidad de participación de actores de la sociedad civil y del principio de la "reserva legal":

5. Toda y cualquier conformación de derechos fundamentales implica necesariamente la restricción de los mismos, de tal manera que solo una ley en sentido formal, proveniente del Congreso Nacional, puede hacerlo, por cuestiones de legitimidad democrática, por mayor transparencia, por calidad deliberativa, por posibilidad de participación de los actores de la sociedad civil y por reserva constitucional de la ley del Congreso.

6. Los derechos fundamentales, especialmente los relativos a las libertades públicas, son un requisito previo para el ejercicio del derecho a la ciudadanía. Por lo tanto, la ciudadanía y los derechos individuales son conceptos inseparables.

7. La Constitución Federal, al prohibir expresamente, en su artículo 62, párrafo 1, a, la adopción de una medida provisional que trate de la ciudadanía, umbilicalmente separada del ámbito normativo de las disposiciones del instituto referidas a los derechos fundamentales (p. 30). (Traducción propia del original en portugués)

En ese sentido, esta decisión refuerza el aspecto de complejidad de los derechos afectados (libertad de expresión y de manifestación del pensamiento,

ejercicio de la democracia, especialmente en el ambiente virtual y de las redes sociales), y destaca que, en este escenario, el debate público sobre el tema es aún más necesario, cuya reglamentación y perfectibilidad de la legislación existente compete al Congreso Nacional:

No por otra razón este Supremo Tribunal Federal, el Tribunal Superior Electoral y el Congreso Nacional han enfrentado, cada uno dentro de sus facultades constitucionales, tales temas con la promoción de debates públicos, el establecimiento de una Comisión Parlamentaria, entre otros métodos y expedientes. Abarcan cuestiones muy complejas, que obviamente no requieren una deliberación legislativa amplia, transparente, plural –incluida la participación de expertos técnicos de la sociedad civil– y abierta. El perfeccionamiento de la legislación ya existente encuentra en el Congreso Nacional el escenario político por excelencia, el lugar apropiado para la discusión, la elaboración y el desarrollo –a partir de los datos científicos recogidos, los debates promovidos, las negociaciones propiciadas– de la legislación pertinente a las cuestiones planteadas (p. 32). (Traducción propia del original en portugués)

A pesar de que la decisión se atuvo a los vicios formales que constituyeron la inconstitucionalidad (ausencia del carácter de urgencia inherente a la figura de la medida provisoria, y violación de principio de reserva legal y del debido proceso legal para legislar sobre derechos fundamentales), la sentencia no deja de subrayar el aspecto político de la pretensión formulada, destacando los riesgos de la medida y la complejidad de las cuestiones relativas a la protección de los derechos fundamentales en internet:

La cuestión que se debate en esta acción directa de inconstitucionalidad es una de las más complejas en la actual etapa de evolución de los derechos y las garantías fundamentales. Los límites del control estatal y privado sobre los contenidos alojados y puestos a disposición en internet, más concretamente en las denominadas redes sociales, a la vista de las libertades de expresión, comunicación y manifestación del pensamiento, es una de las cuestiones que requiere la actualización permanente de la jurisdicción constitucional que ejerce el Tribunal Supremo Federal sobre el alcance de los derechos fundamentales. [...] Es en este contexto donde se inserta el contenido del MP 1.068/2021. Se trata de un título que, con la finalidad expresa de compatibilizar las libertades de expresión, comunicación y manifestación del pensamiento con la posibilidad de moderación de los contenidos difundidos en las redes sociales, prohibió a las empresas titulares de estas redes determinar la exclusión, cancelación o suspensión, total o parcial, de los servicios

y las características de las cuentas o perfiles en ellas, salvo en los casos de causa justificada expresamente enumerados en la MP 1.068/2021 (p. 33). (Traducción propia del original en portugués).

Finalmente, aunque no se haya ahondado en el mérito de la discusión, esta decisión ha establecido un importante parámetro en el sentido de vislumbrar una posibilidad de conformación de límites más intensos a la libertad de expresión en el ambiente virtual, con la consecuente posibilidad de exclusión de perfiles de usuarios y de contenidos de las redes sociales por las respectivas plataformas, con miras a la preservación de la democracia.

CONCLUSIONES

Internet y las redes sociales se han convertido en un importante campo, creciente y dinámico, de debate público y disputa de narrativas. Esto ha abierto discusiones legítimas al respecto, pero también ha generado discursos no legítimos y no factuales (*fake news*). Sumado a este ambiente fértil para la diseminación de opiniones, se encuentra la automatización de herramientas de publicación que han posibilitado el surgimiento y la propagación del uso de robos, no solo para conquistar seguidores por medio de los algoritmos, sino también para conducir ataques en masa a opositores y forjar discusiones artificiales que influyen a la opinión pública. Así, la actuación de los robos disemina noticias falsas que pueden tener efectos nocivos para la sociedad, al tiempo que busca activamente impedir que los usuarios sean informados de manera adecuada, configurándose en una amenaza real para el debate público y trayendo serios riesgos para la democracia.

En este contexto, el ejercicio de la libertad de expresión gana una nueva dimensión, potenciada por los efectos del uso de las redes sociales, lo cual presenta nuevos retos en cuanto al establecimiento de sus límites, con especial énfasis en la actuación de los tribunales constitucionales, que tienen la tarea de velar por la protección de los derechos fundamentales y por la democracia, en sus múltiples dimensiones, que configuran “relaciones constitucionales multipolares”, evidenciando conflictos entre derechos fundamentales más complejos que aquellos que se presentan en términos de bilateralidad y exigiendo una actuación aún más acurada del Estado en el cumplimiento de su deber de protección de esos derechos.

Esto por cuanto, por un lado, está presente la observancia de los derechos fundamentales en tanto derechos subjetivos, asociada a un deber de no intervenir exageradamente en las libertades de los individuos; y por el otro, es necesaria

la observancia de su dimensión objetiva, donde operan como pautas y directivas de la vida en común.

En tal escenario, no basta, por lo tanto, la protección constitucional de derechos fundamentales en el ambiente virtual (libertad de expresión y de manifestación del pensamiento, privacidad, pluralismo), por medio de una legislación actualizada y especialmente dirigida a este fin. La actuación de los tribunales constitucionales, para establecer contornos concretos al conflicto entre la libertad de expresión y la preservación de la propia democracia y de sus instituciones –notablemente ante fenómenos como las *fake news*– se configura como estratégica para la consolidación de ese proceso.

En el caso brasileño, el Supremo Tribunal Federal, por lo menos en la actualidad, solo ha sido provocado tímidamente a manifestarse sobre tales aspectos, con pocas decisiones proferidas en la materia, sin que haya un posicionamiento más específico acerca de la conformación y de los límites de la libertad de expresión, y los juzgamientos aquí analizados tuvieron su fundamento más en aspectos formales. Aun así, si bien no es posible vislumbrar un reconocimiento expreso de especificidades relativas al ambiente virtual, algunos elementos permiten entrever una tendencia en ese sentido, con la designación, incluso, de nuevos contornos a la tendencia histórica verificada en la jurisprudencia de la Corte, que siempre ha tendido a manifestar una amplia prevalencia de la libertad de expresión. Se tiene, pues, que los riesgos para la democracia, potencializados por las redes sociales, presuponen, también, un control diferenciado del ejercicio de los derechos fundamentales, en su dimensión subjetiva y objetiva, y que contemple esa perspectiva de multipolaridad.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert, “Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen”, en *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*, Band 29, Berlín, Duncker & Humblot, 1990.

ALEXY, Robert, “Verfassungsrecht und einfaches Recht: Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)*, Band 61, Berlín, Walter Gruyter, 2002.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Grundrechte als Grundsatznormen: zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik”, en *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1991.

BOROWSKI, Martin, “La restricción de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 20, n.º 59, 2000, pp. 29-56.

- BRAGA, Renê Moraes da Costa, “A indústria das *fake news* e o discurso de ódio”, en Rodolfo VIANA PEREIRA (org.), *Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio*, vol. I, Belo Horizonte, IDDE, 2018, pp. 203-220. <https://goo.gl/xmUwkd>.
- BUCCI, Eugenio, “Pós-política e corrosão da verdade”, *Revista USP*, n.º 116, 2018.
- CALIESS, Christian, *Rechtsstaat und Umweltstaat: zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse*, Tübingen, Mohr-Siebeck, 2001.
- CALIESS, Christian, “Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsverhältnis”, *Juristen Zeitung*, n.º 7, 2006.
- CANARIS, Claus-Wilhelm, “Grundrechte und Privatrecht”, en Wolfgang GRUNSKY *et al.* (eds.), *Archiv für die civilistische Praxis*, 184, Band, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1984, pp. 201-247.
- CARBONEL, Miguel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, V&M Gráficas, 2008.
- DIETLEIN, Johannes, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, 2. Auflage, Berlin, Duncker & Humblot, 2005.
- DRÄGER, Jörg y Ralph MÜLLER-EISELT, *We humans and the intelligent machines: how algorithms shape our lives and how we can make good use of them*, Gütersloh, Bertelsmann Verlag, 2020.
- DREIER, Ralf, “Konstitutionalismus und Legalismus: zwei Arten juristischen Denkens im demokratischen Verfassungsstaat”, en *Rechtstaat und Menschenwürde*, Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag, Frankfurt a.M., Klostermann, 1988.
- EBSSEN, Ingwer, *Das Bundesverfassungsgericht als Element gesellschaftlicher Selbstregulierung: eine pluralistische Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit im demokratischen Verfassungsstaat*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985.
- ENGUIX, Oliver S., “Impacto político e informativo de las redes sociales: esferas de actuación y comparación con los medios”, *Anàlisi. Quaderns de Comunicació i Cultura*, n.º 56, pp. 71-85.
- FERNÁNDEZ-GARCÍA, Nuria, “*Fake News*: una oportunidad para la alfabetización mediática”, *Nueva Sociedad*, n.º 269, mayo-junio de 2017. <www.nuso.org>.
- GARGARELLA, Roberto, “La revisión judicial en democracias defectuosas”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 9, n.º 2, 2019.
- HABERMAS, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns: Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1995.
- ISENSEE, Josef y Paul KIRCHHOF (eds.), *Handbuch des Staatsrechts des Bundesrepublik Deutschland*, Band IX, 3. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller, 2011.
- KISCHEL, Uwe, *Die Begründung*, Band 94, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003.

- LEAL, Mônia Clarissa Hennig, *Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre os limites e a legitimidade da jurisdição constitucional na ordem democrática*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig y Rosana Helena MAAS, *Dever de proteção estatal, proibição de proteção insuficiente e controle jurisdicional de Políticas Públicas*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2020.
- LEAL, Rogério Gesta, *Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade*, 2ª. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004.
- MACHADO, Viviane y Hosana OLIVEIRA DUARTE, “Fake news nas eleições: ponderações entre a liberdade de informação e o excesso midiático”, *Interdisciplinary Scientific Journal*, vol. 5, n.º 4, 2018. <http://dx.doi.org/10.17115/2358-8411/v5n4a10>.
- NOBLE, Safiya Umoja, *Algorithms of oppression*, New York, New York University Press, 2018.
- NOVAIS, Jorge Reis, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003.
- PORCELLO, Flavio y Francielly Brites, “Verdade x mentira: a ameaça das fake news nas eleições de 2018 no Brasil”, *Intercom - Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação*, 41º Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, Joinville, 2-8 de septiembre de 2018.
- POSCHER, Ralf, *Proportionality and the Bindingness of Fundamental Rights*, Freiburg, Max-Planck Institut (MPI-CSL), 2021. <https://ssrn.com/abstract=3774260>.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, Secretaría General, Ley 12.965/14 de 23 de abril de 2014.
- RUEDIGER, Marco Aurélio, *Robôs, redes sociais e política no Brasil: estudo sobre interferências ilegítimas no debate público na web, riscos à democracia e processo eleitoral de 2018*, Rio de Janeiro, FGV, DAPP, 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*, 10ª. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.
- SCHLINK, Bernhard, “Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit”, en *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte*, Band 28, Berlin, Duncker & Humblot, 1989.

JURISPRUDENCIA

- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Inquérito 503-7/RJ*, Brasília, 26 de marzo de 1993, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80730>>.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 130/DF*, Brasília, 6 de noviembre de 2009, Relator: ministro Carlos Britto. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>.

- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Ação originária 1.390*, Brasília, 30 de agosto de 2011, Relator: Ministro Dias Toffoli. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626839>>.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 187/DF*, Brasília, 29 de mayo de 2014, Relator: ministro Celso de Mello. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>>.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Ação direta de inconstitucionalidade 4451/DF*, Brasília, 6 de marzo de 2019, Relator: ministro Alexandre de Moraes. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>>.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387/DF*, juzgado el 7 de mayo de 2020, Relatora: ministra Rosa Weber. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>>.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 548/DF*, Brasília, 9 de junio de 2020. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752896813>>.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.347/DF*, Brasília, 14 de agosto de 2020, Relator: ministro Alexandre de Moraes. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753469020>>.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.387/DF*, Brasília, 12 de noviembre de 2020. Relatora: ministra Rosa Weber. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629>>.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 572/DF*, Brasília, 7 de mayo de 2021, Relator: ministro Edson Fachin. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755791517>>.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Petição 9456/DF*, Brasília, 21 de junio de 2021, Relator: ministro Alexandre de Moraes. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756200671>>.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.991/DF*, Brasília, 14 de septiembre de 2021. Relatora: ministra Rosa Weber. <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757262137&prclD=6253046&ad=s#>>.

EL ESTADO DE DERECHO, REDES SOCIALES Y CONTROL JUDICIAL. EL CASO DE CHILE

Claudio Nash*

INTRODUCCIÓN

Abordar el tema de las nuevas tecnologías, en general, y el de redes sociales (RRSS), en particular, es un desafío imposible si no es debidamente acotado, particularmente, cuando lo queremos analizar desde el derecho y, concretamente, desde el derecho constitucional. Las nuevas tecnologías han tenido tal desarrollo que no solo hacen difícil mantenerse al día para usarlas con mediana actualidad, sino que van presentando desafíos para los conceptos básicos del derecho que nos obligan a redoblar los esfuerzos no solo para entender el fenómeno tecnológico, sino también para regularlo y vislumbrar los alcances en distintos campos y, particularmente, en materia de derechos humanos.

En efecto, cuando se revisan instrumentos internacionales en la materia, como la declaración de los relatores de libertad de expresión (2003), se lee un documento que refleja tal ingenuidad ante los alcances del proceso que solo puede dar cuenta de las dificultades para enfrentarse a un fenómeno del siglo XXI, pero con las herramientas conceptuales del siglo XVIII.

Por ello, es necesario clarificar cuáles son los objetivos de este breve texto. La investigación estará centrada en la regulación sobre internet y redes sociales en Chile, su estructura y las principales críticas que se le han formulado. Mi hipótesis es que la regulación nacional en materia de internet y RRSS y la actuación del Poder Judicial en la protección del derecho a la libertad de expresión en el espacio digital no da cuenta de una protección efectiva de este derecho fundamental para el Estado de derecho y la democracia en Chile. Me centraré en algunos casos judiciales que han logrado visibilidad en los últimos años: el derecho al olvido y las “funas” o “*scratch*” a través de redes sociales. Asimismo, en la tercera parte

* Ph. D. Académico, Universidad de Chile. cnash@derecho.uchile.cl.

analizaré las denuncias de censura en RRSS en el marco del Estallido Social de 2019-2020 y de la pandemia de 2020-2021 como una forma de afectación de la libertad de expresión y la respuesta desde el Poder Judicial. Espero poder terminar con algunas observaciones a modo de conclusión.

LA REGULACIÓN DE INTERNET Y REDES SOCIALES EN CHILE

La Constitución vigente desde 1980, pese a sus múltiples modificaciones, no tiene una regulación especial sobre las nuevas tecnologías. Por tanto, la aproximación al tema está vinculada con la regulación acerca de la libertad de expresión en el texto constitucional.

La Constitución vigente tiene un acercamiento muy básico en materia de libertad de pensamiento y de expresión. En el artículo 19, que contiene el catálogo de derechos fundamentales, solo destina una norma (numeral 12), que al efecto dispone:

12º.- La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado.

La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social.

Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida.

Toda persona natural o jurídica tiene el derecho de fundar, editar y mantener diarios, revistas y periódicos, en las condiciones que señale la ley.

El Estado, aquellas universidades y demás personas o entidades que la ley determine, podrán establecer, operar y mantener estaciones de televisión.

Habrará un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de quórum calificado señalará la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo.

La ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 5 inciso 2º, los derechos contenidos en los tratados internacionales vigentes en Chile son un límite a la soberanía, por

lo que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) también son normas vigentes y que deben tenerse presentes al momento de legislar, elaborar políticas públicas y tomar decisiones judiciales en estas materias.¹

En definitiva, la Constitución vigente no entrega herramientas particulares para resolver los desafíos que presenta el uso de las RRSS en relación con honra, privacidad, dignidad, entre otros asuntos relevantes. Asimismo, el texto constitucional no da mayores pistas para regular en esta materia, salvo la reforma constitucional de 2018 relativa a la protección de datos personales, que agregó al numeral 4º del artículo 19, sobre la protección de la vida privada, una referencia explícita a “la protección de sus datos personales”, lo que se dejó entregado a la regulación legal.

Asimismo, en Chile no existe legislación destinada a la regulación de las redes sociales. Se dispone de una ley relativa a la protección de la vida privada (Ley 19.962), que data de 1999 y que ha tenido varias reformas. Esta ley está destinada a la protección de los datos personales, particularmente, financieros y los que están en manos del Estado.

Conforme a la información oficial del sitio web “Guía Oficial” del Gobierno,

1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en lo pertinente, artículo 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».

Convención Americana sobre Derechos Humanos en lo pertinente, artículo 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) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas».

Constitución Política en lo pertinente, artículo 19, n.º 12: “La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado. / La ley en ningún caso podrá establecer monopolio estatal sobre los medios de comunicación social”.

Las leyes abarcan diferentes temas que afectan a la operación de los Sitios Web, aunque al presente no existen normas de este rango que estén dedicadas a esta temática tecnológica de manera específica. Por lo mismo, sólo se pueden citar como relacionadas, las siguientes:

Ley Nº 17.336 de Propiedad Intelectual, especifica las obligaciones referidas a la propiedad sobre las creaciones intelectuales.

Ley Nº 19.628 de Protección de la vida privada en lo concerniente a datos personales.

Ley Nº 19.653 sobre probidad administrativa aplicable de los órganos de la administración del Estado, que establece la publicidad y transparencia de los actos del Estado.

Ley Nº 19.799 sobre la Firma electrónica y los documentos electrónicos.

Ley Nº 19.880 que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.

Ley Nº 20.285 sobre Acceso a la Información Pública.

Ley Nº 20.500 sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública.

Sí debemos destacar que, en 2014, se dictó la ley sobre neutralidad en las redes, que buscó regular a las empresas que ofrecen acceso a internet. Esta ley, que busca consagrar el principio de neutralidad en la red para los consumidores y usuarios de internet, establece la prohibición expresa a las empresas de que arbitrariamente puedan

... bloquear, interferir, discriminar, entorpecer ni restringir el derecho de cualquier usuario de Internet para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal a través de Internet, así como cualquier otro tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red. En este sentido, deberán ofrecer a cada usuario un servicio de acceso a Internet o de conectividad al proveedor de acceso a Internet, según corresponda, que no distinga arbitrariamente contenidos, aplicaciones o servicios, basados en la fuente de origen o propiedad de éstos, habida cuenta de las distintas configuraciones de la conexión a Internet según el contrato vigente con los usuarios. (Ley 20.453, art. 1)

Obviamente, no es una ley que regula a las empresas proveedoras de los contenidos, sino solo a aquellas que proveen el acceso a las redes sociales.

Actualmente se tramita en el Congreso chileno un proyecto de ley que regula una serie de materias vinculadas con el uso de internet y, particularmente, el uso

de las redes sociales.² En la presentación del proyecto, sus autores señalan como el objetivo más relevante del informe:

Destacamos la necesidad de amparar el uso lícito de las plataformas en la normativa nacional, el deber de considerar como mínimo la existencia de los mismos derechos en el espacio digital que en el natural, y el deber de facilitar el acceso a esta herramienta de manera no discriminatoria. Ya que, si bien las plataformas tienen riesgos, su potencialidad para generar bienestar, de transmitir información a una velocidad y alcance nunca experimentado por el ser humano, amerita promoverlas.³

Este proyecto ha sido objeto de una serie de críticas desde distintos sectores vinculados al tema.⁴ La principal crítica se refiere a la relación con que “el proyecto simplifica muchos aspectos relativos a asuntos que se encuentran sistemáticamente desarrollados en otros estatutos, y no logra robustecer esas reglas, al contrario, las relativiza, como es el caso de las reglas en materia de protección al consumidor o en materia de libertad de expresión”.⁵ Esta crítica se funda en un aspecto central en el diseño de la regulación de las RRSS, cual es, dotar a las empresas que proveen estos servicios o plataformas digitales (Twitter, Facebook, Instagram, entre otros) de un mayor poder respecto del cual ya detentan, lo que va en perjuicio de otras empresas y de los derechos de los usuarios. Particularmente grave es que entrega el derecho a censurar a las empresas y lo saca de su espacio natural que son los tribunales de justicia. Por consiguiente, la propuesta del CEDI es regular esta materia desde un enfoque distinto, siguiendo la experiencia internacional, y hacerlo con un enfoque de derechos (usuarios como titulares de derechos), y no como simples clientes de un servicio comercial.

En esta misma línea, el relator para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (RELE), sr. Pedro Vaca, también ha tenido una visión crítica respecto del proyecto. Así, en diciembre de 2021 señaló: “La redacción inicial no podría contar con calificaciones positivas por la RELE en los

2 Senado, Boletín 14.561-19, moción parlamentaria de 1 de septiembre de 2021. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=15047&prmBOLETIN=14561-19>.

3 Proyecto de Ley, iniciado en moción de los honorables senadores señor Girardi, señora Goic y señores Coloma, Chahuán y De Urresti, que regula las plataformas digitales. Boletín 14.561-19, p. 5.

4 Para un completo resumen de estas críticas, véase Juan Carlos Lara y Michelle Bordachar *et al.*, *Regulación de plataformas digitales: más palabras que soluciones*, 30 de diciembre de 2021. <https://www.ciperchile.cl/2021/12/30/regulacion-de-plataformas-digitales/>.

5 Universidad de Chile. “Investigadores del CEDI advierten sobre graves deficiencias del proyecto de ley que regula las Plataformas digitales” <http://www.derecho.uchile.cl/noticias/183580/cedi-advier-te-las-deficiencias-del-proyecto-de-plataformas-digitales>.

balances que nuestro mandato encomienda hacer sobre las iniciativas legislativas que involucran el derecho a la libertad de expresión en la región”.⁶

Igualmente, existe otro proyecto relativo a la reforma en cuanto a protección de datos personales (boletines 11.144-07 y 11.092-07 refundidos⁷), que busca defender a las personas en sus derechos fundamentales a través de una agencia pública de carácter autónomo. Este puede ser un espacio para avanzar en esta discusión desde otra perspectiva.

En definitiva, es evidente que en Chile existe un déficit normativo para tratar lo relativo al uso de las redes sociales y, en particular, una laguna para resolver los problemas que se generan en la práctica por el uso de estos espacios digitales.

Esto supone un desafío para el proceso constituyente en desarrollo (2021-2022), ya que se abre una oportunidad para tratar constitucionalmente esta materia y fijar principios básicos que sirvan para adelantar una legislación acorde con el nuevo texto fundamental.⁸

Respecto de la forma en que puede ser abordado un nuevo acuerdo constitucional, podemos recoger algunas de las cuestiones y principios que deben guiar una regulación constitucional actualizada. Al efecto, siguiendo al Centro de Estudio en Derecho Informático de la Universidad de Chile (CEDI), se puede sostener que la normativa constitucional debiera hacerse cargo de los siguientes temas: reglas constitucionales sobre el ejercicio de derechos y libertades en los entornos digitales, la igualdad ante la ley, la no discriminación, la relación de las personas con el Estado y el resguardo de otros intereses jurídicamente relevantes.⁹ Todo ello, bajo el siguiente supuesto:

6 Observatorio Latinoamericano de Regulación de Medios y Convergencia, “Pedro Vaca sobre proyecto para regular a las plataformas digitales en Chile: ‘la redacción inicial no podría contar con calificaciones positivas por la relatoría’”, 15 de diciembre de 2021. <https://www.observacom.org/pedro-vaca-sobre-proyecto-para-regular-a-las-plataformas-digitales-en-chile-la-redaccion-inicial-no-podria-contar-con-calificaciones-positivas-por-la-relatoria/>.

7 Información sobre la tramitación de este proyecto de ley en Senado, Boletín 1144-07, moción parlamentaria de 15 de marzo de 2017. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=11661&prmBoletin=1144-07>.

8 La Convención ha ido discutiendo cuestiones como incorporar los “metadatos” al derecho a la privacidad, consagrar la neutralidad en la red, el derecho al acceso universal y conectividad digital y a las tecnologías de la información y comunicaciones, y el derecho a la educación digital, entre otras cuestiones. Convención Constitucional. “Normas Aprobadas”. <https://www.chileconvencion.cl/normas-aprobadas-pleno/>, consultada el 8 de noviembre de 2022.

9 CEDI, “Constitución digital: Documento para el debate constituyente en Chile”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 1, n.º 10, pp. 1-8. doi:10.5354/0719-2584.2021.64228.

En el ámbito de los derechos y libertades fundamentales creemos necesario recoger la experiencia constitucional chilena que tiene más de doscientos años de trayectoria y evolución, e incorporar en la formulación de algunos de estos derechos y libertades ciertos elementos que permitan un mejor desempeño de las nuevas formas de ejercicio y una mayor eficacia frente a las amenazas que pueden surgir por el uso de tecnologías digitales. Asimismo, creemos necesario incorporar nuevos derechos y libertades al catálogo que establezca el nuevo texto constitucional.¹⁰

Frente al déficit normativo, el rol del Poder Judicial es esencial para la protección de derechos humanos en el ámbito de las nuevas tecnologías. A continuación, analizaremos algunos de los fallos de los tribunales superiores de justicia que han debido resolver materias vinculadas con el uso de las nuevas tecnologías y, en particular, uso de las redes sociales, en este contexto de un serio déficit normativo. Veamos cómo se ha salido de este embrollo.

LA JURISPRUDENCIA RECIENTE

En cuanto al rol que ha cumplido la jurisprudencia en relación con el uso de las redes sociales, nos centraremos en los dos temas que han estado más presentes en tribunales. Por una parte, el “derecho al olvido” y, por otra, el uso de las redes sociales para denunciar a personas (funas o *scracht*), buscando la viralización de dichas denuncias. Nos centraremos en las resoluciones de tribunales superiores de años recientes, ya que dan cuenta del estado actual de la discusión.

Un primer tema que viene discutiéndose hace algún tiempo en Chile es el “derecho al olvido”. Siguiendo a la profesora Ana María Muñoz, podemos comprender por tal

... aquella facultad que surge de la reunión de dos presupuestos: i) el acceso de forma limitada en el tiempo a información digital que contenga datos personales; y, ii) el derecho del titular de los datos a exigir la eliminación, cancelación, desindexación o, en su caso, bloqueo de dicha información (cuando, por ejemplo, la vigencia de los datos sea dudosa), al menos de los motores de búsqueda, cuando la publicidad de datos ya no se encuentra justificada o se hayan cumplido los fines para los cuales éstos fueron publicados. Todo ello, teniendo como límite el respeto de garantías fundamentales, tales como la libertad de expresión y de información, y la libertad de prensa.¹¹

¹⁰ *Ibid.*, p. 2.

¹¹ A. Muñoz, “Eliminación de datos personales en internet: El reconocimiento del derecho al olvido”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 4, n.º 2, 2015, pp. 216-217. [doi:10.5354/0719-2584.2015.37426](https://doi.org/10.5354/0719-2584.2015.37426).

Nos parece interesante la discusión que surge a partir de esta forma amplia de entender el “derecho al olvido”, ya que tiene su fundamento en un ejercicio de derechos humanos (autonomía y, particularmente, el derecho a la propia imagen), pero con el alcance suficiente para comprender los posibles conflictos que pueden presentarse con otros derechos humanos e intereses sociales. Tal como nos lo recuerda la citada profesora Muñoz, el Tribunal Constitucional, en 2011, ya reconoció el derecho a la autodeterminación informativa, lo que implicaba “controlar los datos que circulan sobre cada uno de nosotros”.¹²

En esta materia, la discusión tiene dos aspectos relevantes: por una parte, la divulgación de información personal en plataformas digitales y su acceso a través de motores de búsqueda; y, por otra, la información relativa a una persona en causas penales. Esta es la hipótesis más compleja: información veraz al momento de ser publicada, pero que con el paso del tiempo se hace irrelevante (pero su mantención con libre acceso perjudicial) o que ha cambiado sustancialmente (particularmente, en materia penal). En ambas hipótesis, el elemento central es el paso del tiempo.

En Chile, esta materia no se encuentra regulada, ni constitucional ni legalmente, por lo que la respuesta desde los tribunales de justicia es central. Tarea nada de sencilla, ya que a nivel nacional, al igual que a nivel internacional y comparado, las resoluciones tienden a ser contradictorias. A continuación se revisan algunos ejemplos.

La Corte Suprema, en 2019 resolvió una acción de protección donde acogió el libelo, en el cual se solicitaba que cierta información publicada por el Ministerio Público en relación con una investigación penal fuera eliminada de la página web institucional por haber sido absuelta la persona involucrada. Al resolver la acción, la Corte Suprema estableció dos criterios relevantes: por una parte, que había cesado el interés público en ser informados del referido juicio¹³ y, por otra, el transcurso del tiempo (7 años).¹⁴ Esto le permitió a la Corte ordenar que

12 Tribunal Constitucional, Rol 1.894-2011 de 12 de julio de 2011, citado en Muñoz, *Ibid.*, p. 223.

13 “Cuarto: Que, en las condiciones apuntadas, mantener vigente la publicación de una noticia que da cuenta de una imputación penal por la agencia persecutora oficial y el desarrollo de un juicio para establecerla, aun cuando se incluya información sobre la decisión absolutoria con que culminó el proceso penal respectivo, luego de transcurrido largo tiempo, resulta ajena a la finalidad de informar a la ciudadanía de los hechos que presentan mayor interés y utilidad. La subsistencia de la mencionada información supone extender un juicio de reproche o al menos imponer un manto de duda acerca del desempeño profesional de la actora, con un resultado indeleble y con efectos que se aproximan incluso al rechazo que provoca una determinación condenatoria” (Corte Suprema, Rol 4.317-2019 de 22 de abril de 2019).

14 “Quinto: Que, en el caso en referencia, han transcurrido más de siete años y medio desde que se dio a conocer la noticia acerca de la acusación y juzgamiento de que fue objeto la recurrente. Sin duda, su figuración en los motores de búsqueda a través de la red mundial informática internet después de todo

... el recurrido, Fiscal Nacional del Ministerio Público, deberá eliminar las publicaciones efectuadas los días 28 y 30 de mayo de 2012 en la página web institucional, referidas al juicio oral seguido en contra de la recurrente por los delitos de estafa y ejercicio ilegal de la profesión de abogado, perpetrados los años 2008 y 2009, dentro del plazo de tres días, bajo apercibimiento de lo dispuesto en el Auto Acordado de esta Corte para tales desobediencias. (Parte resolutive)

Por otra parte, en un caso de 2020, la Corte Suprema estableció algunos criterios distintos en la misma materia.¹⁵ En primer lugar, señaló que el derecho al olvido no se encuentra regulado por la legislación nacional (considerando 16º). En segundo lugar, estableció que los motores de búsqueda no tenían responsabilidad ni sobre los contenidos ni respecto de la actualidad de los mismos (considerando 15º). Tercero, sostuvo que para que proceda la protección de la honra frente a publicaciones en sitios web deben concurrir algunos de los siguientes criterios: la información debe ser falsa o estar desactualizada (considerando 17º), desechando los criterios desarrollados en 2019. Por último, estableció un parámetro muy amplio en contra de la protección del derecho a la honra, ya que fija como criterio para ordenar o no una medida por parte de las empresas periodísticas que han publicado una noticia, si es posible en internet, saber la situación actual del caso y no necesariamente que esta referencia esté en el artículo de prensa original (considerando 17º, párrafo final).¹⁶ Veremos que este último criterio ha sido moderado en fallos posteriores.

ese tiempo, exige disponer preferentemente la protección del derecho a la honra de la recurrente, ponerla a resguardo de las repercusiones que sostiene respecto de su integridad síquica y permitir el libre desarrollo de su personalidad que la Constitución Política garantiza, desde que no se divisa el beneficio actual para la libertad de expresión de mantener un registro digital fácilmente detectable y accesible de una noticia que de todos modos puede ser consultada mediante el ejercicio investigativo profesional de quien esté interesado en ello, especialmente a través de la consulta en hemerotecas u otros sistemas reservados de almacenamiento de noticias. De lo que se trata no es que la crónica periodística deje de existir, sino de evitar la oferta irrestricta de accesos automáticos y facilitadores que dificulten por un lapso potencialmente indefinido, la preservación de las garantías fundamentales que se estiman con dignas de amparo” (Corte Suprema, Rol 4.317-2019 de 22 de abril de 2019).

15 Corte Suprema, Rol 35.543-2020, de 27 de octubre de 2020.

16 “Ahora bien, la subsistencia de la mencionada información supondría extender un juicio de reproche social o imponer un manto de duda acerca de la vida social y profesional del actor, únicamente si no fuere posible, a través de los motores de búsqueda señalados, obtener una información actualizada del resultado de las denuncias efectuadas en contra del Sr. Abreu en el año 2018, haciendo caso omiso a circunstancia de que tales denuncias fueron sobreesidas definitivamente por la autoridad judicial respectiva” (Corte Suprema, Rol 135.543-2020 de 27 de octubre de 2020).

Durante los últimos años, los tribunales, cuando han aceptado acciones de protección (CPR, art. 20),¹⁷ han hecho un ejercicio de ponderación entre el derecho a la libertad de expresión en contraposición con el derecho a la honra y vida privada (CPR, art. 19, 4).¹⁸ Aquí, encontramos sentencias de altas cortes, incluida la Corte Suprema, donde se garantiza el derecho a la libertad de expresión de los medios, pero se les obliga a actualizar la información publicada. A modo de ejemplo, en un caso de connotación pública referido a un proceso penal en contra de un senador que fue sobreseído, se mantuvo la información (interés público comprometido), pero se le ordenó al medio agregar un *link* que diera cuenta del sobreseimiento.¹⁹

En casos donde se ha rechazado la acción, también se ha recurrido al argumento de la protección de la libertad de información por sobre el derecho a la honra. Al respecto, la Corte Suprema ha desligado de responsabilidad a las empresas que administran los motores de búsqueda (Google) y ha resuelto sobre la base de la primacía del derecho a la libertad de expresión por parte de quienes publican información de interés público con acceso público.²⁰ En cuanto a la resolución del conflicto entre derechos, se ha pronunciado a favor de la libertad de expresión, estableciendo el hecho de que la protección de la honra corresponde a través de responsabilidades ulteriores y no censura, como supondría acoger el

17 Artículo 20, inciso 1º: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”.

18 Artículo 19, 4: “El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia, y asimismo, la protección de sus datos personales. El tratamiento y protección de estos datos se efectuará en la forma y condiciones que determine la ley”.

19 “... en este caso no procede la eliminación de la noticia que en su día fue publicada lícitamente, sin embargo, es un deber de las empresas periodísticas recurridas complementarla a efectos de actualizar el dato, incorporando además, un link con el texto íntegro de la resolución que declaró el sobreseimiento definitivo del recurrente, procedimiento que permitirá ciertamente a quienes accedan a esta noticia conocer lo dictaminado finalmente por los tribunales de justicia en favor del actor” (Corte Suprema, Rol 140.332-2020 de 26 de febrero de 2021, considerando 6º, parte final).

20 “... motores de búsqueda de Internet no son responsables de los datos que crean los usuarios, sino que su función se limita a indexar la información, la que es creada por terceros al amparo de la libertad de emitir opinión y de información garantizada en el artículo 19 N° 12 de la Carta Fundamental, con las limitaciones y responsabilidades allí establecidas” (Corte Suprema, Rol 54-2020 de 10 de junio de 2020).

derecho al olvido.²¹ En otros casos, se ha resuelto que el tiempo involucrado entre la publicación de una noticia (veraz al momento de su publicación) y la solicitud de que sea sacada de la web no es suficiente (dos años).²²

Un segundo grupo de casos relevantes para nuestro análisis son aquellos relativos a la protección judicial frente a situaciones de denuncias públicas a través de las redes sociales. Las funas o *scratch* es una práctica que se ha ampliado y tiene una profusa utilización a partir del efecto multiplicador que permiten las RRSS (viralización de la información). Este es un fenómeno interesante para el Estado de derecho, ya que esta es una práctica que surge como una forma de “justicia” frente a la impunidad por las graves violaciones de derechos humanos ocurridas en las dictaduras y, en la actualidad, se ha ampliado a una práctica de castigo privado frente a la impunidad que se genera en distintos ámbitos de la vida social, en particular, en los casos de violencia de género.²³⁻²⁴

En Chile, un estudio reciente de Pablo Contreras y Domingo Lovera cuenta las principales tendencias jurisprudenciales en la Corte Suprema para resolver sobre estas materias.²⁵

Lo primero que debemos tener presente es que el mecanismo procesal que se utiliza en estos casos es la acción de protección (CPR, art. 20). Como sabemos, esta es una acción para la protección de algunos derechos fundamentales consagrados en el artículo 19 del texto constitucional vigente. En la práctica, lo que tiende a ocurrir es que se utilice la norma consagrada en el numeral 4º, relativa al derecho a la honra, para solicitar la protección constitucional que implica la orden que dan los tribunales superiores para que dichas publicaciones sean bajadas (por quienes las subieron, no por las plataformas digitales).

Tal como se desprende del análisis de Contreras y Lovera, lo que ocurre en la práctica es un conflicto entre dos derechos consagrados constitucionalmente; por una parte, el derecho a la honra (CPR, art. 19, 4) y, por la otra, el derecho a la libertad de expresión (CPR, art. 19, 12). En consecuencia, estamos ante una

21 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 18.454-2021 de 16 de marzo de 2021, considerando 10º.

22 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 90.894-2020 de 02 de mayo de 2021. Sentencia confirmada por la Corte Suprema, Rol 34.615-2021 de 26 de mayo de 2021.

23 C. Schmeisser, *La funa: aspectos históricos, jurídicos y sociales*, Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2019.

24 Para un actualizado análisis sobre la legitimidad de esta práctica en materia de denuncias en casos de violencia de género, véase Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-061/22 de 23 de febrero de 2022, M. P. Alberto Rojas Ríos.

25 P. Contreras y C. Lovera, “Redes sociales, funas, honor y libertad de expresión: análisis crítico de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena”, *Derecho PUCP*, n.º 87, 2021, pp. 345-371. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.010>.

tensión conocida en el derecho constitucional entre honra y libertad de expresión. Lo que cambia en el caso chileno es la forma en que este conflicto se resuelve; así, según la conclusión a la que llegan los autores citados, “el máximo tribunal [Corte Suprema] ha fijado estándares que brindan una prevalencia incondicionada de la protección de la honra e imagen frente a la libertad de expresión”,²⁶ y van más allá en su crítica, ya que sostienen que la Corte Suprema tiende a realizar un análisis superficial de los criterios para ponderar la tensión entre derechos. Particularmente, no hay un análisis de proporcionalidad en el razonamiento judicial, lo que le ha impedido a la Corte Suprema distinguir casos entre privados de aquellos donde concurre un interés público en la información respecto de una persona que ha ejercido funciones públicas que reclamaba protección a su derecho a la honra.²⁷ Asimismo, los autores critican el tipo de órdenes que ha dictado la Corte Suprema (bajar publicaciones e incluso prohibir volver a publicar una información),²⁸ atendido el hecho de que podrían ser una forma de censura previa prohibida constitucionalmente y por los compromisos internacionales del Estado. Este último es un tema complejo, que, a lo menos, requeriría un pronunciamiento por parte de la Corte Suprema en su razonamiento.

En resumen, el criterio que parece ir primando en Chile es que el uso de las redes sociales como una forma de autotutela no es un mecanismo legítimo y que, en consecuencia, los tribunales deben actuar para proteger el derecho a la honra, limitando el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, máxime cuando existen las alternativas jurisdiccionales para la protección de los intereses que motivan la actuación en la RRSS:

6° Que, en consecuencia, el actuar de las recurridas no puede calificarse como el ejercicio legítimo de un derecho, en cuanto al de solo emitir opinión, ya que en la especie, conforme a los antecedentes acompañados, se observa el uso de una red social para denostarla, prescindiendo de las vías procesales que permiten ejercer

26 *Ibid.*, p. 366.

27 Corte Suprema, Causa Rol 72.061-2020 de 21 de diciembre de 2021, en Contreras y Lovera, *Ibid.*, p. 359.

28 De acuerdo con un caso citado en Contreras y Lovera, *Ibid.*, la Corte Suprema señaló: “En consecuencia, se dispone que los recurridos deberán abstenerse de realizar conductas que impidan a la actora el libre ejercicio de los derechos que le asisten sobre su propiedad, como asimismo, la recurrida [...] deberá eliminar de su red social Facebook los comentarios realizados por terceros a la publicación de 21 de agosto de 2020, en la medida que ellos contengan expresiones de descrédito hacia la recurrente” (Corte Suprema, Rol 125.688-2020 de 23 de diciembre de 2020).

las acciones judiciales que sean pertinentes, por lo que se acoge la referida acción constitucional ordenando la eliminación de las publicaciones efectuadas.²⁹

El mismo razonamiento se ha usado, ya no en materia penal, sino para resolver asuntos privados (contrato de arrendamiento). El fantasma de la autotutela vuelve a estar presente en el razonamiento de los tribunales superiores chilenos.³⁰

Si bien la preocupación de los tribunales superiores es razonable, comparto la crítica que han formulado Contreras y Lovera, en el sentido de que al estar ante un conflicto entre derechos consagrados constitucionalmente, corresponde un ejercicio de ponderación en cada caso, que dé cuenta de los elementos propios de una adecuada solución de dichas tensiones constitucionales. No basta con que estas estén consagradas constitucionalmente y que exista un objetivo legítimo, sino que es necesario argumentar respecto de la necesidad de las medidas restrictivas en una sociedad democrática. En este sentido, consideraciones como la existencia de un interés social en la información y la afectación proporcional al objetivo perseguido debe ser un criterio relevante en el análisis.³¹

Por último, respecto del tipo de órdenes que está dictando la Corte Suprema, es importante que dicho tribunal resuelva dentro del marco del Estado de derecho y evite dictar medidas que puedan entrar en contradicciones con los compromisos del Estado en materia de libertad de expresión y, particularmente, de censura previa.

Desde una perspectiva analítica, la forma en que los tribunales han resuelto los casos relativos al “derecho al olvido” y las funas o *scracht* a través de redes sociales ha sido deficiente.

Por una parte, en el caso del “derecho al olvido”, se ha dado una clara preeminencia al derecho a la libertad de expresión, particularmente, el derecho de los medios de comunicación de informar, lo cual es comprensible. El problema es que en el ejercicio de la ponderación entre los derechos en conflicto (libertad de expresión vs. honra/vida privada), no se han adoptado medidas proporcionales, que permitan que el derecho a la libertad de expresión afecte solo en la menor medida posible el derecho a la honra/vida privada. Así, tal como se vio en la sentencia de 2019 antes analizada, es posible pensar en medidas efectivas de

29 Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol 3.492-2021 de 02 de mayo 2021, considerando 6º. Confirmada por la Corte Suprema, Rol 38.424-2021 de 17 de junio de 2021.

30 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 96.162-2020 de 26 de julio de 2021. Confirmada por la Corte Suprema, Rol 56.107-2021 de 18 de agosto de 2021.

31 Este acercamiento al tema contrasta con el desarrollado por la Corte Constitucional de Colombia en el caso T-061/22 de 23 de febrero de 2022, donde se realiza un completo y complejo ejercicio de ponderación de los derechos en conflicto en estos casos (libertad de expresión vs. honra).

protección a las personas que ven afectado su derecho a la honra/vida privada en forma grave, sin violentar el derecho a la libertad de expresión.

Por otra parte, con las funas o *scracht*, la situación es diametralmente distinta. En estos casos, lo que se está haciendo primar, casi sin contrapeso, es el derecho a la honra/vida privada, en desmedro del derecho a la libertad de expresión. Hemos visto que existe, nuevamente, un problema en la aplicación del test de restricción de derechos y la ponderación entre los derechos humanos en conflicto. Al no ponderar adecuadamente, el ejercicio de determinación de la necesidad, adecuación y proporcionalidad, no permite distinguir situaciones donde la afectación de la honra/vida privada debe ser mayor, respecto de aquellos casos donde existe un interés público comprometido y el derecho a la honra/vida privada debe ceder frente a la libertad de expresión.

Además, en los casos que hemos analizado vemos que se han adoptado medidas que pueden ser constitutivas de censura previa, lo que viola la Constitución y los compromisos internacionales del Estado de Chile; esas mismas medidas son desechadas en el caso del “derecho al olvido”. Claramente, un estándar contradictorio.

En definitiva, es evidente que las nuevas tecnologías traen aparejados nuevos desafíos para el ejercicio de los derechos y las formas en que debemos resolver los conflictos. Recordemos que el Estado debe garantizar la libertad de expresión y también la honra y privacidad de los datos personales, y que la restricción de estos derechos solo es posible a través de una ley que tenga un objetivo legítimo y de medidas necesarias en una sociedad democrática.³²

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN CONTEXTO DE CRISIS SOCIAL

No podemos terminar este análisis sin un somero repaso de la forma en que se ha afectado el derecho a la libertad de expresión en su dimensión digital en el

32 “Principios generales. a. 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’). 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” (Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet [relatores sobre Libertad de Expresión], 1 de junio de 2011. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=848>).

marco del conflicto político chileno (2019-2020) y en el marco de la pandemia (2020-2021).

Sin duda alguna, las redes sociales han cobrado un valor político relevante. El ejemplo más claro a nivel mundial fue la llamada “primavera árabe”, cuando los manifestantes se convocaban y coordinaban a través de las RRSS para levantar movimientos de protesta.³³ Por otra parte, el uso de las redes en el marco de procesos políticos mostró un nuevo rostro, revelando la enorme capacidad para intervenir en procesos políticos; los casos de Bolsonaro en Brasil o Trump en Estados Unidos son buenos ejemplos de este poder de las redes sociales para intervenir en las decisiones colectivas.³⁴

En el caso de Chile, a partir de octubre de 2019 se desarrolla una movilización política y social de alto alcance que se tradujo en un proceso de protesta social que fue más allá de demandas sectoriales y que llevó a un cuestionamiento del modelo imperante desde la dictadura militar (1973-1990), pero que se mantuvo vigente en todo el proceso de transición (1990-2019). Estas movilizaciones, duramente reprimidas por el Gobierno, generaron lo que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) denominó una “grave crisis de derechos humanos” en su visita *in loco*, en enero de 2020.

En este proceso político, las RRSS cumplieron un rol fundamental para organizar las distintas movilizaciones que se mantuvieron vigentes durante meses y también para registrar la represión en un contexto en el cual los medios de comunicación tradicionales (prensa escrita y canales de televisión) se aliaron con el Gobierno en una estrategia de criminalización de la protesta social.

Por ello, la represión al movimiento social también tuvo una faceta directamente dirigida a acallar las comunicaciones. Esto se tradujo en medidas de represión directa en contra de los periodistas y comunicadores que registraban el actuar represivo; así, los organismos especializados en la libertad de expresión dieron cuenta de casos de detenciones arbitrarias de periodistas, de violencia que se ha ejercido contra personal de la prensa y reporteros gráficos y serias limitaciones para el cumplimiento de sus labores en terreno.³⁵

33 M. Castells, *Redes de indignación y esperanza*, Madrid, Alianza Editorial, 2012.

34 E. Solano et. al., *Secretos y mentiras: WhatsApp y las redes sociales en las elecciones presidenciales de Brasil en 2018*, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, Universidad de Palermo, Argentina, 2019, pp. 2-19. https://www.palermo.edu/Archivos_content/2020/cele/febrero/Secretos-y-mentiras-WhatsApp-y-las-redes-sociales%20.pdf.

35 Instituto Nacional de Derechos Humanos, Informe Anual 2019. Sobre la situación de derechos humanos en Chile en el contexto de la crisis social, 17 de octubre-30 de noviembre de 2019. <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1701/Informe%20Final-2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Asimismo, se abrió otra discusión interesante respecto a las afectaciones indirectas a la libertad de expresión a través de la censura de las redes sociales mediante las cuales la ciudadanía se iba informando para sortear la tergiversación y el silencio de las demandas y manifestaciones ciudadanas en los medios masivos. De ahí que las redes sociales, en tanto fuente de información, se transformaron en un objetivo político de la autoridad. Son variadas las denuncias de dificultades de acceso a sitios de internet para transmitir información o información descargada de los sitios. En este sentido, se abre un interesante debate sobre formas de censura que están ejerciendo los propios sitios de internet (Facebook e Instagram) y la responsabilidad del Estado para garantizar la libertad de expresión frente a la censura en medios digitales.³⁶

Por otra parte, en el marco de la pandemia del covid-19 en Chile, al igual que en el resto del mundo, se debieron adoptar una serie de medidas de restricción de derechos. En el caso de la libertad de expresión, en Chile también hubo afectaciones relevantes y, en particular, vinculadas con los medios de comunicación alternativos a los grandes consorcios informativos afines al Gobierno.

De esta forma, la pandemia también fue utilizada como una forma de profundización del control social y el acallamiento de voces alternativas y críticas. En efecto, en 2021, esta tendencia restrictiva en materia de derecho a la libertad de expresión se intensificó en el país. El Gobierno ha presionado a medios de comunicación (canales abiertos de televisión) para que eviten las críticas al presidente de la República, lo que incluso ha motivado una presentación de uno de los canales afectados ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.³⁷ También se adoptaron medidas restrictivas respecto de medios alternativos para que pudieran movilizarse cuando se decretaron medidas excepcionales de cuarentena; esas restricciones no afectaron a los medios tradicionales.

Tal como lo concluyó la Relatoría para la Libertad de Expresión en su informe anual 2020,³⁸ en Chile se han producido «ataques, intimidaciones y amena-

36 Para un completo informe sobre la situación de la libertad de expresión durante el primer mes de estallido social, véase Observatorio del Derecho a la Comunicación y la Fundación Datos Protegidos, “Libertad de expresión en el contexto de las protestas y movilizaciones sociales en Chile”, que da cuenta de violaciones a la libertad de expresión entre el 18 de octubre y el 22 de noviembre de 2019. <https://datosprotegidos.org/descarga-informe-libertad-de-expresion-en-el-contexto-de-las-protestas-y-movilizacion-sociales-en-chile-durante-el-estallido-social/>.

37 Tomás González F., “Branislav Marelic: Presentación de La Red ante la CIDH ‘es una advertencia de que el poder público no puede inhibir a los medios de comunicación’”, *DiarioUChile*, año IVX, 30 de mayo de 2022. <https://radio.uchile.cl/2021/04/14/branslav-marelic-presentacion-de-la-red-ante-la-cidh-es-una-advertencia-de-que-el-poder-publico-no-puede-inhibir-a-los-medios-de-comunicacion/>.

38 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Informe Anual, vol. 2, 2020. <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2020/capitulos/rele.PDF>.

zas a periodistas y medios de comunicación, restricciones a la protesta social, decisiones judiciales y prácticas estatales que avalan la censura, y la utilización de mecanismos penales contra expresiones críticas» (párr. 356), por lo que la Relatoría considera especialmente importante destacar que los ataques y agresiones cometidos contra periodistas vulneran el derecho a la libertad de expresión tanto en su dimensión individual como colectiva, y no pueden ser tolerados en una sociedad democrática (párr. 357). Específicamente, señala la RELE que la libertad de expresión se aplica a internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación (párr. 361) y, en consecuencia, la protección reforzada de este derecho también dice relación con el uso de las RRSS y las distintas formas de ejercicio de control ciudadano y la garantía de un espacio de actuación para los medios de comunicación alternativos.

Por ello, es pertinente recordar que la CIDH, en su informe sobre *Protesta social y derechos humanos* (2019), señaló claramente:

Los Estados deben permitir y fomentar el uso abierto y libre de internet, así como de todas las demás formas de comunicación y las excepciones a dicho acceso han de estar claramente establecidas en la ley y cumplir con el test tripartito establecido en el sistema interamericano. Las leyes que regulan los denominados “ciberdelitos” han de estar clara y específicamente redactadas garantizando el principio de legalidad, tener un fin legítimo, ser necesarias en una sociedad democrática y ser proporcionadas y en ningún caso han de ser utilizadas para prohibir, obstaculizar o entorpecer una reunión, manifestación o protesta pacífica.³⁹

Es evidente que en la experiencia chilena de los últimos años, la libertad de expresión no ha sido respetada ni garantizada, lo que ha incluido graves afectaciones a los derechos digitales. Sin acceso a internet, con comunicaciones manipuladas, no es posible el control ciudadano del Gobierno ni tampoco es posible el ejercicio del derecho a la protesta social.

CONCLUSIONES

Tal como hemos planteado en la introducción a este estudio, lo que hemos buscado es entregar un panorama general sobre el Estado de derecho, redes sociales y control judicial a partir de la experiencia en Chile. La hipótesis desarrollada,

39 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Protesta social y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.22/19, septiembre de 2019, párrafo 301. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>.

y espero demostrada, ha sido que la regulación nacional en materia de internet y RRSS, y la actuación del Poder Judicial en la protección del derecho a la libertad de expresión en el espacio digital, no han permitido una protección efectiva de este derecho fundamental para el Estado de derecho y la democracia.

En la primera parte de este estudio se ha reseñado la regulación constitucional y legal en materia de internet y redes sociales, que da cuenta de los serios déficits que existen al respecto. Hemos dado cuenta de un diseño constitucional que no se hace cargo del problema, y la regulación no responde a un enfoque de derechos humanos, sino que más bien intenta regular el negocio vinculado con internet y sus impactos en otras áreas del comercio. Algunas normas sí buscan proteger los datos personales, pero son claramente insuficientes.

En cuanto a la protección judicial del derecho a la libertad de expresión y del derecho a la honra/privacidad en el marco de internet, la forma en que los tribunales superiores la han enfrentado (sin una regulación legal adecuada) ha sido débil, resolviendo de manera inadecuada las tensiones que se provocan entre derechos humanos en el marco del uso de internet y, particularmente, de las redes sociales. Así, en el caso del derecho al olvido, la protección de la libertad de expresión (de los medios de comunicación) ha primado por sobre el derecho a la privacidad sin mayor contrapeso. Por otra parte, en el caso de las funas o *scracht* a través de RRSS, se le ha dado amplia protección a la privacidad, sin un adecuado control de ponderación entre derechos y sin la aplicación adecuada del test para la restricción del derecho a la libertad de expresión.

Por último, también dimos cuenta de que la libertad de expresión y su relación con el acceso y uso de internet y redes sociales en el marco del conflicto político y de la pandemia tampoco fue debidamente respetada ni garantizada.

Todo este escenario es un importante llamado de atención sobre la necesidad de abordar este tema en el marco del proceso constituyente chileno y en la urgencia de adecuar la legislación en la materia y modificar el enfoque de los tribunales superiores para asumir los desafíos que plantea la protección de derechos humanos en un contexto tecnológico cambiante y desafiante.

BIBLIOGRAFÍA

CASTELLS, M., *Redes de indignación y esperanza*, Madrid, Alianza Editorial, 2012.

CEDI, Declaración del Centro de Estudios en Derecho Informático (CEDI) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, noviembre de 2021. <http://www.derecho.uchile.cl/noticias/183580/cedi-advierte-las-deficiencias-del-proyecto-de-plata-formas-digitales>.

- CEDI, “Constitución digital: Documento para el debate constituyente en Chile”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 1, n.º 10, pp. 1-8. doi:10.5354/0719-2584.2021.64228.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Protesta social y derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.22/19, septiembre de 2019. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/ProtestayDerechosHumanos.pdf>.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Anual, vol. 2, 2020. <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2020/capitulos/rele.PDF>.
- CONTRERAS, P. y LOVERA, D., “Redes sociales, funas, honor y libertad de expresión: análisis crítico de los estándares de la jurisprudencia de la Corte Suprema chilena”, *Derecho PUCP*, n.º 87, pp. 345-371. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.010>.
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, Informe Anual 2019. Sobre la situación de derechos humanos en Chile en el contexto de la crisis social, 17 de octubre-30 de noviembre de 2019. <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1701/Informe%20Final-2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- MUÑOZ, A., “Eliminación de datos personales en internet: El reconocimiento del derecho al olvido”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 4, n.º 2, 2015. doi:10.5354/0719-2584.2015.37426.
- OBSERVATORIO DEL DERECHO A LA COMUNICACIÓN Y LA FUNDACIÓN DATOS PROTEGIDOS, “Libertad de expresión en el contexto de las protestas y movilizaciones sociales en Chile”, enero de 2020. <https://datosprotegidos.org/download-informe-libertad-de-expresion-en-el-contexto-de-las-protestas-y-movilizaciones-sociales-en-chile-durante-el-estallido-social/>.
- RELATORÍAS LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DECLARACIÓN CONJUNTA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INTERNET, 1 de junio 2011. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=848>.
- SCHMEISSER C., *La funa: aspectos históricos, jurídicos y sociales*, Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2019.
- SOLANO, E. et al., *Secretos y mentiras: WhatsApp y las redes sociales en las elecciones presidenciales de Brasil en 2018*, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, Universidad de Palermo, Argentina, 2019. https://www.palermo.edu/Archivos_content/2020/cele/febrero/Secretos-y-mentiras-WhatsApp-y-las-redes-sociales%20.pdf.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Rol 1894-2011 de 12 de julio de 2011.
- CORTE SUPREMA, Rol 4.317-2019 de 22 de abril de 2019.

CORTE SUPREMA, Rol 54-2020 de 10 de junio de 2020.

CORTE SUPREMA, Rol 135.543-2020 de 27 de octubre de 2020.

CORTE SUPREMA, Rol 125.688-2020 de 23 de diciembre de 2020.

CORTE SUPREMA, Rol 34.615-2021 de 26 de mayo de 2021.

CORTE SUPREMA, Rol 38.424-2021 de 17 de junio de 2021.

CORTE SUPREMA, Rol 56107-2021 de 18 de agosto de 2021.

CORTE SUPREMA, Causa Rol 72.061-2020 de 21 de diciembre de 2021.

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, Rol 18.454-2021 de 16 de marzo de 2021.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Rol 90.894-2020 de 02 de mayo de 2021.

CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, Rol 3.492-2021 de 02 de mayo 2021.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, Rol 96.162-2020 de 26 de julio de 2021.

JURISPRUDENCIA CORTE INTERAMERICANA

CORTE IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Sentencia de 2 de julio de 2004, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 107.

CORTE IDH, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, Sentencia de 31 de agosto de 2004, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 111.

CORTE IDH, Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, Sentencia de 19 de septiembre de 2006, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 151.

ESTADO DE DERECHO, REDES SOCIALES Y CONTROL JUDICIAL EN GUATEMALA

Aylín Ordóñez Reyna*

INTRODUCCIÓN

En el presente artículo se analiza la situación actual de Guatemala respecto de las redes sociales y del control judicial en la materia. Para ello, se parte de contextualizar la situación que afronta Guatemala en cuanto al acceso a internet, el cual aún es limitado, como lo evidencia el análisis estadístico. A pesar de ello, en los últimos años, su uso se ha incrementado, así como el de las redes sociales. Un factor determinante en dicho incremento ha sido la pandemia de covid-19 a partir de 2020.

Seguidamente, se profundiza en el marco normativo que posibilita la protección de derechos humanos derivados del uso de las redes sociales, partiendo de las normas del texto constitucional que expresamente lo reconocen y de las cláusulas que posibilitan la ampliación de los derechos, permitiendo la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos. A ese respecto, poseen particular relevancia los artículos 44 y 46 de la Constitución guatemalteca, cláusula abierta y norma que establece la preeminencia del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno. Luego, se analiza el marco normativo internacional aplicable a Guatemala en lo referente al tema, y, posteriormente, se examina la normativa nacional vigente y diferentes proyectos de ley que se han presentado al Congreso de la República. Al respecto, se resaltan carencias normativas que dificultan la protección de derechos derivados del uso de internet, y se señalan tipos penales que tipifican como delictivas algunas conductas surgidas de las redes sociales.

A continuación, se analiza la jurisprudencia constitucional con relación al tema, para lo cual se estudian tres casos: el primero, refiere al reconocimiento de

* Doctora en Derecho; magíster en Derecho Pluralista Público y Privado, Universidad Autónoma de Barcelona. Coordinadora de la Maestría en Derecho Constitucional, Universidad Rafael Landívar y de la Magistratura de la Corte Constitucional de Guatemala. aordonezreyna@gmail.com.

la protección de datos y la autodeterminación informativa, mediante una sentencia constitucional en la que, aún sin una ley que la establezca, se reconoce el derecho de la persona a conocer, actualizar, rectificar, proteger y excluir la información que se estime sensible. El segundo caso considera la privacidad del usuario y de la contraseña de una red social y, por lo tanto, reconoce su protección. El tercer caso puntualiza un fallo en el que se analiza la propaganda electoral anticipada por medio de redes sociales. Finalmente, se ofrecen unas reflexiones sobre los tópicos expuestos.

EL INTERNET EN GUATEMALA

Según el XII Censo Nacional de Población y VII de Vivienda en Guatemala, la población censada en 2018 fue de 14.901.286, de la cual el 51,5% son mujeres y el 48,5 hombres.¹ Para el año 2021, se proyectó que Guatemala tendría una población total de 17.109.746 habitantes.²

El referido estudio determinó también un limitado porcentaje de la población que contaba con el servicio de internet. Así, en el departamento de Guatemala, 41,56% de los hogares cuentan con servicio de internet, departamento que registró el número más elevado de hogares con ese servicio. El resto de departamentos posee porcentajes menores, como en el caso de Sololá (8%), San Marcos (6,61%), Alta Verapaz (5,75%) y Quiché (4%).³

Los datos antes mencionados evidencian que en Guatemala hay un acceso limitado a internet residencial y, en consecuencia, no toda la población cuenta con acceso a las redes sociales.

Ahora bien, derivado de la pandemia del covid-19 que afectó a la población mundial en 2020 y de las medidas de distanciamiento social impuestas por los Gobiernos, las cuales en algunos casos incluyeron estados de excepción que limitaron la movilidad, se produjo también un incremento de las comunicaciones por medios electrónicos y el uso de las redes sociales para posibilitar las comunicaciones familiares, laborales y sociales. Creció el teletrabajo, la educación virtual y las actividades por medio de diferentes plataformas, como Zoom, Google Meet, Microsoft Teams, entre otras, lo que implicó que se elevara el uso de

1 Instituto Nacional de Estadística, Principales resultados del Censo 2018, septiembre de 2019, p. 3. <https://www.censopoblacion.gt/documentacion>.

2 Instituto Nacional de Estadística, Proyecciones Nacionales 1950-2050, Guatemala, 2019. <https://www.ine.gob.gt/ine/proyecciones/>.

3 Instituto Nacional de Estadística, XII Censo Nacional de Población y VII Censo Nacional de Vivienda en Guatemala, 2018, Cuadro B5.1, Equipamiento del Hogar. <https://censopoblacion.gt/explorador>.

internet para realizar las actividades diarias, todo ello con el auxilio de la tecnología y las redes sociales. Según estudios realizados, en el área centroamericana el aumento promedio de acceso a internet fue del 11%; Guatemala fue uno de los países con más bajo acceso, donde alcanzó el 8%.⁴ El Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la Situación de los Derechos Humanos en Guatemala, correspondiente al año 2020, resaltó también que las niñas, los niños y jóvenes guatemaltecos enfrentaron barreras adicionales para acceder a la educación como resultado de la pandemia. Si bien el Ministerio de Educación implementó programas educativos en línea y televisados, estos no fueron universalmente accesibles, ya que el 30% de los hogares en el país no tiene televisión y un 83% carece de acceso a internet.⁵

Por otra parte, al revisar el Boletín Estadístico de la Superintendencia de Telecomunicaciones, denominado Operadores de Red Local (ORL), Operadores de Puerto, correspondiente al primer semestre de 2021, se observa que los usuarios de telefonía móvil en Guatemala ascienden a 21.607.457.⁶ Lo anterior evidencia un número mayor de conexiones móviles que de habitantes si se estima que en la actualidad el número de habitantes ascendería, según las proyecciones, a 17 millones. Ahora bien, tener un teléfono móvil no asegura que todos los usuarios puedan acceder a internet y, por ende, hacer uso de las redes sociales, ya que los servicios básicos incluirán el uso de una línea telefónica, lo cual significa un costo adicional para contar con acceso a internet móvil.

Ahora bien, el número de usuarios de internet, incluyendo los residenciales y los de telefonía móvil, no se encuentra en las estadísticas oficiales, como tampoco se cuenta con estadísticas acerca del número de usuarios de redes sociales, ni con datos certeros que evidencien el comportamiento de la población respecto de las plataformas más utilizadas. Por tal razón, puede acudir a otras fuentes, como el estudio privado Ilifebelt, el cual señala que el internet móvil lleva a que el 64% de la población posea acceso a este, y a que el 39% sea usuaria de redes

4 Según reporte elaborado por la firma internacional Kantar, citado en el diario *Prensa Libre*, el porcentaje de incremento en el uso de internet fue diferente en los países de Centroamérica; creció un 17% en Costa Rica, 14% en Panamá, 11% en El Salvador y 8% en Guatemala. Véase *Prensa Libre*, “Guatemala fue el país donde menos creció el acceso a internet en pandemia”, 27 de febrero de 2021. <https://www.prensalibre.com/economia/guatemala-fue-el-pais-donde-menos-crecio-el-acceso-a-internet-en-pandemia/>.

5 Naciones Unidas, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Situación de derechos humanos en Guatemala, A/HRC/46/74, 11 de febrero de 2021, párrafo 24. https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/A_HRC_46_74_S.pdf.

6 Superintendencia de Telecomunicaciones de Guatemala, Boletín Estadístico Primer Semestre - Año 2021, Comportamiento histórico del crecimiento de la telefonía móvil en Guatemala, p. 28. <https://sit.gob.gt/gerencia-de-telefonía/estadísticas-de-telefonía/boletín-estadístico-2do-2014/>.

sociales.⁷ De acuerdo con el citado estudio, realizado en 2020, las redes sociales más utilizadas en Guatemala son Facebook con 7,40 millones, WhatsApp con 2,60 millones e Instagram con 1,80 millones.⁸ Lo anterior coincide con lo indicado en el informe “Bots, netcenters y combate a la impunidad”, de la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, el cual señaló que, en 2019, Facebook fue la red más utilizada en Guatemala, por un 49,7% de la población del país.⁹

De los datos antes relacionados, un primer aspecto a resaltar en Guatemala es un uso limitado del internet, por cuanto menos de la mitad de la población posee acceso a esta herramienta tecnológica y, por ende, el uso de las redes sociales no alcanza a llegar a toda la población. Los factores que inciden en esa falta de acceso a internet son diversos, pero el alto costo del servicio es uno de ellos,¹⁰ así como la falta de espacios públicos gratuitos en los cuales la población pueda vincularse a redes que brinden servicio de internet, lo que facilitaría su utilización. Durante el año 2020, derivado del distanciamiento social decretado en virtud de la pandemia mundial que afectó a la población, se evidenciaron las carencias de un alto porcentaje de la población a ese servicio, lo que dificultó la posibilidad de mantener una comunicación laboral, escolar o social por medio de internet a un elevado sector de la población. Otro aspecto a considerar es la brecha generacional. Las personas más jóvenes poseen una mayor vinculación al uso de internet como herramienta común en sus actividades y, por ende, al uso de las redes sociales, mientras que personas con mayor edad las utilizan con menor frecuencia. La carencia de infraestructura para el acceso a internet es, por otro lado, una limitante para un efectivo acceso a este servicio, pues si bien se ha ampliado el área de cobertura, aún se presentan áreas con difícil acceso.

Independientemente de estas limitaciones, es importante señalar que en los últimos años se ha incrementado de manera considerable la utilización de las redes sociales. Durante la pandemia, estas contribuyeron a mantener informada

7 Ilifebelt, ABC.GT: informe digital de Guatemala, 2021. <https://ilifebelt.com/estudios/abc-gt-informe-digital-de-guatemala-2020/>.

8 Ilifebelt Times, Cuáles serán las redes sociales más utilizadas en Guatemala en 2021. <https://ilifebelt.com/las-redes-sociales-mas-utilizadas-en-guatemala-en-2021/2020/11/>.

9 Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, Informe: “Bots, netcenters y combate a la impunidad. El caso de Guatemala”, 20 de mayo de 2019, p. 28.

10 Según datos recopilados por la Comisión de Banda Ancha de las Naciones Unidas sobre las tendencias de precios de las tecnologías de la información y la comunicación en 2019, para que un plan de datos móviles esté al alcance del bolsillo de los usuarios debería gastar menos del 2% de la renta nacional bruta per cápita mensual. En Centroamérica, solo Costa Rica y Panamá poseen una cifra por debajo de ese umbral, mientras que en Guatemala es del 3,6%. (Natalia Gámez, “Los ticos y panameños pagan menos por más internet que Guatemala”, *Con Criterio*, 18 de febrero de 2021. <https://concritero.gt/los-ticos-y-panamenos-pagan-menos-por-mas-internet-que-guatemala/>).

a la población sobre diferentes aspectos, tales como el abastecimiento de productos básicos, servicios, salud, economía, religión, entre otros. Hubo un crecimiento de páginas oficiales de instituciones públicas en redes sociales, para que desde allí se mantuviera informada a la población.

MARCO NORMATIVO QUE PROTEGE DERECHOS HUMANOS DERIVADOS DEL USO DE INTERNET: DERECHO AL USO DE INTERNET, LIBERTAD DE EXPRESIÓN, ACCESO A LA INFORMACIÓN, DERECHO A LA INTIMIDAD, DERECHO AL OLVIDO

Normativa vigente

En cuanto a la protección de la persona humana con relación al uso de las redes sociales, la Constitución Política de la República de Guatemala no posee normas específicas enfocadas en temas informáticos o derivados del uso de redes sociales. El artículo 24 de la Constitución, que garantiza el secreto de la correspondencia, de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y “otros productos de la tecnología moderna” reconoce, entre otros temas relacionados, la inviolabilidad de la correspondencia, documentos y libros, los que solo podrán revisarse o incautarse con orden de juez competente.

La Constitución Política también menciona el desarrollo integral de la persona (art. 2º); su integridad y seguridad (art. 3º); dignidad (art. 4º); inviolabilidad de la vivienda, la cual solo podrá ser revisada con autorización de quien la habita o con orden de juez competente, en presencia del interesado, entre las seis y las dieciocho horas (art. 23); protección a la intimidad y el decoro en el registro de personas y vehículos, los que solo podrán realizarse por integrantes de las fuerzas de seguridad, con causa justificada, y pertenecientes al mismo sexo de los requeridos (art. 25); y más particularmente, la protección de la libertad de pensamiento sin censura ni licencia previa (art. 35).

Ahora bien, dentro del texto constitucional hay dos normas fundamentales para posibilitar la ampliación del catálogo de derechos contenidos dentro de la Ley suprema: el artículo 44, el cual establece que los derechos y las garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana; y el artículo 46, el cual reconoce el principio general de que, en materia de derechos humanos, los tratados y las convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno.¹¹

11 “Artículo 44: Derechos inherentes a la persona humana: Los derechos y garantías que otorga la constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona

Las normas anteriores han posibilitado la ampliación del catálogo de derechos humanos reconocidos a la persona, llegando a formar parte del bloque de constitucionalidad. De esa cuenta, derechos humanos contenidos en tratados internacionales que no se encontraban expresamente reconocidos a nivel interno se han incluido en el catálogo de derechos protegidos. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad ha señalado:

El bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que aunque no forman parte del texto formal de la Constitución, han sido integrados por otras vías a la Constitución y que sirven a su vez de medidas de control de constitucionalidad de las leyes como tal. Constituye un conjunto normativo que contiene principios o disposiciones materialmente constitucionales, tanto las contenidas expresamente en el Texto Fundamental como las existentes fuera de este, pero que desarrollan o complementan el catálogo de derechos fundamentales contenidos en la Constitución formal [...] El artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos.¹²

Entre los derechos que han sido reconocidos por vía del bloque de constitucionalidad en Guatemala pueden destacarse los siguientes:

- a. la protección contra injerencias arbitrarias en la vida privada, o de ataques a su honra o reputación establecido en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos;
- b. los derechos a la integridad personal (art. 5º) a la libertad personal (art. 7º), a la honra y a la dignidad (art. 11), libertad de pensamiento y expresión (art. 13), derecho de rectificación o respuesta (art. 14), derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;
- c. protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, o de ataques ilegales a su honra o reputación, así como el derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques (art. 17), a no ser molestado por sus opiniones, respetando los derechos o reputación de los demás (art. 19) del Pacto Internacional de Derechos Cívicos y Políticos;

humana”. Por su parte, el artículo 46 prevé: “Preeminencia del derecho internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”.

12 Corte de Constitucionalidad, Sentencia 1822-2011 de 17 de julio de 2012. <http://138.94.255.164/Sentencias/820216.1822-2011.pdf>.

- d. el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico (art. 15), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y artículo 14 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Podemos ver cómo a nivel constitucional se encuentran distintas previsiones que protegerían derechos vinculados con el uso de redes sociales, pero no se cuenta, de forma expresa, con disposición alguna que proteja el “acceso a internet” como un derecho humano.

Al revisar la normativa ordinaria en Guatemala se pueden observar carencias respecto de la regulación para proteger derechos humanos derivados del uso de las redes sociales. En materia legislativa, Guatemala tampoco cuenta con normas para proteger el acceso a internet, el derecho a la intimidad, el olvido, entre otros.

Por lo anterior, se procederá a mencionar normas que regulan aspectos relacionados con el tema, aunque no de manera exhaustiva. En forma inicial, se puede mencionar la Ley General de Telecomunicaciones y la Ley de Acceso a la Información Pública.

La Ley General de Telecomunicaciones, Decreto 94-96 del Congreso de la República,¹³ fue promulgada el 14 de noviembre de 1996, y en su artículo 1º, dentro de su ámbito de aplicación, además de normar las actividades de telecomunicaciones y el aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, prevé la protección de los derechos de los usuarios. Sin embargo, a lo largo de su texto desarrolla una serie de aspectos técnicos, tales como la creación de la Superintendencia de Telecomunicaciones, sus funciones, el Registro de Telecomunicaciones y la regulación de figuras como el espectro radioléctrico y las bandas de frecuencias, entre otros aspectos. En lo referente a derechos de los usuarios, se prevé que los conflictos que surjan entre ellos podrán solucionarse acudiendo a los procedimientos judiciales o métodos alternativos de conciliación o arbitraje.

Por su parte, la Ley de Acceso a la Información Pública, Decreto 57-2008 del Congreso de la República, tiene por objeto garantizar el derecho de acceso a la información pública en posesión de autoridades y sujetos obligados, así como conocer y proteger datos personales que consten en archivos estatales y sus actualizaciones. Señala como sujetos obligados a los organismos Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y a todas las entidades centralizadas, descentralizadas y autónomas: Corte de Constitucionalidad, Tribunal Supremo Electoral, Ministerio Público,

13 Congreso de la República de Guatemala, Decreto 94-96 de 17 de octubre de 1996. <https://sit.gob.gt/gerencia-juridica/leyes-y-reglamentos/>.

Contraloría General de Cuentas, Procurador de Derechos Humanos, Procurador General de la Nación, entre otros. Asimismo, define lo que se entiende por datos personales y datos sensibles.¹⁴

Esta ley señala que los sujetos obligados deberán mantener actualizada y disponible cierta información que se estima “pública de oficio”, correspondiente a las instituciones públicas, tales como la estructura, funciones, dependencias, directorio de trabajadores, salarios que corresponden a cada cargo, dietas, bonos, viáticos y otras remuneraciones, presupuesto de ingresos y egresos asignado, procesos de cotización y licitación para compras de bienes, e información de contrataciones de bienes y servicios, entre otras. Señala también lo que constituye información reservada y regula el *habeas data* mediante el cual se puede solicitar el conocimiento de los datos y corrección.

De acuerdo con esta ley, el titular de cada sujeto obligado debe designar al servidor público, empleado u órgano interno que fungiría como unidad de información, y tener enlace con todas las oficinas o dependencias ubicadas a nivel nacional. Todas las autoridades obligadas deben rendir informe anual al Procurador de los Derechos Humanos sobre las solicitudes recibidas y el resultado de lo pedido, entre otros. Estas disposiciones normativas van dirigidas únicamente a la información pública, es decir, en poder de autoridades, por lo que se evidencia que hay un vacío normativo con relación a la regulación del acceso a información propia que se encuentre en poder de particulares, sin que se regule la posibilidad de que esta se rectifique, corrija o excluya.

En el año 2008 se expidió la Ley para el Reconocimiento de las Comunicaciones y Firmas Electrónicas (Decreto 47-2008), disposición que posibilitó que el Estado y sus instituciones estuvieran facultados para la utilización de este tipo de herramientas en actos públicos o privados.

De igual manera, el Decreto 21-2006 del Congreso de la República, o Ley contra la Delincuencia Organizada, regula lo referente a las interceptaciones telefónicas y de otros medios de comunicación, las cuales podrán “interceptarse, grabarse y reproducirse” con autorización judicial, ya sean estas orales, escritas, telefónicas, radiotelefónicas, informáticas y similares que utilicen el espectro electromagnético. Esta disposición ha sido cuestionada por considerarse que es contraria a lo previsto en el artículo 24 de la Constitución, que reconoce el

14 Al respecto, el artículo 9º de la citada ley señala qué son datos sensibles o datos personales sensibles: “Aquellos datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o actividad, tales como los hábitos personales, el origen racial, el origen étnico, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos, preferencia o vida sexual, situación moral y familiar u otras cuestiones íntimas de similar naturaleza”.

secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y otras de la tecnología moderna. La interpretación realizada por el Tribunal Constitucional con relación a esa norma es que los derechos constitucionales no son absolutos y que pueden establecerse límites cuando se evidencian conflictos entre ellos, como lo sería la secretividad de las comunicaciones frente a la seguridad de la persona, caso en el que se requeriría autorización de juez competente para establecer una limitación.¹⁵

El Código Penal y la Ley contra la Delincuencia Organizada tipifican algunos delitos relacionados con temas informáticos, tales como la destrucción de registros informáticos (art. 274 A), la alteración de programas (art. 274 B), la reproducción de instrucciones o programas de computación (art. 274 C), los registros prohibidos (art. 274 D), la manipulación de información (art. 274 E), el uso de información (art. 274 F),¹⁶ los programas destructivos (art. 274 G) y la alteración maliciosa de número de origen (art. “H”). Estas normas no consagran sanciones penales como producto de conductas lesivas derivadas del uso de redes sociales, sino que sancionan la ocurrencia de daños a registros, programas informáticos o bases de datos.

Ahora bien, el Código Penal consagra delitos como la violación a la intimidad sexual¹⁷ (art. 190), la comercialización de pornografía de menores de edad¹⁸ (art. 195 bis) y la posesión de material pornográfico de personas menores de edad, delitos que podrían encuadrarse con actos relacionados con publicaciones realizadas en redes sociales.

En 2017 se aprobó la Ley del Banco de Datos Genéticos de Uso Forense, que crea el referido Banco con el objetivo de recopilar información genética, para facilitar el esclarecimiento de hechos que sean objeto de investigación criminal. Esta ley establece el Registro Nacional de Agresores Sexuales (a cargo del Ministerio Público), que incluye a personas que han sido condenadas por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, regulados en el Código Penal y otras normas específicas de la materia.

15 Corte de Constitucionalidad, Sentencia 2837-2006 de 15 de enero de 2008. <https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/Expediente.aspx>.

16 En cuanto al delito de uso de información, tipifica la conducta de quien sin autorización utilice u obtenga, para sí o para otro, datos contenidos en registros informáticos, bancos de datos o archivos electrónicos.

17 El cual se comete cuando por cualquier medio, sin el consentimiento de la persona, atente contra su intimidad sexual, se apoderare o capte mensajes, conversaciones, comunicaciones, sonidos o imágenes de su cuerpo para afectar su dignidad.

18 Se comete por quien publique, reproduzca, exporte, distribuya, exhiba, por cualquier medio, material pornográfico de personas menores de edad.

La descripción anterior evidencia una falta de normas específicas que reconozcan derechos con relación al uso de redes, como el derecho al uso de internet como un medio de comunicación fundamental del cual derivaría el uso de redes sociales. Tampoco se reconoce expresamente la posibilidad de manifestarse libremente mediante las redes, en aplicación de la norma que protege la libre emisión del pensamiento, “por cualesquiera medios de difusión, sin censura ni licencia previa” (art. 35 constitucional). Y, por ende, la consecuencia allí establecida: “Quien en uso de esta libertad faltare al respeto a la vida privada o a la moral, será responsable conforme a la ley”.

Guatemala no cuenta, entonces, con una regulación de derechos específicos derivados del uso de internet, que protejan el acceso a esa tecnología, la libertad de expresión, pero también la intimidad de quienes puedan estimarse afectados por publicaciones situadas en la red. Ante esta carencia normativa, pueden producirse situaciones en que personas que resulten agraviadas no cuenten con mecanismos legales idóneos para lograr la protección de sus derechos. Por otra parte, se observa que en muchas ocasiones se acude inadecuadamente a los procesos penales, cuestionando hechos que no encuadran en delictivos, pero que derivan de inconformidades con el contenido de publicaciones, lo que, de viabilizar este tipo de acciones, podría constituir una restricción a la libertad de expresión.

Tampoco se encuentra reconocido el derecho a la autodeterminación informativa, de manera que se prevea un mecanismo que permita conocer la información contenida en archivos privados de una persona, ya que la Ley de Acceso a la Información posibilita ese acceso respecto del contenido que reposa en archivos públicos, de ahí que tampoco se establezca un mecanismo de rectificación de información inexacta o exclusión de aquella que es reservada. Ante esta falta de regulación de derechos, deben aplicarse las disposiciones existentes para publicaciones por cualesquiera medios de comunicación.

Proyectos de ley con relación a la protección de datos y el uso de internet

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Resolución 68/167, titulada “El derecho a la privacidad en la era digital”,¹⁹ en la cual se reafirma el derecho a la privacidad, de manera que nadie sea objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, domicilio o correspondencia y el derecho a la protección de la ley ante tales injerencias. Afirma también la Resolución que

19 Naciones Unidas, Resolución aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2013, Sexagésimo octavo periodo de sesiones, A/RES/68/167. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/449/50/PDF/N1344950.pdf?OpenElement>.

la persona cuenta con ciertos derechos asociados a internet, incluyendo el derecho a la privacidad, por lo que se exhorta a los Estados a respetarlos y a adoptar medidas para no vulnerarlos, cerciorándose de que la legislación se ajuste a las obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos.

Ante un requerimiento de información de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos presentado en 2014 sobre la protección y promoción del derecho a la privacidad en el contexto de vigilancia doméstica y extraterritorial y/o la interceptación de comunicaciones digitales, así como la recolección de datos personales, Guatemala informó que en el Congreso de la República se encontraban tres iniciativas de ley, referentes a la protección de derechos en el campo de la informática, así como a la privacidad de datos personales y no distribución y comercialización de los mismos,²⁰ las cuales no tuvieron vigencia tras su trámite legislativo. Los proyectos mencionados fueron:

- a. Iniciativa 4054, de Ley contra el cibercrimen:²¹ Presentada por diputados al Congreso de la República, su objeto era la protección integral de los sistemas que utilicen tecnologías de información y comunicación y su contenido, así como la prevención y sanción de delitos cometidos contra estos o cualquiera de sus componentes o los cometidos mediante el uso de dichas tecnologías en perjuicio de personas físicas o jurídicas. Este proyecto buscaba regular los crímenes y delitos contra la confidencialidad, disponibilidad de datos y sistemas de información; delitos de contenido como el robo de identidad, atentado sexual y pornografía infantil, mediante sistemas de información; delitos de propiedad intelectual y de telecomunicaciones, y delitos contra la nación. Este proyecto fue recibido el 12 de mayo de 2009, y presentado al Pleno del Congreso el 18 de agosto de ese año, sin que conste emisión de dictamen favorable por la comisión respectiva, ni que haya proseguido su trámite.
- b. Iniciativa 4055 de la Ley de delitos informáticos:²² Presentada por diputados al Congreso de la República, con el fin de dictar medidas de prevención y sanción de actos ilícitos de naturaleza informática cometidos por medio de artificios tecnológicos, así como para regular medidas de protección contra la explotación, pornografía y abuso sexual de menores de

20 Comisión Presidencial Coordinadora de la Política del Ejecutivo en Materia de Derechos Humanos (Copredek), Resolución 68/167, “El derecho a la privacidad en la era digital”, Guatemala, abril de 2014. <https://www.ohchr.org>.

21 Congreso de la República, Iniciativa 4054, Ley contra el Cibercrimen, 2009. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/iniciativas/2227#gsc.tab=0.

22 Congreso de la República, Iniciativa 4055, Ley de delitos informáticos, 2009. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/iniciativas/4240.

- edad. Este proyecto fue recibido el 15 de mayo de 2009 por el Congreso de la República y tuvo dictamen favorable de la Comisión de Legislación y Asuntos Constitucionales. Posteriormente, fue discutido en primer debate el 5 de septiembre de 2011 y en segundo el 20 de julio de 2016, sin que conste la conclusión de su trámite.
- c. Iniciativa 4090 de la Ley de protección de datos:²³ Presentada por diputados al Congreso de la República, su objetivo era garantizar derechos fundamentales, específicamente el derecho a la autodeterminación informativa, en relación con la vida o actividad privada. El proyecto incluyó la obligación de informar a las personas sobre la existencia de ficheros automatizados destinados a recoger datos de información y reguló el establecimiento de una dirección para la protección de datos personales como órgano desconcentrado, adscrito a la Procuraduría de los Derechos Humanos. Este proyecto fue recibido en la Dirección Legislativa el 6 de agosto de 2009 y obtuvo dictamen favorable de la comisión respectiva en diciembre de ese año; durante 2010 se discutió en primer y segundo debate, sin que haya proseguido su trámite.

Recientemente, podemos destacar dos iniciativas en la materia, que fueron presentadas al Congreso de la República:

- a. La 5572,²⁴ que propone reformas a la Ley de Acceso a la Información Pública de manera que se amplía la información pública que debe ser proporcionada por los sujetos obligados. Este proyecto también buscó regular la afirmativa ficta, la cual obliga a entregar la información, si transcurrido el plazo de 10 días no es brindada una respuesta por el sujeto a quien se la requiere, y dispuso la creación de un Consejo Nacional para la Transparencia como entidad autónoma encargada de proteger el derecho de acceso a la información pública. La iniciativa fue recibida en la Dirección Legislativa del Congreso el 11 de abril de 2019 y, posteriormente, fue presentada al Pleno el 02 de diciembre de ese año, sin que conste que haya continuado su tramitación.

23 Congreso de la República, Iniciativa 4090, Ley de Protección de Datos Personales, 2009. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/iniciativas/1353.

24 Congreso de la República, Iniciativa 5572 que dispone aprobar reformas al Decreto 57-2008 del Congreso de la República, Ley de Acceso a la Información Pública, 11 de abril de 2019. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/iniciativas/5640.

- b. La 5601,²⁵ que propone una Ley de Prevención y Protección contra la Ciberdelincuencia, cuyo objeto es la creación de figuras delictivas y adecuación de normas penales para hacer frente a la ciberdelincuencia. Este proyecto tipificaba conductas como ataques a los sistemas informáticos, los datos, apropiación de identidad ajena, así como delitos contra la integridad sexual de niños, niñas y adolescentes. Entre sus disposiciones, el proyecto buscó definir la protección de datos personales en internet. La iniciativa fue presentada a la Dirección Legislativa el 6 de agosto de 2019 y al Pleno del Congreso el 17 de septiembre de ese año, y trasladada a la Comisión de Asuntos de seguridad Nacional, la que emitió dictamen favorable el 20 de noviembre de ese año. No consta su traslado a discusión al Pleno.

Los cinco proyectos de ley mencionados fueron presentados en legislaturas precedentes a la actual, sin que hayan completado todas las etapas para la formación y sanción de ley. Debe mencionarse que, de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la Ley Orgánica del Organismo Legislativo:

Si transcurre un período legislativo sin que una iniciativa de ley hubiere sido objeto de dictamen por la respectiva comisión, salvo que algún diputado al Congreso de la República de la nueva legislatura que se instale reclame la emisión del dictamen dentro de los sesenta días de instalada esta, la iniciativa de ley se considerará desechada y se mandará a archivar el expediente.²⁶

Esto evidencia que, de esos proyectos, tres tendrían posibilidad de proseguir con las etapas de formación y sanción de la ley: los referentes a delitos informáticos o ciberdelitos y el de protección de datos.

Con relación a internet gratuito con fines educativos, existen dos iniciativas: la 4857,²⁷ presentada en julio de 2014, que proponía que las empresas comercializadoras del servicio de internet lo prestaran de forma gratuita en aquellos establecimientos educativos públicos que no contaran con el servicio, y que el Ministerio de Educación quedara obligado a dotar del equipo de cómputo completo

25 Congreso de la República, Iniciativa 5601 que dispone aprobar Ley de Prevención y Protección contra la Ciberdelincuencia, 6 de agosto de 2019. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/iniciativas/5614#gsc.tab=0.

26 Véase Congreso de la República, Decreto 63-94, Ley Orgánica del Organismo Legislativo, 1 de diciembre de 1994.

27 Congreso de la República, Iniciativa que dispone aprobar la Ley de Servicio de Internet Gratuito para Establecimientos Educativos Públicos, 4 de julio de 2014. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/iniciativas/2461#gsc.tab=0.

a todos los establecimientos educativos nacionales. Esta iniciativa se presentó únicamente al Pleno del Congreso en agosto de ese año, sin que prosiguiera su trámite de aprobación.

Igualmente, durante la actual legislatura 2020-2024, se encuentra la iniciativa 5889 de Ley de acceso gratuito a internet para la educación e información pública, que busca liberar y garantizar el acceso a los portales y dominios de internet con fines de educación e información pública para la población guatemalteca. A los proveedores de servicios de internet les impone la obligación de liberar los portales educativos, y al Ministerio de Educación que determine recursos para desarrollar el pensum de todos los niveles educativos. Dentro de los portales que deben liberarse están los de la Universidad de San Carlos de Guatemala –universidad estatal– y de las universidades privadas. También se prevé la liberación de los portales de los tres organismos del Estado, entidades descentralizadas y autónomas, para acceder a la información pública. Esta iniciativa fue recibida por el Organismo Legislativo el 4 de marzo de 2021. Se conoció en el Pleno del Congreso el 14 de abril de 2021, y la Comisión de Ciencia y Tecnología emitió dictamen favorable el 5 de julio de 2021.²⁸

En la actual legislatura se han presentado nuevas iniciativas relacionadas con protección de datos:

- a. La 5921²⁹ referente a la Ley de protección de datos personales que reconoce los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de datos como derechos irrenunciables. De igual manera, la iniciativa prevé que el titular deberá dar su consentimiento a quien recopila datos, y este último deberá indicar los fines de la recopilación; asimismo, reconoce el derecho de “portabilidad numérica” como el que posee un usuario de mantener el número móvil o fijo, sin importar que decida cambiarse de operador de telefonía. Ahora bien, un aspecto de esta iniciativa que genera preocupación es que crea una Unidad de Protección de Datos, adscrita al Ministerio Público y cuyo jefe es nombrado por el Fiscal General de la República, la cual tiene dentro de sus funciones llevar un registro de las bases de datos administradas por particulares, y tiene facultades de acceder a los archivos y bases de datos relacionadas. Es decir, se vincula al ente encargado de la persecución penal con la supervisión del cumplimiento de una normativa de derechos humanos, dándole amplias facultades en cuanto al control y

28 Congreso de la República, Iniciativa 5889 que dispone aprobar la Ley de Acceso Gratuito a Internet para la Educación e Información Pública, 4 de marzo de 2021. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/iniciativas/5770#gsc.tab=0.

29 Congreso de la República, Iniciativa 5921, Ley de Protección de Datos Personales, 9 de junio de 2021. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/iniciativas/5811.

acceso a las bases de datos. En la actualidad, el procurador de los derechos humanos es el encargado de verificar el respeto de la Ley de Acceso a la Información, lo que resulta más acorde con la función que desempeña. Este proyecto fue presentado en la Dirección Legislativa el 9 de junio de 2021, conocido por el Pleno el 6 de octubre del mismo año y el dictamen aún se encuentra pendiente.

- b. Iniciativa 5951,³⁰ que dispone aprobar la Ley de Datos Abiertos, entendiendo como tales aquellos puestos a disposición de los ciudadanos por parte de los sujetos obligados, en plataformas digitales, con las características técnicas necesarias para que puedan ser usados, reutilizados y redistribuidos libremente por cualquier persona. Esta iniciativa establece la obligación de publicar los datos de diferentes entes públicos, así como los datos que podrían estar excluidos de dicha obligación. La iniciativa fue presentada en el Congreso el 5 de agosto de 2021 y recibió dictamen favorable de la Comisión de Transparencia y Probidad en diciembre de 2021, sin avances posteriores.

En la legislatura actual, también fue presentada la iniciativa 5898, que dispone reformas al Código Penal con relación a delitos cometidos en contra de la niñez y adolescencia por medios tecnológicos. Según lo indicado en la página oficial del Congreso de la República, este proyecto fue presentado el 23 de marzo de 2021, y obtuvo un dictamen favorable el 6 de octubre de ese año.

Del análisis efectuado a la normativa constitucional y legal vigente en Guatemala, se concluye que existen vacíos normativos para la protección de los derechos humanos, con relación al uso de internet y de las redes sociales. Así, se observa que la normativa constitucional que data de 1985 –año de promulgación de la Constitución–, no contiene normas específicas sobre el acceso a internet o la tecnología. También se observa que a nivel legislativo no se ha concretado la aprobación de diferentes proyectos en la materia. Es necesario considerar que, derivado del uso de las redes sociales, pueden producirse situaciones en las que se ponga en peligro a las personas en condición de vulnerabilidad, por lo que debe contarse con la protección que permita restablecer la vigencia de los derechos humanos. Por otra parte, no se debe entender que la carencia de normativa constitucional o legal conlleva un desconocimiento de los derechos reconocidos en instrumentos internacionales y que están garantizados constitucionalmente por el Estado de Guatemala, ya que este último posee obligaciones que derivan de tales

30 Congreso de la República, Iniciativa que dispone aprobar la Ley de Datos Abiertos, 5 de agosto de 2021. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/iniciativas/5791#gsc.tab=0.

instrumentos internacionales, entre ellas, el deber de adecuar el derecho interno a fin de dar cumplimiento a los compromisos adquiridos. Adicionalmente, la jurisprudencia posee un importante papel en situaciones en las que, como en Guatemala, hay ausencias normativas nacionales que regulen el disfrute de tales derechos o se prevean mecanismos específicos para su restitución, por lo que en caso de concurrir violaciones, su resolución deberá realizarse a partir de la guía de los principios ya previstos en la norma constitucional y convencional. En ese sentido, actualmente resultan aplicables las normas que reconocen la libre emisión del pensamiento, “por cualesquiera medios de difusión”, sin licencia ni censura previa, pero debe tomarse en consideración que deben respetarse otros derechos, como la intimidad, que también se protege desde lo constitucional.

En cuanto a la normativa legal, son escasas las disposiciones que podrían contener reconocimientos de derechos derivados del acceso a internet o a las redes sociales. Ahora bien, sí están regulados delitos derivados del uso de redes. Al existir normas penales que tipifican conductas derivadas del uso de redes sociales, podría producirse el riesgo de que todo tipo de actuación que no se comparta resulte señalada de delictiva, sin que necesariamente lo sea, lo que se traduce en limitaciones a la posibilidad de expresarse por este medio.

Es evidente la carencia de disposiciones que reconozcan el acceso universal a internet, su gratuidad en determinadas áreas, tales como escuelas públicas, parques o plazas. Lo anterior denota la necesidad de mayor protección a la intimidad frente al contenido de las redes, la protección de la libertad de expresión mediante estas, así como la posibilidad de excluir, rectificar u oponerse a determinados contenidos.

Por otra parte, debe señalarse que además del reconocimiento de los derechos mencionados, debe contarse con mecanismos idóneos para proceder ante conductas que impliquen su lesión.

Particularmente, es preocupante el hecho de que durante los últimos 15 años se han presentado diferentes proyectos legales relacionados con la protección de datos y el uso de internet, pero que no han sido aprobados, ya que se mantiene una carencia normativa profunda, que denota una falta de atención a potenciales vulneraciones asociadas con estos derechos. Los diputados ejercen su función por periodos de 4 años, y se advierte que proyectos presentados en una legislatura, no son retomados en la siguiente, quedando suspendida su discusión. Como se reseñó en el apartado respectivo, varios de ellos reconocían derechos derivados de las redes sociales, pero no han finalizado su trámite y, por ende, no llegaron a convertirse en normas jurídicas.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La jurisprudencia referente a la protección del derecho de acceso a internet, uso de redes sociales o libertad de expresión por medio de estas no es muy amplia, tanto al referirnos a sentencias de los tribunales de cierre en jurisdicción ordinaria como de la Corte Suprema o de jurisdicción constitucional, es decir, de la Corte de Constitucionalidad. Por tal razón, se han seleccionado tres fallos, que serán citados en orden cronológico, y que han reconocido el derecho a la autodeterminación informativa, a la protección de los datos publicados en una red social y la propaganda electoral por medio de redes sociales.

Protección de datos y autodeterminación informativa

Este es un interesante caso que por vía del amparo obtiene el reconocimiento del derecho de las personas a la protección sus datos personales, la autodeterminación informativa y al alcance de su protección. Uno de los primeros casos se resolvió en 2006, cuando se decidió el amparo instado por el Procurador de los Derechos Humanos en defensa de una persona que reclamaba contra la empresa Informes en Red, Sociedad Anónima. La situación presentada derivó de una denuncia contra la referida sociedad por un particular, quien refirió que la empresa recopilaba referencias de parentesco, crédito, judiciales y de prensa de las personas, situándolas en su página electrónica, la cual incluye información que ni siquiera está actualizada, y que toma datos de registros del Ministerio Público, de tribunales, que se comercializa a suscriptores de sus servicios, sin contar con la autorización de quienes figuran en sus registros. En este caso, adujo el ente acusador que tal situación vulneraba los derechos del afectado, porque aparecen datos desactualizados que refieren situaciones pasadas de la persona, que le han provocado que no sea contratada laboralmente y, por ende, no adquiera sustento para sí misma ni para su familia.

El Tribunal de Amparo de primer grado –Juzgado Sexto de Primera Instancia del Ramo Civil del departamento de Guatemala– otorgó el amparo, al estimar que la comercialización de datos personales por parte de una entidad privada, sin autorización expresa del titular, vulnera la dignidad de la persona, su honor, intimidad y privacidad de datos, derechos que están reconocidos a nivel constitucional en virtud de lo establecido en tratados internacionales, e incorporados al ordenamiento jurídico guatemalteco en los artículos 44 y 46 de la Ley Suprema. Inconforme con la decisión de primer grado, la sociedad cuestionada apeló el fallo, por lo que se conoció el asunto en alzada por la Corte de Constitucionalidad, la que dictó sentencia de 11 de marzo de 2006, pronunciada dentro del expediente 1356-2006.

La decisión de la Corte parte en su análisis señalando:

... En una Constitución finalista, como lo es aquella actualmente vigente en la República de Guatemala, que propugna por el reconocimiento de la dignidad humana como su fundamento, no puede obviarse que los derechos fundamentales reconocidos en dicho texto no son los únicos que pueden ser objeto de tutela y resguardo por las autoridades gubernativas. Existen otros derechos que por vía de la incorporación autorizada en el artículo 44 de la Constitución Política de la República o de la recepción que también autoriza el artículo 46 del texto matriz, también pueden ser objeto de protección, atendiendo, como se dijo, su carácter de inherentes a la persona humana, aun y cuando no figuren expresamente en este último texto normativo. Del derecho al reconocimiento de la dignidad humana, implícitamente garantizado, entre otros, en los primeros cinco artículos de la Constitución Política de la República, dimanar, por el contenido esencial de este derecho, aquéllos relacionados a la intimidad, al honor y a la privacidad, los cuales, en su conjunto, también garantizan la existencia y goce de otro derecho: el referido a la autodeterminación informativa.³¹

Prosigue el análisis con el reconocimiento de los derechos a la intimidad, al honor, a la dignidad humana, y puntualiza que los avances de la tecnología informática generan, a su vez, dificultades en cuanto a la protección adecuada del derecho a la intimidad y a la privacidad de una persona, y que por ello es necesario el reconocimiento del derecho a la autodeterminación informativa del individuo, de tal forma que le permita el control sobre sus datos. Lo anterior como una vía para garantizar que la persona haya proporcionado voluntariamente su información y que se le garanticen los derechos de actualización, rectificación, confidencialidad de cierta información o exclusión de aquellos datos que puedan estimarse sensibles.

Al respecto, consideró la Corte:

... La plena eficacia de este derecho a la autodeterminación informativa debe permitir, a su vez, a la persona: a) el derecho a la actualización de sus datos; b) el derecho a la rectificación por información errónea, incompleta o inexacta de sus datos; c) el derecho a la reserva (confidencialidad) de cierta información que sobre ella se obtenga, y que aun cuando ésta pueda ser legalmente requerida, se mantenga en grado de confidencialidad para terceras personas ajenas a la situación que motivó

31 Corte de Constitucionalidad, Sentencia 1356-2006 de 11 de octubre de 2006. Otras sentencias en las que también se reconoce la autodeterminación informativa son la 863-2011 de 21 de junio de 2011 y la 3552-2014 de 10 de febrero de 2015. <https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/Expediente.aspx>.

el requerimiento; y d) el derecho a la exclusión, en circulación informativa abierta o restringida, de cierta información que pueda considerarse en extremo sensible para el interesado, y que sea producto de noticias o datos que sólo a este último conciernan; exclusión que, para ser admitida, también debe tomar en cuenta los parámetros de trascendencia social o interés social legítimo antes indicados.

También se confronta este derecho con el contenido en el artículo 43 constitucional referente a la libertad de industria, comercio y trabajo, que señala que este último encuentra una limitación frente a la dignidad humana, prevaleciendo esta, de manera que quienes comercialicen información de registros obtenidos de bases de datos personales, por lo menos, deben garantizar que dichos datos se hayan conseguido con el consentimiento voluntario de la persona a quien se refieren e implementado controles adecuados que permitan determinar la veracidad y actualización de los mismos, así como la oportunidad de rectificarlos.

En este caso se utilizó la garantía constitucional de amparo, pues la persona se ve afectada en su derecho a la intimidad, ya que no conoce la información que figura en un registro llevado por una empresa particular que comercializa datos, entre ellos, los que corresponden a su persona, sin existir un mecanismo específico para cuestionar esa situación ni posibilitar la corrección de los datos inexactos, o de lo que sobre ella consta. En la decisión adoptada por la Corte se reconoce el derecho a la autodeterminación informativa, protegiendo, de esa manera, el manejo de datos en los registros que se realicen, de forma que quien se considere afectado por su difusión posea la facultad de pedir la actualización, confidencialidad o exclusión de aquellos datos sensibles. Lo acontecido en Guatemala antes de esta y otras sentencias sucesivas que reconocieron este derecho, era que quien se estimaba afectado, y en ausencia de normativa, se veía imposibilitado para proteger sus datos. Si bien ese reconocimiento ha sido un avance, aún persiste la carencia normativa para brindar una mejor protección a las personas y una regulación efectiva que establezca los límites para quienes manejan datos.

Protección de datos publicados en una red social

La Corte de Constitucionalidad dictó sentencia de 17 de enero de 2019,³² dentro de un amparo derivado de actuaciones acaecidas en un proceso de medidas de protección instaurado por un padre a favor de sus hijos, por estimar que existía abuso emocional por parte de la madre hacia los niños. La demandada presentó su defensa y, entre sus medios de prueba, propuso el reconocimiento judicial

32 Corte de Constitucionalidad, Sentencia 2014-2018 de 17 de enero de 2019. <https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/Expediente.aspx>.

sobre el perfil de la red social Facebook del demandante, a lo cual el juzgador no accedió por estimarlo no pertinente. La madre promovió, posteriormente, un recurso a esa decisión, el cual le fue denegado en primera instancia por considerar que los rechazos se fundamentaron en lo previsto en la ley, sin exponer en forma particularizada respecto de la viabilidad de ofrecer como medio de prueba un reconocimiento judicial practicado sobre el contenido de lo publicado por una persona en una red social. Contra esa denegatoria, la demandada promovió una acción de amparo, alegando que la decisión de no acceder a practicar un reconocimiento judicial sobre el contenido de una red social perteneciente al demandante, no estaba debidamente fundamentada.

La Corte de Constitucionalidad analizó la solicitud de valoración del perfil de Facebook como medio de prueba, precisando que en la proposición se indicó que para diligenciarlo se le debería solicitar al titular “su usuario y contraseña para ingresar a la [red social]”. A ese respecto, indicó el Tribunal que, de conformidad con lo previsto en el segundo de los supuestos contenidos en el artículo 24 de la Constitución, “[s]e garantiza el secreto de la correspondencia, y de las comunicaciones telefónicas, radiofónicas, cablegráficas y *otros productos de la tecnología moderna*”, de ahí que el derecho a la intimidad de las personas está protegido, al ser un derecho personalísimo.

Para el efecto, la Corte estimó:

... para la admisión del reconocimiento judicial sobre un perfil de cualquier red social –en este caso Facebook–, el juzgador debe tomar en consideración que dentro de este tipo de mecanismos informáticos existen condiciones de privacidad que permiten al usuario determinar qué información estima como pública y cuáles requieren de un consentimiento particular, de manera que no cualquier persona puede acceder a esa información, lo que en congruencia con el derecho a la privacidad de las comunicaciones y de la tecnología convierte esta información en privilegiada, la cual no puede ser revelada, por el amparo de la norma constitucional anteriormente referida. Por ello, para obtener la información sin violar tal disposición normativa y sin utilizar un acceso especial en clave, únicamente puede recabarse aquella información que es catalogada como pública y, por lo tanto, puede obtenerse desde cualquier perfil de la misma red social, pues para ello no es necesario ingresar una clave de acceso, caso contrario, debe justificarse debidamente los motivos por los cuales es necesario limitar tal derecho, demostrando la trascendencia que tendrá en el proceso la información que obtenga.

Concluyó el Tribunal afirmando que, al no quedar debidamente justificado el motivo por el cual era necesaria la práctica de la diligencia, esta no era viable, por

lo que se consideró que con el rechazo no se violó norma constitucional alguna, denegándose el amparo solicitado.

La decisión adoptada por la Corte de Constitucionalidad se respaldó nuevamente en el contenido del artículo 24 de la Constitución, el cual reconoce el derecho a la privacidad de las comunicaciones telefónicas, radiográficas, cablegráficas y por otros productos de la tecnología moderna, interpretándose que dentro de estas últimas se encuentra la protección de publicaciones en redes sociales, que se sitúen restringidas solo a usuarios que sean autorizados por el titular, es decir, no publicaciones de acceso a la generalidad.

Un interesante aspecto de esta decisión es que el primer párrafo del artículo 24 constitucional establece que la correspondencia, documentos y libros podrán revisarse o incautarse en virtud de resolución de juez competente, evidenciándose un límite al derecho a la intimidad, siempre que sea con orden de juez competente.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en la Ley contra la Delincuencia Organizada, pueden realizarse interceptaciones telefónicas, radiofónicas y similares con orden de juez, lo que se ha estimado acorde al contenido del artículo 24 constitucional, como un límite razonable en los casos en los que sea necesario. Por tal motivo, podría considerarse que, en situaciones excepcionales, un juez podría autorizar el conocimiento de las comunicaciones, entre ellas, las contenidas en redes sociales. Este desarrollo denota la importancia que tiene la función judicial en la regulación del uso de información contenida en redes sociales, por cuanto será el juez quien deberá ponderar en el caso concreto la pertinencia de esa autorización, señalando expresamente el contenido o límites de esta. Debe ser en situaciones calificadas cuando es necesaria para alcanzar la protección de otros derechos en cuestión.

En ese sentido, puede apreciarse el fallo del juez ordinario, ya que señaló que el motivo de la diligencia no fue justificado, comprendiéndose, entonces, que de haberlo hecho podría haber sido autorizado por el juez.

En estos casos, la función del juez se torna por demás relevante, ya que podrían existir situaciones en las cuales se alegue la lesión al derecho a la intimidad de una persona por las publicaciones de otra, y será allí donde el juez deberá decidir las medidas a adoptar para garantizar los derechos de las partes en el caso concreto, determinando el alcance de la protección y los límites al ejercicio de los derechos.

Propaganda electoral y redes sociales

Este caso se originó por una multa impuesta a un candidato a diputado, a quien se le reprocha haber realizado propaganda anticipada para promover su

candidatura y al partido político fuera de las fechas previstas por la autoridad electoral. Se le reprochó que la publicidad fue pautaada en la red social Facebook.

El primer análisis del fallo fue la calificación de la red social Facebook como un medio de comunicación, del que concluyó que efectivamente lo es, porque permite a las personas difundir sus ideas y posiciones, y, además, es utilizada en los ámbitos político y electoral. También se examinó que hay dos formas por las cuales las personas se unen a las redes, ya sea por medio de los perfiles personales, donde emiten mensajes, opiniones, y son visitadas por seguidores, pero, además, dentro de esta plataforma se puede pautar publicidad, seleccionando el público al cual se dirige.³³

El tribunal de primer grado estimó que se agravió al candidato, al sancionarlo por publicaciones en una red social, por medio de la cual podía comunicarse con amigos, familiares y compañeros de trabajo, cuyo conocimiento estaba limitado a los seguidores de esta.

La Corte de Constitucionalidad no compartió este argumento, al estimar que las publicaciones se realizaron desde una página oficial del candidato, que no constituía un perfil privado sino una página pública a la cual podía ingresar cualquier persona, y que se le reprochaba haberlas hecho fuera de los tiempos autorizados para propaganda, por cuanto debajo del nombre de la página aparecía la leyenda “publicidad” o “Facebook for Business”. El Tribunal determinó que los anuncios en esta red son parte del servicio de *marketing* que brinda “soluciones publicitarias para cada nivel de conocimiento” de esa cuenta, y que para la difusión de esos mensajes se define el público al cual va dirigido el mensaje, la duración de la publicidad y el costo que se invierte, por lo que se estimó que, en este caso, no se trataba de un perfil personal sino de la utilización de una red social para hacer propaganda, mediante la contratación de anuncios, y al haberla publicado fuera de los tiempos previstos por la autoridad electoral, la sanción no implicó una violación constitucional.

Resulta interesante notar que en este fallo se estableció una distinción de la red social Facebook en su función de publicar mensajes personales en una página propia y dirigida a sus seguidores, y como herramienta publicitaria, contratada para la difusión de anuncios, que puede seleccionar el grupo de la población al que se dirige, así como el tiempo de exposición de tal publicidad. El cumplimiento de la normativa electoral es fundamental en un sistema democrático, y dentro de las garantías para una participación igualitaria se encuentran normas dirigidas a la propaganda electoral.

33 Corte de Constitucionalidad, Sentencia 561-2020 de 5 de mayo de 2020. En igual sentido, Sentencia 477-2020 de 21 de mayo de 2020. <https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/Expediente.aspx>.

De nuevo, se observa el rol del juez, que analiza el alcance de la protección de los derechos en el uso de las redes sociales, y los límites de estos cuando se enfrentan a otros derechos. En este caso, el proceso electoral prevé los periodos en los que está permitida la propaganda electoral; al haberla hecho por fuera de estos, el juez consideró que la sanción estaba fundamentada.

CONCLUSIONES

En Guatemala, el uso de las redes sociales se enmarca dentro de un elevado porcentaje de la población que no cuenta con acceso a internet y, por ende, no cuenta con acceso a las redes sociales más importantes que existen en la actualidad. Si bien se ha producido un crecimiento en el número de usuarios de redes en los últimos años, persiste la inaccesibilidad a ese servicio por parte de un elevado sector de la población, derivada de varios factores, como el alto costo del servicio, el difícil acceso a equipo tecnológico, la limitada o nula conectividad en algunas regiones de Guatemala y la carencia de espacios donde se pueda acceder a internet de manera gratuita.

La legislación nacional es escasa en lo referente a la protección específica de derechos derivados del uso de internet y las redes sociales, por lo que se parte de la protección de la Constitución y los tratados internacionales a derechos fundamentales, como la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, entre otros. Ahora bien, en cuanto a la legislación ordinaria, se evidencia una carencia normativa que reconozca el derecho al uso de internet, espacios gratuitos para posibilitar su acceso, protección de datos o protección del derecho a la intimidad. Es indiscutible que durante los últimos 15 años se han presentado una serie de proyectos normativos, mediante los cuales se han hecho propuestas interesantes, como aquella que planteó a las empresas distribuidoras del servicio de internet que lo brindaran de manera gratuita a las escuelas públicas que no lo poseyeran o a aquella que pidió a los operadores de internet que liberaran los portales educativos. Sin embargo, ninguno de estos proyectos ha avanzado en su discusión y aprobación en el seno del Organismo Legislativo.

Ha sido un gran avance contar con la vigencia de la Ley de Acceso a la Información Pública, lo que ha posibilitado que las autoridades de los diferentes entes estatales deban situar de oficio en sus portales electrónicos información que debe darse a conocer. Asimismo, esta Ley ha garantizado que los sujetos obligados, que son autoridades públicas, cuenten con oficinas de acceso para que cualquier interesado pueda requerir la información que le sea de utilidad.

En cuanto a las bases de datos a cargo de particulares, si bien se han presentado diversos proyectos normativos, estos no han finalizado el proceso de

formación de ley, por lo que aún no existe legislación al respecto. Es importante que se analice la constitucionalidad de algunos proyectos, como la Iniciativa 5921, la cual pretende la creación de una unidad de protección de datos, adscrita al Ministerio Público, que permita llevar el registro de las bases de datos administradas por particulares, y tenga el derecho de acceder a ellas. Lo anterior podría ocasionar que el ente investigador, con esa facultad, posea acceso a diferentes fuentes de información sin requerir autorización judicial para obtenerla, lo que limitaría discrecionalmente la privacidad de las personas.

El hecho de que la mayoría de las normas existentes con relación a redes sociales únicamente se ocupen de tipificar delitos derivados del uso de estas, podría provocar que se criminalicen actos que no deberían serlo, o que se abuse de este tipo de acciones, provocando, en consecuencia, restricciones a la libertad de pensamiento y expresión.

Definitivamente, el uso de las redes sociales constituye una valiosa herramienta que posibilita un mayor contacto a gran velocidad. Sin embargo, también puede ser utilizada indebidamente y, de no existir mecanismos eficaces para resguardar los derechos de la población, estos podrían ser lesionados. Por ejemplo, el Reporte Anual de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos 2018 nota que el uso de las redes sociales en Guatemala ha sido un espacio de ataque a periodistas que trabajan específicamente cubriendo casos de corrupción e impunidad.³⁴ Al respecto, la citada oficina señaló que personas no identificadas practicaron actos de vigilancia de defensoras y defensores de derechos humanos, así como jaqueo de redes institucionales, incluidas las de periodistas independientes.³⁵ También se han hecho señalamientos a autoridades estatales por el funcionamiento de *netcenters*,³⁶ que monitorean las redes sociales de medios de comunicación o coadyuvan al mantenimiento de la imagen del Gobierno en situaciones de crisis.³⁷

34 Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, *op. cit.*, p. 22.

35 Naciones Unidas, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala, A/HRC/40/3/Add.1, 28 de enero de 2019, párrafo 40.

36 *Netcenter* puede ser definido como un conjunto de cuentas conectadas directa o indirectamente de forma física o virtual. Entre sus usuarios puede incluir cuentas de personas reales, instituciones reales, perfiles falsos de personas, de instituciones ficticias, usuarios con nombres y fotografías (ID) robados de personas reales (Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, *op. cit.*, p. 3).

37 *Ibid.*, p. 18. Se refiere a la existencia de un centro de información que en 2014, durante el gobierno del Partido Patriota, fue instalado para monitoreo de medios de comunicación. Relaciona también que durante el gobierno del expresidente Jimmy Morales se contrataba personal para trabajar en *netcenters* que protegían la imagen del Presidente.

En lo referente a la jurisprudencia constitucional en la materia, puede señalarse que los casos analizados se refieren a la aplicación de la autodeterminación informativa con relación a bases de datos privadas, uso de redes sociales en actividades de campañas electorales, o medios de prueba en procesos judiciales. Sin embargo, no fueron hallados fallos que se refirieran a la protección de la esfera privada de las personas o de grupos vulnerables con relación a publicaciones de las redes sociales, como tampoco cuestionamientos de lo que publica el Estado en ellas.

En lo que respecta a la protección de las personas con relación al manejo de datos por parte de empresas privadas, el tribunal constitucional ha jugado una importante función, toda vez que existe una omisión legislativa de normas que impidan abusos por parte de dichas empresas.

Se evidencia que la función de los jueces es fundamental para lograr la protección de la persona humana frente al uso de las redes sociales, más en situaciones como las actuales, en las que se presentan diariamente nuevos temas, y aun con legislación existente, es imposible prever todas las situaciones que puedan aparecer. Se presentan desafíos para la judicatura, porque pueden surgir escenarios con carencias normativas, en las que se debe integrar el derecho con las disposiciones vigentes; utilizar normativa internacional que forme parte del ordenamiento jurídico; ponderar derechos en el caso concreto, cuando se pueden estar reclamando, por una parte, la libertad de expresión y, por otra, el derecho a la intimidad. En el caso guatemalteco, la garantía constitucional de amparo ha posibilitado la protección de derechos lesionados frente a diferentes tipos de reclamos que han tenido lugar por el uso de las redes sociales.

BIBLIOGRAFÍA

COMISIÓN INTERNACIONAL CONTRA LA IMPUNIDAD EN GUATEMALA, Informe: “Bots, net-centers y combate a la impunidad. El caso de Guatemala”, 20 de mayo de 2019.

COMISIÓN PRESIDENCIAL COORDINADORA DE LA POLÍTICA DEL EJECUTIVO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, Resolución 68/167, “El derecho a la privacidad en la era digital”, Guatemala, abril de 2014. <https://www.ohchr.org>.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, XII Censo Nacional de Población y VII Censo Nacional de Vivienda en Guatemala, 2018. <https://censopoblacion.gt/explorador>.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, Principales resultados del Censo 2018, septiembre de 2019. <https://www.censopoblacion.gt/documentacion>.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, Proyecciones Nacionales 1950-2050, Guatemala, 2019. <https://www.ine.gob.gt/ine/proyecciones/>.

NACIONES UNIDAS, Resolución 68/167 aprobada por la Asamblea General el 18 de diciembre de 2013, Sexagésimo octavo periodo de sesiones, A/RES/68/167. <https://docu->

[ments-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/449/50/PDF/N1344950.pdf?OpenElement](https://www.unhcr.org/refugees/elements-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/449/50/PDF/N1344950.pdf?OpenElement).

NACIONES UNIDAS, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Situación de derechos humanos en Guatemala, A/HRC/46/74, 11 de febrero de 2021. https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/A_HRC_46_74_S.pdf.

NACIONES UNIDAS, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala, A/HRC/40/3/Add.1, 28 de enero de 2019.

SUPERINTENDENCIA DE TELECOMUNICACIONES DE GUATEMALA, Boletín Estadístico Primer Semestre - Año 2021, Comportamiento histórico del crecimiento de la telefonía móvil en Guatemala. <https://sit.gob.gt/gerencia-de-telefonía/estadísticas-de-telefonía/boletín-estadístico-2do-2014/>.

MEDIOS DE COMUNICACIÓN Y REVISTAS

ESPAÑA, Mariajosé, “Ley de femicidio vuelve a ser usada a favor de funcionarias señaladas de corrupción”, *Prensa Libre*, 22 de diciembre de 2021. <https://www.prensalibre.com/guatemala/justicia/ley-de-femicidio-vuelve-a-ser-usada-a-favor-de-funcionarias-senaladas-de-corrupcion/>.

GÁMEZ, Natalia, “Los ticos y panameños pagan menos por más internet que Guatemala”, *Con Criterio*, 18 de febrero de 2021. <https://concriterio.gt/los-ticos-y-panameños-pagan-menos-por-mas-internet-que-guatemala/>.

ILIFEBELT TIMES, Cuáles serán las redes sociales más utilizadas en Guatemala en 2021. <https://ilifebelt.com/las-redes-sociales-mas-utilizadas-en-guatemala-en-2021/2020/11/>.

PRENSA LIBRE, “Guatemala fue el país donde menos creció el acceso a internet en pandemia”, 27 de febrero de 2021. <https://www.prensalibre.com/economia/guatemala-fue-el-pais-donde-menos-crecio-el-acceso-a-internet-en-pandemia/>.

“SANDRA TORRES PLANTEA NUEVA DENUNCIA CONTRA JOSE RUBÉN ZAMORA”, *El Periódico*, 14 de septiembre de 2018. <https://elperiodico.com.gt/nacionales/2018/09/14/sandra-torres-plantea-nueva-denuncia-contra-jose-ruben-zamora/>.

DISPOSICIONES NORMATIVAS

CÓDIGO PENAL

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE GUATEMALA

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

LEY CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

LEY DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

LEY DEL BANCO DE DATOS GENÉTICOS DE USO FORENSE

LEY ORGÁNICA DEL ORGANISMO LEGISLATIVO

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CÍVICOS Y POLÍTICOS

INICIATIVAS DE LEY

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Iniciativa 4054, Ley contra el Cibercrimen, 2009. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/iniciativas/2227#gsc.tab=0.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Iniciativa 4055, Ley de Delitos Informáticos, 2009. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/iniciativas/4240.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Iniciativa 4090, Ley de Protección de Datos Personales, 2009. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/iniciativas/1353.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Iniciativa que dispone aprobar la Ley de Servicio de Internet Gratuito para Establecimientos Educativos Públicos, 4 de julio de 2014. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/iniciativas/2461#gsc.tab=0.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Iniciativa 5572 que dispone aprobar reformas al Decreto 57-2008 del Congreso de la República, Ley de Acceso a la Información Pública, 11 de abril de 2019. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/iniciativas/5640.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Iniciativa 5601 que dispone aprobar Ley de Prevención y Protección contra la Ciberdelincuencia, 6 de agosto de 2019. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/iniciativas/5614#gsc.tab=0.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Iniciativa 5889 que dispone aprobar la Ley de Acceso Gratuito a Internet para la Educación e Información Pública, 4 de marzo de 2021. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/iniciativas/5770#gsc.tab=0.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Iniciativa 5921, Ley de Protección de Datos Personales, 9 de junio de 2021. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/iniciativas/5811.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Iniciativa que dispone aprobar la Ley de Datos Abiertos, 5 de agosto de 2021. https://www.congreso.gob.gt/detalle_pdf/iniciativas/5791#gsc.tab=0.

SENTENCIAS

SENTENCIAS DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA, Sentencia 1356-2006 de 11 de octubre de 2006. <https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/Expediente.aspx>.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA, Sentencia 2837-2006 de 15 de enero de 2008. <https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/Expediente.aspx>.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA, Sentencia 863-2011 de 21 de junio de 2011. <https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/Expediente.aspx>.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA, Sentencia 3552-2014 de 10 de febrero de 2015. <https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/Expediente.aspx>.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA, Sentencia 2014-2018 de 17 de enero de 2019. <https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/Expediente.aspx>.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA, Sentencia 561-2020 de 5 de mayo de 2020.

CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA, Sentencia 477-2020 de 21 de mayo de 2020. <https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/Expediente.aspx>.

REDES SOCIALES Y CONTROL JUDICIAL EN EL PERÚ

César Landa Arroyo*

INTRODUCCIÓN

Aristóteles decía que los humanos somos, por naturaleza, seres que necesitan de la interacción social continua para poder sobrevivir *-ubi homini, ibi societas-*. Así, durante toda la historia, hemos buscado formas por las que sea posible relacionarnos, comunicarnos y compartir intereses, tanto para nuestra supervivencia en comunidad como para nuestro entretenimiento. En la actualidad, en conjunto con la gran revolución que significó el advenimiento de internet a nuestras vidas, llegó un nuevo fenómeno que cambió por completo nuestra forma de vida: las redes sociales digitales. Estas se han popularizado rápidamente y se han convertido en parte del estilo de vida de la mayoría de la población mundial. Con dicha popularización también han salido a la luz graves problemas relacionados con los derechos de los internautas, debido a que los Estados no están debidamente preparados normativamente para lidiar con los problemas de una realidad tan compleja como la de la sociedad digital.

En consecuencia, en el presente artículo se analiza cuál es el estado del control judicial de las redes sociales en el Perú y su relación con los derechos fundamentales. Para ello, se mostrará cómo se manifiestan los derechos fundamentales en el entorno de las redes sociales y cómo actúa el Estado para protegerlos. Luego, se ahondará en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que versa sobre el fenómeno de las redes sociales y sobre algunos derechos relacionados con este, como la libertad de información y el derecho a la vida privada. Más adelante, se discutirá cuál es el rol del Estado frente a los discursos de odio y a las *fake news* ante dos contextos sociales en el Perú: la llegada de la pandemia del covid-19 y

* Ministro de Relaciones Exteriores del Perú. Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú. Expresidente del Tribunal Constitucional del Perú. Agradezco la colaboración de mi asistente de docencia Carlos Loayza. clanda@pucep.edu.pe.

las elecciones presidenciales de 2021. Finalmente, se verán cuáles son los riesgos de un crecimiento sin control de esta sociedad digital y de las estrategias que el Estado puede asumir para ordenarlo.

DERECHOS FUNDAMENTALES EN REDES SOCIALES Y ACTUACIÓN DEL ESTADO EN SU PROTECCIÓN

El crecimiento del fenómeno de internet y, de la mano con este, de las redes sociales, ha llevado al derecho a adaptar sus postulados a esta nueva realidad. Internet y las redes sociales se han convertido en parte de nuestra cotidianeidad, hasta el punto de que ya es imposible separar nuestra vida digital de nuestra vida “real”, debido a las repercusiones que tiene cada acción que emprendamos en redes sociales dentro de nuestra vida fuera de ellas.¹ Toda esta relación entre nuestra vida digital y nuestra vida real ha llevado a que sea necesario reforzar el entendimiento que se ha dado al uso de las redes sociales desde una perspectiva de los derechos fundamentales, en tanto estos últimos son también parte de nuestra vida diaria.

Antes de hacer un planteamiento sobre la relación entre redes sociales y derechos fundamentales, hace falta definir qué se entiende por red social y cómo se entiende dentro de internet. El concepto de red social se ha mantenido presente a lo largo de nuestra historia, puesto que relacionarse con otros seres humanos y crear grupos para el ejercicio de actividades en común o simplemente para compartir experiencias e intereses comunes es parte de su propia naturaleza relacional.² En ese sentido, como seres humanos, mostramos propensión a comunicarnos y a tender lazos con los demás a través de los temas que nos unen o, simplemente, a través de espacios geográficos comunes que nos llevan a generar interacciones entre nosotros.

Es de esa idea relacional de donde surge el concepto de red social digital, o también conocido como redes sociales en internet. Esta es solo una rama del mundo de las redes sociales que se manifiesta principalmente en el ámbito digital de nuestras vidas. Es debido al crecimiento del acceso a internet y, por consiguiente, a los dispositivos necesarios para acceder a él, que más de la mitad de la

1 M. Carbonell, *La vida en línea: El impacto de las redes sociales en todo lo que hacemos*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 10.

2 M. Rico Carrillo, “El impacto de internet y las redes sociales en el derecho a la libertad de expresión”, *Fronesis*, vol. 19, n.º 3, 2012, p. 334.

población mundial es usuaria activa de alguna red social digital.³ Este crecimiento sigue en alza, y todo indica que las redes sociales digitales no dejarán de crecer en tanto usuarios activos alrededor del mundo.

Dicho crecimiento ha venido de la mano con la posibilidad de considerar la existencia de nuevos derechos relacionados con la vida digital, hasta el punto de que algunos autores se atreven a hablar de una “cuarta ola” de derechos humanos relacionados con los derechos digitales.⁴ Este tratamiento diferente que se da al nuevo entendimiento de la vida digital desde una perspectiva de los derechos se debe, principalmente, a la distinta configuración que tiene la mayoría de estos derechos y a la falta de elementos de protección de estos en gran parte de los ordenamientos jurídicos.⁵ En ese sentido, que los derechos se desarrollen ahora en un aspecto distinto al físico conlleva también una adaptación del derecho a estos nuevos entornos de la sociedad, como, por ejemplo, internet y las plataformas que con él han despegado. Es allí donde se pueda hablar de internet como un nuevo derecho fundamental.⁶

Como se indicó previamente, el crecimiento de las redes sociales no viene solo, sino que trae consigo una serie de riesgos y actitudes que pueden resultar perjudiciales para los internautas. Como indica Sánchez, las redes sociales digitales se pueden convertir en una especie de Caballo de Troya: en apariencia de ser un hermoso regalo que nos permite una interconexión nunca antes pensada, pueden encerrarse elementos sumamente peligrosos para nuestra vida personal y en sociedad.⁷ Es entre toda esa serie de perjuicios potenciales que se ha observado la posibilidad de que se generen graves violaciones de los derechos fundamentales y de que estos se encuentren constantemente amenazados en su ejercicio dentro del entorno digital.

Uno de los derechos que más comprometido se ha visto con el crecimiento de las redes sociales digitales ha sido el derecho a la intimidad. La alta interconectividad y los avances que conlleva un fenómeno de interconexión como internet ha generado que se piense también en qué puede y qué no puede ser publicado

3 DataReportal, Digital 2022: global overview report, 2022. <https://datareportal.com/reports/digital-2022-global-overview-report>.

4 J. C. Riofrío, “La cuarta ola de derechos humanos: los derechos digitales”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 25, n.º 1, 2014, pp. 15-45.

5 *Ibid.*, p. 18.

6 C. Landa, “Contenido esencial del derecho fundamental al internet. Teoría y praxis”, en C. Landa (edit.), *Libro homenaje del Área de Derecho Constitucional por los 100 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, PUCP, DAD-CICAJ, 2019, p. 145.

7 F. Sánchez, “Redes sociales y responsabilidad social”, en R. del Prado (coord.), *Ética y redes sociales*, Tirant Humanidades, 2014, p. 248.

en un espacio tan grande como este y, más específicamente, en las redes sociales digitales. Es así como el concepto de intimidad ha mutado hasta el punto en que información que en el pasado podía considerarse como privada, hoy en día es estimada como “publicable”,⁸ todo esto desde una perspectiva informativa del derecho, entendida como lo que se quiere compartir o no. El derecho a la intimidad ya no es visto exclusivamente como el derecho a “ser dejado en paz”, como solía ser visto anteriormente, sino que a través de este derecho ahora se puede exigir con mayor facilidad el control de la información que los demás obtienen de nosotros y que, al final de cuentas, es de nuestra incumbencia.⁹

Otro derecho que ha visto alterado su contenido es la libertad de expresión, en tanto ha sido uno de los que más posibilidades de crecer ha tenido, gracias a la masificación de las redes sociales. Estas han permitido que todo el que lo desee tiene el micrófono a su disposición para expresar sus ideas cuando quiera y como quiera, con límites de por sí dudosos y difusos por naturaleza. En ese sentido, la posibilidad de tener una plataforma amplia, en la que la ciudadanía pueda expresar sus ideas y opiniones, ha traído tanto beneficios en el crecimiento de la democracia –vista como un mecanismo de discusión amplio dentro de la sociedad– como desventajas, por ejemplo, el hecho de que los espacios virtuales sin límites y sin filtros conllevan peligros serios en tanto faltan regulaciones a su conducta.

Asimismo, la libertad de información y su contenido han sufrido grandes modificaciones desde la masificación de las redes sociales. El contenido de este derecho se ha ampliado tanto, que en conjunto con las propias redes, la información también corre al instante y no se detiene en el camino, además de que tiene la capacidad de perdurar en cualquier tiempo y lugar para quien quiera que la busque.¹⁰ Por otro lado, los límites de quién puede ser considerado o no como un sujeto activo de este derecho se han difuminado, puesto que prácticamente cualquiera puede informar desde sus propias redes sociales e, incluso, ser considerado periodista por el solo hecho de abrir un canal de YouTube y compilar noticias y datos.

También el tratamiento de datos personales se ha visto seriamente impactado por la masificación de las redes sociales. La posibilidad no solo de manipular, sino de difundir datos sensibles acerca de las personas se ha intensificado hasta el punto de que estos datos pueden viralizarse en cuestión de minutos y llegar a

8 A. Castro, “Derecho a la intimidad en las redes sociales de internet en Colombia”, *Novum Jus*, vol. 10, n.º 1, 2016, p. 125. <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/1178/1165>.

9 J. J. López, “La utilización de medios técnicos de observación y vigilancia en la Lecrim (L.O 13/15)”, en J. J. López (dir.), *El derecho a la intimidad: nuevos y viejos debates*, Madrid, Dykinson, 2017, p. 111.

10 N. Castilla, *El gobierno global de la libertad de expresión en el ciberespacio*, Palestra Editores, 2019, p. 16.

miles de personas, lo que convierte cualquier daño generado en prácticamente irreparable. Asimismo, la dificultad que supone rastrear la proveniencia de la información –en especial, cuando se trata de datos filtrados por cuentas *fake* en redes sociales como Twitter o de cadenas de WhatsApp– hace complicado que se imputen responsabilidades. Siguiendo la misma línea, tampoco las grandes empresas se han visto exentas de problemas ligados al uso de los datos personales de sus consumidores. Escándalos recientes como el de Cambridge Analytica o la denuncia de Frances Haugen –ex CEO de Facebook– sobre el uso de datos personales por parte de dicha plataforma digital han puesto bajo la lupa el uso que las grandes redes sociales digitales dan a la información de miles de millones de personas alrededor del mundo y la necesidad de regular dicho uso.

En ese sentido, queda claro que la protección de los derechos fundamentales ya no solo se centra en un entorno totalmente físico, sino que también se ha trasladado al campo virtual y, en especial, a las redes sociales digitales. Tantas han sido las libertades ofrecidas por estos nuevos espacios que el sentido de responsabilidad tanto colectivo como personal que conllevaba su uso se ha visto seriamente comprometido. Por ello, es pertinente que el Estado emprenda acciones a través de reglamentos, leyes y otras herramientas que permitan evitar que muchos de los peligros expuestos anteriormente se materialicen. Lo propio es válido también para las instancias judiciales, las cuales deben considerar la importancia de los derechos fundamentales ante instancias y casos judiciales que involucren el ejercicio de los derechos y el acceso o uso de las redes sociales digitales.

Vale la pena pensar en que el uso de redes sociales digitales principalmente usadas como herramientas de difusión de contenido, como Facebook (hoy Meta), Twitter o Instagram, pase de la total autorregulación a un esquema en el que el Estado sienta criterios generales de uso de las redes sociales digitales; eso sí, evitando siempre que la regulación general se convierta en una regulación invasiva y censuradora, que comprometa seriamente la libertad tanto de las empresas como de sus usuarios. Siempre y cuando las herramientas del derecho se usen adecuada y razonablemente, ello no debería suponer problema.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE REDES SOCIALES Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Así como las redes sociales digitales han llegado a nuestras vidas para formar parte casi cotidiana de ellas, también han surgido problemas en su uso. Como es lógico, el Tribunal Constitucional ha expresado su posición constitucional acerca del uso de las redes sociales y su relación con otros derechos fundamentales.

A continuación, desarrollaremos algunos de los casos más representativos de los discutidos por el máximo intérprete de la Constitución.

a) Caso Iriarte Ahón (Exp. 00442-2017-PA/TC)

En el presente caso, el señor Erick Américo Iriarte Ahón presenta una demanda de amparo contra Pedro Cateriano Bellido, expresidente del Consejo de Ministros del Perú, con el objeto de que este último lo desbloquee de su cuenta personal de Twitter. El demandante asegura que la decisión de Cateriano de bloquearle el acceso a su cuenta ha vulnerado sus derechos a la libertad de información, de expresión y de acceso a la información pública, en tanto el señor Cateriano, comparte y emite datos e informes relevantes acerca de las actividades que son parte del ejercicio de su cargo.

Las diversas instancias anteriores al Tribunal consideraron que, al ser una cuenta personal del ministro, este tiene derecho a decidir a quién acepta dentro de ella y a quién no, lo que no significa limitación alguna a los derechos invocados por el demandante.

El Tribunal Constitucional desarrolla más a fondo la idea planteada por las instancias anteriores y precisa que “el hecho de que mediante [la cuenta] se transmita información que pueda ser de interés público no convierte dicha cuenta en una oficial o institucional”.¹¹ En caso de que esta hubiera sido una cuenta oficial de gobierno, posiblemente la consideración del Tribunal hubiera sido distinta. Pero, como nos encontramos ante una cuenta de carácter personal, no hay una limitación específica al derecho a la libertad de información y de acceso a la información. Lo propio sucede con el acceso a la cuenta personal, y diferencia claramente la información que proviene de cuentas personales y de cuentas oficiales de gobierno, pues considera que “los trinos emitidos en dichas cuentas (las cuentas personales) no son comunicaciones oficiales de la entidad pública a la que pertenecen”.¹²

Asimismo, el Tribunal también marca una línea entre lo que resulta ser una red social y una plataforma de contenido oficial de agencias que, a pesar de que esté dentro de la plataforma de la red social, sigue siendo ajena a la interacción social que conlleva una red como Twitter. En ese sentido, considera que “Twitter es, esencialmente, una red social. Que, eventualmente, incluya contenido oficial de agencias estatales no altera dicha esencia, –y, por tanto, el carácter voluntario de las interacciones que se den en ella”.¹³ Si bien plataformas como Twitter pue-

11 Tribunal Constitucional, Exp. 00442-2017-PA/TC, 15 de agosto de 2019, F. J. 13.

12 *Ibid.*, F. J. 17.

13 *Ibid.*, F. J. 20.

den servir para la difusión de información pública, no es su objetivo principal, en tanto su concepción básica está en ser plataformas para el intercambio de ideas y opiniones.

El Tribunal también ha sido claro con la interpretación hecha acerca de la libertad que tiene todo ciudadano de decidir si interactúa o no con alguna cuenta o, incluso, de la libertad de aceptar o no que alguien lo siga o tenga acceso a su *feed*. Se considera, en ese sentido, que “obligar a alguien a aceptar seguidores en su cuenta personal de Twitter [...] vulneraría su libertad personal”.¹⁴ Así, tampoco la Constitución permitiría forzar a nadie “a interactuar en redes sociales con quien no quiere”.¹⁵ La libertad de decidir sobre el uso que cada persona da a sus redes sociales se mantiene intacta.

Finalmente, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de amparo al no haber encontrado vulneraciones a los derechos fundamentales alegados por el demandante.

b) Caso Paucarcaja Mercado (Exp. 00943-2016-PA/TC)

En el presente caso, el señor Marco Antonio Paucarcaja Mercado interpone una demanda de amparo contra la empresa Emapa Huaral S. A., en tanto busca que se deje sin efecto el despido arbitrario que procedió en su contra y que, por lo tanto, sea repuesto en su puesto. El demandante considera que se ha vulnerado su derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones porque la razón principal de su despido fue una conversación de carácter privado mantenida en la red social Facebook entre su asistente y él en la que supuestamente compartía información de carácter reservado de la empresa.

El Tribunal, en ese sentido, indica que una prueba obtenida de una conversación privada dentro de redes sociales como Facebook puede resultar vulneratoria al derecho a la intimidad, y más aún si se trata de conversaciones obtenidas de las cuentas personales de –en este caso– los trabajadores, incluso si es que esta fuera obtenida de los equipos de cómputo propiedad de la empresa. Así, menciona que “al ser Facebook un medio de comunicación [externo] a los instrumentos que brinda el empleador [...], debe considerarse que cualquier intervención en las conversaciones privadas representa una vulneración del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones”.¹⁶

14 *Ibid.*, F. J. 15.

15 *Ibid.*, F. J. 19.

16 Tribunal Constitucional, Marco Antonio Paucarcaja Mercado, Exp. 00943-2016-PA/TC, 14 de julio de 2020, F. J. 33.

Asimismo, se considera para casos en los que se haga uso de cuentas institucionales creadas por la propia empresa para la comunicación interna o externa que los fines de la empresa merecen, las posibles vigilancias o monitoreo de las comunicaciones que de esa cuenta provengan deberán ser avisadas previamente por el empleador al trabajador para que puedan ser consideradas como válidas, así como de las posibles condiciones de uso de las cuentas de la empresa.¹⁷

Finalmente, a pesar del sentido de la ponencia, la mayoría de magistrados decidió declarar improcedente la demanda de amparo.

c) Caso Díaz Cieza y otra (Exp. 01341-2014-PA/TC)

En este caso, las señoritas Deyci Díaz Cieza y Mayra López Minaya presentan una demanda de amparo, pues consideran que se ha vulnerado su derecho a la intimidad, en tanto la Policía Nacional del Perú decidió pasarlas al retiro a través de un procedimiento administrativo sancionador, debido a que se filtraron fotos suyas en ropa interior y vistiendo el chaleco institucional de la Policía, hecho que se consideró como “acto indecoroso”.

El Tribunal Constitucional desarrolla en la sentencia la posibilidad de difundir imágenes íntimas de las personas sin su autorización en las redes sociales. Se considera, en ese sentido, que la difusión sin la autorización de la demandante conlleva una grave vulneración de su derecho a la intimidad, aparte de que las imágenes fueron tomadas en un ámbito estrictamente privado y no debieron pasar ese ámbito, a menos que la demandante así lo hubiera decidido.¹⁸ Entonces, si la propia persona no autoriza que cualquier información, imagen o dato sea compartido en redes sociales, este no podrá ser compartido en tanto no ha mediado consentimiento para que este pase a una nueva esfera de la intimidad de la persona. Es por ello, a su vez, que las pruebas obtenidas en el marco de vulneraciones del derecho a la intimidad –como la del presente caso– deben ser consideradas como pruebas ilícitas y no ser admitidas dentro del proceso.¹⁹

Finalmente, el Tribunal Constitucional declara fundada en parte la demanda.

d) Caso C.W.H.M. (Exp. 01071-2018-PHD/TC)

En este caso, el señor de iniciales C.W.H.M. presenta una demanda de *habeas data* en representación de su menor hija de iniciales C.H.R. contra el diario *La*

¹⁷ *Ibid.*, F. J. 29.

¹⁸ Tribunal Constitucional, Deyci Yanet Díaz Cieza y Otra, Exp. 01341-2014-PA/TC, 10 de marzo de 2020, FF. JJ. 14-15.

¹⁹ *Ibid.*, F. J. 16.

Verdad de Lambayeque, pues considera que se ha vulnerado el derecho a la intimidad en tanto el mencionado diario ha publicado en sus redes sociales una noticia que suministra datos sensibles acerca de un hecho traumático para su menor hija, los que ella quería mantener en su fuero personal. Lo que busca el recurrente en el presente caso es que el diario suprima parte de la información transmitida en sus redes sociales, en especial la relacionada con la identidad de la menor y del propio demandante.

Al respecto, el Tribunal analiza el importante rol de los medios de comunicación dentro de una sociedad democrática como la nuestra, pero que a su vez esa importancia conlleva riesgos intrínsecos a su ejercicio, pues “en una sociedad masificada, las imágenes, noticias u opiniones que potencialmente vulneren el honor, la intimidad y el derecho a la imagen propia pueden ser difundidas de manera inconmensurable”.²⁰ Se entiende, en ese sentido, que las redes sociales, parte de esta “sociedad masificada” que menciona el Tribunal, son medios por los que también pueden darse vulneraciones de derechos como los mencionados.

La situación de las redes sociales se vuelve de mayor cuidado cuando se trata de la protección de menores de edad, en especial ante contextos en los que se entiende que la exposición de sus datos personales puede resultar lesiva para su desarrollo. En ese sentido, el Tribunal indicó que “los medios [...] deben abstenerse de identificar o emitir las imágenes de los menores, lo que no supone que no se puedan emitir imágenes, siempre que de ellas no sea posible la identificación del menor”.²¹

Finalmente, el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda de *habeas data* y ordena que sean eliminados todos los datos que comprometan directa o indirectamente la identidad del demandante como de su menor hija.

e) Caso Urday Lozano (Exp. 00445-2018-PHC/TC)

En el presente caso, el señor Jesús Wilson Urday Lozano interpone una demanda de *habeas corpus* contra la Resolución de prisión preventiva impulsada contra su persona, en tanto considera que la decisión fue aprobada utilizando como pruebas la laptop, el celular y la cuenta de Facebook del demandante, lo que no fue autorizado por el demandante y lo que tampoco tuvo autorización alguna por parte de las autoridades pertinentes.

Es en el marco de la presente sentencia donde el Tribunal desarrolla los derechos relacionados con la vida privada de las personas frente a las nuevas

20 Tribunal Constitucional, C.W.H.M., Exp. 01071-2018-PHD/TC, 8 de febrero de 2021, F. J. 15.

21 *Ibid.*, 2021, F. J. 18.

tecnologías, y en ese marco reflexiona acerca de la influencia de las nuevas tecnologías en nuestra vida actual:

Este Tribunal es consciente de que el uso de las nuevas tecnologías da lugar a nuevas intromisiones en la vida privada que nos obligan a evaluar desde otra perspectiva la concepción de los derechos que la conforman (inviolabilidad de domicilio, intimidad, secreto de las comunicaciones, entre otros). [...] En el mundo actual, los avances tecnológicos conllevan una serie de nuevas situaciones que pueden implicar atentados contra nuestra propia privacidad [...]. [El] equilibrio entre efectividad en la investigación del delito y garantías del imputado debe ser respetado y salvaguardado por la justicia constitucional.²²

Finalmente, el Tribunal declara infundada la demanda, pues considera que es válido el uso de medios probatorios como los indicados para ser recabados en un proceso penal.

Como se ha estudiado en este apartado, el Tribunal Constitucional no ha dado gran importancia a la regulación ni al desarrollo de la vida digital dentro de las redes sociales en su jurisprudencia. Confiamos en que, poco a poco, se avance en su impulso, puesto que la cada vez mayor masificación en su uso tanto dentro como fuera del país va a llevar a pronunciamientos más contundentes y perfeccionados por parte del máximo intérprete constitucional.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA VIDA PRIVADA

Así como el Tribunal Constitucional se ha pronunciado recientemente acerca de los derechos digitales, ha desarrollado una línea jurisprudencial referente a los derechos a la libertad de información, al honor y a la vida privada. A continuación, se comentarán algunos de los casos más representativos en la materia:

a) Caso Magaly Medina (Exp. 6712-2005-HC/TC)

En el presente caso, la presentadora de televisión Magaly Medina y su productor Ney Orellana presentan una demanda de *habeas corpus*, al considerar que se estaba vulnerando su derecho a la libertad personal en tanto no se admitieron pruebas importantes relacionadas con el proceso que se seguía en su contra por

22 Tribunal Constitucional, Jesús Wilson Urday Lozano, Exp. 00445-2018-PHC/TC, 14 de enero de 2021, F. J. 29.

el caso de las “prostivedettes”, famoso en la televisión peruana, por la que se difundieron imágenes en el programa dirigido por Medina, que mostraban explícitamente a una de estas *vedettes* manteniendo relaciones sexuales con uno de sus colaboradores. Es por ello que Medina y Orellana fueron sentenciados a pena privativa de libertad.

El Tribunal aprovecha la discusión generada acerca de las pruebas y su validez en el caso para sintetizar conceptos e ideas concernientes a la libertad de información y a su relación con el derecho a la vida privada. En ese sentido, el Tribunal indica que el contenido esencial de la libertad de información está “en la veracidad de lo que se manifiesta, [lo que se refiere a] una actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como deber de diligencia, y a contextualizarla de manera conveniente”.²³ Entonces, la libertad de información no tutela que todo lo manifestado sea verdad, sino que sea verosímil. No hay un requisito expreso y tajante de demostrar todos y cada uno de los datos hasta el punto en que sea una verdad irrefutable, sino que se busca que haya la debida diligencia en el proceso y que los datos sean corroborados y no inventados.

Por otro lado, y como todo derecho, este también tiene límites. Estos se encuentran principalmente relacionados con el respeto al Estado democrático y social de derecho y a la condición de la libertad de información como uno de los grandes pilares de la democracia moderna en la que recibir información y tener una prensa vigilante es de suma importancia.²⁴ Así, algunos de los límites están en el respeto a la reputación, al honor y a la intimidad de los demás, todos considerados partes de la vida privada de las personas.

El derecho a la vida privada es considerado por el Tribunal desde un sentido positivo como parte del *right to be alone* (derecho a estar solo, en el sentido de “datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al conocimiento del sujeto mismo [...], y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño”).²⁵ Entonces, se ve considerado como aquellos aspectos de la vida personal que el sujeto no quiere que sean conocidos acerca de sí mismo y que prefiere mantener en su fuero interno o en un grupo cerrado y exclusivo de personas. Así, este derecho mantiene relación estrecha con la intimidad, en tanto los elementos infranqueables de la personalidad

23 Tribunal Constitucional, Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, Exp. 6712-2005-HC/TC, 17 de octubre de 2005, F. J. 35.

24 *Ibid.*, F. J. 36.

25 *Ibid.*, F. J. 38.

y el carácter del ser humano están considerados como partes contingentes e infranqueables de la existencia de la persona.²⁶

Más adelante, y ahondando en temas más específicos de la relación entre la libertad de expresión y el derecho a la vida privada, el Tribunal desarrolla el interés público necesario que justifica publicaciones sobre asuntos de índole personal. Aun así, dicho interés solo está justificado en casos en los que sea “esencial e imprescindible su acercamiento a una base razonable para el mejoramiento social y personal de los miembros de la colectividad”.²⁷ Así, parte del reconocimiento de este derecho está en la consideración de que no todos son personas públicas, sino que hay quienes no tienen proyección pública y que son personas simples y particulares cuya vida particular no tiene importancia. Incluso, el Tribunal analiza el ‘interés público’ y lo considera como lo que “implica una real y efectiva participación de los ciudadanos en la vida colectiva, en clara referencia a las materias relevantes para el proceso democrático de autogobierno”.²⁸

Finalmente, acerca de este tema, consideró que la prostitución clandestina no es estimada como dato periodístico de interés público y, menos aún, como un evento que genere la necesidad de exponer la vida privada de la afectada.

b) Caso Keith Mamani (Exp. 03485-2012-PA/TC)

En el presente caso, el señor Keith Carlos Enrique Mamani Ticona presenta una demanda de amparo, donde alega la vulneración de su derecho a la intimidad y a la vida privada, además de su derecho al debido proceso, en tanto se abrió al recurrente y a su pareja, la señora Lid Beatriz Gonzales Guerra, un proceso disciplinario generado por la difusión de un correo electrónico con un video manteniendo relaciones sexuales, grabado en un hotel sin el consentimiento de los recurrentes.

En este sentido, el Tribunal se pronuncia acerca del contenido del derecho a la intimidad y a la vida privada. Primero, el derecho a la intimidad es considerado como “aquel ámbito de la vida privada, donde la persona puede realizar los actos que crea conveniente para dedicarlos al recogimiento, por ser una zona alejada a los demás en que tiene uno derecho a impedir intromisiones”.²⁹ Es, entonces, aquella zona de la persona que se considera que es infranqueable por el poder político o por los propios ciudadanos. Este, a su vez, está dentro de la reserva de

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Ibid.*, F. J. 52.

²⁸ *Ibid.*, F. J. 57.

²⁹ Tribunal Constitucional, Keith Carlos Enrique Mamani Ticona y Lid Beatriz Gonzales Guerra, Exp. 03485-2012-PA/TC, 10 de marzo de 2016, F. J. 17.

lo que consideramos “materialmente reservado para lo más íntimo de la persona y de la familia, para los datos más sensibles”.³⁰

Ello guía, a su vez, la idea del derecho a la vida privada, considerado en la misma sentencia como “el derecho a un espacio más amplio de actuaciones reservadas o excluidas de intromisiones externas”.³¹ Este es un espacio de protección sobre el que el individuo tiene total soberanía para disponer o no de dicha información. Ello se ha masificado con el crecimiento de las redes de interacción social como una forma alternativa de comunicación, la que cada vez se debería regular más si se busca que las redes sociales digitales cumplan con su verdadero objeto. Así, dicho derecho también permite al sujeto controlar el flujo de la información que sale hacia el exterior acerca de sí mismo y el derecho de no ser invadido en ciertos ámbitos.³²

Es por ello que se decide declarar fundada la demanda, en tanto el Tribunal sí considera que existen lesiones contra los derechos fundamentales de la demandante mencionados en la parte inicial de esta.

c) Caso Máxima Acuña (Exp. 03882-2016-PHC/TC y Exp. 4038-2016-PHC/TC)

En este caso, la señora Máxima Acuña presenta una demanda de *habeas corpus* contra la empresa Minera Yanacocha SRL por vulnerar sus derechos a la libertad personal, a la vida privada y al libre tránsito, en tanto dicha empresa minera venía llevando a cabo una serie de acciones de amedrentamiento en su contra, como, por ejemplo, impedirle el paso fuera de su domicilio, a través de tranquearas y cercas de metal, lo que ha cortado sus vías de acceso al predio; sobrevolar drones en la zona de su vivienda o colocar una cámara de video vigilancia en contra de su voluntad en zonas que apuntan a su domicilio. Será el uso de drones y de la cámara de video vigilancia lo importante para el tema que nos interesa.

En ese sentido, el Tribunal desarrolla el derecho a la vida privada y lo asocia al *right to be alone* propio del derecho anglosajón, entendido como el espacio personal que el propio individuo considera infranqueable y cerrado para la colectividad, en el que el sujeto puede formarse a sí mismo a través del secreto. Así, este derecho se considera con tres ámbitos de protección:

... el primero, referido a la reserva de conocimiento por parte del sujeto mismo o de un grupo reducido, motivo por el cual se prohíbe el registro arbitrario; el segundo, vinculado al libre desenvolvimiento dentro de la esfera de la vida privada; y el

³⁰ *Ibid.*, F. J. 20.

³¹ *Ibid.*, F. J. 18.

³² *Ibid.*, F. J. 22.

último, referido a la protección durante la obtención, almacenamiento y utilización de la información personal.³³

Asimismo, acerca del uso de nuevas tecnologías –como los drones o las cámaras de seguridad–, el Tribunal ha considerado que el uso de esta clase de dispositivos no es inconstitucional, siempre y cuando no implique la vulneración de los derechos fundamentales, a menos que razones de necesidad pública, como la lucha contra la delincuencia, lo ameriten.³⁴

Finalmente, el Tribunal declara fundada en parte la demanda de amparo y ordena a la empresa minera Yanacocha abstenerse de realizar actos que vayan en contra del derecho a la vida privada y a la intimidad de la demandante, y ordena la desinstalación de las cámaras de seguridad que se encontraban en el perímetro del predio.

Como se observa, el Tribunal Constitucional ha hecho un desarrollo del derecho a la libertad de información y del derecho a la vida privada, aunque hace falta que se avance en jurisprudencia relacionada con la libertad de información en espacios digitales y de su relación con derechos, como la vida privada, ante el fenómeno de las redes sociales.

ROL DEL ESTADO FRENTE A LA PROPAGACIÓN DE DISCURSOS DE ODIO Y DE *FAKE NEWS*

Así como las redes sociales digitales han permitido que la interconexión dentro de la sociedad sea más amplia, también han brindado a los malintencionados una plataforma perfecta para compartir discursos de odio y *fake news*, en especial durante contextos sensibles para nuestra ciudadanía. Políticos y personajes con alta visibilidad social son quienes especialmente han aprovechado el crecimiento descontrolado de las redes sociales para difundir noticias falsas y promover el odio a través de sus comentarios.

Antes de comenzar, y para entender de mejor manera el panorama en el que nos encontramos, es importante definir lo que entendemos como discurso de odio y *fake news*.

Por un lado, el discurso de odio (o también llamado *hate speech*) es considerado como “una modalidad de delito de odio que consiste en cometer delitos que requieran para su apreciación la manifestación de algún tipo de discurso, ya sea

33 Tribunal Constitucional, Máxima Acuña Atalaya y Otro, Exp. 03882-2016-PHC/TC y Exp. 4038-2016-PHC/TC, 30 de julio de 2020, F. J. 15.

34 *Ibid.*, F. J. 19.

verbalmente o por escrito”.³⁵ Por lo general, estos delitos están relacionados con discursos que promueven abiertamente la xenofobia, la homofobia, el racismo y otras formas de discriminación a poblaciones en situación de vulnerabilidad, aunque también estos podrían estar relacionados con discursos en contra de la población en general, siempre y cuando tengan como propósito principal insultar o denigrar a los miembros de dicho grupo e incluso negarles el acceso a algunos derechos fundamentales.

Por otro lado, las *fake news* son un fenómeno nacido del empleo de las redes sociales como una herramienta que no solo sirve para la interacción, sino también para la recepción de información. Ese uso de las redes sociales para fines distintos de la comunicación interpersonal ha hecho que sea complicado para muchas personas identificar una noticia verdadera de una *fake news*, muy a pesar de las herramientas que han empleado las redes sociales recientemente para combatirlos. En ese sentido, el concepto contiene a aquellas noticias fraudulentas, información falsa, manipulada, adulterada, fabricada, sensacionalista, rumores, noticias viejas modificadas como actuales, etc.³⁶

Tanto el fenómeno del discurso de odio como el de las *fake news* han crecido de manera preocupante en el Perú durante los últimos dos años, en especial por dos eventos que generaron su explosión: la aparición y crecimiento de la pandemia del covid-19 y la consecuente vacunación, y las elecciones presidenciales de 2021.

En primer lugar, acerca de la pandemia del covid-19, una serie de noticias falsas empezaron a circular en las redes sociales acerca de la enfermedad generada por el virus, su tratamiento, sus efectos y lo que sucedería a futuro con esta. La necesidad de información de la comunidad era tan grande que incluso estaban dispuestos a confiar hasta en la información que estuviera más a la mano o que proviniera de personas conocidas como la lista cercana de contactos.³⁷ Lo interesante es que esta información provenía no solo de estas “cadenas” de WhatsApp, sino que era compartida por personajes públicos o notorios por sus redes sociales personales. Por ejemplo, el excandidato presidencial Rafael López Aliaga, quien aseguraba en sus redes sociales personales que el uso de mascarilla ya no era indispensable para su caso, puesto que ya había tenido covid-19 y, por lo tanto,

35 R. de Vicente, *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 39.

36 M. Parreira do Prado, “La proliferación de las ‘fake news’ y sus algoritmos daña la cultura democrática”, *Ámbitos. Revista Internacional de Comunicación*, n.º 45, 2019, pp. 89-106.

37 M. Palomino, M. Lovón y R. Arellanos, “La red sanitaria y su participación en la difusión o contención de las *fake news* y bulos relacionados con la covid-19: el caso de Lima-Perú”, *Chasqui. Revista Latinoamericana de Comunicación*, n.º 145, 2020, p. 92.

había generado anticuerpos contra la enfermedad,³⁸ lo que ha sido desmentido por la OMS en diversas ocasiones. Asimismo, recientemente, una pareja de *influencers* publicó en sus redes sociales la información y el contacto para comprar una máquina regeneradora de células dañadas por el covid-19 como un método de “medicina alternativa”, aunque este tipo de métodos hayan sido rechazados con firmeza por la OMS.³⁹

Lo propio ha sucedido con la propagación de noticias acerca del proceso de vacunación y de la eficacia de las vacunas contra el covid-19. Por ejemplo, el exalcalde de Lima y otrora empresario Ricardo Belmont indicó en un video colgado en su cuenta de Facebook que la vacuna causa esterilidad y que, por ello, no es recomendable ponérsela.⁴⁰

En segundo lugar, las elecciones presidenciales del año 2021 llevaron a una cadena inmensa de propagación de noticias falsas y de discursos de odio por parte de algunos candidatos a la presidencia, al Congreso de la República y de sus militantes y partidarios. Uno de estos personajes fue el candidato presidencial Rafael López Aliaga, quien, a través de su cuenta personal de Twitter, utilizó una estrategia basada en las teorías de la conspiración y en el discurso de odio contra los opositores para, así, ganar adeptos a su “Guerra Santa” contra el “nuevo orden marxista”. En ese sentido, López Aliaga asegura, por ejemplo, que la inseguridad ciudadana está directamente relacionada con el flujo migratorio venezolano, por lo que se debe “expulsar” de inmediato a todos los ciudadanos venezolanos “que nos asaltan todos los días”.⁴¹ Esto último es una muestra de un discurso de odio, pues incentiva claramente al fanatismo a través de la asunción de características socialmente inaceptables a un grupo vulnerable (los migrantes), para, así, legitimar su propio discurso.

Lo propio se ha generado con la excandidata presidencial de Fuerza Popular Keiko Fujimori y de grupos autodenominados de “extrema derecha”, quienes propugnaron la narrativa de un supuesto “fraude en mesa” a través de sus redes sociales, con el apoyo de una gran cantidad de políticos y personajes públicos.

38 ATuSalud, “Es falso que una persona que tuvo la covid-19 no necesite mascarilla”, 22 de marzo de 2022. <https://atusalud.pe/es-falso-que-una-persona-que-tuvo-la-covid-19-no-necesite-mascarilla-nid-315>.

39 Infobae, “Jesús Alzamora y su esposa María Paz son investigados por Indecopi por publicitar presunta empresa antivacuna”, 2022. <https://www.infobae.com/america/peru/2022/01/14/indecopi-abre-investigacion-a-jesus-alzamora-y-su-esposa-por-publicitar-empresa-antivacuna/>.

40 R. Belmont, *Hay dos opciones en el 21. “Patriotas vs. antipatriotas” lo demás es cuento. Se repite la historia en el Bicentenario!!!*, 2020. Video. <https://www.facebook.com/watch/?v=379173169783595>.

41 O. Castilla, E. Cabral y A. Cucho, “Conspiración, desinformación y odio: un recorrido por el discurso de Rafael López Aliaga”, *Ojo Público*, 2021. <https://ojo-publico.com/especiales/conspiracion-desinformacion-odio-en-discurso-de-rafael-lopez-aliaga/>.

Estos personajes compartían información falsa acerca de actas supuestamente adulteradas y de todo un mecanismo de mentiras que apuntaba a sembrar la duda acerca del resultado electoral entre la población. Finalmente, nunca se pudo probar el más mínimo indicio de un fraude que pudiera llevar a la anulación de las elecciones.

Ante ambos escenarios, el Estado, a través de sus instituciones, emprendió acciones que pudieran hacer frente a estas campañas. Acerca de las vacunas, llevó a cabo una serie de campañas, vía las redes sociales del Ministerio de Salud, de la Presidencia, del Consejo de Ministros y de las dependencias regionales encargadas del sector salud, alrededor de todo el país. Estas campañas contenían infografías, videos, imágenes y mensajes de personajes públicos que incentivaban a la vacunación y a la consulta frecuente de las redes sociales oficiales del Estado para evitar caer en las *fake news*. Asimismo, las autoridades estatales estuvieron activamente compartiendo información sobre la vacunación y los cuidados sanitarios en sus cuentas personales de redes sociales.

Por otro lado, acerca de la desinformación proveniente de las elecciones, el Tribunal de Honor del Jurado Nacional de Elecciones fue el ente encargado de llamar a la cordura a los candidatos cuando hacían declaraciones con discursos de odio intrínsecos, así como también la Defensoría del Pueblo y los medios de comunicación social independientes, como el diario *La República*. Si bien esto ayudó a calmar las aguas, no fue efectivo para sancionar los discursos de odio y la desinformación propagada por los actores políticos durante el proceso de elecciones. Incluso la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) inició una amplia campaña en redes sociales para desmentir todas y cada una de las afirmaciones falsas que se iban haciendo durante el proceso de conteo de votos y de resolución de las impugnaciones de actas.

Aunque el trabajo en redes para desmentir afirmaciones falsas fue bueno, no es suficiente limitarse a desmentir afirmaciones, sino que es necesario que el Estado sancione la difusión de *fake news* y de discursos de odio con más firmeza que la que muestra actualmente. No es suficiente un modelo de autorregulación de las empresas que ofrecen el servicio de una red social, sino que también hace falta un régimen de sanciones razonable y proporcional a los casos, que sea cumplido en la realidad y que sancione actos como los narrados.

RIESGOS DEL CRECIMIENTO SIN CONTROL DE LA SOCIEDAD DIGITAL PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL ESTADO DE DERECHO

Como se indicó anteriormente, el crecimiento del fenómeno de las redes sociales trajo consigo no solo ventajas y beneficios, sino también grandes riesgos y desafíos que solucionar para que el funcionamiento del mundo digital no sea potencialmente contradictorio con la regulación de los derechos fundamentales y del Estado de derecho en nuestro país. En ese sentido, se discutirán a continuación dos puntos que consideramos deben ser discutidos a la brevedad para una mejor regulación de las redes sociales en el Perú.

Algoritmos, inteligencia artificial y la necesidad de regular el desarrollo algorítmico

Dentro del funcionamiento y desarrollo de internet se han brindado nuevas herramientas que han permitido facilitar nuestro estilo de vida significativamente. La automatización y predictibilidad de muchas transacciones, movimientos, acciones y procesos que realizamos en la web se han convertido no solo en una ayuda, sino también en un problema que hay que vislumbrar, en tanto la regulación existente acerca de los algoritmos y la inteligencia artificial –como herramientas que permiten la automatización indicada– es casi inexistente.

En primer lugar, podemos definir la inteligencia artificial como la “capacidad de las máquinas para simular la capacidad de entender, aprender, razonar y actuar para resolver situaciones específicas o interactuar con procesos y personas”.⁴² Es por ello que la inteligencia artificial se convierte en una herramienta útil para los procesos llevados a cabo dentro del mundo virtual, pues otorga a las máquinas capacidades que les permiten comportarse como un organismo inteligente capaz de continuar con el razonamiento cíclico necesario para un proceso. Este mantiene una estrecha relación con los derechos fundamentales, en tanto estos sirven como garantías de protección a las personas en el caso de que el desarrollo pueda vulnerar principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad de los usuarios.

En segundo lugar, los algoritmos han permitido que nuestra vida se simplifique a niveles nunca antes pensados, pues han logrado que procesos que antes requerían un gran esfuerzo, ahora estén automatizados. Aun así, como ya se ha de entender, los algoritmos no funcionan por sí solos. Estos precisan de seres humanos que interactúen con ellos para que los procesos automatizados y sus

42 H. Miranda Bonilla, “Algoritmos y derechos humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 71, n.º 280, 2021, p. 707.

herramientas funcionen. Por ello, es importante regular dicha interacción entre el algoritmo y el ser humano para que no se generen riesgos potenciales para los derechos fundamentales, pues, al final de cuentas, lo que importa no es el algoritmo en sí, sino su diseño, implementación y aplicación como obra de la acción e interacción humana.⁴³

En cuanto al diseño e implementación de algoritmos, este debe ser realizado de tal forma que no implique un riesgo a la dignidad de las personas y hacia sus derechos fundamentales. Es decir, que el funcionamiento del algoritmo no empuje inconscientemente a la persona a tomar decisiones que vayan contra sus propios derechos o que lo expongan a situaciones riesgosas.

En ese sentido, la relación que los algoritmos tienen con los derechos fundamentales es amplia. Desde el ejercicio de los principales derechos procesales hasta otros derechos, como la libertad de expresión e información, la privacidad de la información propia, el trabajo y demás, están relacionados directamente con los algoritmos y sus manifestaciones en la esfera virtual.⁴⁴ Es necesario, entonces, que el Estado empiece con regulaciones específicas al desarrollo de los algoritmos dentro del país, poniendo límites a su uso y explotación y sancionando programaciones algorítmicas malintencionadas o que vulneren directamente los derechos fundamentales.

Responsabilidad de las plataformas digitales y los Estados

Con las restricciones generadas por la pandemia del covid-19 han aparecido una gran cantidad de plataformas digitales, cuyo principal objeto ha sido la satisfacción de las necesidades del mercado económico dentro del mundo virtual, tanto de venta de productos como de prestación de servicios, de atención al cliente y demás. Gran parte de la vida presencial tuvo que migrar hacia el entorno virtual para evitar una paralización obligada por las restricciones sanitarias.

Las diversas plataformas funcionan de distintas maneras. Algunas funcionan con pago en línea (es decir, con plataformas para insertar los datos de una tarjeta de débito o de crédito), otras también funcionan con Google Ads (es decir, gracias a la publicidad que Google transmite en la página), otras funcionan como plataformas educativas, entre muchos otros modelos.⁴⁵ Por dicha variedad es en extremo importante que el Estado regule su utilización y brinde a los consumi-

43 C. Landa, "Constitución, derechos fundamentales, inteligencia artificial y algoritmos", *Themis. Revista de Derecho*, n.º 79, 2021, p. 40.

44 *Ibid.*, pp. 40-47.

45 E. Vega, "¿Qué es una plataforma digital y qué tipos existen?", *Diario Gestión*, 2021. <https://gestion.pe/tendencias/que-es-una-plataforma-digital-y-que-tipos-existen-noticia/?ref=gesr>.

dores la tranquilidad de que no habrá excesos dentro de estas plataformas, con mayor razón cuando se tratan datos personales que incluso pueden pertenecer a la esfera privada de la persona (por ejemplo, su número de tarjeta, sus datos de contacto u otros datos íntimos).

Finalmente, es preciso que, como se ha mencionado, el Estado priorice la regulación adecuada de las plataformas digitales ofrecidas en la web, puesto que los derechos fundamentales de los consumidores de estas plataformas están protegidos no solo en la Constitución, sino en un conjunto de instrumentos regionales y universales de protección de los derechos humanos.

CONCLUSIONES

Las redes sociales digitales irradian casi todo el espectro de nuestras vidas, de tal forma que se ha vuelto indispensable pensar en una regulación adecuada, tanto normativa como judicial, para este fenómeno. Desde un punto de vista normativo, no se ha avanzado demasiado en el tratamiento de la regulación de las redes sociales digitales ni de las particularidades que estas tienen en el ejercicio de varios de los derechos fundamentales, por lo que es imperativo que las instancias jurisdiccionales hagan un mayor desarrollo de estos derechos en cuanto tengan la oportunidad. Pero, desde un punto de vista puramente legal, es oportuno avanzar en regulaciones para el uso de las redes sociales digitales, de los fenómenos del discurso de odio y de las *fake news*, y de la gestión de los algoritmos e inteligencia artificial. En una sociedad interconectada como la nuestra, dichas regulaciones deberían ser tratadas como asuntos prioritarios por el potencial daño a los derechos fundamentales, porque un esquema de total desregulación viene afectando dichos derechos de todas las personas y, en particular, de las nuevas generaciones.

BIBLIOGRAFÍA

ATUSALUD, “Es falso que una persona que tuvo la covid-19 no necesite mascarilla”, 22 de marzo de 2022. <https://atusalud.pe/es-falso-que-una-persona-que-tuvo-la-covid-19-no-necesite-mascarilla-nid-315>.

BELMONT, R., *Hay dos opciones en el 21. “Patriotas vs. antipatriotas” lo demás es cuento. Se repite la historia en el Bicentenario!!!*, 2020. Video. <https://www.facebook.com/watch/?v=379173169783595>.

CARBONELL, M., *La vida en línea: El impacto de las redes sociales en todo lo que hacemos*, Tirant lo Blanch, 2016.

- CASTILLA, N., *El gobierno global de la libertad de expresión en el ciberespacio*, Palestra Editores, 2019.
- CASTILLA, O., E. Cabral y A. Cucho, “Conspiración, desinformación y odio: un recorrido por el discurso de Rafael López Aliaga”, *Ojo Público*, 2021. <https://ojo-publico.com/especiales/conspiracion-desinformacion-odio-en-discurso-de-rafael-lopez-aliaga/>.
- CASTRO, A., “Derecho a la intimidad en las redes sociales de internet en Colombia”, *Novum Jus*, vol. 10, n.º 1, 2016, pp. 113-133. <https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/1178/1165>.
- DATAREPORTAL, *Digital 2022: global overview report*, 2022. <https://datareportal.com/reports/digital-2022-global-overview-report>.
- DE VICENTE, R., *El discurso del odio. Análisis del artículo 510 del Código Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- INFOBAE, “Jesús Alzamora y su esposa María Paz son investigados por Indecopi por publicar presunta empresa antivacuna”, 2022. <https://www.infobae.com/america/peru/2022/01/14/indecopi-abre-investigacion-a-jesus-alzamora-y-su-esposa-por-publicar-empresa-antivacuna/>.
- LANDA, C., “Contenido esencial del derecho al fundamental al internet. Teoría y praxis”, en C. LANDA (edit.), *Libro homenaje del Área de Derecho Constitucional por los 100 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, PUCP, DAD-CICAJ, 2019.
- LANDA, C., “Constitución, derechos fundamentales, inteligencia artificial y algoritmos”, *Themis. Revista de Derecho*, n.º 79, 2021, pp. 37-50.
- LÓPEZ, J. J., “La utilización de medios técnicos de observación y vigilancia en la Lecrim (L.O 13/15)”, en J. J. LÓPEZ (dir.), *El derecho a la intimidad: nuevos y viejos debates*, Madrid, Dykinson, 2017.
- MIRANDA BONILLA, H., “Algoritmos y derechos humanos”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 71, n.º 280, 2021, pp. 705-732.
- PALOMINO, M., M. Lovón y R. ARELLANOS, “La red sanitaria y su participación en la difusión o contención de las *fake news* y bulos relacionados con la covid-19: el caso de Lima-Perú”, *Chasqui. Revista Latinoamericana de Comunicación*, n.º 145, 2020, pp. 89-108.
- PARREIRA DO PRADO, M., “La proliferación de las ‘*fake news*’ y sus algoritmos daña la cultura democrática”, *Ámbitos. Revista Internacional de Comunicación*, n.º 45, 2019, pp. 89-106.
- RICO CARRILLO, M., “El impacto de internet y las redes sociales en el derecho a la libertad de expresión”, *Fronesis*, vol. 19, n.º 3, 2012, pp. 331-349.
- RIOFRÍO, J. C., “La cuarta ola de derechos humanos: los derechos digitales”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 25, n.º 1, 2014, pp. 15-45.

- SÁNCHEZ, F., “Redes sociales y responsabilidad social”, en R. DEL PRADO (coord.), *Ética y redes sociales*, Tirant Humanidades, 2014, pp. 229-250.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, Exp. 6712-2005-HC/TC, 17 de octubre de 2005.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Keith Carlos Enrique Mamani Ticona y Lid Beatriz Gonzales Guerra, Exp. 03485-2012-PA/TC, 10 de marzo de 2016.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Erick Américo Iriarte Ahón, Exp. 00442-2017-PA/TC, 15 de agosto de 2019.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Deyci Yanet Díaz Cieza y Otra, Exp. 01341-2014-PA/TC, 10 de marzo de 2020.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Marco Antonio Paucarcaja Mercado, Exp. 00943-2016-PA/TC, 14 de julio de 2020.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Máxima Acuña Atalaya y Otro, Exp. 03882-2016-PHC/TC y Exp. 4038-2016-PHC/TC, 30 de julio de 2020.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Jesús Wilson Urday Lozano, Exp. 00445-2018-PHC/TC, 14 de enero de 2021.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, CWHM, Exp. 01071-2018-PHD/TC, 8 de febrero de 2021.
- VEGA, E., “¿Qué es una plataforma digital y qué tipos existen?”, *Diario Gestión*, 2021. <https://gestion.pe/tendencias/que-es-una-plataforma-digital-y-que-tipos-existen-noticia/?ref=gesr>.

ESTADO DE DERECHO, REDES SOCIALES Y CONTROL JUDICIAL EN URUGUAY

Martín Riso Ferrand*

INTRODUCCIÓN

A los efectos de cumplir con las pautas establecidas para la presente publicación, se comenzará procurando definir el marco teórico conceptual de las cuestiones comprendidas en el título, para pasar luego a ciertas realidades o particularidades de la regulación y jurisprudencia uruguaya.

La información, la posibilidad de acceder a ella y la discusión sobre los temas siempre fue una de las bases de un sistema democrático. A su vez, este ha sido uno de los problemas más recurrentes del Estado de derecho. En las últimas décadas, los avances y cambios tecnológicos han impactado fuertemente en esto; a veces, en forma positiva, y otras, generando muchos problemas. Las plataformas (Facebook, Twitter, Instagram, etc.), con su enorme poder, han alterado las reglas de juego, la posverdad complejizada por las *fake news*, los algoritmos, las burbujas digitales, entre otras herramientas, propician un entorno novedoso para el Estado de derecho y para los derechos humanos.

Pero si bien son muchos los beneficios de estos desarrollos, rápidamente se advirtieron los problemas que derivaban de ellos. A veces, eran problemas antiguos que se reproducían y potenciaban con la tecnología y, en otras ocasiones, eran dificultades nuevas de muy difícil evaluación.

Los cambios generaron, como siempre, dificultades y muchos temores. Cuando se produjo el *brexit* y cuando Donald Trump ganó las elecciones de 2016,¹ muchos buscaron explicaciones a algo que consideraban imposible que ocurriera y

* Profesor titular de Derecho Constitucional en grado y posgrado, Universidad Católica del Uruguay. mrisso@ucu.edu.uy.

1 Sophia A. MacClennen, "All 'fake news' in not equal", en Melissa Zimdarts y Kembrew McLeod, *Fake news. Understanding media and misinformation in the digital era*, Cambridge, Massachussets, The MIT Press, 2020, p. 315.

algunos apuntaron contra las redes, la posverdad (no olvidemos a Cambridge Analítica), las *fake news*, las burbujas digitales, los algoritmos, las NFM (*news finds me*, o las noticias me siguen sin necesidad de buscarlas), etc. Hoy, el problema no es la falta de alfabetización del ciudadano, sino la falta de alfabetización digital. Hay una minoría que puede moverse en las redes, buscar información y distinguir las noticias serias de las noticias falsas, y una gran mayoría que cree estar informada, pero no solo no lo está, sino que muchas veces maneja información absolutamente falsa y son constantemente manipulados sin que lo sepan.

Además, las plataformas digitales han generado nuevos centros de poder como, por ejemplo, Facebook o Twitter, que se transforman en los árbitros de la información que recibe cada uno con el uso de algoritmos y manipulación de la información.

Esta realidad presenta múltiples problemas y variantes, pero esta investigación se enfocará en una aproximación al rol y deber de los Estados con respecto a la protección de la democracia y los presupuestos fundamentales del Estado de derecho en la esfera digital. La cuestión central es saber hasta dónde va y debe ir el control de la extensión y difusión de la información a través de las redes sociales por parte del Estado.

Para su análisis se procederá, en primer lugar, a examinar algunos conceptos técnicos o relacionados que requieran claridad para poder profundizar en esta cuestión y, luego, se procurará responder las siguientes preguntas: ¿Cuál es el riesgo que la realidad digital presenta sobre los principios del Estado de derecho y los derechos humanos? ¿Cuáles son los principales retos que las autoridades enfrentan con relación a la libertad de comunicación de pensamiento, acceso a la información, derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen? ¿Cómo se deben manejar conceptos y realidades tales como posverdad, *fake news*, burbujas digitales, algoritmos, influencia de las grandes plataformas?

Tres precisiones iniciales resultan imprescindibles, pese a ser muy obvias.

La primera, que el tema en análisis es básicamente interdisciplinario. Se requieren perspectivas y metodologías psicológicas, sociológicas, políticas, éticas, educacionales, económicas o empresariales, técnicas (propias de las nuevas tecnologías) y, luego, la perspectiva jurídica deberá apoyarse en todas las anteriores y trabajar con ellas para llegar a las mejores soluciones. En este trabajo deberán tomarse algunas bases no jurídicas para poder avanzar, aunque sin profundizar en ellas. Esto es a cuenta de un trabajo más profundo y completo.

En segundo lugar, este tema, además de cambiante por los rápidos avances tecnológicos, es sumamente amplio, por lo que deberé elegir algunos aspectos para tratar, procurando apuntar a aquellos que son más relevantes desde el punto de vista jurídico.

Por último, se utilizarán las expresiones “realidad digital” o “cambios digitales” para referir genéricamente a una nueva realidad enmarcada y asociada a internet, las grandes plataformas, conceptos viejos ahora potenciados (como la posverdad o las noticias falsas) o nuevos elementos que aparecen con una clara dificultad para comprenderlos como los algoritmos.

LOS AVANCES TECNOLÓGICOS Y SUS CONSECUENCIAS RELEVANTES PARA ESTE ESTUDIO

Como adelanté, dentro de un tema tan vasto, es necesario tomar decisiones sobre cuáles son los aspectos más relevantes desde el punto de vista jurídico. Esto no significa despreciar otros problemas, sino simplemente una opción para los efectos de este trabajo.

En este esquema se abordarán, brevemente, la noción de posverdad y ciertos elementos asociados a ella, como las *fake news*, las burbujas digitales, la noción de *news finds me* (las noticias me encuentran o NFM) y el uso de algoritmos.

La posverdad

Si se *googlea* la expresión “*You can not handle de truth*” aparecerá la imagen del actor Jack Nicholson, con el uniforme del ejército de Estados Unidos, respondiendo con esa frase a la pregunta de un abogado que le exigía que dijera la verdad. Y esto nos lleva a un problema que no puede ser desarrollado en profundidad en este trabajo sobre qué grado de verdad puede manejar un ciudadano o incluso qué grado de verdad desea. A veces, la realidad es demasiado dura para querer acercarse a ella en estado de pureza. Por ejemplo, el caso Watergate fue muy difícil de digerir para muchos estadounidenses, en especial para los miembros del Partido Republicano, y también hubo dificultades para reconocer que las afirmaciones del Gobierno de los Estados Unidos de que se estaban fabricando armas químicas en Irak eran falsas.

Algunos autores señalan que la expresión posverdad se acuñó en la guerra del Golfo, pero, posiblemente, fue Steve Tesich quien la usó por primera vez en su texto “Un gobierno de mentiras”, publicado en *The Nation*, en 1992. En este artículo se señalaban algunos hitos de la historia reciente de Estados Unidos que demostrarían que los ciudadanos comenzaron, a veces, a evitar enfrentarse a ciertas verdades y prefieren que el Gobierno les ahorre el mal trago. Se busca que el Gobierno los proteja.² El pueblo libremente habría decidido vivir en un

2 Carola Lustig, Francisco Olego y Tomás Olego, “Campañas y medios en democracias en desarrollo. Efectos del primer debate presidencial en la elección argentina de 2015”, *Revista Mexicana de Opinión*

mundo de posverdad.³ Esta no se refiere a algo posterior a la verdad, como ocurre cuando hablamos de posguerra, por ejemplo, sino simplemente a algo distinto, en que se renuncia a la búsqueda de la verdad y voluntariamente se opta por hechos ya filtrados y teñidos de color.

La Real Academia define así posverdad: “Distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales. Los demagogos son maestros de la posverdad”.

La distinción entre lo verdadero y lo falso no es solo que algo sea cierto y otra cosa no, sino que para la elección entre lo verdadero y lo falso se ha pasado de mecanismos sociales de convalidación a las preferencias individuales e ideas preconcebidas.⁴ En cierta forma, se parte de qué se acepta y qué se rechaza. No es que se desconozcan los hechos, sino que están altamente politizados.⁵ Se ha hablado de relativismo frente al hecho de que la sociedad parece cuestionar la existencia de verdades, como si cada afirmación, incluso la corroborada por la ciencia o experiencia, pudiera ser contrapuesta a otras en sentido contrario con igual validez, independientemente de que en su origen existiera una motivación manipuladora. Lo peor es que pareciera que cuando el usuario encuentra información que refuerza su previo punto de vista deja de buscar:⁶ ¿para qué seguir buscando?

La posverdad no solo responde al deseo, consciente o inconsciente, de que la verdad sea endulzada o teñida de colores, sino que es frecuente que aparezcan otros conceptos, por ejemplo: a) lealtades o simpatías políticas, partidarias, ideológicas, filosóficas, religiosas, etc., por lo que se desea, se busca y se cree en una posverdad consecuente y adaptada a dichas lealtades y simpatías; b) preferencias por las que confirman mis opiniones o ideas previas; c) deseo por lo sencillo y rápido; d) la adicción de muchos a las teorías conspirativas que dan mucho sabor a la realidad.

Sin duda, esto siempre existió, siempre hubo filtros, pero hoy se encuentra potenciado por la tecnología y se ponen en evidencia cosas insólitas. Por

Pública, n.º 24, pp. 95-111. <https://doi.org/10.22201/fcpys.24484911e.2018.24.61606>.

3 Raúl Rodríguez-Ferrándiz, “Posverdad y *fake news* en comunicación política: breve genealogía”, *Profesional de la Información*, vol. 28, n.º 3, 2019, p. 2. <https://doi.org/10.3145/epi.2019.may.14>.

4 Mark Andrejevic, “The political function of fake news. Disorganized propaganda in the era of automated media”, en Zimdarts y McLeod, *op. cit.*, p. 21.

5 Johan Farkas, “A case against the post-truth era: revisiting Mouffe critique of consensus based democracy”, en Zimdarts y McLeod, *op. cit.*, p. 49.

6 João Figueira y Silvio Santos, “Percepción de las noticias falsas en universitarios de Portugal: análisis de su consumo y actitudes”, *Profesional de la Información*, vol. 28, n.º 3, 2019, p. 6. <https://doi.org/10.3145/epi.2019.may.15>.

ejemplo, pese a todos los videos y pruebas disponibles, hay quienes creen que, el 6 de enero de 2021, los manifestantes favorables a Trump fueron pacíficamente a dialogar con el personal de seguridad en torno al Capitolio y que fueron agredidos por los policías. Es increíble: todo puede ser cambiado o negado, pese a la clara evidencia que existe en contrario. La verdad, la prueba, la evidencia ya no son tan importantes.

Esta posverdad se retroalimenta, potenciada por los avances tecnológicos, al menos, con tres cosas: a) *fake news*, b) burbujas digitales y la creencia de que las noticias siguen o encuentran al individuo sin necesidad de ser buscadas (NFM), y c) con el uso de los algoritmos.

Fake news

Las *fake news* se distinguen de las noticias falsas por su propósito. Rodríguez ofrece varios conceptos: a) *Collin Dictionary*: define las *fake news* como “información falsa, a menudo sensacional, difundida bajo el disfraz de noticia”; b) *Cambridge Dictionary*: “historias falsas que parecen ser noticias, difundidas en internet o usando otros medios, generalmente creadas para influir en puntos de vista políticos o como una broma”; c) Informe de Reuters de 2017: “noticia que se inventa para ganar dinero o desacreditar a otros”; d) *Oxford Institute for the Study of Computational Propaganda*: “información engañosa o incorrecta, que pretende ser una noticia real sobre política, economía o cultura”.⁷ Algunos autores agregan una variante de posverdad que implica la manipulación de una noticia auténtica con afán humorístico, en un marco que pretende asegurarse que es percibido el tono satírico o paródico. Recuerda el caso de Cambridge Analytica, cuando *The New York Times* y *The Observer* destaparon que habían accedido a decenas de millones de perfiles de Facebook, en ambos lados del Atlántico.⁸

Las *fake news* se distinguen de las noticias erróneas brindadas de buena fe y conforme con fuentes confiables. Las primeras persiguen el engaño y se definen por su propósito.

Siempre existieron mentiras⁹ (la demagogia se basa en mentiras o distorsiones de la realidad, así como las sátiras¹⁰ de Benjamin Franklin y Mark Twain),¹¹

7 Rodríguez-Ferrándiz, *op. cit.*, p. 4.

8 *Ibid.*, p. 6.

9 Recuérdese la Guerra de los Panfletos del siglo XVI que se basó en textos no contrastados, adictivos, equívocos o directamente falsos. En aquellos tiempos aparece el “*si non e vero e molto ben trovato*”.

10 Claire Wardle, “Journalism and the news information ecosystem. Responsibilities and challenges”, en Zimdarts y McLeod, *op. cit.*

11 Kembrew McLeod, “A prehistory of fake news in America”, en Zimdarts y McLeod, *op. cit.*, pp. 263 y ss.

pero, en nuestros días, la difusión y eficacia de las mentiras toma una nueva dimensión y, además, siempre había una cierta vacilación, una pizca de culpa, de vergüenza con la mentira y el engaño; ahora, no hay problemas en la manipulación de la verdad ni en mentir sin remordimientos. Las afirmaciones, por ejemplo, de la existencia de armas químicas en Irak, de que los guardias del capitolio atacaron a los pacíficos manifestantes, del fraude en las elecciones de Estados Unidos de 2020, no generan ningún escrúpulo en quienes afirman esto ni nadie censura el actuar basado en la falsedad.

La cuestión no deja de ser grave desde el punto de vista ético, ya que las *fake news* o, en general, la mentira, no parecen merecer reproches de la mayoría de los ciudadanos, ni genera vergüenza, escrúpulos o problemas en quienes las difunden. A la larga, o en poco tiempo, todo se olvida. Rodríguez señala la palabra '*bullshit*', que no es exactamente mentira. El mentiroso honra la verdad perversamente, pero el *bullshitter* vuelve irrelevante la diferencia entre verdad y mentira.¹²

De todas formas, con intencionalidad o sin ella, siempre hemos convivido con la mentira. Se recuerda siempre el engaño más grande desde la creación de la televisión, cuando se anunció que en la ciudad de Timisoara, el ejército encontró cámaras de tortura en las que se desfiguraban los rostros de disidentes o líderes obreros con ácido para evitar que los cadáveres fueran reconocidos. "¿Cómo saber el número de muertos?", se preguntó la Agencia France Press. Los conductores de camiones transportaban metros cúbicos de cuerpos abatidos con una bala en la nuca. Se decía que no se podía ser un mero espectador de este espectáculo. Después se supo que los datos sobre Timisoara eran falsos. Se mostraron alrededor de cuatro mil cadáveres supuestamente víctimas de Nicolae Ceausescu, los cuerpos eran reales, pero habían sido desenterrados de un cementerio.¹³ Recordemos, además, la frase temible en un gobierno totalitario de que una mentira cien veces repetida se transforma en una verdad generalmente aceptada.

No podemos atribuir este problema a las nuevas tecnologías, que solo potencian la cuestión. Incluso su impacto parece ser limitado. Rodríguez menciona estudios sobre la difusión de noticias falsas en las elecciones de Estados Unidos de 2016, que coinciden en que las noticias falsas solo fueron la principal fuente de información para el 14% de la población.¹⁴ Claro que cabe preguntarse si el 14% es mucho o poco.

12 Rodríguez-Ferrándiz, *op. cit.*

13 Figueira y Santos, *op. cit.*, p. 3.

14 Rodríguez-Ferrándiz, *op. cit.*, p. 7.

Burbujas digitales y NFM

La búsqueda de la información en general requirió siempre una actividad del sujeto informado que, primero, procuró la información o al menos se dirigió a donde podía obtenerla (seleccionó medios de prensa y programas de televisión o radio). Y quien no cumplía con esto, no estaba informado y, en general, era consciente de ello.

Pero ahora, dentro del funcionamiento de internet y las redes, aparece un fenómeno novedoso y es la sensación de muchos sujetos de que las noticias lo siguen o lo alcanzan sin que se requiera ninguna actividad de ellos. Esto es, la persona siente que, sin necesidad de hacer nada, las noticias la alcanzan y considera que está suficientemente informada. Es la noción de que las noticias siguen al sujeto (*news finds me* o NFM). De Zúñiga señala los hallazgos de una encuesta entre ciudadanos estadounidenses que ha demostrado que la percepción de NFM está asociada con una fuerte dependencia de las redes sociales para el consumo de noticias.

Esto es, muchos sujetos, muy expuestos o adictos a internet y las redes, reciben información sin darse cuenta (no precisan buscarla) y normalmente lo que reciben es falso, manipulado, carece de corroboración y de contexto, y se le presenta en forma atractiva. Pero los individuos en esta situación, que creen haberse informado sin buscarlo ni darse cuenta, se sienten totalmente seguros de estar bien informados y es casi imposible hacerlos cambiar o dudar. Así creen en el fraude en las elecciones de Estados Unidos de 2020, en organizaciones pedófilas que gobiernan el mundo, etc.

Los medios tradicionales, como la prensa y los informativos radiales o televisivos, en cambio, se relacionan negativamente con la percepción de NFM. Los adictos a las redes que reciben noticias manipuladas no confían en los medios por la sencilla razón de que suelen cuestionar aquello sobre lo que consideran estar bien informados. Si los medios están en contra de lo que consideran cierto, es porque son corruptos. Las *fake news* contra la prensa es constante.

La proliferación de la percepción de NFM entre los ciudadanos de todo el mundo se vuelve angustiada a la luz de una ciudadanía bien informada. De hecho, otro estudio de encuesta con una muestra representativa en los Estados Unidos ha demostrado que si bien no existe una relación directa entre la percepción de NFM y el comportamiento de voto, sí existen asociaciones negativas sólidas y directas entre la percepción de NFM y el conocimiento político y el interés político. Estos hallazgos dan razones para creer que la percepción de NFM representa un peligro para las sociedades democráticas prósperas en las que los ciudadanos deben estar interesados políticamente, se deben informar

activamente sobre la política y los asuntos públicos, deben desarrollar una comprensión básica de la política y los problemas actuales, y participar en procesos democráticos (por ejemplo, votación).¹⁵

Hace algunos siglos, el analfabetismo mayoritario imperante en las sociedades impedía que la generalidad de los sujetos tuviera una información mínima, por lo que debían actuar con base en lealtades, simpatías e intuiciones. Estas mayorías sabían que estaban desinformadas y el sistema funcionaba con base en ciertas élites. Esto cambió drásticamente con la alfabetización, el fácil acceso a la prensa, la aparición de radios y televisión abierta, que implicó que una mayoría podía acceder a información de distinta calidad y profundidad. Pero, ahora, aparece nuevamente una minoría con una adecuada alfabetización digital, que sabe buscar en internet y distinguir lo real de la mentira, otro sector desinformado y otro grupo, el más problemático, que cree estar bien informado (en realidad está seguro de esto y no admite cuestionamientos), pese a que lo que recibe es basura o directamente información manipulada en contra de alguien o algo y en favor de alguien o algo. Este tercer grupo es un problema muy serio.

Es frecuente encontrar en este grupo casos de discriminación generalizada, por ejemplo, la creencia de que todos los musulmanes son violentos y potencialmente terroristas y que quieren socavar la cultura occidental. Y es casi imposible lograr que vean su error y los múltiples ejemplos de integración pacífica que existen. Se aferran a la información recibida que es sencilla y fácil y no aceptan cuestionamientos. No deja de ser curioso que en este grupo no haya solo personas poco educadas o ignorantes, sino que aparecen los sujetos más variados.

Las burbujas digitales, asociadas con los algoritmos, presentan un serio desafío. Se pueden identificar sujetos por sus preferencias, emociones, grupos o actividades de interés y proporcionarle información manipulada y con intencionalidades no visibles para el usuario. Esto puede hacerse sin que lo advierta el individuo, mediante el proceso de NFM. Esto es extraordinariamente peligroso para la democracia y los derechos humanos y es fuertemente potenciado por la realidad digital.

Pero, de todas formas, no debe perderse de vista que estas cuestiones siempre existieron. Siempre los sujetos eligieron los periódicos que leen, los programas informativos que escuchan o ven, las reuniones políticas o sindicales a las que asisten, conforme con sus propias preferencias. Los humanos en general han tendido a reunirse con personas que piensan como ellos o con quienes tienen puntos de contacto importantes. Desde este punto de vista, parecería que no debería preocupar algo que siempre existió, pero ahora esto aparece magnificado por la tecnología

15 Homero Gil de Zúñiga, Brigitte Huber y Nadine Strauß, "Social Media and Democracy", *El Profesional de la Información*, vol. 27, n.º 6, 2018, p. 1176. <https://doi.org/10.3145/epi.2018.nov.01>.

que permite llegar a un sujeto sin que sepa que está siendo expuesto a informaciones manipuladas. Y, especialmente, el ingreso en una burbuja no responde a una decisión libre de un sujeto, sino que puede estar haciéndose a través de las plataformas, mediante el uso de algoritmos y otras herramientas tecnológicas.

Algoritmos

Al aproximarse a esta cuestión aparecen expresiones absolutamente correctas que generan un sincero temor. Por ejemplo, Campos ha señalado:

Los algoritmos se convierten en infomediarios que examinan los sentimientos y opiniones de los receptores a partir de sus identidades virtuales y, de modo automatizado, construyen informaciones u opiniones que satisfagan sus necesidades. [...] Sin embargo, la influencia de los algoritmos automatizados excede ya su intervención en las redes sociales y afecta a la toma de decisiones, a la elaboración y circulación de los mensajes políticos digitales postulando a los programadores informáticos como constructores y narradores de realidad política.¹⁶

Los algoritmos pueden llegar a prever las consecuencias de los mensajes en los receptores. Rodríguez-Ferrándiz señala que los algoritmos aparecen como instrumentos de pulsaciones psicológicas profundamente humanas: afinidades selectivas que traducen motivos relacionales. Responden a la necesidad de los hombres de a) afiliarse con otros individuos capaces de proporcionar identidad social, solidaridad, realidad compartida; b) reducir la incertidumbre, la complejidad y la ambigüedad y cambiarlas por certezas, estructura y orden; c) gestionar circunstancias adversas amparándose en la seguridad, en la autoestima y la búsqueda de sentido a la propia vida.¹⁷ Y, por supuesto, que cuando el factor tecnológico está en manos de poderosos, políticos o no, y con muchos recursos, estas herramientas pueden utilizarse para impulsar o para silenciar la comunicación.¹⁸

Eguiluz menciona tres conceptos apropiados para aproximarnos a esta problemática. Primero, define algoritmo, según la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como aquella “secuencia de comandos que permite a una computadora tomar entradas y producir salidas”, y agrega, “usarlos

16 Eva Campos-Domínguez y Berta García-Orosa, “Comunicación algorítmica en los partidos políticos: automatización de producción y circulación de mensajes”, *Profesional de la Información*, vol. 27, n.º 4, 2018, p. 770. <https://doi.org/10.3145/epi.2018.jul.06>.

17 Rodríguez-Ferrándiz, *op. cit.*, p. 8.

18 *Ibid.*, p. 9.

para acelerar procesos y producir resultados más consistentes”.¹⁹ La RAE, por su parte, lo define como el “conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema”.

El autor agrega, en segundo lugar, la noción de inteligencia artificial (IA) conforme el Grupo de Expertos de la IA de la Unión Europea: la expresión se aplica a sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, y son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción –con cierto grado de autonomía– con el fin de alcanzar ciertos objetivos específicos. Larrondo y Grandi señalan que no hay una única definición.²⁰

En tercer lugar, Eguiluz señala la existencia de una rama de la IA muy importante, la *machine learning* o ML, conocida como aprendizaje automático. La ML diseña modelos predictivos que construye por sí misma y construye una relación entre las variables a estudiar mediante el análisis de un conjunto inicial de datos, la identificación de patrones y el establecimiento de criterios de clasificación. Una definición más sencilla es la de la *Royal Society* que identifica esta tecnología como aquella que permite a sistemas informáticos aprender directamente de ejemplos, datos y experiencia, mediante la realización de tareas específicas de forma inteligente y, de esta forma, estos sistemas pueden llevar a cabo complejos procesos, aprendiendo de los datos, en lugar de seguir reglas programadas con anterioridad.²¹

El problema, obviamente, no es un algoritmo con la definición que se ha utilizado, sino el uso político, comercial, social, etc. de ellos. Campos, respecto al uso político de los algoritmos, ha destacado la creación de seguidores en las redes sociales, difusión de información o *chatbots* automáticos, asistentes virtuales de políticos. Los más usados son los *bots* sociales, algoritmo que produce automáticamente contenido e interactúa con los humanos en las redes sociales tratando de emular y posiblemente de alterar su comportamiento. La automatización no es nueva, pero sí lo es la combinación de los *big data* y el software capaz de elaborar y difundir mensajes en diversos soportes de texto. Esta es la gran novedad.

Y, por supuesto, que los expertos alertan sobre la influencia de los algoritmos automatizados en la construcción de una realidad política distorsionada. La circulación de discursos realizados por robots provocará un retroceso de la democracia para el control de los datos y los discursos personalizados en función

19 Josu Andoni Eguiluz Castañeira, “Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfiles para los derechos fundamentales”, *Estudios de Deusto*, vol. 68, n.º 2, 2020, pp. 329 y 330. [https://doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp325-367](https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp325-367).

20 Manuel Ernesto Larrondo y Nicolás Mario Grandi, “Inteligencia artificial, algoritmos y libertad de expresión”, *Universitas*, n.º 34, 2021, p. 180.

21 Eguiluz Castañeira, *op. cit.*, pp. 330 y 331.

de la información facilitada gratuitamente por los ciudadanos.²² La información que recibe cada sujeto puede estar personalizada a su perfil, intereses, lealtades, miedos, logrando un mayor impacto en la comunicación de una información excesiva, manipulada y muchas veces directamente falsa.

Todavía nos enfrentamos a la discriminación algorítmica (vinculada con las variables, objetivos, el etiquetado de clase –sexo, religión, raza, etc.–, datos y forma de recopilación de datos, selección de características, etc.)²³ y a la toma de decisiones sin participación humana (por ejemplo, se han utilizado sistemas automáticos para combatir la pornografía de las redes, pero suele haber problemas con la desnudez, sin distinguir entre lo pornográfico, lo artístico –se han bloqueado imágenes del *David* de Miguel Ángel– y la información).²⁴

El uso de los algoritmos, sumados a otros avances tecnológicos o a través de las redes, puede tener efectos positivos y útiles o muy peligrosos y dañinos. Entre los primeros, encontramos las herramientas que nos facilitan el hallazgo de información que puede interesar a un sujeto como, por ejemplo, cuando un individuo que compra libros habitualmente *on line* recibe información periódica sobre nuevas publicaciones de los autores que ha leído o en las temáticas que le interesan; esto permite encontrar rápidamente información que podría demorar mucho, no ser obtenida nunca o solo después de muchas búsquedas y tiempo destinado a esto. Pero, además, estas posibilidades encierran peligros: los algoritmos pueden filtrar ciertas informaciones, según el perfil del sujeto, potenciar informaciones falsas o manipuladas, generar interacciones con sujetos reales o que no existen, generar procesos de reafirmación de noticias falsas, etc. Y todo diseñado a la medida para el perfil, intereses, debilidades, deseos y miedos de cada sujeto. Agreguemos incluso algunas consecuencias muy graves. Recuérdese el *pizzagate* en que un sujeto atacó una pizzería luego de leer que Hillary Clinton manejaba un anillo pedófilo fuera del lugar.²⁵

De todas formas, cabe reiterar que no es algo claramente demostrado que todas estas herramientas y posibilidades tengan una influencia decisiva en los actos electorales o que constituyan un peligro grave para la democracia.

Plataformas

Cuando lo anterior se analiza a la luz de las grandes plataformas (Facebook, Instagram, Twitter, Google, etc.) todo se complica. Por un lado, no debe perderse de

22 Campos-Domínguez y García-Orosa, *op. cit.*, p. 771.

23 Eguíluz Castañeira, *op. cit.*, pp. 335 a 341.

24 Larrondo y Grandi, *op. cit.*, p. 183.

25 MacClennen, *op. cit.*, p. 315.

vista que estas posibilidades tecnológicas tienen muchísimos puntos positivos para el funcionamiento de una sociedad democrática, para obtener información y para el debate público.

Existen estudios que destacan el fomento de la expresión política, la participación y el aprendizaje políticos como elementos positivos vinculados a las plataformas digitales. Es claro que las redes conectan gente a través del mundo y dan oportunidades para expresarse y conocer otras ideas, opiniones e informaciones; permiten compartir información sin fronteras (las personas pueden conectarse con otras muy diferentes), y han cambiado las pautas de participación política, y las formas en que los ciudadanos se comprometen con políticos o ideas y generan más participación.²⁶

En particular, respecto a la participación, Gil, Huber y Straub ven efectos positivos, pues a la lectura se le agrega la composición de mensajes en la mente, organizarla y transformarla en lenguaje. O sea, ayuda al proceso de profundización y participación. Respecto al aprendizaje, señalan opiniones que destacan que las redes aumentan el aprendizaje y que estar expuesto a muchas y diferentes noticias mejora el aprendizaje político, pero, claro, recibir noticias sin un contexto y sin la debida corroboración no necesariamente es beneficioso.

La relación entre las plataformas y los medios tradicionales puede verse desde muchas perspectivas. Cetina y Martínez consideran dos hipótesis: a) las plataformas controlan casi completamente la distribución de noticias *on line* y b) las compañías que manejan las redes sociales, a través de sus algoritmos, toman el rol de editores que antes tenían los medios tradicionales.²⁷ Asimismo, apuntan que los proveedores de servicios de internet son los porteros del sistema; pueden usar filtros para el contenido de la información. Mientras que algunos navegantes saben cómo descubrir por sí mismos la información, otros dependen de la información fragmentada que les proporciona internet. Se produce la desaparición de los intermediarios habituales y el crecimiento de las plataformas, que terminan disponiendo de un poder enorme y pueden decidir qué información y contenidos llegan al público. Estos usuarios se cuentan por billones.²⁸ La relación de los medios y las plataformas es compleja, ya que los primeros precisan de las redes para sobrevivir, para el crecimiento de sus audiencias, mientras que las plataformas controlan la publicidad que ellos requieren para subsistir

26 Gil de Zúñiga, Huber y Strauß, *op. cit.*, pp. 1173 y ss.

27 R. Cetina Presuel y J.M. Martínez Sierra, "Algorithms and the News: Social Media Platforms as News Publishers and Distributors", *Revista de Comunicación*, vol. 18, n.º 2, 2019, pp. 263 y ss. <https://doi.org/10.26441/rc18.2-2019-a13>.

28 *Ibid.*, p. 265.

económicamente. El poder de las plataformas reduce la posibilidad del usuario de buscar, recibir e impartir información, y el control concentrado del debate público puede afectar negativamente su calidad.

El usuario distraído encuentra las noticias que le llegan por algoritmos, y la exposición a un pensamiento concordante refuerza la convicción existente y la identidad del grupo, generando burbujas de personas afines o con coincidencias. Por ejemplo, en 2016, los seguidores de Trump fueron quienes más sitios web falsos visitaron.

Otro problema es la “infoxicación”, que se caracteriza por a) la prevalencia de contenidos de *info entretenimiento* pensados para conseguir clics y no para informar, b) la explotación de temas altamente sensacionalistas y atractivos, c) la falta de preocupaciones deontológicas y la ausencia de profundidad. Es necesario que el individuo esté preparado para lidiar con esta complejidad, además de la falsedad. ¿Cómo saber qué es verdad y qué no lo es? El individuo se enfrenta a una situación en la que está enterrado por la información, sabe acceder a las redes y consume información, pero en un esquema de “ocio informativo”, en un rol pasivo. Además, comparte las noticias de forma impulsiva y sin contrastar, y con esta circulación impulsiva, sin saberlo, valida noticias, aunque sean falsas o manipuladas.²⁹ El individuo tiene acceso a mucho, pero no está preparado para lidiar con internet y sus plataformas.

Cetina y Martínez señalan que después de las elecciones presidenciales de 2016 en Estados Unidos, Facebook enfrentó un escrutinio acerca de su rol en la difusión de noticias falsas y cómo esto afectó el resultado de la elección. En respuesta a esto, Facebook modificó sus algoritmos para enfocarse en los *posteos* de amigos antes que en las noticias. Una consecuencia no buscada o involuntaria es que muchos medios de noticias legítimas vieron desplomarse sus ganancias. Los algoritmos determinan qué *posteos* de amigos se verán y qué contenidos de los medios de noticias aparecerán. Mediante algoritmos, priorizan los contenidos, los clasifican, asocian a filtros, sin que los usuarios estén conscientes de que eso ocurre. O sea, las plataformas toman decisiones editoriales, a veces directamente tomadas por humanos y otras veces tomadas por las máquinas mediante los algoritmos.³⁰

Estos autores concluyen que, quieran o no, las plataformas juegan un rol central en lo que los clientes consumen. Son los porteros de nuestros tiempos, los *gatekeepers*. Las plataformas deben esforzarse en la transparencia y permitir

29 Figueira y Santos, *op. cit.*, pp. 6 y ss.

30 Cetina Presuel y Martínez Sierra, *op. cit.*, p. 270.

distintos tipos de información, ayudando a la gente a entender las consecuencias que la información tiene en sus vidas y, en especial, cómo juegan los algoritmos.³¹

De todas formas, la cuestión no es aún clara. Algunos autores señalan que las elecciones de Trump en 2016 (cabe agregar que también las de 2020) expusieron las patologías estructurales de internet y de las plataformas. Las explicaciones monocausales del ascenso de Trump culpan a las *fake news*, pero en general se entiende que no es claro que las redes constituyan una gran amenaza para la democracia.³²

La concentración de poder es siempre peligrosa y requiere controles en defensa de los derechos de los individuos, del Estado de derecho y de la democracia. Cuando hablamos de las grandes plataformas nos encontramos con entidades más poderosas que muchos países y cuyo control por parte de un Estado en particular es casi imposible.

Aparece acá la noción de neutralidad en la red o de las redes, que es definida como “el hecho de dar el mismo trato a todo tráfico que circule por la red. Esta idea central implica que no se puede bloquear, retrasar o posponer el acceso a determinados destinos en la red, o a determinadas aplicaciones”. Márquez entiende que la neutralidad refiere a una parte del problema y no atiende al problema de la concentración de poder y al abuso de la posición dominante.³³ Este autor señala que quienes postulan el paradigma de la libertad de extremo a extremo enfrentan algunos problemas: a) las congestiones que se producen en la red hacen que sea lógico priorizar ciertos contenidos y b) los desarrollos tecnológicos que permiten a los ISP conocer el contenido del paquete de datos que transmiten, lo que antes no pasaba. Hoy se pueden eliminar mensajes basura, materiales peligrosos, defender derechos de autor, pero también se puede priorizar paquetes en beneficio propio o de terceros. Estos problemas se agudizan en los sistemas autoritarios: China, usando buscadores propios (Baidu, por ejemplo), controla lo que llega a los receptores; en Rusia, con su motor de búsqueda Yandex, entre otros, ocurre lo mismo.

Existen dos grandes modelos, el de Estados Unidos y el de la Unión Europea de 1984. El primero tuvo reglas para asegurar la neutralidad (en tiempos de Barak Obama) y sus grandes bases son: a) transparencia (los proveedores deben informar sus prácticas de gestión); b) no bloqueo por parte de los ISP que

31 *Idem.*

32 Victor Pikard, “Cronfoting the misinformation society: Facebook’s: ‘Fake News’ is a symptom of unaccountable monopoly power”, en Zimdarts y McLeod, *op. cit.*, p. 123.

33 José Jesús Albert Márquez, “El principio de neutralidad en internet: Una aportación a la libertad de comunicación en internet desde el pensamiento de Francisco de Vitoria”, *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 66, n.º 2, 2018, pp. 77 y ss.

no pueden gestionar el tráfico para favorecer ciertos contenidos legítimos; c) no discriminación. Se consideraba a internet como servicio público, pero esto fue retirado por Trump en 2017.³⁴ El modelo estadounidense recoge el modelo histórico, apuntando a la autorregulación.³⁵ La Unión Europea, por su parte, tiene un modelo abierto, neutral y gratuito en el que todos pueden comunicarse con todos sin discriminación.

Parece ser razonablemente claro que las plataformas requieren regulación, aunque no es evidente cuál es la mejor. Dadas las características de las plataformas, parecería que la mejor regulación sería internacional. De todas formas, este aspecto merecería un trabajo autónomo, por lo que no me detendré en este punto que solo queda mencionado y destacado por su importancia.

¿CUÁL ES EL RIESGO QUE LA REALIDAD DIGITAL PRESENTA PARA LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO DE DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS?

La Real Academia, entre varias acepciones, define riesgo como “contingencia o proximidad de un daño”, pero, en general, “riesgo” se usa para referir a un daño en cierta forma relevante. En este sentido, no es fácil delimitar riesgos que deriven de la realidad digital. Siempre con la aclaración ya mencionada de que este estudio es parcial, como un primer riesgo de la era digital podríamos mencionar la transformación de la democracia en una dialéctica de posverdades, prescindiendo de los hechos probados, evidencia razonable, etc. Un segundo riesgo aparecería con las posibilidades de manipulación de la información y de los elementos que permiten a un individuo formar su propio pensamiento. En tercer término, aparece el problema de un nuevo analfabetismo, el digital y, por último (a los efectos de este trabajo), nuevas formas de lesión de derechos humanos básicos.

La potencial creación de una sociedad –en sus aspectos democráticos, culturales, sociales, etc.– que se mueva en esquema de posverdad es bastante más cierto de lo que parecería. Los casos sobran. Trump nos dio innumerables ejemplos: a) los mexicanos y centroamericanos son todos violadores o narcotraficantes; b) él fue víctima de *fake news*; c) hubo fraude en las elecciones de 2020 en los Estados Unidos; d) sus partidarios fueron a “abrazar” a los guardias del Capitolio, pero estos los agredieron. No importa que no se pruebe lo dicho, ni que la prueba no exista, ni que exista prueba en contra muy clara. Las *fake news*

34 *Ibid.*, pp. 85 y ss.

35 Stephanie Ricker Schulte, “Fixing *fake news*: self-regulation and technological solutionism”, en Zimdarts y McLeod, *op. cit.*, p. 135.

conducen a crear una posverdad aceptada por millones. En Uruguay, en 2021, una firma internacional presentó un informe de auditoría respecto a un negocio de un gobierno anterior que tuvo pérdidas superiores a los US\$ 200.000.000. En forma inmediata, un exjefarca declaró a la prensa que el informe no era en realidad una auditoría, pues contenía errores muy graves, insuficiencias y omisiones, pero luego agregó que no lo había leído ni lo leería, pues no era una verdadera auditoría. Basta con una afirmación “terminante”, sin fundamentos, para crear una alternativa para muchos válida a un informe que requirió un año de estudio. Los hechos, su constatación, la prueba de ellos, ya no importa.

Tanto es así que muchos actores políticos, de todos los sectores, comienzan a hablar de la “creación” de un discurso atractivo, de una narración alternativa a las anteriores, que “atrape”, “cative” o “enamore” a la gente. En español, esto significa crear un “verso atractivo” que, aunque sea falso o carezca de respaldo lógico o de prueba, atraiga a las mayorías, dando réditos electorales a los articuladores. Es claro que quienes hablan de este discurso o narrativa no se dan cuenta de lo que están proponiendo: a) por un lado, un discurso o relato de posverdad, en el que los hechos, su evidencia, la propia realidad no importan, y b) la creación de una realidad alternativa que sea atractiva para las mayorías (cuantos más mejor). O sea, se postula el engaño como herramienta política. Antes se censuraba la mentira y el engaño, la demagogia era mal vista, pero ahora, con otras palabras, se da por buena la “invención” y el relato de una posverdad.

Se sabe qué debe contener el discurso “posverdad”: un peligro grave que se acerca o ya ha llegado; un enemigo claramente individualizado que lo encarna; una víctima (si son muchas es más efectivo); una estrategia de defensa; un defensor, si es heroico mejor; y una propuesta de futuro que no tiene por qué tener relación con la realidad ni con hechos constatables.

Esto, en parte, siempre existió. Ahora, si esto sigue en aumento, ¿es razonable pensar que pueda existir una democracia basada en un mundo irreal, en que la realidad no importa? Parece que no, por lo que la potenciación de las posverdades por la tecnología es un riesgo o un peligro cierto para las democracias.

Lo anterior, desde el punto de vista de los derechos humanos, presenta un riesgo preocupante: la manipulación de la información y del pensamiento de ciudadanos no preparados o no atentos a dichos peligros. Antes el problema era que todos los ciudadanos interesados pudieran acceder a la información de varias fuentes, plural y razonablemente seria, pero ahora la cuestión es la seriedad de la información que reciben y que no sean manipulados.

El analfabetismo digital no es un riesgo, sino una realidad. En el siglo XIX y principios del XX, la no alfabetización creaba una mayoría de la población ignorante en su máxima expresión y fácilmente manipulable por las pequeñas élites

educadas. Luego, la alfabetización, el acceso a la prensa, la radio y la televisión abierta cambiaron radicalmente la situación, aunque con sus propios problemas. Hoy, seguimos teniendo a) la élite informada (educados digitalmente), aunque ya no coincide necesariamente con una clase acomodada; b) un grupo de sujetos no informados; y c) otras personas que creen estar informadas, pero no solo no lo están, sino que otros decidieron la información que reciben, previamente elegida y manipulada. En el siglo XIX, las diferencias entre la élite y la mayoría desinformada era de tal magnitud que no podía hablarse de democracia en los términos actuales. Pero cabe preguntarse si la situación actual no es tan grave como aquella o incluso peor.

Por último, la tecnología presenta nuevos riesgos para los derechos humanos. Para la privacidad: obtención y manejo de datos personales de cada sujeto, la intimidad, la propia imagen, el honor, entre otros. Las nuevas violaciones se potencian con la tecnología, por lo que esta puede obtener y manipular, pero también por ciertas características humanas; por ejemplo, es sabido que cuando se escribe en las redes se dicen cosas que no se dirían en persona o en público, por lo que las mentiras, los insultos, las afectaciones al honor y a la reputación aumentan drásticamente. Y tampoco se deben olvidar los problemas de ubicar a los responsables. En algunas ocasiones, el sujeto que viola los derechos puede ser individualizado y responsabilizado, pero, en otras, su identificación es imposible, lo que genera impunidad. Esto se agrava cuando el emisor de la noticia, agravio o información proviene de un país del que no se pueden obtener datos que conduzcan a su individualización.

¿CUÁLES SON LOS PRINCIPALES RETOS QUE LAS AUTORIDADES ENFRENTAN CON RELACIÓN A LA LIBERTAD DE COMUNICACIÓN DE PENSAMIENTO, ACCESO A LA INFORMACIÓN, DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN?

Individualizados algunos riesgos, los retos se ven con claridad.

La educación digital es una urgencia. No solo pensando en las instancias formales de la educación: primaria, secundaria y universitaria, sino a todo nivel. La población que ya ha pasado por estas instancias educativas está verdaderamente expuesta a todos los riesgos anteriores y requiere las herramientas que solo puede brindarle una adecuada educación para moverse en el mundo digital o virtual. Seguramente, no bastarán con los medios educativos formales, como campañas televisivas, que suelen carecer de efectos constatables, sino que se precisará creatividad y audacia. Este es uno de los principales retos de las autoridades.

Un segundo reto es cómo enfrentar los riesgos procurando defender, en primer lugar, los principios básicos del Estado democrático de derecho y, en especial, la libertad de acceder a la información y la libertad de comunicación de pensamiento, un reto tan problemático como el anterior. El reflejo para protegerse frente a la manipulación de la realidad y todos los riesgos mencionados suele ser el control del flujo de información con los claros riesgos que esto conlleva. No es un buen camino.

Respecto a la protección del honor, la intimidad, la propia imagen y el manejo de datos personales, los caminos parecen ser los habituales. El Poder Judicial se ha pronunciado en varios casos sobre ellos, y los criterios son los de siempre, con las dificultades que la individualización del emisor conlleva actualmente.³⁶

No debe olvidarse tampoco el poder de las plataformas, que hasta pueden sancionar a sus usuarios. Por ejemplo, Twitter, según sus reglas públicas, hizo muchas advertencias sobre *tweets* de dudosa veracidad o directamente falsos emitidos por Trump, llegando a la clausura de su cuenta. ¿Se debe tolerar la instigación a la violencia y al delito? Parece que no, y las plataformas no deben prestarse para eso (no pueden usarse para infundir temor). De todas formas, la clausura debe estar rodeada de las garantías adecuadas y, parece evidente, que la clausura de una cuenta no puede ser perpetua.

¿CÓMO SE DEBEN MANEJAR CONCEPTOS Y REALIDADES TALES COMO POSVERDAD, FAKE NEWS, BURBUJAS DIGITALES, ALGORITMOS, INFLUENCIA DE LAS GRANDES PLATAFORMAS?

Nuevamente, la educación es la principal herramienta para enfrentar estos problemas y evitar que prospere la posverdad, las *fake news*, y la manipulación de la información y el pensamiento de las personas. Me remito a lo ya dicho.

En muchos países se han instalado sistemas de chequeos de *fake news*, los *fast checking sites*, que buscan contrastar la información con los hechos y denunciar las falsedades. Los ejemplos sobran: *Snopes* y *PolitiFact* en Estados Unidos, *Full Fact* y *Maldito Bulo* en España. También el *FactChecker* del *The Washington Post*.³⁷ En Uruguay se inició alguna experiencia, que luego fue abandonada. No

³⁶ Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Primer Turno, Sentencia 14 de 9 de octubre de 2015 (*Revista CADE*, tomo XI, año 9, febrero de 2017: delito de injuria). Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 19 Turno, Sentencia 152 de 11 de noviembre de 2015 (*Revista CADE*, Derecho Informático, 2016. Sentencias: delito informático). Juzgado Letrado de Primera Instancia de Flore de Segundo Turno, Sentencia 9 de 29 de febrero de 2016 (no editada).

³⁷ Rodríguez-Ferrándiz, *op. cit.*, p. 7.

he encontrado información sobre su efectividad, pero como las herramientas son pocas, parecería que esta no debe ser descartada.

Por último, desde los puntos de vista ético y jurídico deben buscarse soluciones. Maldonado señala que la responsabilidad del ejercicio de la libertad de comunicación siempre es problemática, pero no debe olvidarse que hay algunas pautas útiles. Por ejemplo, en *Kimel c. Argentina*, la Corte IDH señaló que los funcionarios deben constatar de forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en los que fundamentan sus opiniones y deben hacerlo con una diligencia mayor a la empleada por particulares, debido a su investidura y el amplio alcance y los eventuales efectos que sus expresiones pueden tener en ciertos sectores de la población. En *Ríos c. Venezuela*, la Corte ha dicho que las autoridades tienen una posición de garantes de los derechos fundamentales de las personas y, por lo tanto, sus declaraciones no pueden desconocer ciertos derechos. Este deber de particular cuidado se ve acentuado en situaciones de mayor conflictividad social, alteraciones del orden público o polarización política o social, precisamente por el conjunto de riesgos que pueden implicar para determinadas personas o grupos en un momento dado. O sea, las autoridades son titulares de la libertad de expresión, pero son responsables de sus dichos, en tanto detentan la calidad de garantes de otros derechos. Si el ejercicio de la libertad de comunicación pone en situación de peligro a la población, es evidente que se configura un abuso de derecho.³⁸

Para finalizar, la necesaria regulación de las plataformas presenta problemas en cuanto a cuál es la jurisdicción correspondiente en tanto aquellas no reconocen fronteras. Seguramente, la regulación con base en normas internacionales debería ser la más efectiva, pese a todos los problemas que ocasiona.

NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA URUGUAYA

Las cuestiones previamente tratadas fueron encaradas en Uruguay partiendo de las previsiones constitucionales y convencionales correspondientes. Por ejemplo, en materia de libertad de comunicación de pensamiento, con el artículo 29 de la Constitución, el artículo 13 de la Convención Americana, más la jurisprudencia y opiniones consultivas de la Corte IDH; disposiciones constitucionales y convencionales protectoras del honor, la intimidad y la propia imagen, etc.

³⁸ Leopoldo Maldonado, «¿Hasta dónde va la libertad de expresión de las autoridades del Estado?», *Agenda Estado de Derecho*, 4 de diciembre de 2020. <https://dialogoderechoshumanos.com/agenda-estado-de-derecho/hasta-donde-va-la-libertad-de-expresion-de-las-autoridades-del-estado>.

En 2005, mediante la Ley 17.930 (art. 72), se creó la Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información y del Conocimiento (Agesic), para el desarrollo del gobierno electrónico, y con el objetivo de procurar la mejora de los servicios al ciudadano, utilizando las posibilidades que brindan las tecnologías de la información y las comunicaciones. Asimismo, se debía impulsar el desarrollo de la Sociedad de la Información en el Uruguay, con énfasis en la inclusión de la práctica digital de sus habitantes y el fortalecimiento de las habilidades de la sociedad en la utilización de las tecnologías.

La Ley 18.046 de octubre de 2006, en su artículo 55 complementó la nómina de objetivos, agregando la planificación y coordinación de proyectos relacionados con el gobierno electrónico como base para la transformación y una mayor transparencia del Estado, y para concebir y desarrollar una política nacional de seguridad de la información que permita la prevención, detección y respuesta frente a incidentes que puedan afectar los activos críticos del país. Los cometidos esenciales de la Agencia surgen del Decreto 184/015, de 14 de julio de 2015, que recopila las competencias de la institución. Unos de los principales objetivos de Agesic, conforme se declara en su sitio web, es buscar la innovación y hacer más eficientes las formas en que las personas se relacionan con la administración pública, incorporando tecnologías digitales y mejores formas de trabajar, poniendo el foco en las personas y basándose en su principio rector: “transformación con equidad”.

Para temas específicos, por ejemplo, en materia de salud, se han dictado leyes particulares. Lo mismo ocurre con el acceso a la información pública (leyes 19.355 y 18.381).

Las cuestiones que han llegado a los tribunales no han sido muchas y, como ya se señaló, refieren al honor, la intimidad, la propia imagen y el manejo de datos personales. En general, se han seguido los caminos habituales sin regulación específica, con las dificultades que la individualización del emisor conlleva actualmente.³⁹

CONCLUSIONES

La realidad digital nos presenta, en primer lugar, dudas en cuanto al funcionamiento de una sociedad democrática, al acceso a la información no manipulada,

39 Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Primer Turno, Sentencia 14 de 9 de octubre de 2015 (*Revista CADE*, tomo XI, año 9, febrero de 2017: delito de injuria). Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Penal de 19 Turno, Sentencia 152 de 11 de noviembre de 2015 (*Revista CADE*, Derecho Informático, 2016. Sentencias: delito informático). Juzgado Letrado de Primera Instancia de Flore de Segundo Turno, Sentencia 9 de 29 de febrero de 2016 (no editada).

a la libre formación del propio pensamiento y la defensa de los derechos humanos. Se trata de cuestiones de extraordinaria trascendencia, que precisan de muchos más estudios.

El problema de la falta de “alfabetización digital” es uno de los más graves y urgentes. No puede aceptarse una sociedad compuesta por un elevado número de personas que, a través de las redes, reciben información manipulada, sin chequear, sin contexto o directamente falsa, mientras que solo una minoría está en condiciones de buscar en internet noticias serias y tiene la capacidad de distinguir entre las noticias serias y las falsas o manipuladas. El primer grupo, consumidor ocioso de “noticias” en las redes, el que no busca la información, pues cree que ella lo busca a él, se considera suficientemente informado, no acepta opiniones en contrario y es muy peligroso: por ejemplo, algunos creen que todos los mexicanos y centroamericanos son violadores o narcos, o que hubo fraude en las elecciones de 2020. Actividades para lograr la alfabetización digital son urgentes.

La creación de sistemas de chequeo de informaciones falsas es altamente conveniente, así como el establecimiento de responsabilidades por la emisión de noticias falsas resulta básico, cuidando que no sea en detrimento de la libertad de comunicación.

Por último, es necesaria una regulación de las plataformas que, sin afectar la libertad de comunicación y el tránsito de información, acote el poder de las grandes redes. Esto requiere, especialmente, acuerdos y normativa internacional.

BIBLIOGRAFÍA

ANDREJEVIC, Mark, “The political function of fake news. Disorganized propaganda in the era of automated media”, en Melissa ZIMDARTS y Kembrew MCLEOD, *Fake news. Understanding media and misinformation in the digital era*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 2020.

CAMPOS-DOMÍNGUEZ, Eva y Berta GARCÍA-OROSA, “Comunicación algorítmica en los partidos políticos: automatización de producción y circulación de mensajes”, *Profesional de la Información*, vol. 27, n.º 4, 2018, pp. 769-777. <https://doi.org/10.3145/epi.2018.jul.06>.

CETINA PRESUEL, R. y J. M. MARTÍNEZ SIERRA, “Algorithms and the News: Social Media Platforms as News Publishers and Distributors”, *Revista de Comunicación*, vol. 18, n.º 2, 2019, pp. 261-285. <https://doi.org/10.26441/rc18.2-2019-a13>.

EGUÍLUZ CASTAÑEIRA, Josu Andoni, “Desafíos y retos que plantean las decisiones automatizadas y los perfilados para los derechos fundamentales”, *Estudios de Deusto*, vol. 68, n.º 2, 2020, pp. 325-67. [https://doi.org/10.18543/ed-68\(2\)-2020pp325-367](https://doi.org/10.18543/ed-68(2)-2020pp325-367).

- FARKAS, Johan, “A case against the post-truth era: revisiting Mouffe critique of consensus based democracy”, en Melissa ZIMDARTS y Kembrew MCLEOD, *Fake news. Understanding media and misinformation in the digital era*, Cambridge, Massachusett, The MIT Press, 2020.
- FIGUEIRA, João y Silvio SANTOS, “Percepción de las noticias falsas en universitarios de Portugal: análisis de su consumo y actitudes”, *Profesional de la Información*, vol. 28, n.º 3, 2019, pp. 1-16. <https://doi.org/10.3145/epi.2019.may.15>.
- GIL DE ZÚÑIGA, Homero, Brigitte HUBER y Nadine STRAUSS, “Social Media and Democracy», *El Profesional de la Información*, vol. 27, n.º 6, 2018, pp. 1172-1180. <https://doi.org/10.3145/epi.2018.nov.01>.
- LARRONDO, Manuel Ernesto y Nicolás Mario GRANDI, “Inteligencia artificial, algoritmos y libertad de expresión”, *Universitas*, n.º 34, 2021, pp. 177-194.
- LUSTIG, Carola, Francisco OLEGO y Tomás OLEGO, “Campañas y medios en democracias en desarrollo. Efectos del primer debate presidencial en la elección argentina de 2015”, *Revista Mexicana de Opinión Pública*, n.º 24, 2018, pp. 95-111. <https://doi.org/10.22201/fcpys.24484911e.2018.24.61606>.
- MACCLENNEN, Sophia A, “All ‘fake news’ in not equal”, en Melissa ZIMDARTS y Kembrew MCLEOD, *Fake news. Understanding media and misinformation in the digital era*, Cambridge, Massachusett, The MIT Press, 2020.
- MALDONADO, Leopoldo, “¿Hasta dónde va la libertad de expresión de las autoridades del Estado?”, *Agenda Estado de Derecho*, 4 de diciembre de 2020. <https://dialogoderechoshumanos.com/agenda-estado-de-derecho/hasta-donde-va-la-libertad-de-expresion-de-las-autoridades-del-estado>.
- MÁRQUEZ, José J. Albert, “El principio de neutralidad en internet: Una aportación a la libertad de comunicación en internet desde el pensamiento de Francisco de Vitoria”, *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 66, n.º 2, 2018, pp. 71-103.
- MCLEOD, Kembrew, “A prehistory of fake news in America”, en Melissa ZIMDARTS y Kembrew MCLEOD, *Fake news. Understanding media and misinformation in the digital era*, Cambridge, Massachusett, The MIT Press, 2020.
- PIKARD, Victor, “Cronfoting the misinformation society: Facebook’s: ‘Fake News’ is a symptom of unaccountable monopoly power”, en MELISSA ZIMDARTS y Kembrew MCLEOD, *Fake news. Understanding media and misinformation in the digital era*, Cambridge, Massachusett, The MIT Press, 2020.
- RICKER SCHULTE, Stephanie, “Fixing fake news: self-regulation and technological solutionism”, en Melissa ZIMDARTS y Kembrew MCLEOD, *Fake news. Understanding media and misinformation in the digital era*, Cambridge, Massachusett, The MIT Press, 2020.

RODRÍGUEZ-FERRÁNDIZ, Raúl, “Posverdad y *fake news* en comunicación política: breve genealogía”, *Profesional de la Información*, vol. 28, n.º 3, 2019, pp. 1-14. <https://doi.org/10.3145/epi.2019.may.14>.

WARDLE, Claire, “Journalism and the news information ecosystem. Responsibilities and challenges”, en Melissa ZIMDARTS y Kembrew MCLEOD, *Fake news. Understanding media and misinformation in the digital era*, Cambridge, Massachusett, The MIT Press, 2020.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN, PLATAFORMAS DIGITALES, REDES SOCIALES E INTERVENCIÓN ESTATAL: EL CASO DE VENEZUELA

Jesús María Casal*, Juan Alberto Berríos Ortigoza**

INTRODUCCIÓN

Las plataformas digitales y las redes sociales se encuentran entre los medios más relevantes para la difusión de ideas, opiniones e informaciones y, por tanto, para el ejercicio de las libertades de expresión e información. Son formas modernas de comunicación que potencian exponencialmente las oportunidades para intercambiar opiniones, conocimientos, imágenes o informaciones en general y que se desarrollan en espacios privados, gracias a los proveedores de servicios telemáticos, motores de búsqueda, plataformas digitales, redes sociales u otros canales apoyados en internet. Esto ha conducido a alteraciones importantes en la forma acostumbrada de concebir las relaciones entre el agente o sujeto que ejerce la libertad, los medios de comunicación tradicionales y el Estado. La bilateralidad o el dualismo habitual en el que tales agentes y medios se enfrentaban a la regulación estatal ha sido sustituido por una relación triangular, donde la esquina o ángulo emergente es ocupado por actores privados que gestionan o administran las plataformas o espacios digitales en los que se produce la comunicación.¹ Estos facilitan procesos privados de comunicación y, a la vez, los modulan o condicionan, creando sus propios estándares y estructuras de ordenación, con

* Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Constitucional y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela). Se ha desempeñado como investigador invitado del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional (Heidelberg, Alemania). jesusmariacasal@gmail.com.

** Doctor en Derecho, Universidad Nacional de Educación a Distancia de España. Docente e investigador de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Católica Andrés Bello (Caracas, Venezuela). jaberriosortigoza@gmail.com.

1 Jack M. Balkin, "Free Speech is a Triangle", *Columbia Law Review*, Forthcoming, Yale Law School, Public Law Research Paper 640, 2018. <https://ssrn.com/abstract=3186205>.

un Estado que ve limitadas sus posibilidades de control y presiona a esos actores privados a implementarlos en un primer plano, con un segundo nivel de vigilancia generalmente en manos de los tribunales.

Las redes sociales y las plataformas digitales amplían las posibilidades de ejercer la libertad de expresión e información. Al mismo tiempo, las singularidades de estas vías de comunicación están asociadas al doble riesgo de que los operadores o responsables de tales plataformas, redes o motores de búsqueda, por un lado, omitan las cautelas mínimas indispensables para evitar la difusión de contenidos legalmente prohibidos o, por otro lado, ejerzan controles excesivos o indebidos restrictivos de la libertad de expresión.

Por tanto, los desafíos que esas nuevas interacciones han suscitado, desde la perspectiva de los derechos humanos, son enormes. Luego, volveremos sobre algunos de ellos. El presente artículo pretende, sin embargo, atender a la tensión específica que se plantea en esa relación triangular cuando existen amenazas autoritarias. Con frecuencia se discute sobre el alcance de las libertades de expresión e información en el contexto de las redes sociales y la necesidad de algunos controles estatales, pero, no en pocos casos, estas constituyen el único reducto para la expresión libre en sociedades sujetas a regímenes autoritarios. En este tipo de regímenes, los medios tradicionales suelen ser las primeras víctimas de medidas oficiales de clausura, captura o neutralización, y, en cierto grado, el flujo informativo y de opinión se traslada a las redes sociales y plataformas digitales. De allí que la respuesta autoritaria se extienda a estos canales de ejercicio de la libertad de expresión. No solo se ha regulado o prohibido el acceso a ciertos motores de búsqueda (entre otros, Google) o portales web de noticias, sino también a ciertas redes sociales.

En Venezuela, al menos desde 2011 se ha pretendido regular el uso de internet para coartar las libertades de expresión e información. Ese año se reformó la ley que regula la responsabilidad en radio y televisión, que pasó a denominarse Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos. En 2017, la regulación se hizo más específica sobre las redes sociales, con la denominada Ley Constitucional contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia. A la par de estas regulaciones, se han puesto en práctica otras medidas, entre ellas, el bloqueo para ingresar a algunas páginas web, restricciones abusivas contra la mayoría de los medios de comunicación, tanto nacionales como extranjeros, y la persecución penal a usuarios de redes sociales y servicios de mensajería instantánea por haber hecho pronunciamientos críticos contra la administración de Nicolás Maduro o funcionarios o personas asociados a ella. Este ensayo plantea, desde este ángulo, una reflexión general sobre las redes sociales y sus retos regulatorios, así como sobre la situación en Venezuela al respecto; explora los

diferentes escenarios de los medios de comunicación, particularmente las redes sociales y su regulación, y, a partir de una aproximación teórica inicial, presenta los diferentes escenarios de limitación y censura que vienen ocurriendo en Venezuela; finalmente, brinda unas reflexiones sobre esta interesante problemática.

NUEVOS MEDIOS Y FUENTES REGULATORIAS

Las redes sociales y el internet plantean una serie de retos en el ámbito de la comunicación² y, por supuesto, de la libertad de expresión como elemento fundamental de la democracia. Hace poco más de diez años, el 1 de junio de 2011, se adoptó la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet,³ donde se enuncian una serie de principios acerca de la aplicación de la doctrina general sobre la libertad de expresión a las comunicaciones mediante internet, las restricciones admisibles, el alcance de la responsabilidad de los intermediarios, consideraciones sobre el filtrado y el bloqueo como medidas restrictivas, así como de la responsabilidad civil y penal, las implicaciones del principio de neutralidad de la red, y la obligación de los Estados de fomentar el acceso universal a internet.

La Declaración conjunta, en su preámbulo, hace énfasis en “la importancia fundamental de la libertad de expresión –incluidos los principios de independencia y diversidad– tanto en sí misma como en cuanto herramienta esencial para la defensa de todos los demás derechos, como elemento fundamental de la democracia y para el avance de los objetivos de desarrollo”. También, destaca que internet tiene “carácter transformador”, en el sentido de permitir tanto la expresión de opiniones como una mayor capacidad de acceder a la información, además de un potencial para promover que otros derechos sean realizados, como la participación en asuntos públicos. En este escenario, si bien la libertad de expresión puede restringirse mediante ley en situaciones necesarias, por ejemplo, para “la prevención del delito y la protección de derechos fundamentales de

2 Marcelino Bisbal, “Con las redes sociales hemos topado: Una nueva forma de entender la libertad de comunicación”, *Revista Comunicación*, año 46, n.º 194, 2021, pp. 99-114. <http://biblioteca.gumilla.org/cgi-bin/koha/opac-retrieve-file.pl?id=b9c97c3f477a114af73641bb7098d51b>.

3 Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), 1 de junio de 2011. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849>.

terceros, incluyendo menores”, ello debe responder a estándares internacionales. La Declaración conjunta advierte que algunas iniciativas de regulación estatal sobre internet no han considerado su peculiaridad, restringiendo de forma indebida la libertad de expresión. Según el preámbulo, estas iniciativas implican el establecimiento de responsabilidades por contenidos nocivos o ilícitos a actores que participan como intermediarios de internet. Un caso de este tipo es la regulación venezolana sobre “medios electrónicos”, contenida en la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, como estrategia para impedir el acceso a cierta información o que se utilicen ciertos servicios para expresar opiniones o divulgar información.

El creciente impacto de las redes sociales en la opinión pública ha supuesto que los Estados pretendan regularlas o, incluso, ejecutar medidas que tienen como objetivo no solo a las personas que las usan, sino a las plataformas en sí, o a cualquier otro intermediario o proveedor del servicio de internet. En este escenario, es preciso señalar que las redes sociales son diversas, y ello debe ser considerado para evaluar la conformidad con estándares internacionales de las eventuales restricciones que se impongan a su uso. Ciertas plataformas de mensajería instantánea que suelen usarse para divulgar información de forma masiva, como WhatsApp y Telegram, también se han encontrado bajo vigilancia estatal y, como respuesta, ellas hacen continuos esfuerzos para proteger la privacidad de las comunicaciones.

NUEVOS ECOSISTEMAS “PRIVADOS” DE COMUNICACIÓN. MÁRGENES DE ACCIÓN. AUTORREGULACIÓN

El desarrollo de internet ha supuesto discusiones sobre si debe ser regulado por el Estado o, más bien, apostar por una autorregulación. Esta última idea se fundamenta no solo en lo difícil que sería regular un fenómeno complejo, en constante cambio y transfronterizo, sino en que serían suficientes códigos de conducta o ética.⁴ En el caso de las redes sociales, la complejidad deriva tanto de la diversidad de las plataformas como del hecho de que son alternativas para expresarse, acceder y divulgar información, y comunicarse de forma privada. También son alternativas, más que otros recursos de internet, para evadir la censura en contextos autoritarios.

4 Anid Vanessa Díaz Buck, “La autorregulación en redes sociales como forma de garantizar los derechos de intimidad, privacidad y protección de datos personales”, *Derecom*, n.º 13, 2013, p. 138.

Sobre la autorregulación en internet existen al menos dos tendencias: (i) que no haya ningún tipo de regulación, de modo que las personas decidan cómo comportarse; o (ii) que se celebren contratos entre proveedores de servicio y usuarios que definan las conductas que se consideren ilícitas.⁵ En este segundo caso, se trataría de códigos de conducta, flexibles y de aplicación supranacional, para proteger la privacidad y los datos de quienes usen las plataformas, limitando la actividad de los proveedores de servicio, y promoviendo fórmulas de solución extrajudicial de conflictos o problemas asociados al uso.⁶ Por ejemplo, en casos de reclamos de suplantación de identidad, si bien los procedimientos difieren según la plataforma, es habitual que se resuelvan con cierta rapidez, sin necesidad de que intervenga algún órgano del Estado.

Si bien la autorregulación mediante códigos de conducta suele ser común, es frecuente que coexista con intervenciones de los Estados, singularmente considerados o que operan en el marco de proceso de integración o de carácter supranacional, como sucede en la Unión Europea. Los propios Estados instan a que las plataformas digitales o redes sociales fijen sus pautas de regulación y dejan a salvo facultades de control estatal, que tropiezan con múltiples dificultades para su aplicación. Se aprecia la tendencia a la expansión del ámbito en el cual aquellas determinan los límites de los contenidos o mensajes que pueden ser compartidos y establecen algunos mecanismos de reclamo y resolución. Este creciente margen de acción genera ecosistemas privados de comunicación, con sus reglas y formas de dirimir ciertas controversias. En ocasiones, los tribunales nacionales se han involucrado en la corrección de estas pautas internas para asegurar algunas garantías del debido proceso.

En el caso de regímenes autoritarios o con vocación autoritaria se acentúa la propensión al control estatal, con el riesgo de que se cometan abusos no solo contra la libertad de expresión sino contra otros derechos humanos.

RIESGO DE ABUSOS CONTRA DERECHOS HUMANOS Y SIGNIFICACIÓN DE LOS CONTROLES

En regímenes autoritarios, los controles sobre internet suelen ser reacciones a críticas de orden político. Es decir, se trata de controles que procuran censurar la disidencia y, con ello, evitar un clima desfavorable de opinión pública.

Algunas de estas restricciones han sido mencionadas en la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet, en el párrafo 3, relativo al “filtrado y bloqueo”, en los siguientes términos:

5 *Idem.*

6 *Ibid.*, p. 139.

- a. El bloqueo obligatorio de sitios web enteros, direcciones IP, puertos, protocolos de red o ciertos tipos de usos (como las redes sociales) constituye una medida extrema –análoga a la prohibición de un periódico o una emisora de radio o televisión– que solo podría estar justificada conforme a estándares internacionales, por ejemplo, cuando sea necesaria para proteger a menores del abuso sexual.
- b. 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.
- c. Se debe exigir que los productos destinados a facilitar el filtrado por los usuarios finales estén acompañados por información clara dirigida a dichos usuarios acerca del modo en que funcionan y las posibles desventajas si el filtrado resulta excesivo.

Estos mecanismos pueden tener justificación en situaciones extremas y con los límites aquí señalados. Con respecto al bloqueo, sería preciso que, además de justificarse en casos como el señalado en la Declaración conjunta, se asegure el debido proceso o la realización de un trámite administrativo o judicial para controlar su conformidad con estándares internacionales. En contextos autoritarios, la realidad es otra. Estos y otros instrumentos de prohibición o restricción son empleados para excluir la crítica política, y el poder judicial usualmente participa de las prácticas represivas. La protección internacional de los derechos humanos cobra mayor importancia en estos casos.

CONDICIONES PARA LAS LIMITACIONES

Las restricciones a las redes sociales suelen plantearse para salvaguardar el derecho de toda persona a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. En este sentido, el artículo 60 de la Constitución venezolana prevé: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos”. Los daños en este ámbito pueden ser graves debido al carácter masivo y la rápida propagación de los mensajes publicados, siendo tratados por el Estado como casos de difamación o injuria.⁷ También se imponen limitaciones para proteger a niños y adolescentes frente a ciertos contenidos o a su explotación para el tráfico sexual o la pornografía. Por otra parte,

7 Mariliana Rico Carrillo, “El impacto de internet y las redes sociales en el derecho a la libertad de expresión”, *Frónesis*, vol. 19, n.º 3, 2012, pp. 340-341, 344-345.

son típicas las prácticas de ciberacoso, un tipo de violencia que suele instrumentarse a través de plataformas de redes sociales.⁸

Desde otra perspectiva, las redes sociales (y en general, cualquier medio público en internet) pueden considerarse un canal para plantear denuncias porque no se considera seguro hacerlo de otro modo o ante instituciones estatales. En ocasiones, se trata de denuncias publicadas usando seudónimos, sobre todo en casos de violencias contra niñas y mujeres. Este escenario específico también presenta inquietudes y desafíos regulatorios.

El párrafo 1 de la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet señala seis principios sobre cómo regular la libertad de expresión, destacando que tal regulación, evaluada en términos de proporcionalidad, debe atender a la especificidad de internet como medio para comunicar ideas, opiniones o información. Sin embargo, esta especificidad no justifica que se dicten restricciones especiales a lo que se difunda por internet. En términos generales, se resalta la importancia de incentivar el uso autónomo, independiente y responsable de internet, es decir, de forma libre y segura. Los principios, en extenso, son los siguientes:

- a. 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”).
- 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 particularidades.
- d. Para responder a contenidos ilícitos, debe asignarse una mayor relevancia al desarrollo de enfoques alternativos y específicos que se adapten a las características singulares de Internet, y que a la vez reconozcan que no deben establecerse restricciones especiales al contenido de los materiales que se difunden a través de Internet.

8 *Ibid.*, pp. 343-344.

- e. La autorregulación puede ser una herramienta efectiva para abordar las expresiones injuriosas y, por lo tanto, debe ser promovida.
- f. Deben fomentarse medidas educativas y de concienciación destinadas a promover la capacidad de todas las personas de efectuar un uso autónomo, independiente y responsable de Internet (“alfabetización digital”).

Además, la Declaración conjunta se refiere al alcance de la responsabilidad de los intermediarios. Como se advirtió, ciertas regulaciones procuran trasladar restricciones o prohibiciones a ellos, lo cual puede terminar en prácticas de censura o que afectan la privacidad de los usuarios. El párrafo segundo de la Declaración conjunta prevé:

- a. 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 hacerlo (“principio de mera transmisión”).
- b. 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).

En ciertos escenarios se han planteado inquietudes sobre el alcance de la potestad de los proveedores de servicios para restringir ciertos contenidos o, incluso, suspender a usuarios.⁹ Algunos casos destacados en época reciente han sido la restricción de Twitter a la cuenta de Donald Trump durante las elecciones presidenciales de 2020 en los Estados Unidos de América, o las críticas a Spotify por no suspender un podcast (de gran audiencia y contrato de exclusividad con esta plataforma) que durante la pandemia ha difundido información contra las vacunas.

9 Jesús María Aguirre, “Libertades y regulación en las redes sociales (RRSS)”, *Revista Comunicación*, año 46, n.º 194, 2021, pp. 161-162. <http://biblioteca.gumilla.org/cgi-bin/koha/opac-retrieve-file.pl?id=e-52fiacc6683bf2746ceob8076e86bb>.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN, REDES SOCIALES Y CENSURA EN VENEZUELA

El uso de las redes sociales en Venezuela se encuentra muy extendido, aunque con las limitaciones propias de la precaria conectividad que existe en el país, donde suelen ser cotidianas las fallas de los proveedores de internet y las interrupciones del servicio de electricidad. De DataReportal¹⁰ se destacan los siguientes datos sobre internet y redes sociales:

- En Venezuela hay 22,17 millones de dispositivos móviles conectados.
- En ese país, 76,5% de la población total posee algún tipo de dispositivo, como celulares, tablets y laptops.
- 20,87 millones de personas están conectadas a internet.
- Existen 15,45 millones de perfiles activos en redes sociales (53,3% de la población total).
- Según el *ranking* Similarweb, entre los siete sitios más visitados se encuentran Google (1), YouTube (2), Facebook (3), Instagram (4), Twitter (6), WhatsApp (7); según el *ranking* Alexa, entre los catorce más visitados están Google (1), YouTube (2), Facebook (7) e Instagram (14).
- Entre los términos más buscados en Google están Facebook (2), YouTube (4), WhatsApp (17), y Google (18).
- 12,20 millones de perfiles activos en Facebook (42,1% de la población).
- 6,35 millones de perfiles activos en Instagram (21,9% de la población).
- 3,60 millones de perfiles activos en Facebook Messenger (12,4% de la población).
- 4,30 millones de perfiles activos en LinkedIn (14,8% de la población).
- 1,55 millones de perfiles activos en Twitter (5,3% de la población).

El acceso a internet ha sido relevante para informarse –y expresarse– en un país donde, según el Instituto Prensa y Sociedad de Venezuela, desde 2009 dejaron de publicarse 110 medios impresos, quedando apenas 20 en circulación, aunque con intermitencia, en 14 entidades hasta abril de 2021.¹¹ En específico, 104 periódicos quedaron fuera de circulación desde 2013 (47 de ellos en 2018), cuando el Estado venezolano creó una empresa, la Corporación Editorial Alfredo Maneiro, para monopolizar la importación de papel prensa. 50 de los periódicos que dejaron de imprimirse han podido mantener su web activa, mientras que 3

10 Simon Kemp y Kepios (con el apoyo de Hootsuite y WeAreSocial). <https://datareportal.com/reports/digital-2022-venezuela>.

11 Instituto Prensa y Sociedad de Venezuela, “Balance IPYSve | Medios impresos: entre el olvido y la sobrevivencia”, 26 de abril de 2021. <https://ipysvenezuela.org/alerta/balance-ipysve-medios-impresos-entre-el-olvido-y-la-sobrevivencia/>.

solo han sido capaces de mantenerse en redes sociales,¹² como es el caso de *Panorama* (uno de los más antiguos del país, fundado en 1914), en alguna época el diario regional de mayor circulación nacional.

La libertad de expresión en internet y redes sociales se encuentra regulada en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones,¹³ la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos,¹⁴ y la Ley Constitucional contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia.¹⁵

La Comisión Nacional de Telecomunicaciones (Conatel) tiene como competencia velar por el cumplimiento de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Su consejo directivo es de libre nombramiento y remoción por el Presidente de la República, y está adscrita al Ministerio del Poder Popular para la Comunicación e Información, órgano rector de las telecomunicaciones en el país, al que “le corresponde establecer las políticas, planes y programas generales que han de aplicarse en el sector [...] de conformidad con los planes nacionales de desarrollo que establezca el Ejecutivo Nacional” (Ley Orgánica de Telecomunicaciones, art. 34). Este diseño ha supuesto la falta de garantías de independencia de Conatel, que ha sido instrumento para la regulación política de los contenidos en los medios de comunicación.¹⁶

Entre tanto, la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos enlista una serie de mensajes que no está permitido difundir. Se trata de categorías no definidas cuyo margen de interpretación ha conducido a arbitrariedades.¹⁷ El texto del artículo 27 de la Ley establece lo siguiente:

En los servicios de radio, televisión y medios electrónicos, no está permitida la difusión de los mensajes que:

1. Inciten o promuevan el odio y la intolerancia por razones religiosas, políticas, por diferencia de género, por racismo o xenofobia.
2. Inciten o promuevan y/o hagan apología al delito.
3. Constituyan propaganda de guerra.
4. Fomenten zozobra en la ciudadanía o alteren el orden público.

12 *Idem*.

13 *Gaceta Oficial* n.º 39.610, 7 de febrero de 2011. <http://www.conatel.gob.ve/wp-content/uploads/2014/10/Ley-Org%C3%A1nica-de-Telecomunicaciones-LOTEL.pdf>.

14 *Idem*.

15 *Gaceta Oficial* n.º 41.274, 8 de noviembre de 2017. <http://historico.tsj.gob.ve/gaceta/noviembre/8112017/8112017-5076.pdf>.

16 Marysabel Rodríguez, Oswaldo Cali y Gregorio Riera, “Venezuela”, en Alianza Regional por la Libre Expresión e Información, *Artículo XIII. Informe sobre Control Estatal de las Redes Sociales*, s. f., p. 62.

17 *Idem*.

5. Desconozcan a las autoridades legítimamente constituidas.
6. Induzcan al homicidio.
7. Inciten o promuevan el incumplimiento del ordenamiento jurídico vigente.

En este artículo, además, se dispone la responsabilidad de los proveedores de medios electrónicos para restringir estos mensajes, en los siguientes términos:

Los proveedores de medios electrónicos deberán establecer mecanismos que permitan restringir, sin dilaciones, la difusión de mensajes divulgados que se subsuman en las prohibiciones contenidas en el presente artículo, cuando ello sea solicitado por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones [...].

Los proveedores de medios electrónicos serán responsables por la información y contenidos prohibidos a que hace referencia el presente artículo, en aquellos casos que hayan originado la transmisión, modificado los datos, seleccionado a los destinatarios o no hayan limitado el acceso a los mismos, en atención al requerimiento efectuado por los órganos con competencia en la materia.

Asimismo, los parágrafos primero y segundo del artículo 27 estipulan las sanciones a estos proveedores de medios electrónicos:

Parágrafo primero: Los responsables de los medios electrónicos serán sancionados con multa desde cincuenta hasta doscientas unidades tributarias (50 hasta 200 U.T.), cuando violen cualquiera de las prohibiciones contenidas en el presente artículo.

Parágrafo segundo: Los proveedores de medios electrónicos que no atiendan las solicitudes realizadas por los órganos competentes a los fines de dar cumplimiento a las disposiciones de la presente Ley, serán sancionados con multa de hasta un cuatro por ciento (4%) de los ingresos brutos generados en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior a aquel en el cual se cometió la infracción.

En correspondencia con la regulación anterior, la denominada Ley Constitucional contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia hace referencia expresa a las redes sociales y las obligaciones a las que están sometidos quienes administren sus plataformas. El artículo 14 prescribe:

La difusión de mensajes a través de las redes sociales y medios electrónicos que promuevan la guerra o inciten al odio nacional, racial, étnico, religioso, político, social, ideológico, de género, orientación sexual, identidad de género, expresión de género y de cualquier otra naturaleza que constituya incitación a la discriminación, la intolerancia o la violencia a través se encuentra prohibida.

Las personas jurídicas que administran las redes sociales y medios electrónicos se encuentran obligadas a cumplir estrictamente lo dispuesto en esta disposición y adoptarán las medidas adecuadas para prevenir la difusión de estos mensajes. A tal efecto, deberán retirar inmediatamente de su difusión cualquier propaganda o mensaje que la contravenga.

Es preciso observar que la categoría “odio” no está prevista en el artículo 57 de la Constitución, que alude a los mensajes prohibidos: “No se permite el anonimato, ni la propaganda de guerra, ni los mensajes discriminatorios, ni los que promuevan la intolerancia religiosa”.

El artículo 20 tipifica el delito de “promoción o incitación al odio”, que establece:

Quien públicamente o mediante cualquier medio apto para su difusión pública fomenta, promueva o incite al odio, la discriminación o la violencia contra una persona o conjunto de personas, en razón de su pertenencia real o presunta a determinado grupo social, étnico, religioso, político, de orientación sexual, de identidad de género, de expresión de género o cualquier otro motivo discriminatorio será sancionado con prisión de diez a veinte años, sin perjuicio de la responsabilidad civil y disciplinaria por los daños causados.

Con un término medio de 15 años, se trata de una sanción tan grave como la del homicidio simple, que se pena con 12 a 18 años de presidio (Código Penal, art. 405).

La sanción por “la difusión de mensajes a favor del odio y la guerra” se extiende a quienes administran las plataformas de redes sociales y otros medios electrónicos y, además, implicaría bloquear el acceso a ellas. El artículo 22 dispone:

En el caso de las redes sociales y medios electrónicos si la difusión de los mensajes a que hace referencia este artículo, no es retirada dentro de las seis horas siguientes a su publicación, la persona jurídica responsable de la misma será sancionada con multa desde cincuenta mil a cien mil unidades tributarias. Así mismo, dará lugar al bloqueo de los portales, sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiere lugar.

En rigor, se trata de una regulación que ha procurado silenciar la disidencia política, siendo una práctica cotidiana la persecución penal contra quienes emitan mensajes críticos que puedan ser calificados de odio. Si bien esta persecución es anterior a 2017, la entrada en vigencia de la Ley contra el Odio ha agravado el panorama del estado de la libertad de expresión en Venezuela.

Premisas del control estatal

Una serie de prácticas evidencia la pretensión del Gobierno de evitar que voces críticas o disidentes puedan manifestarse en medios de comunicación, incluyendo internet y plataformas de redes sociales.

En relación con este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha declarado la responsabilidad del Estado venezolano en seis casos relativos a las libertades de expresión o información: Ríos y otros (28 de enero de 2009),¹⁸ Perozo y otros (28 de enero de 2009),¹⁹ Usón Ramírez (20 de noviembre de 2009),²⁰ Uzcátegui y otros (3 de septiembre de 2012),²¹ Granier y otros (22 de junio de 2015),²² y Álvarez Ramos (30 de agosto de 2019).²³

En una declaración más reciente desde el sistema interamericano, de 28 de enero de 2022, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos manifestó “su preocupación frente a las declaraciones estigmatizantes, el cierre de medios de comunicación independientes y los procesamientos judiciales contra periodistas en Venezuela que investigan, informan y denuncian asuntos de interés público”, y “(e)n este sentido, la RELE llama al Estado a cesar las amenazas y restricciones arbitrarias a la libertad de expresión e insta a las autoridades a mantener un discurso favorable a la deliberación pública”.²⁴

18 Corte IDH, Caso Ríos y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 194. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_194_esp.pdf.

19 Corte IDH, Caso Ríos y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 195. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_195_esp.pdf.

20 Corte IDH, Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 207. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf.

21 Corte IDH, Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela, Sentencia de 3 de septiembre de 2012, Fondo y Reparaciones, Serie C, n.º 249. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_249_esp.pdf.

22 Corte IDH, Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, Sentencia de 22 de junio de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 293. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_293_esp.pdf.

23 Corte IDH, Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela, Sentencia de 30 de agosto de 2019, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 380. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_380_esp.pdf.

24 Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “La Relatoría Especial manifiesta su preocupación frente a declaraciones estigmatizantes, cierre de medios de comunicación y procesamiento judicial contra periodistas en Venezuela”, Comunicado

Al respecto, en 2021, según el Instituto Prensa y Sociedad de Venezuela, se documentaron 249 casos que se tradujeron en 380 violaciones de las libertades de expresión e información, en entornos tanto tradicionales como electrónicos, en los que se destaca que “(l)as descalificaciones y declaraciones estigmatizantes contra la prensa crítica, alentadas desde los funcionarios públicos y actores del oficialismo, se posicionaron entre los patrones de vulneraciones más recurrentes en este último año”.²⁵

Es notoria la política de hegemonía comunicacional del Estado (gobierno-partido), reivindicativa de una sola verdad, la oficial, sobre cualquier asunto. Para ello se vale del Sistema Bolivariano de Comunicación e Información (Sibici),²⁶ que cuenta en la actualidad con 12 canales de televisión abierta (Venezolana de Televisión, TVes, Ávila TV, ANTV, Vive, 123TV, ConCiencia TV, Alba TV, TV FANB, Corazón Llanero, Colombeia y Telesur); 5 emisoras de radio (Radio Nacional de Venezuela, YVKE Mundial Radio, Alba Ciudad 96.3 FM, Ciudad VLC Radio 89.9 FM y La Radio del Sur); 9 periódicos (*Correo del Orinoco, Ciudad CCS, Ciudad VLC, Ciudad Cojedes, Ciudad Guárico, Ciudad Petare, Ciudad BQTO, Ciudad MCY y Ciudad Maturín*); y la Agencia Venezolana de Noticias. Salvo Radio Nacional de Venezuela (1936), YVKE Mundial (1944) y Venezolana de Televisión (1964), el resto de los medios fueron creados a partir de 2005.

Para lograr esta hegemonía se han cerrado medios independientes a través de varias medidas: no renovación de concesiones, declaratoria de extinción de títulos, multas exorbitantes, negativa del acceso a papel, hostigamiento y persecución a comunicadores, entre otras.

Entre los casos a destacar más recientes se encuentra el del diario *El Nacional*, cuya sede fue adjudicada en propiedad a Diosdado Cabello, luego de un proceso judicial que se siguió contra el periódico por haber replicado una información del diario español *ABC* en la que se afirmaba que Cabello estaba siendo investigado en Estados Unidos por presuntos vínculos con el narcotráfico.²⁷ La adjudicación

de prensa R19/22, 28 de enero de 2022. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?IID=2&artID=1225>.

25 Instituto Prensa y Sociedad de Venezuela, *El asedio del poder - Reporte anual 2021*, p. 2. <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://ipysvenezuela.org/wp-content/uploads/2022/03/Reporte-Anual-2021.pdf&hl=es>.

26 Decreto 9.422, mediante el cual se crea el Sistema Bolivariano de Comunicación e Información (SiBCI), *Gaceta Oficial* n.º 40.130, 18 de marzo de 2013. http://spgo.in.prentanacional.gob.ve/cgi-win/be_alex.cgi?Documento=To28700029434/0&Nombrebd=spgo.in&CodAsocDoc=1857&to4=2-11&to5=png&Seccion=602314247.

27 Espacio Público, “Febrero: persecución, problemas en internet y hostigamiento”, 4 de marzo de 2022. <https://espaciopublico.org/febrero-persecucion-problemas-en-internet-y-hostigamiento/>.

fue acordada por la jueza Lisbeth del Carmen Amoroso Hidrobo, hermana del Contralor General de la República. Pocos días después de esta decisión, Cabello, en su programa *Con el mazo dando*, transmitido por Venezolana de Televisión, amenazó con “ir por la página” de *El Nacional*.

Otro caso reciente, reportado por *Espacio Público*, es el de la emisora de radio El Triunfo 99.3 FM, cerrada el 25 de febrero de 2022 por orden de Conatel. Se trataba de una emisora pública creada en 2010, cuya gestión correspondía al alcalde del municipio Ospino del estado Portuguesa, que desde 2000 hasta 2021 estuvo gobernado por MVR/PSUV. En las elecciones de noviembre de 2021 resultó alcalde un candidato de la MUD.²⁸

Se trata de situaciones contrarias al principio 13 contenido en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, cuyo texto establece:

La utilización del poder del Estado y los recursos de la hacienda pública; la concesión de prebendas arancelarias; la asignación arbitraria y discriminatoria de publicidad oficial y créditos oficiales; el otorgamiento de frecuencias de radio y televisión, entre otros, con el objetivo de presionar y castigar o premiar y privilegiar a los comunicadores sociales y a los medios de comunicación en función de sus líneas informativas, atenta contra la libertad de expresión y deben estar expresamente prohibidos por la ley. Los medios de comunicación social tienen derecho a realizar su labor en forma independiente. Presiones directas o indirectas dirigidas a silenciar la labor informativa de los comunicadores sociales son incompatibles con la libertad de expresión.²⁹

También, se ha procurado restringir programas de opinión en medios independientes –algunos de ellos adquiridos por empresarios vinculados al gobierno–, o excluir canales internacionales informativos de la oferta de la televisión por cable y satelital, y, en general, censurar cualquier voz crítica.

Todas estas circunstancias han impedido que se difundan ciertas opiniones e informaciones en prensa, radio y televisión, obligando a quienes disienten a valerse de internet y las redes sociales.³⁰

28 *Idem*.

29 CIDH, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108° periodo ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 octubre de 2000. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=26&IID=2>.

30 Rafael Uzcátegui, “Movilizaciones estudiantiles en Venezuela. Del carisma de Chávez al conflicto en redes”, *NUSO*, n.º 251, 2014. <https://nuso.org/articulo/movilizacion-estudiantiles-en-venezuela-del-carisma-de-chavez-al-conflicto-en-redes/>.

Cerco a los medios digitales y redes sociales

Una vez controlados los medios de comunicación tradicionales, la represión se desplazó a las redes sociales.³¹ Por ello, como ya se anotó, en 2011 se extendió el ámbito regulatorio de la ley sobre responsabilidad en radio y televisión que, desde entonces, incluye a los medios electrónicos, y en 2017 se dictó la Ley contra el Odio, por la Convivencia Pacífica y la Tolerancia, que se refiere de modo expreso a las redes sociales. En el último año han sido recurrentes declaraciones de altos funcionarios del Gobierno sobre la necesidad de regular las redes sociales, en particular porque plataformas como Facebook o Twitter han suspendido cuentas gubernamentales o de funcionarios.³²

Además, se han puesto en práctica otras medidas: se han bloqueado no solo páginas web sino plataformas de redes sociales, y se han abierto investigaciones penales por difundir opiniones o informaciones en ellas.

Los bloqueos selectivos de plataformas de *streaming* y redes sociales han ocurrido en Venezuela. En 2019, Netblocks detectó 40 casos de este tipo en el país, 30% de ellos entre enero y febrero de ese año. Las redes afectadas en ese entonces fueron Instagram, Facebook, Twitter, YouTube, y el buscador de Google. Según Netblocks, solo Venezuela y Kazajistán aplican este tipo de filtros de red reactivos y efímeros.³³

En relación con las páginas web, con ocasión de las elecciones regionales y municipales de noviembre de 2021, un reporte de VeSinFiltro³⁴ documentó el bloqueo de 49 sitios web y 56 dominios, discriminados así: 35 sitios de noti-

31 Marcelino Bisbal, “El caso de Venezuela y los intentos de regular las RRSS”, *Revista Comunicación*, año 46, n.º 194, 2021, pp. 173-177. <http://biblioteca.gumilla.org/cgi-bin/koha/opac-retrieve-file.pl?id=a9746f299b0fc5293fef9393da8a2fob>.

32 Voz de América, “Gobierno de Venezuela pone la atención en redes sociales”, 1 de abril de 2021. https://www.vozdeamerica.com/a/tecnologia-ciencia_gobierno-de-venezuela-pone-la-atencion-en-redes-sociales/6072823.html; Aula Abierta, “Regulación de redes sociales en Venezuela: bloqueo y censura estratégica”, 6 de abril de 2021. <http://aulaabiertavenezuela.org/index.php/2021/04/06/regulacion-de-redes-sociales-en-venezuela-bloqueo-y-censura-estrategica/>; Swiss Info, “El cerco venezolano amenaza con estrecharse sobre las redes sociales”, 21 de abril de 2021. <https://www.swissinfo.ch/spa/venezuela-derechos--previsi%C3%B3n-el-cerco-venezolano-amenaza-con-estrecharse-sobre-las-redes-sociales/46553706>; Bloomberg, “Maduro y su afán por regular las redes sociales en Venezuela”, 29 de julio de 2021. <https://www.bloomberglinea.com/2021/07/29/maduro-y-su-afan-por-regular-las-redes-sociales-en-venezuela/>.

33 *El País*, “Los bloqueos selectivos de redes en Venezuela reflotan los medios prohibidos y el porno”, 10 de marzo de 2020. <https://elpais.com/tecnologia/2020-03-10/los-bloqueos-selectivos-de-redes-en-venezuela-reflotan-los-medios-prohibidos-y-el-porno.html>.

34 VeSinFiltro, “Elecciones bajo censura: sin acceso a los medios independientes en #internetVE”, 25 de noviembre de 2021. <https://vesinfiltro.com/noticias/2021-bloqueos-elecciones/>.

cias (41 dominios), incluyendo una amplia gama de portales, muchas de las más importantes fuentes de información nacionales e internacionales; 7 sitios cuyo contenido es de crítica política (8 dominios); 3 sitios relacionados con derechos humanos y organizaciones de la sociedad civil; 2 herramientas de difusión multimedia usadas por medios en Venezuela; y 2 herramientas anticensura utilizadas por los usuarios para evadir bloqueos.

Entre el 31 de enero y el 1 de febrero de 2022 ocurrieron los bloqueos más recientes. Fueron los casos de los portales de noticias *Efecto Cocuyo*, *Crónica Uno* y *EVTVMiami*. Como en anteriores casos, se aplicaron de oficio, sin seguir ningún procedimiento administrativo o judicial.³⁵

También en febrero, el sitio web del medio *Tal Cual* sufrió un ataque de denegación de servicios (DDoS) con el propósito de sacarlo de línea. Este ataque, según *Tal Cual*, fue instrumentado mediante un tráfico excesivo proveniente de direcciones IP controladas por Cantv, la empresa estatal de comunicaciones. Ello ocurrió luego de que se publicara una nota sobre una fiesta en un tepuy del parque nacional Canaima.³⁶

Entre tanto, las detenciones arbitrarias por difundir opiniones o informaciones en Twitter y otras redes sociales son cada vez más comunes. La Misión Internacional Independiente de Determinación de los Hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela ha documentado estos casos en los dos informes que ha producido.³⁷

En el informe de 2020, esta situación es tratada como el caso 12, denominado “Detenciones de ciudadanos privados por declaraciones en medios sociales percibidas como críticas al Gobierno”. En este reporte queda establecido que, entre 2014 y 2019, 18 personas fueron detenidas por mensajes que publicaron en Twitter. A pesar de ser acusadas por delitos de poca relevancia, estuvieron recluidas en instalaciones del Sebin y la DGCIM por largos periodos, sometidas a torturas

35 VeSinFiltro, “Más bloqueos contra medios de noticias en Venezuela”, 1 de febrero de 2022. <https://vesinfiltro.com/noticias/2022-02-01-bloqueo-Noticias/>.

36 Espacio Público, *op. cit.*

37 Consejo de Derechos Humanos, Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, A/HRC/45/CRP.11, 15 de septiembre de 2020. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf; Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, A/HRC/48/CRP.5, 16 de septiembre de 2021. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A-HRC-48-CRP.5_SP.pdf.

y tratos crueles, inhumanos o degradantes, y violaciones de las garantías procesales.³⁸ Además, en el informe se destaca que

... (e)l 12 de junio de 2014, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) envió un expediente al director del SEBIN, Gustavo González López, con información detallada sobre algunos usuarios destacados de Twitter, con sus direcciones IP y la ubicación de sus servidores. El informe se centraba en @williamsDPV123 y @AnonymusWar, según documentos filtrados a periodistas. Estos documentos indican que CONATEL colaboró con las fuerzas de seguridad y funcionarios de inteligencia para identificar y localizar a ciertos usuarios de los medios sociales y vigilar sus mensajes privados.³⁹

Un aspecto singular es que la mayoría de las detenciones ocurridas en 2014 estuvieron asociadas al homicidio de Robert Serra, diputado de la Asamblea Nacional por el PSUV, y su asistente María Herrera.⁴⁰ Tras este hecho, ocurrido el 1 de octubre, muchas personas tuitearon mensajes despectivos, y siete de ellas fueron detenidas.⁴¹

Los casos documentados en extenso por la Misión fueron los de Lessi Marcano, detenido el 14 de octubre de 2014 por haber publicado unas dos semanas antes, tanto en su cuenta personal de Twitter como en otra alternativa en esa plataforma en las que compartía predicciones, que la Asamblea Nacional se encontraría pronto de luto;⁴² Inés González, detenida el 4 de octubre de 2014, por haber tuiteado mensajes críticos tras la muerte del diputado Serra;⁴³ y Pedro Jaimes Criollo, detenido el 10 de mayo de 2018 por haber compartido una semana antes en Twitter la ruta del vuelo de uno de los aviones presidenciales, que trasladaba al Presidente de la República a un acto en Aragua.⁴⁴

En su informe de 2021, la Misión reportó los casos de Luis Carlos Díaz, Ada Macuare y dos bomberos de Mérida. Luis Carlos Díaz, periodista y experto en redes sociales, fue detenido el 11 de marzo de 2019 por funcionarios del Sebin, luego de que Diosdado Cabello, para entonces presidente de la Asamblea Nacional

38 Consejo de Derechos Humanos, Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, cit., 15 de septiembre de 2020, párrafo 691.

39 *Ibid.*, párrafo 692.

40 *Ibid.*, párrafo 693.

41 *Ibid.*, párrafo 694.

42 *Ibid.*, párrafos 701-711.

43 *Ibid.*, párrafos 712-726.

44 *Ibid.*, párrafos 727-755.

Constituyente, reprodujera en *Con el mazo dando* un video editado con extractos de un programa publicado en el canal de YouTube del periodista. Según el acta de investigación del Sebin, “el 7 de marzo de 2019, el inspector inició una investigación en ‘diferentes redes sociales’, ya que el país sufría cortes de energía eléctrica [...] las investigaciones lo llevaron al video del 26 de febrero, publicado en el canal de YouTube del Sr. Díaz”.⁴⁵

En el caso de la enfermera Ada Macuare, la detención, realizada el 21 de julio de 2021 por funcionarios de la PNB, se debió a que hizo unas declaraciones públicas en nombre de su sindicato de trabajadores de salud, exigiendo que se mejoraran salarios y se adoptara un plan efectivo de vacunación contra el covid-19. El tribunal de control ratificó la imputación por el delito de instigación al odio con base en grabaciones de aquellas declaraciones y una denuncia en la que se asegura que la enfermera “se encuentra enviando audios, mensajes por las redes sociales mediante WhatsApp invitando al pueblo a que realicen manifestaciones contra el Gobierno venezolano, incitando al pueblo venezolano al odio”.⁴⁶

Carlos Julio Varón y Ricardo Prieto Parra, bomberos del Cuerpo de Bomberos del Estado Mérida, fueron detenidos el 12 de septiembre de 2018 por funcionarios de la DGCIM. El día anterior, se había compartido un video satírico en un grupo privado de WhatsApp, en el que una persona guiaba a un burro por la estación de bomberos, simulando que era el Presidente de la República realizando una inspección. Este video luego circularía por las redes sociales. Los bomberos fueron imputados por instigación al odio, alegándose que habían sido detenidos en flagrancia y, por ello, el tribunal de control acordó su detención preventiva.⁴⁷

Espacio Público ha documentado otros casos similares, entre otros, los de Skarlin Duarte, Pedro Hernández Oropeza, Yarxenys y Yallexi González, y 15 funcionarios de la GNB.⁴⁸ Skarlin Duarte, bailarina, frecuentaba un cibercafé que fue allanado por órganos policiales para investigar a autores de mensajes contra el Gobierno publicados en redes sociales. Luego de incautar unas computadoras, ubicaron sus datos y la detuvieron el 26 de agosto de 2014. Fue imputada por instigación al odio, espionaje informático, ultraje y acceso indebido a sistemas protegidos. Estuvo recluida en el Sebin hasta su excarcelación en diciembre de 2016, sin que hubiera sido presentada ante un tribunal.

45 Consejo de Derechos Humanos, Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, cit., 16 de septiembre de 2021, pp. 105-109.

46 *Ibid.*, pp. 140-141.

47 *Ibid.*, párrafos 228 y 229.

48 Espacio Público, “Detenciones en línea. Presos por usar las redes sociales”, 2 de mayo de 2019. <https://espaciopublico.org/detenciones-en-linea-presos-por-usar-las-redes-sociales/>.

En el caso de Pedro Hernández Oropeza, activista de Voluntad Popular, la detención ocurrió el 8 de junio de 2016 por haber publicado un tuit informando sobre unos saqueos en Aroa, estado Yaracuy. El activista fue imputado, junto a otros 26 militantes políticos, por el delito de ultraje al funcionario y, a pesar de que el tribunal de control le acordó en la audiencia de presentación del 10 de junio una medida cautelar sustitutiva de la privación de libertad, no fue excarcelado sino hasta el 13 de julio debido a que, días después de la audiencia, el Presidente de la República afirmara en cadena nacional de radio y televisión que los activistas políticos detenidos eran responsables de los saqueos y debían tener máximo castigo.

Yarxeny y Yalaxi González fueron detenidas el 21 de julio de 2018 por funcionarios del CICPC por haber divulgado en Facebook una serie de publicaciones contra dirigentes oficialistas del estado Guárico. Fueron imputadas por delitos previstos en la Ley contra el Odio.

Otro caso destacado por Espacio Público es el de 15 funcionarios de la Guardia Nacional Bolivariana (GNB) que fueron detenidos en Apure el 7 de octubre de 2018, por haber difundido un video en agosto en el que denunciaron las precarias condiciones de trabajo. Fueron imputados por el delito de traición a la patria.

Hay otra serie de circunstancias que es importante señalar: (i) la recurrencia de las fallas para acceder a internet; un último reporte corresponde a febrero de 2022, cuando se interrumpió el servicio de forma general en Aragua, Barinas, Falcón, Lara, Mérida, Portuguesa, Táchira, Trujillo y Zulia;⁴⁹ (ii) agresiones o detenciones contra reporteros de medios digitales; (iii) presión sobre los intermediarios o prestadores privados del servicio de internet; y (iv) la contratación de “formadores de opinión” o el uso de *bots* para hostigar a periodistas, organizaciones de la sociedad civil o cualquier persona que manifieste críticas contra el Gobierno, conllevando un efecto inhibitorio.

REFLEXIONES FINALES

Las plataformas digitales y las redes sociales abren ingentes posibilidades para la expresión de ideas, la transmisión y formación del conocimiento y la información. En contextos autoritarios, han sido de gran importancia para mantener espacios de crítica, denuncia y formación de opinión. Si bien las redes sociales presentan singularidades como canales para la discusión pública, por sus

49 Espacio Público, “Febrero: persecución, problemas en internet y hostigamiento”, 4 de marzo de 2022, cit.

características de inmediatez, emocionalidad y efecto rebaño, que puede dar lugar a que preponderen y tengan mayor influencia posturas extremistas, su uso ha resultado indispensable para el ejercicio de las libertades de expresión e información en tales contextos.

Esto es notorio en el caso venezolano, donde además de servir como herramientas para opinar o informar, han sido decisivas para alertar o evitar que ocurran arbitrariedades.⁵⁰ Con esta conciencia, el Estado venezolano no ha cesado en su propósito de lograr una hegemonía comunicacional. En esta época, internet en general, y las plataformas de redes sociales en particular, son un objetivo crucial para impedir que se desarrollen voces críticas.

En este sentido, los desafíos de las redes sociales en Venezuela son más complejos que en otras realidades sociopolíticas, donde la discusión se centra más en los riesgos de desinformación⁵¹ y los potenciales abusos en el ejercicio de la libertad de expresión,⁵² o en el devenir de las estructuras y los procedimientos para participar y decidir sobre los asuntos públicos.⁵³ Acerca de estos desafíos, en conjunto, es preciso continuar reflexionando, siempre apostando a la reivindicación de la libertad y la democracia.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

AGUIRRE, Jesús María, “Libertades y regulación en las redes sociales (RRSS)”, *Revista Comunicación*, año 46, n.º 194, 2021. <http://biblioteca.gumilla.org/cgi-bin/koha/opac-retrieve-file.pl?id=e52fiacc6683bf2746ce0eb8076e86bb>.

50 “Muchos activistas han visto un valor de solidaridad social y de organización política en los tuits, en blogs y en los mensajes electrónicos. Han identificado una revolucionaria herramienta subversiva lo suficientemente fuerte como para socavar regímenes represores y autoritarios” (Máriam Martínez-Bascuñán, “Democracia y redes sociales: el ejemplo de Twitter”, *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), n.º 168, 2015, p. 179).

51 Andrea López, “Desórdenes informativos propagados en Venezuela, vía WhatsApp y redes sociales, en medio de la pandemia de Covid-19”, *Revista Comunicación*, año 46, n.º 194, 2021, pp. 13-15. <http://biblioteca.gumilla.org/cgi-bin/koha/opac-retrieve-file.pl?id=552a736ce1912cf51c1b4858aef2cbco>; León Hernández y Ana Julia Niño, “Normas para afrontar la desinformación: de libertad a regulaciones, entre paranoias, censuras y arrebatos”, *Revista Comunicación*, año 46, n.º 194, 2021, pp. 117-123. <http://biblioteca.gumilla.org/cgi-bin/koha/opac-retrieve-file.pl?id=12eb2565925765c4e8aaee81030021cd>.

52 Rico Carrillo, *op. cit.*, pp. 331-349.

53 Ruth Capriles, “Democracia líquida y verdad en las redes sociales”, *Revista Comunicación*, año 46, n.º 194, 2021, pp. 91-96. <http://biblioteca.gumilla.org/cgi-bin/koha/opac-retrieve-file.pl?id=bfaod-4870546fb34fec6fc4560c47283>.

BISBAL, Marcelino, “Con las redes sociales hemos topado: Una nueva forma de entender la libertad de comunicación”, *Revista Comunicación*, año 46, n.º 194, 2021, pp. 99-114. <http://biblioteca.gumilla.org/cgi-bin/koha/opac-retrieve-file.pl?id=b9c97c-3f477a114af73641bb7098d51b>.

KEMP, Simon y KEPIOS (con el apoyo de Hootsuite y WeAreSocial). <https://datareportal.com/reports/digital-2022-venezuela>.

RODRÍGUEZ, Marysabel, Oswaldo CALI y Gregorio RIERA, “Venezuela”, en Alianza Regional por la Libre Expresión e Información, *Artículo XIII. Informe sobre Control Estatal de las Redes Sociales*, s. f.

UZCÁTEGUI, Rafael, “Movilizaciones estudiantiles en Venezuela. Del carisma de Chávez al conflicto en redes”, *NUSO*, n.º 251, 2014. <https://nuso.org/articulo/movilizaciones-estudiantiles-en-venezuela-del-carisma-de-chavez-al-conflicto-en-redes/>.

LEGISLACIÓN Y DECRETOS NACIONALES

ASAMBLEA NACIONAL, LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES / LEY DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EN RADIO, TELEVISIÓN Y MEDIOS ELECTRÓNICOS, *Gaceta Oficial* n.º 39.610, 7 de febrero de 2011. <http://www.conatel.gob.ve/wp-content/uploads/2014/10/Ley-Org%C3%A1nica-de-Telecomunicaciones-LOTEL.pdf>.

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, LEY CONSTITUCIONAL CONTRA EL ODIO, POR LA CONVIVENCIA PACÍFICA Y LA TOLERANCIA, *Gaceta Oficial* n.º 41.274, 8 de noviembre de 2017. <http://historico.tsj.gob.ve/gaceta/noviembre/8112017/8112017-5076.pdf>.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, DECRETO 9.422, MEDIANTE EL CUAL SE CREA EL SISTEMA BOLIVARIANO DE COMUNICACIÓN E INFORMACIÓN (SIBCI). *Gaceta Oficial* n.º 40.130, 18 de marzo de 2013. http://spgoin.imprentanacional.gob.ve/cgi-win/be_alex.cgi?Documento=To28700029434/o&Nombrebd=spgoin&CodAsocDoc=1857&to4=2-.

REPORTES DE PRENSA O MEDIOS DE COMUNICACIÓN

EL PAÍS, “Los bloqueos selectivos de redes en Venezuela reflotan los medios prohibidos y el porno”, 10 de marzo de 2020. <https://elpais.com/tecnologia/2020-03-10/los-bloqueos-selectivos-de-redes-en-venezuela-reflotan-los-medios-prohibidos-y-el-porno.html>.

ESPACIO PÚBLICO, “Detenciones en línea. Presos por usar las redes sociales”, 2 de mayo de 2019. <https://espaciopublico.org/detenciones-en-linea-presos-por-usar-las-redes-sociales/>.

ESPACIO PÚBLICO, “Febrero: persecución, problemas en internet y hostigamiento”, 4 de marzo de 2022. <https://espaciopublico.org/febrero-persecucion-problemas-en-internet-y-hostigamiento/>.

INSTITUTO PRENSA Y SOCIEDAD DE VENEZUELA, “Balance IPYSve | Medios impresos: entre el olvido y la sobrevivencia”, 26 de abril de 2021. <https://ipysvenezuela.org/alerta/balance-ipysve-medios-impresos-entre-el-olvido-y-la-sobrevivencia/>.

INSTITUTO PRENSA Y SOCIEDAD DE VENEZUELA, *El asedio del poder - Reporte anual 2021 de IPYS Venezuela*, 2001. <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://ipysvenezuela.org/wp-content/uploads/2022/03/Reporte-Anual-2021.pdf&hl=es>.

VEsINFILTRO, “Elecciones bajo censura: sin acceso a los medios independientes en #internetVE”, 25 de noviembre de 2021. <https://vesinfiltro.com/noticias/2021-bloqueos-elecciones/>.

VEsINFILTRO, “Más bloqueos contra medios de noticias en Venezuela”, 1 de febrero de 2022. <https://vesinfiltro.com/noticias/2022-02-01-bloqueo-Noticias/>.

DECISIONES E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

CIDH, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108° periodo ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 octubre de 2000. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=26&IID=2>.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, 15 de septiembre de 2020, A/HRC/45/CRP.11. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A_HRC_45_CRP.11_SP.pdf.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Conclusiones detalladas de la Misión internacional independiente de determinación de los hechos sobre la República Bolivariana de Venezuela, 16 de septiembre de 2021, A/HRC/48/CRP.5. https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/FFMV/A-HRC-48-CRP.5_SP.pdf.

CORTE IDH, Caso Ríos y otros vs. Venezuela, Sentencia de 28 de enero de 2009, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 194. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_194_esp.pdf.

CORTE IDH, Caso Usón Ramírez vs. Venezuela, Sentencia de 20 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 207. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf.

CORTE IDH, Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela, Sentencia de 3 de septiembre de 2012, Fondo y Reparaciones, Serie C, n.º 249. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_249_esp.pdf.

CORTE IDH, Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela, Sentencia de 22 de junio de 2015, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 293. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_293_esp.pdf.

CORTE IDH, Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela, Sentencia de 30 de agosto de 2019, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, n.º 380. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_380_esp.pdf.

RELATOR ESPECIAL DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU) PARA LA LIBERTAD DE OPINIÓN Y DE EXPRESIÓN, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet, 1 de junio de 2011. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849>.

RELATORÍA ESPECIAL PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “La Relatoría Especial manifiesta su preocupación frente a declaraciones estigmatizantes, cierre de medios de comunicación y procesamiento judicial contra periodistas en Venezuela”, Comunicado de prensa R19/22, 28 de enero de 2022. <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?IID=2&artID=1225>.

Este libro identifica y analiza la incidencia de las redes sociales en la región latinoamericana y el rol asumido por los tribunales constitucionales en su ponderación frente a la garantía de derechos fundamentales, como los derechos a la libertad de expresión y pensamiento, y de acceso a la información. Este análisis da cuenta de las implicaciones que ha tenido el rápido desarrollo de las redes sociales como forma de comunicación en la democracia y el Estado de derecho, al posibilitar un discurso público amplio y activo para la sociedad.

Más información:     @kasiusla