

Clementi, María Emma

Derecho a la libertad de expresión y su impacto en las redes sociales. Control de constitucionalidad y de convencionalidad

Documento inédito

Cátedra: Derechos y Garantías Constitucionales

Dr. Acevedo Miño, Martín ; Dra. Keller, Sofia

Facultad “Teresa de Ávila”. Departamento de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Clementi, M. E. (2016). Derecho a la libertad de expresión y su impacto en las redes sociales : control de constitucionalidad y de convencionalidad [en línea] Documento inédito. .Universidad Católica Argentina. Facultad “Teresa de Ávila”. Departamento de Derecho. . Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/derecho-libertad-expresion-impacto.pdf> [Fecha de consulta: ...]



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
FACULTAD TERESA DE ÁVILA
ABOGACÍA

DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Cátedra: Dr. Acevedo Miño - Dra. Keller

“Derecho a la libertad de expresión y su impacto en las redes sociales.

Control de constitucionalidad y de convencionalidad”

Alumna: Clementi, María Emma

3° AÑO – TURNO MAÑANA

Octubre 2016

1. INTRODUCCIÓN

La libertad de expresión está consagrada en el art. 14 de nuestra Constitución Nacional, cuando le acuerda a todo habitante el derecho, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa.

Como expresa Gelli¹, constituye uno de los derechos sustantivos, naturales e inalienables de la persona, e integra el haz de derechos-facultades de “primera generación” del constitucionalismo decimonónico. En tal sentido, la libertad de la persona a expresar y comunicar –o no hacerlo– ideas, pensamientos, opiniones, críticas, y hasta donde la misma persona lo determine, el núcleo de su propia interioridad, es un derecho personal merecedor de la tutela constitucional.

Como los restantes derechos humanos, la libertad de expresión entra en colisión con otros derechos, y desde este lugar reconoce limitaciones; pero ¿cómo se definen los contornos de una restricción al ejercicio de expresarse libremente? ¿En qué casos se admite una intromisión por parte del Estado y en qué casos esto constituiría una injerencia arbitraria?

Además, el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) ha posibilitado que cualquier persona pueda tener un acceso casi inmediato a las fuentes de información, y al mismo tiempo, convertirse en productor (y no solo reproductor) de contenidos cuyo alcance es inimaginable. Así, por medio de internet, circulan múltiples discursos informativos, pero además, producciones audiovisuales, fotográficas, artísticas, políticas, de todo tipo, que se replican de manera inconmensurable.

Esto pone al derecho de cara a un nuevo desafío: ¿cómo se controlan los efectos de las producciones que se replican en internet, principalmente cuando se produce un daño a una persona o a un colectivo de personas? ¿Qué responsabilidad les cabe a quienes *viralizan* la imagen o la voz de alguien sin su consentimiento? ¿Se independizan las producciones de sus autores en el gran entramado de internet, y en particular en las redes sociales?

En este trabajo me propongo abordar algunas de esas cuestiones, a la luz de los mandatos constitucionales y de los Tratados Internacionales con esa jerarquía; entendiendo que cualquier abordaje debe hacerse necesariamente desde el punto de vista del diseño republicano de Estado en el que se inserta la libertad de expresión, y al mismo tiempo como un derecho humano fundamental cuyo contenido debe precisarse haciendo un minucioso cotejo con el plexo constitucional-convencional.

¹ GELLI, María Angélica, “*Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*”. 4° Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008. Tomo 1, pág. 127.

2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL PLEXO CONSTITUCIONAL

2.1 Concepto de libertad de expresión

La Constitución Nacional contiene tres cláusulas concretas relativas a la libertad de expresión. El art. 14 indica que todo habitante cuenta con el derecho de publicar sus ideas por medio de la prensa, sin censura previa; el art. 32 añade que el Congreso no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal; y el 75 inc. 19 asegura *la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales...*².

El constitucionalista Néstor Sagüés distingue el derecho del pensamiento (libertad de pensar) del derecho de expresión (libertad de expresión)³, con sus múltiples especies: derecho de prensa (escrita, oral, televisiva o cinematográfica), libertad de cultos, libertad de expresión artística (p.ej. espectáculos) y política (manifestaciones, mítines, derecho de petición, etc.). El derecho de expresión cubre, para este doctrinario, cualquier conducta expresiva, de modo tal que la libertad de expresión es el género, y la libertad de prensa una de sus tantas especies. Por lo tanto, cuando hablamos de libertad de expresión, nos referimos al sentido que este constitucionalista le otorga, y no limitado a la actividad periodística.

Por otro lado, existe un derecho a *no expresarse*, que estaría dado por la prohibición de declarar contra uno mismo. En tal sentido, Bidart Campos señala que el “derecho al silencio”⁴ es un correlativo natural de la libre expresión.

El reconocimiento constitucional de expresarse libremente tiene un doble fundamento. Por un lado, implica la protección de intereses subjetivos de los autores (periodistas, investigadores, productores culturales, etc.), pero además, tiende al aseguramiento de un esquema republicano de Estado.

En efecto, como sostiene Sagüés, la libertad de prensa será un *derecho sistémico*⁵ en una democracia, indispensable para el funcionamiento del sistema político. En este sentido, “la existencia misma de la prensa es condición necesaria de un gobierno libre, y (...) configura uno de los principales indicadores para medir cuán democrática es una sociedad y cuán republicana es la organización y el ejercicio de su poder político y social”⁶.

2.2 Concepto de *red social*

Es oportuno precisar los conceptos de *red social* e *internet* para determinar el alcance de esos contenidos.

² SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Manual de Derecho Constitucional”. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007. Pág. 691.

³ Óp. cit.

⁴ Citado por Sagüés (Óp. cit).

⁵ Óp. cit.

⁶ GELLI, Óp. cit.

Según la Real Academia Española (RAE), una red social es aquella “*plataforma digital de comunicación global que pone en contacto a gran número de usuarios*”⁷. Suele diferenciarse entre una red social de tipo tradicional de aquellas que específicamente tienen lugar en internet, agregándose los calificativos propios de este entorno, hablándose en general de “redes sociales digitales”, o “redes sociales virtuales”. Estas, a su vez, pueden ser de carácter privado y desarrollarse en un sistema electrónico de comunicación cerrado. Algunos autores y organismos también emplean las denominaciones “redes sociales *off line*” y “redes sociales *on line*”, para establecer tal diferenciación⁸.

Además, resulta útil diferenciar las redes sociales de los *proveedores de servicios de redes sociales* (PSRS). Aunque en el lenguaje común se suele hablar de *Facebook*, *MySpace*, etc. como una red social, lo cierto es que estas son las empresas que prestan los servicios para la instalación de la plataforma electrónica donde funciona la red social; en su condición de prestadores de servicios de la Información, estas empresas están sometidas a un régimen jurídico específico. En sentido estricto, el concepto de red social en internet se refiere a la interacción de los sujetos en este ámbito, que se lleva a cabo a través de los mecanismos que ofrece la Web 2.0, cuyos servicios son suministrados por distintos proveedores⁹.

Por otro lado, según la Real Academia Española, *internet* es la “*red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación*”.

Siguiendo el esquema de Sagüés, cabría entonces la posibilidad de que la expresión encuentre en internet, en general, y específicamente en las redes sociales, un *nuevo*¹⁰ conducto para una vieja conducta: manifestar el pensamiento.

2.3 ¿Por qué hablar de libertad de expresión hoy?

Si bien es un derecho de primera generación, cuyo auge se dio hace dos siglos, en la actualidad toma especial relevancia, principalmente a lo que hace al ejercicio mediante las tecnologías de la información y la comunicación.

Como ha destacado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la libertad de expresión engloba dos aspectos: el derecho de expresar pensamientos e ideas y el derecho de recibirlas. Por lo tanto, cuando este derecho es restringido a través de una interferencia arbitraria, afecta no sólo el derecho individual de expresar información e

⁷ Extraído del Diccionario de la Real Academia Española online: <http://dle.rae.es/?id=VXs6SD8> [27 de septiembre de 2016]

⁸ RICO CARRILLO, Mariliana, “*El impacto de Internet y las redes sociales en el derecho a la libertad de expresión*”, Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política. Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J.M. Delgado Ocando, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32923.pdf> [27 de septiembre de 2016].

⁹ Óp. cit.

¹⁰ Si bien internet hace su aparición en la década del '70, en Argentina irrumpe recién en el año 1995, cuando se vendieron las primeras conexiones comerciales. Extraído de “Historia de internet en Argentina”, en <https://interred.wordpress.com/1996/02/14/historia-de-internet-en-argentina-1995> [27 de septiembre de 2016].

ideas, sino también el derecho de la comunidad en general de recibir todo tipo de información y opiniones¹¹.

Sin embargo, a pesar de estar plasmado en la mayor parte de las legislaciones, la libertad de expresión en internet se ve restringida principalmente de tres maneras: la prohibición de acceso a Internet, la censura, y el bloqueo de sitios o contenidos.

La organización *Reporteros sin fronteras*, en su reporte anual, señala cuáles son los países que más atentan contra la libertad de Internet¹². Esta lista incluye a Estados Unidos, debido a la políticas de vigilancia de la NSA (Agencia de Seguridad Nacional); el Reino Unido, que ostenta el título no oficial de “campeón mundial de la vigilancia”; India, donde el gobierno tiene un acceso ilimitado y en tiempo real a la mayor parte de la comunicación electrónica de Internet; China, donde más de setenta proveedores de información y muchos periodistas están encarcelados por comentarios y opinión en la red; Corea del Norte donde solo un 10% de la población tiene un acceso (restringido) a Internet; Rusia con su programa de vigilancia SORM¹³; Siria que controla completamente la actividad de los proveedores de Internet, e Irán que monitorea toda actividad digital de la red y castiga a los que propasan los límites de su autoritarismo.

Aparte de estos ocho gobiernos, múltiples atentados a la libertad de expresión en línea acontecen frecuentemente en muchos países del mundo, y particularmente en los países en desarrollo¹⁴, como los americanos.

En este sentido, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en su informe anual del 2015 alerta sobre la violencia cometida contra periodistas, que en ése año “*documentó 27 asesinatos de periodistas y trabajadores de medios de comunicación en circunstancias que podrían estar relacionadas a su profesión, además de otros 12 casos en los que no es posible determinar sin una investigación exhaustiva el vínculo con la labor de informar. En 2014 habían sido 25 los casos registrados por esta oficina. A su vez, continuaron los episodios de intimidación y amenazas, así como un incremento del uso del derecho penal en contra de los comunicadores sociales*”¹⁵.

¹¹ CIDH, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios*. Extraído de

<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2> [28 de septiembre de 2016]

¹² PELISSIER, Flora, “La libertad de expresión en Internet, un combate imprescindible”. Extraído de <https://www.derechosdigitales.org/7103/la-libertad-de-expresion-en-internet-un-combate-imprescindible/> [27 de septiembre de 2016]

¹³ Consiste en un programa de vigilancia en internet, en virtud del cual los proveedores de servicios de internet rusos están obligados a la adquisición e instalación por su cuenta de equipos especiales que permitan al Servicio Federal de Seguridad (FSB) rastrear palabras específicas (como “bomba” o “gobierno”) en textos y en conversaciones en línea. En caso de que las autoridades soliciten información adicional sobre un usuario en particular, los proveedores de servicios de internet están obligados a facilitarla (ver en <https://es.globalvoices.org/2014/09/03/rusia-redobla-sus-esfuerzos-en-el-programa-de-vigilancia-en-internet/>) [27 de septiembre de 2016].

¹⁴ Óp. cit.

¹⁵ Resumen Ejecutivo del Informe Anual 2015 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH.

(<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anauales/ResumenEjecutivoIARELE2015.pdf>)

Además, la Relatoría hace especial hincapié en el peligro que conlleva para los Estados democráticos, limitar la libertad de expresión en el marco de la criminalización de la protesta social. En tal sentido, expresa su preocupación *“por la respuesta desmedida de varios Estados al derecho a la manifestación y a la protesta, lo que se hizo presente a través de la disolución violenta de protestas por parte de cuerpos de seguridad del Estado, detenciones de activistas y periodistas, agresiones y roturas de equipos de los comunicadores. El uso discriminatorio de la publicidad oficial, la persecución a medios comunitarios y la concentración en la propiedad y control de los medios continúan siendo desafíos pendientes en el continente y, en algunos casos, estas situaciones se agravaron”*¹⁶.

2.4 Regulación legal en el derecho positivo argentino

En nuestra legislación existe muy poca regulación sobre la libertad de expresión en internet, la mayor parte de la doctrina proviene de la jurisprudencia. Apenas contamos con dos normas: el Decreto 554/97 y la Ley 26.032.

El primero de ellos cuenta con nueve artículos, y se limita a declarar de Interés Nacional *el acceso de los habitantes de la República Argentina a la red mundial INTERNET, en condiciones sociales y geográficas equitativas con tarifas razonables y con parámetros de calidad acordes a las modernas aplicaciones de la multimedia*. Además, establece que la autoridad de aplicación será la Secretaría de Comunicaciones de la Presidencia de la Nación.

Por su parte, la ley 26.032, establece que *la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión*.

Precisamente, ha sido labor de los tribunales precisar los contornos de lo que implica la libertad de expresión y fundamentalmente en lo que respecta a internet

2.5 Derecho comparado

La Constitución de Paraguay adoptada en el año 1992, destina varios artículos a regular la libertad de expresión. Así, en el art. 26 (primer párrafo), establece que *“se garantizan la libre expresión y la libertad de prensa, así como la difusión del pensamiento y de la opinión, sin censura alguna, sin más limitaciones que las dispuestas en esta Constitución; en consecuencia, no se dictará ninguna ley que las imposibilite o las restrinja. No habrá delitos de prensa, sino delitos comunes cometidos por medio de la prensa”*.

Además, en su art. 30 específicamente refiere a internet, cuando consagra que *“la emisión y la programación de las señales de comunicación electromagnética son del dominio público del estado, el cual, en ejercicio de la soberanía nacional, promoverá el pleno empleo de las mismas según los derechos propios de la República y conforme con los convenios internacionales ratificados sobre la materia*.

¹⁶ Óp. cit.

La ley asegurará, en igualdad de oportunidades, el libre acceso al aprovechamiento del espectro electromagnético, así como al de los instrumentos electrónicos de acumulación y procesamiento de información pública, sin más límites que los impuestos por las regulaciones internacionales y las normas técnicas.

Las autoridades asegurarán que estos elementos no sean utilizados para vulnerar la intimidad personal o familiar y los demás derechos establecidos en esta Constitución”.

La Constitución de la República Oriental del Uruguay, en una redacción mucho más escueta, establece en su art. 29 que es “enteramente libre en toda materia la comunicación o por cualquier otra forma de divulgación, sin necesidad de previa censura; quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, de pensamientos por palabras, escritos o publicados en la prensa, con arreglo a la ley por los abusos que cometieron”.

En España, el art. 18 inc. 4 de la Constitución especifica que “la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

Por su parte, el artículo 20 contiene varias cláusulas protectorias de la expresión en internet: así, el ap. a) del inc. 1 reconoce el derecho “a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”; el ap. b) “a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”; y el ap. d) “a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”.

Respecto a las restricciones, el inc. 2 establece que este ejercicio “no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa”, pero en el inc. 4 se deja a resguardo que esas libertades “tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

2.6 Reconocimiento en los sistemas de protección de derechos

Como sabemos, el plexo constitucional se integra con los Tratados Internacionales de derechos humanos, de conformidad al art. 75 incs. 22 y 23 de nuestra Carta Magna, cuya observancia resulta imperativa para los Estados signatarios.

2.6.1 Sistema interamericano

En este sistema la libertad de expresión está consagrada en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

El primero de ellos le asegura a toda persona el derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por cualquier medio (art. IV).

El artículo 13 de la CADH establece en su inciso 1 que la libertad de expresión es un derecho que comprende tanto buscar información como 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.

Además, en el inc. 2 expresamente establece que este derecho no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, en tanto estén fijadas por ley y además ser necesarias para asegurar derechos de terceros, la protección de la seguridad nacional, el orden público, o la salud o moral públicas.

Por otro lado, específicamente establece que el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información, constituye una restricción por vía indirecta, encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones (inc. 3).

2.6.2 Sistema europeo

El Sistema Europeo de Derechos Humanos ha producido en los últimos años una importante cantidad de casos de libertad de expresión. Estos casos giran en torno al artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que establece:

Artículo 10. Libertad de expresión

1 Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2 El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley¹⁷, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Tanto la Convención Americana como la Convención Europea contienen una disposición específica en relación con la libertad de expresión, descrita en los artículos 13 y 10 respectivamente. Sin embargo, la forma en que están redactados los artículos difieren considerablemente: en tanto el artículo 13 de la Convención Americana contiene una lista específica de excepciones al principio general establecido en el párrafo primero del artículo, su contraparte de la Convención Europea está formulada en términos muy generales.

¹⁷ El resaltado me pertenece

Asimismo, los artículos tienen un ámbito muy diferente, evidente en el establecimiento del artículo 13 de la Convención Americana de una prohibición prácticamente completa de la censura previa, ausente en el artículo 10 del documento europeo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha comparado el artículo 10 de la Convención Europea con el artículo 13 de la Convención Americana y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, llegando a la conclusión de que una comparación del artículo 13 con las disposiciones relevantes de la Convención Europea (artículo 10) y del Pacto (artículo 19) demuestra claramente que las garantías de la libertad de expresión contenidas en la Convención Americana fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas

2.6.3 Sistema universal

La libertad de expresión en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos se encuentra consagrada tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, los cuales establecen, respectivamente lo siguiente:

Artículo 19 (Declaración Universal)

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Artículo 19 (Pacto Internacional)

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.

Como en la CADH, el Pacto Internacional acuerda que los motivos de restricción al derecho no deben exceder del respeto a los derechos de terceros o la reputación de los demás (inc. 3.a), y la protección de la seguridad, orden, salud y moral públicas (inc. 3.b). Sin embargo, se aprecia que en la Convención Americana la

restricción a este derecho aparece mucho más limitado. Expresamente establece que las responsabilidades serán “ulteriores” y en ningún caso acepta la censura previa, mientras que en el Pacto (así como el sistema europeo), lo reconoce como un derecho generador de “deberes y responsabilidades especiales”, independientemente de su temporalidad, que puede acarrear restricciones.

2.6.3 Sistema africano

El Sistema Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos es relativamente reciente. La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos o ‘Carta de Banjul’ fue adoptada el 27 de junio de 1981 y entró en vigor el 21 de octubre de 1986. Este documento consagra el derecho a la libertad de expresión en su artículo 9, el cual establece:

Artículo 9

1. *Todo individuo tendrá derecho a recibir información.*
2. *Todo individuo tendrá derecho a expresar y difundir sus opiniones, siempre que respete la ley.*

El sistema está conformado por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

2.7 Declaración Conjunta sobre la Libertad de Expresión en internet

El ejercicio de la libertad de expresión en internet ha sido objeto de preocupación constante en las distintas instancias internacionales que se ocupan de la protección de este derecho, a tal punto que en junio de 2011 los Relatores Especiales sobre libertad de expresión de Naciones Unidas (ONU), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) firmaron la Declaración Conjunta sobre la Libertad de Expresión en Internet (DCLEI) donde se establecen los principios aplicables a la libertad de expresión en este entorno¹⁸.

1. Principios generales¹⁹

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

¹⁸ Óp. cit.

¹⁹ Tomado de <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849>. [28 de septiembre de 2016]

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.

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").

2. Responsabilidad de intermediarios

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).

3. Filtrado y bloqueo

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.

4. Responsabilidad penal y civil

a. La competencia respecto de causas vinculadas con contenidos de Internet debería corresponder exclusivamente a los Estados con los que tales causas presenten los contactos más estrechos, normalmente debido a que el autor reside en ese Estado, el contenido se publicó desde allí y/o este se dirige específicamente al Estado en cuestión. Los particulares solo deberían poder iniciar acciones judiciales en una jurisdicción en la que puedan demostrar haber sufrido un perjuicio sustancial (esta norma busca prevenir lo que se conoce como "turismo de la difamación").

b. Las normas de responsabilidad, incluidas las exclusiones de responsabilidad, en los procedimientos civiles, deberían tener en cuenta el interés general del público en proteger tanto la expresión como el foro en el cual se pronuncia (es decir, la necesidad de preservar la función de "lugar público de reunión" que cumple Internet).

c. En el caso de contenidos que hayan sido publicados básicamente con el mismo formato y en el mismo lugar, los plazos para la interposición de acciones judiciales deberían computarse desde la primera vez que fueron publicados y solo debería permitirse que se presente una única acción por daños respecto de tales contenidos y, cuando corresponda, se debería permitir una única reparación por los daños sufridos en todas las jurisdicciones (regla de la "publicación única").

5. Neutralidad de la red

a. El tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no debe ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación.

b. Se debe exigir a los intermediarios de Internet que sean transparentes respecto de las prácticas que emplean para la gestión del tráfico o la información, y cualquier información relevante sobre tales prácticas debe ser puesta a disposición del público en un formato que resulte accesible para todos los interesados.

6. Acceso a Internet

a. Los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión. El acceso a Internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres.

b. La interrupción del acceso a Internet, o a parte de este, aplicada a poblaciones enteras o a determinados segmentos del público (cancelación de Internet) no puede estar justificada en ningún caso, ni siquiera por razones de orden público o seguridad nacional. Lo mismo se aplica a las medidas de reducción de la velocidad de navegación de Internet o de partes de este.

c. La negación del derecho de acceso a Internet, a modo de sanción, constituye una medida extrema que solo podría estar justificada cuando no existan otras medidas menos restrictivas y siempre que haya sido ordenada por la justicia, teniendo en cuenta su impacto para el ejercicio de los derechos humanos.

d. Otras medidas que limitan el acceso a Internet, como la imposición de obligaciones de registro u otros requisitos a proveedores de servicios, no son legítimas a menos que superen la prueba establecida por el derecho internacional para las restricciones a la libertad de expresión.

e. Los Estados tienen la obligación positiva de facilitar el acceso universal a Internet. Como mínimo, los Estados deberían:

i. Establecer mecanismos regulatorios —que contemplen regímenes de precios, requisitos de servicio universal y acuerdos de licencia— para fomentar un acceso más amplio a Internet, incluso de los sectores pobres y las zonas rurales más alejadas.

ii. Brindar apoyo directo para facilitar el acceso, incluida la creación de centros comunitarios de tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y otros puntos de acceso público.

iii. Generar conciencia sobre el uso adecuado de Internet y los beneficios que puede reportar, especialmente entre sectores pobres, niños y ancianos, y en las poblaciones rurales aisladas.

iv. Adoptar medidas especiales que aseguren el acceso equitativo a Internet para personas con discapacidad y los sectores menos favorecidos.

f. A fin de implementar las medidas anteriores, los Estados deberían adoptar planes de acción detallados de varios años de duración para ampliar el acceso a Internet, que incluyan objetivos claros y específicos, así como estándares de transparencia, presentación de informes públicos y sistemas de monitoreo.

3. LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El art. 14 de la CN establece que los derechos allí enumerados gozan de protección *conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio*. Al mismo tiempo, el art. 28 de la CN indica que los *principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*.

Asimismo, cuando la libertad de expresión entra en tensión con otros derechos como la intimidad, el honor, la imagen, la propiedad intelectual, etc., puede tener lugar a ciertas restricciones que es preciso definir.

En lo que refiere a los *sujetos involucrados*, la Corte²⁰ diferencia tres categorías de personas: a) las figuras públicas oficiales (los funcionarios públicos); b) las figuras públicas no oficiales (personajes célebres cuya vida tiene carácter público, como se dijo en *Ponzetti de Balbín*); c) las figuras privadas.

²⁰ CSJN, *Vago c/La Urraca*, citado por Sagüés (Óp. cit. p. 711)

La esfera de intimidad y privacidad de cada uno de estos sujetos es diferente. Con relación a las personas públicas, la directriz de *Ponzetti de Balbín* es que *su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio y notoriedad, y siempre que lo justifique el interés general*. De todos modos, estas figuras públicas también tienen un sector o ámbito de la vida privada protegida de toda intromisión.

Para guardar esa esfera, la Corte estableció el criterio de que el comportamiento del sujeto en cuestión es relevante a efectos de determinar si admitió anteriormente intromisiones o indiscreciones, si ha autorizado o promovido tácita o expresamente invasiones a su privacidad.

Este dato es interesante si tomamos en cuenta que en las redes sociales existe una permanente “ventana” a la privacidad, ya que constantemente circulan imágenes ofrecidas voluntariamente por los sujetos involucrados. Cabría precisar exactamente si publicar fotos o videos personales, estaría incluido dentro de ese *comportamiento* al que se hizo referencia.

En este sentido, en el caso *Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios*²¹, la CSJN en su mayoría entendió que los buscadores de internet son equiparables a los medios de comunicación en general, por lo tanto amparados en el derecho a la libertad de expresión y que sólo podría haber responsabilidad en casos excepcionales. La responsabilidad surge cuando el buscador no actuare diligentemente a partir del efectivo conocimiento de la ilicitud del contenido. En ausencia de una regulación legal específica, la comunicación debe provenir de autoridad competente, salvo en casos de ilicitud manifiesta, como por ejemplo, pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que pongan en peligro la integridad física de las personas, que hagan apología del genocidio, racismo u otra discriminación, con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, etc.. En estos casos es suficiente que el damnificado curse una notificación privada al buscador.

3.1 Censura previa

Cuando habláramos del plexo normativo, indicamos que por un lado, el art. 14 CN establece el derecho de publicar las ideas por la prensa *sin censura previa*. Por su parte, el Pacto San José de Costa Rica, en el art. 13 inc. 2 indica que el derecho a expresarse no puede estar sujeto a censura previa sino a *responsabilidades ulteriores*, las que deben *ser fijadas por la ley y ser necesarias* para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

²¹ CSJN, *Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios*, 28/10/14. En el caso, una modelo publicitaria demandó a Google por la vinculación de su persona a sitios de internet de contenido erótico o pornográfico, como también por el uso no autorizado de su imagen. Disponible en: <http://www.cij.gov.ar/nota-14310-La-Corte-Suprema-de-Justicia-decidi--que-los-buscadores-de-internet-se-hallan-protégidos-por-la-libertad-de-expresi-n.html>. [29 de septiembre de 2016].

- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

El esquema protectorio se completa con el art. 19 del PIDCP, que en el inc. 3 establece la posibilidad de restringir el derecho cuando genere deberes y responsabilidades especiales, siempre que sea *por ley* y dicha restricción sea *necesaria* el Pacto San José de Costa Rica. Se consagra así la teoría de la prueba "tripartita".

Nuestro Alto Tribunal ha indicado que la censura previa implica la interrupción del proceso de comunicación, antes de que éste se haya desarrollado. Asimismo, ha sostenido que la expresión "sin censura previa" significa "sin el previo contralor de la autoridad pública sobre lo que se va a decir", pero que ello no significa impunidad de quien utiliza la prensa para cometer delitos comunes previstos por el Código Penal.

De los numerosos casos en los cuales la jurisprudencia argentina trazó los alcances de la prohibición de censura previa, debe destacarse el recaído en el caso *Verbitsky*, por la que se dejó sin efecto la prohibición judicial de publicar una solicitada de contenido político en la que se expresaba solidaridad con los jefes de la última dictadura militar en Argentina²², dejando a salvo el derecho de los afectados para obtener responsabilidades subsiguientes a la publicación.

A nivel interamericano, la RELE de la CIDH estableció una serie de principios, dentro de los cuales cabe destacar el 5º, que al referirse a la *censura previa* específicamente admite que se prohíbe por cualquier medio de comunicación, incluyendo aquí al electrónico.

La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.

La censura previa supone el control y veto de la información antes de que ésta sea difundida, impidiendo tanto al individuo, cuya expresión ha sido censurada, como a la totalidad de la sociedad, a ejercer su derecho a la libertad de expresión e información. El artículo 13 de la Convención Americana explícitamente prohíbe la censura previa.

El deber de no interferir con el goce del derecho de acceso a información se extiende a la libre circulación de información e ideas y la exhibición de obras artísticas que puedan o no contar con la aprobación de las autoridades estatales.

La imposición de restricciones a la libertad de expresión sólo admite responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley donde los fines que se persiguen sean legítimos, y los fundamentos para establecer la responsabilidad sean necesarios para asegurar el fin que se procura.

3.2 Responsabilidades ulteriores

²² *Verbitsky, Horacio y otros s/denuncia apología del crimen*, citado por Gelli (Óp. cit., p. 133)

Las responsabilidades ulteriores del art. 13 de la Convención solo proceden de manera restringida cuando fuere necesario para asegurar el respeto de los derechos o la reputación de otros. “La restricción de la posibilidad de establecer responsabilidades ulteriores se dispone como garantía de la libertad de expresión evitando que ciertas personas, grupos, ideas o medios de expresión queden a priori excluidos del debate público.” La legitimidad no constituye un concepto vacío que los Estados pueden determinar libre o arbitrariamente, sino que configuran lo que la doctrina jurídica conoce como conceptos jurídicos indeterminados. Estos consisten en conceptos cuyo contenido debe ser predecible, utilizando las reglas de la razonabilidad y la sana lógica, y cuya interpretación en definitiva sólo permite una solución justa.

4. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Después de las ratificaciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, no cabe duda de que todos los medios de comunicación, incluido internet, están amparados, por interpretación extensiva, con similar alcance que la prensa.

Pero además, desde su incorporación con la reforma constitucional de 1994, los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen para el Estado Argentino carácter vinculante, y el control de constitucionalidad-convencionalidad recae sobre el conjunto de las esferas estatales y ya no sólo en el poder Judicial, conforme lo sostuvo ese Tribunal en el fallo *Gelman: la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial*²³.

Además, la Corte precisó que *cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer un control de convencionalidad; entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*

Interesa señalar especialmente el pronunciamiento de la CIDH en el caso *La Última Tentación de Cristo*, que mandó a la República de Chile a adecuar su derecho interno (ni más ni menos que su Constitución), por resultar violatorio del art. 13 de la Convención, al prohibir esa obra cinematográfica.

²³CIDH, “Caso *Gelman vs. Uruguay*”, 24/2/2011. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf.

Al respecto, el pronunciamiento dejó establecido que *“hay tres mecanismos alternativos mediante los cuales se pueden imponer restricciones al ejercicio de la libertad de expresión: las responsabilidades ulteriores, la regulación del acceso de los menores a los espectáculos públicos y la obligación de impedir la apología del odio religioso. Estas restricciones no pueden ir más allá de lo establecido en el artículo 13 de la Convención y no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes dictadas por razones de interés general y con el propósito para el cual fueron establecidas, tal y como lo establece el artículo 30 de la Convención”*²⁴.

Por otro lado, debemos tener en cuenta también la Opinión Consultiva 5 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, referida a la Colegiación Obligatoria de periodistas en Costa Rica²⁵. En esta, se establece que *“la colegiación obligatoria de periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*.

Por último, cabe hacer referencia al fallo Kimel²⁶, en que la Argentina fue condenada por violación al derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 13.1 y 13.2 de la Convención Americana. El señor Eduardo Gabriel Kimel, conocido periodista, escritor e investigador histórico, habría publicado varios libros relacionados con la historia política argentina, entre ellos *“La masacre de San Patricio”*, en el que expuso el resultado de su investigación sobre el asesinato de cinco religiosos. El libro criticó la actuación de las autoridades encargadas de la investigación de los homicidios, entre ellas un juez, quien promovió una querrela criminal en su contra por el delito de calumnia.

La CIDH estableció que las opiniones vertidas por el señor Kimel no pueden considerarse ni verdaderas ni falsas. Como tal, la opinión no puede ser objeto de sanción, más aún cuando se trata de un juicio de valor sobre un acto oficial de un funcionario público en el desempeño de su cargo. La Corte concluyó que la afectación a la libertad de expresión del señor Kimel fue manifiestamente desproporcionada, por excesiva, en relación con la alegada afectación del derecho a la honra.

4.1 Doctrina de la CSJN

Ante la posibilidad de producir un daño mediante un medio de comunicación, la jurisprudencia argentina, en general, resuelve el caso con la aplicación de tres doctrinas: *“Campillay”*, *“Real Malicia”* y *“Patitó”*. Un caso puede resolverse con solo una de ellas o con una combinación.

4.1.1 Campillay

²⁴ Conf. voto 61 ind. d. CIDH, *“La Última Tentación de Cristo’ (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”*, 5/2/2001. Disponible en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf

²⁵ CIDH *“La colegiación obligatoria de periodistas”*, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A n° 5, párr. 69. Extraído de: http://perio.unlp.edu.ar/sites/default/files/opinion_consultiva.pdf.

²⁶ CIDH, *“Kimel vs. Argentina”*. 2/5/2008. Disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf.

La Corte Suprema confirmó el resarcimiento por daño moral solicitado por el actor, a quien se había involucrado en un hecho policial –que resultó erróneo– en la narración efectuada por los periódicos “La Razón” y “Diario Popular”²⁷. Sin embargo, pese a la condena civil que no revocó, la Corte creó una regla de exclusión de responsabilidad de los medios de prensa, aun cuando por publicaciones de relevancia pública afectaran el honor de terceros. Dijo la mayoría de la Corte que un enfoque adecuado a la seriedad que debe privar en la misión de difundir noticias que puedan rozar la reputación de las personas –admitida la imposibilidad práctica de verificar su exactitud– *imponía propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho ilícito*. En este caso, emanaba de un comunicado policial, pero en los periódicos no se mencionaba.

La doctrina “Campillay” protege, en especial, la difusión de noticias de interés público que, resultando inexactas, afecten el honor de las personas involucradas en los hechos acerca de los cuales se informa. Bajo algunas medidas, se busca proteger esas noticias y sus autores contra eventuales acciones legales. Sin embargo, tal protección jurisprudencial no parece extenderse a las informaciones que afecten el derecho a la intimidad de menores. En tal caso, la constitucionalidad de la prohibición legal se sostuvo en una interpretación armónica de las garantías emanadas del art. 16 inc. 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño. En este sentido, citar la fuente o emplear verbos en potencial no impediría afectar la intimidad de un niño.

4.1.2 Real Malicia

Elaborada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de 1964, la doctrina de la “real malicia” tuvo por fin proteger a la prensa de las demandas de los funcionarios públicos, afectados en su honor por informaciones de aquella, que no se ajustaban a la verdad objetiva de lo sucedido. En el caso “*New York Times vs. Sullivan*” se asentó el principio según el cual los funcionarios públicos no pueden obtener indemnizaciones por la publicación en la prensa de informaciones falsas, a menos que el afectado pruebe que fueron publicadas a sabiendas de su falsedad –dolo– o con total despreocupación –culpa grave– acerca de si aquellas eran falsas o verdaderas.

Con fundamento en la Primer Enmienda norteamericana, el fallo estableció que la garantía constitucional fue establecida para asegurar el libre intercambio de ideas del cual emanan los cambios sociales y políticos deseados por el pueblo, posibilidad esencial para la seguridad de la “República”, como un principio fundamental del sistema constitucional; la discusión sobre los asuntos públicos debe ser desinhibida, sin trabas, vigorosa y abierta, pudiendo incluir ataques vehementes, cáusticos y a veces desagradablemente agudos, contra el gobierno y los funcionarios públicos²⁸.

²⁷ CSJN, “*Campillay Julio c/. La Razón*”.15/05/1986.

²⁸ US Supreme Court, “*New York Times Co. v. Sullivan*”, 9/3/64. Traducción extraída de https://es.wikipedia.org/wiki/New_York_Times_contra_Sullivan. [28 de septiembre de 2016]. Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/case.html>

4.1.3 Patitó c. La Nación

En los últimos años la Corte comenzó a aplicar un tercer criterio, a partir del caso “*Patitó c/ La Nación*”²⁹. Para que aplique la doctrina “Campillay” o la “Real Malicia” tenemos que partir de una afirmación falsa. Pero muchas veces los medios dan opiniones, y no se puede realizar juicios de verdad sobre ellas; una opinión no es verdadera ni falsa. Efectivamente, a partir de Patitó, el criterio de la Corte es que las opiniones nunca pueden generar responsabilidad, cuando se refieren a funcionarios públicos o involucren un hecho de relevante interés público.

En el caso, los integrantes del Cuerpo Médico Forense (C.M.F.) del Poder Judicial de la Nación, promovieron demanda contra el diario La Nación y contra el periodista Jorge Urien Berri, con el objeto de que se los condenara a resarcir los daños que les habrían provocado las noticias, en las que se cuestionaron su desempeño profesional como integrantes del referido C.M.F., con especial referencia a dos causas penales relacionadas con el fallecimiento de la señora Cristina Britéz Arce y su hijo por nacer en la maternidad Sardá.

Citando los dos fallos precedentes, la Corte entendió que *no es necesario crear otro estándar para juzgar las difamaciones ocasionadas mediante puras opiniones. Una conclusión semejante debe ser prevenida recordando que en el marco del debate público sobre temas de interés general, y en especial sobre el gobierno, toda expresión que admita ser clasificada como una opinión, por sí sola, no da lugar a responsabilidad civil o penal a favor de las personas que ocupan cargos en el Estado; no se daña la reputación de éstas mediante opiniones o evaluaciones, sino exclusivamente a través de la difusión maliciosa de información falsa.*

4.1.4 El caso Sujarchuk

La primera vez que la Corte Suprema falló en un caso que involucra la Libertad de Expresión en Internet, fue en la causa “*Sujarchuk, Ariel Bernardo C/ Warley Jorge Alberto s/daños y perjuicios*”³⁰, del año 2013. En esta, el Alto Tribunal se hace eco del dictamen del Procurador Fiscal³¹ (del 26 de junio de 2012), en el que sigue la doctrina sentada por *Campillay* y *Patitó* para revocar la sentencia apelada y resolver a favor del demandado.

Sujarchuk -Subsecretario de Relaciones Institucionales y Comunicación de la Universidad de Buenos Aires- demandó por daños y perjuicios a Warley (ambos son periodistas), a raíz de haber alojado este último en su blog "Desde el aula" (www.desdeelaula.blogspot.com) un documento suscripto por Marcos Britos, el 28 de

²⁹ CSJN, “*Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros*”, 24/06/2008.

³⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*Sujarchuk, Ariel Bernardo C/ Warley Jorge Alberto s/daños y perjuicios*”, 1/8/2013, extraído de: <https://es.scribd.com/doc/160297282/Sujarchuk-Ariel-Bernardo-C-Warley-Jorge-Alberto-s-Danos-y-perjuicios>. [27 de septiembre de 2016].

³¹ Dictamen del Procurador Fiscal disponible en:

http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2012/GWarcalde/junio/Sujarchuk_Ariel_Bernardo_S_755_L_XLVI.pdf.

junio de 2006, bajo el título "*Noticias sobre la presencia del siniestro Ariel Sujarchuk en la UBA*".

La Sala T de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la sentencia de primera instancia, que hizo lugar a la demanda por entender que se debe diferenciar entre "opinión" e "insulto". Sostuvieron que si bien la primera es libre y no genera responsabilidad, pues no es susceptible de afectar el honor del funcionario público, no ocurre lo mismo con el insulto o las expresiones, afirmaciones o calificativos vejatorios que se desvinculan de la información brindada, que –en los términos del Tribunal Constitucional español– se sitúan fuera del ámbito de protección de la libertad de informar, en cuanto suponen una lesión injustificada a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones. En este sentido, entendieron que la calificación de *siniestro*, configuraría un insulto y no una opinión.

Además, la Cámara consideró que en el caso no eran aplicables las doctrinas *Campillay* y de la "*real malicia*". En relación con la primera, adujo que si bien se había efectuado la transcripción de la noticia atribuyendo su contenido a una fuente que resultó comprobada, la publicación no fue neutral, pues para ello el editor no debió adherir a la fuente. En cuanto a la segunda –no obstante otorgarle una valoración diferente a la del Juez de grado–, afirmó que constituía uno de los estándares protectores de la libertad de expresión –siguiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– y que esa especial tutela no alcanzaba a las expresiones ofensivas como "*siniestro*".

Agraviándose de la decisión de la Cámara, Warley dedujo recurso extraordinario, el que fue concedido. Como fundamento, adujo que la Cámara consideró "innecesaria" para la libertad de expresión -por no contribuir al debate público sobre la política universitaria en una sociedad democrática- su opinión sobre un funcionario público de la Universidad de Buenos Aires, en cuanto ello pone en crisis el propio alcance de los arts. 14 de la Constitución Nacional y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al desconocer la doble dimensión social e individual que el derecho a la libertad de expresión comprende.

Con fundamento en el art. IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (derecho de toda persona a la libertad de investigar, opinar, expresar y difundir su pensamiento por cualquier medio, sin que pueda ser molestada a causa de ellas), y en el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (derecho a investigar y recibir informaciones y opiniones, de difundirlas, sin limitación de fronteras), el Procurador estableció que la libertad de expresión era comprensiva tanto de la prensa escrita como de los medios electrónicos de comunicación.

Además, el Procurador efectuó un control convencional al basar su fundamento en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el art. 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, mencionados *supra*, así como en la doctrina desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 5/85 sobre

la colegiación obligatoria de periodistas y en los precedentes “La última tentación de Cristo” e “Ivcher Bronstein vs. Perú”.

Entendió que respecto a la diferencia entre opinión e insulto, *las críticas efectuadas por medio de la prensa al desempeño de las funciones públicas (...) aun cuando se encuentren formuladas en tono agresivo, con vehemencia excesiva, con dureza o causticidad, apelando a expresiones irritantes ásperas u hostiles, y siempre que se mantengan dentro de los de la buena fe aunque puedan originar desprestigio o menoscabo para el funcionario de cuyo desempeño se trate, no deben ser sancionadas”*

Asimismo, al interpretar los arts. 14 y 32 de la Ley Fundamental estableció que *el sentido cabal de la libertad de expresión contenida en la Constitución Nacional debe comprenderse más allá de la nuda literalidad de las palabras empleadas en esos textos, que responden a la circunstancia histórica en la que fueron sancionadas. El libre intercambio de ideas, concepciones y críticas no es bastante para alimentar el proceso democrático de toma de decisiones; ese intercambio y circulación debe ir acompañado de la información acerca de los hechos que afectan al conjunto social o a alguna de sus partes.*

Aclaró, a su vez, que *la aceleración de los cambios históricos, el avance científico y tecnológico y el aumento de las necesidades espirituales y materiales, a las que se adiciona la revolución de las comunicaciones, requieren del ámbito jurisdiccional una perspectiva dinámica en correspondencia con los sistemas de comunicación, el crecimiento exponencial de la tecnología y su gravitación sobre la mentalidad, las actitudes y los comportamientos individuales y sociales.*

En síntesis, la Corte entendió que, por un lado, internet es asimilable a cualquier otro medio de difusión del pensamiento y por lo tanto un vehículo para la libertad de expresión; y por el otro, estableció el criterio diferenciador entre opinión e insulto.

No obstante, en lo que refiere a éste último punto, la Corte variaría de criterio en el fallo *Canicoba Corral c/ Acevedo*, sorprendentemente, apenas trece días después del fallo *Sujarchuk*.

4.1.5 El cambio de criterio en el caso Canicoba Corral

En la causa *Canicoba Corral*³², la Sala O de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, confirmó el fallo de primera instancia que había condenado a Sergio Acevedo (por entonces gobernador de la provincia de Santa Cruz) al pago de una indemnización en concepto de daño moral, por una entrevista publicada en Página 12 en la que se refirió al juez Canicoba Corral como “*ser detestable*”³³

³² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*Canicoba Corral, Rodolfo Aristides c/ Acevedo, Sergio Edgardo y otros s/ daños y perjuicios*”, 14/8/2013, extraído de: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-canicoba-corrall-rodolfo-aristides-acevedo-sergio-edgardo-otros-danos-perjuicios-fa13000116-2013-08-14/123456789-611-0003-lots-eupmocsollaf>. [28 de septiembre de 2016].

³³ La cuestión surge con motivo del reportaje publicado el 11 de mayo de 2004 por el diario Página 12, en la que el entonces gobernador respondió a las acusaciones formuladas por el ex presidente Carlos Menem

En este caso, la mayoría del Alto Tribunal sostuvo que *“resulta claro que el término ‘detestable’ propalado por el demandado, debe considerarse un insulto, y difiere de las opiniones, críticas, ideas o juicios de valor que podrían efectuarse respecto de un funcionario público, por lo que los precedentes alegados no son análogos al sub examine”*. Es cierto que la Corte también señala que en este caso el demandado no es un medio de prensa sino un ex gobernador de provincia y por lo tanto, para la Corte, con un mayor deber de respeto para la investidura de un magistrado, como lo era el Juez Canicoba Corral.

Con fundamento en la doctrina de la CIDH establecida en el fallo *Kimmel*, y en los fallos *New York Times v. Sullivan*, *Patitó*, y *Amarilla*, la mayoría de la Corte entendió que *el criterio de ponderación debe estar dado por la ausencia de expresiones estricta e indudablemente injuriantes. En otras palabras, no hay un derecho al insulto, a la vejación gratuita e injustificada* (voto 9º). Además, entendió que *no es determinante la presencia de una mala intención o de motivos viles o carentes de valor, antes bien, se trata del empleo de voces o locuciones claramente denigrantes y fuera de lugar, cuya prohibición nada resiente las condiciones que dan base a la amplia discusión acerca de temas sobre los que descansa un interés público, que toda sociedad democrática exige como condición de subsistencia*.

Como se puede ver, la Corte no deja bien trazada la línea entre lo que constituye una opinión cuya expresión es vital para el funcionamiento de la democracia, y lo que representa un insulto, productor de responsabilidad civil.

Al respecto, resulta interesante destacar el voto en disidencia de la Dra. Highton de Nolasco, Dra. Argibay y el Dr. Petracchi: *con particular referencia a la libertad de expresión, (...) las críticas al ejercicio de la función pública no pueden ser sancionadas aun cuando estén concebidas en términos cáusticos, vehementes, hirientes, excesivamente duros e irritantes, y no quedan exentos de ellas ni siquiera los jueces de la Nación, siempre que se encuentren ordenadas al justificable fin del control de los actos de gobierno. Dicho criterio responde al prioritario valor constitucional que busca resguardar el más amplio debate respecto de las cuestiones que involucran a personalidades públicas o materias de interés público, como garantía esencial del sistema republicano* (conf. voto 14º).

Además, señalan que *la decisión apelada que responsabilizó al demandado constituye una restricción indebida a dicha libertad que desalienta el debate público de los temas de interés general* (conf. voto 16º).

5. CONCLUSIÓN

sobre el manejo del dinero de la Provincia que estaba depositado en el extranjero. En el marco de la requisitoria periodística el mandatario provincial -que había calificado a Menem como un delincuente mentiroso que debía estar entre rejas- hizo referencia a la actuación de un grupo de jueces que habían sido designados durante su mandato presidencial. Al contestar la pregunta del periodista acerca de si creía en esos jueces, el demandado respondió *"Mire cómo reacciona la corporación judicial frente a cualquier atisbo de reforma. Todos sabemos lo que son los Urso, Oyarbide (...) seres detestables (...) Bonadio, Canicoba Corral..."*

El derecho a la libertad de expresión y pensamiento está indisolublemente vinculado a la existencia misma de una sociedad democrática; la discusión plena y libre evita que se paralice la sociedad y la prepara para enfrentar las tensiones y fricciones dentro de la misma.

Una sociedad libre, hoy y mañana, es aquella que pueda mantener abiertamente un debate público y riguroso sobre sí misma. Dentro de este contexto, la Corte Interamericana ha manifestado que el abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de una responsabilidad posterior para quien lo haya cometido. En este caso, la aplicación de responsabilidades ulteriores debe ser llevada a cabo a través de sanciones civiles posteriores y no a través de la censura previa a la expresión no publicada.

En tal sentido, es un derecho cuya esfera de protección encuentra un doble fundamento: es constitutivo de la esencia del ser humano, y por tanto, conforma el conjunto de derechos humanos inherentes a la libertad y dignidad de la persona; y además, es el cimiento del diseño republicano que exige el más amplio debate democrático.

En esta línea de pensamiento, la expresión en redes sociales, y en internet en general, no constituye un “nuevo derecho”, sino un nuevo vehículo para aquél, que reclama una regulación acorde a nuestro marco constitucional y convencional, el que no signifique una restricción a éste derecho, sino por el contrario, su máximo desarrollo.

BIBLIOGRAFÍA

- ✓ GELLI, María Angélica, “*Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*”. 4º Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008. Tomo 1
- ✓ SAGÜÉS, Néstor Pedro, “*Manual de Derecho Constitucional*”. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2007.

SITIOS OFICIALES EN INTERNET

- ✓ OEA: <http://www.oas.org>
- ✓ RELE: “*Resumen Ejecutivo del Informe Anual 2015 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH*”:
www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anales/ResumenEjecutivoIARELE2015.pdf”
- ✓ CIDH: <http://www.corteidh.or.cr/>
- ✓ CIJ (Centro de Información Judicial): <http://www.cij.gov.ar/>
- ✓ INFOLEG: <http://servicios.infoleg.gob.ar/>
- ✓ CSJN: <http://www.csjn.gov.ar>

ARTÍCULOS EN INTERNET

- ✓ RICO CARRILLO, Mariliana, “*El impacto de Internet y las redes sociales en el derecho a la libertad de expresión*”, Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política. Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J.M. Delgado Ocando, en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32923.pdf> [27 de septiembre de 2016].
- ✓ “*Historia de internet en Argentina*”,
<https://interred.wordpress.com/1996/02/14/historia-de-internet-en-argentina-1995> [27 de septiembre de 2016].
- ✓ DE ZAVALÍA, Francisco, “*Primer fallo de la Corte Suprema Argentina sobre libertad de expresión en Internet*”, en <https://entremedios.org/2013/08/12/primer-fallo-de-la-corte-suprema-argentina-sobre-libertad-de-expresion-e-interne/> [27 de septiembre de 2016]