

**COMENTARIOS AL DOCUMENTO:
“Marco modelo para regular las plataformas digitales y asegurar la
información como un bien común”**

Eduardo Bertoni

Representante de la Oficina Regional para América del Sur. Instituto Inter-Americano de Derechos Humanos. Ex Director de la Agencia de Acceso a la Información Pública, Argentina. Ex Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA.

1.- La aproximación teórica que propone el documento, ya desde su título, merece algunas consideraciones.

En primer lugar la propuesta de UNESCO enuncia dos objetivos. El primero es “regular” las plataformas digitales. La segunda propuesta es “asegurar la información como un bien común”. Ambas propuestas generan dudas que no llegan a despejarse con la lectura del documento.

Al proponer un marco modelo para regular plataformas digitales, merecería clarificar a qué se refiere exactamente con “plataforma digital”. Por ejemplo, ¿un periódico digital entra en esa clasificación? De ser así, ¿la propuesta también incluye regular medios de prensa digitales?. Por razones de espacio y tiempo otorgado para realizar comentarios, me remito a las preocupaciones históricas que se han planteado cuando se plantea la regulación de medios de prensa.

Por otro lado, la acción de “regular” se entiende, en general, como actividad con intervención estatal. Ello así, puede resultar contradictorio cuando más adelante en el documento se abre la puerta o se enuncian mecanismos de autorregulación u otro tipo de actividades en las que no interviene el Estado (el Oversight Board de la compañía Meta es un ejemplo; el Global Network Initiative, es otro).

En el sistema interamericano de derechos humanos, desde hace mucho tiempo se ha cuestionado la intervención estatal (regulación) en la calificación de contenidos. La Opinión Consultiva No 5 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expedida en 1985, planteó esas dudas en el sentido que “[u]n sistema de control al derecho de expresión en nombre de una supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe puede ser fuente de grandes abusos y, en el fondo, viola el derecho a la información que tiene esa misma sociedad.”(parr. 77).

La segunda propuesta que surge del título refiere a asegurar la “información” como bien común. En verdad, el texto en inglés de este documento habla de “public good”, por lo cuál bien podría haberse traducido como “bien público”.

Desde un punto de vista teórico, merece detenerse en la conceptualización de qué son y qué no son bienes públicos para analizar si la “información” lo es o no:

The notion of public goods, originating in the economics discipline, centers on two principles: non-rivalry and non-exclusion (Ostrom and Ostrom 1977; Samuelson 1954). Public goods are non-rivalrous, implying that one individual's consumption of the good does not influence what is available for others. They are also non-excludable, in the sense that no one can be excluded from consumption of a public good. An oft-cited example is that of a lighthouse, where one navigator's use of the light does not prevent other navigators from doing the same. Many goods exhibit only one of these properties, often resulting in the tragedy of the commons (Hardin 1968), which is commonly explained with the following example: unrestricted access (non-exclusion) to the commons – pasture belonging to the village as a whole – leads to its degradation (rivalry). In her critique of Hardin's pessimistic model, Ostrom (1990) questions the expectation of depletion of common pool resources when they are managed in a bottom-up, cooperative way by those most dependant on them. Based on several empirical case studies, Ostrom shows that under certain conditions, individuals govern themselves collectively, and without market pressures or government regulation, to obtain benefits, even if the temptation to freeride is present. (Brian Nicholson, Petter Nielsen, Sundeep Sahay & Johan Ivar Sæbø (2022) Digital public goods platforms for development: The challenge of scaling, The Information Society, 38:5, 364-376, DOI: [10.1080/01972243.2022.2105999](https://doi.org/10.1080/01972243.2022.2105999)).

Sería interesante profundizar esta cuestión para determinar si en verdad la información es un bien público y/o si puede caer dentro de la “tragedia de los comunes” y con ello sugerir que es más apropiada una autorregulación.

Sin perjuicio de ello, lo cierto es que el documento avanza con una afirmación que viene haciéndose desde la Declaración de Windhoeck + 30 (información como bien público) pero que ha merecido, en la práctica algunos problemas.

Por ejemplo, en 2013 en Ecuador se había sancionado la “Ley Orgánica de Comunicación” cuyo artículo 71 disponía que:

*Art. 71.- Responsabilidades comunes.- La información es un derecho constitucional y **un bien público**; y la **comunicación social que se realiza a través de los medios de comunicación es un servicio público** que deberá ser prestado con responsabilidad y calidad, respetando los derechos de la comunicación establecidos en la Constitución, los instrumentos internacionales y contribuyendo al buen vivir de las personas [...]*”.

Esta ley fue ampliamente criticada y finalmente modificada. Por ejemplo, la Relatoría Espacial para la Libertad de Expresión de la CIDH, en su Informe Anual del año 2013, al evaluar este artículo expresó que

“En cuanto al ámbito de aplicación de la ley, [...] la Ley impone un número importante de obligaciones a todos los medios de comunicación, sin distinguir su formato o tamaño. Según esta Ley, todas las personas que se sirvan de cualquier medio para expresar sus ideas u opiniones, están prestando un servicio público. En esa medida, entendido como servicio público, el Estado asume facultades exorbitantes de regulación sobre el ejercicio del derecho fundamental a expresarse libremente mediante el medio que cada persona escoja para hacerlo.”

Justamente estos son los riesgos que en la práctica se pueden generar cuando la información es caracterizada, sin más, como un bien público.

2.- En el apartado sobre la lógica general del marco del modelo regulatorio, con toda claridad se expresa que el marco se centra en contenidos potencialmente dañinos que podrían afectar la democracia y los derechos humanos, incluida la libertad de expresión.

Sin decirlo de manera directa, obviamente al hacer referencia a “contenidos” se hace referencia a “expresiones”. Las expresiones sobre las que caerá la regulación, lo cual del contexto del documento se desprende que podría incluir la supresión de esas expresiones como forma de regulación de ellas, son expresiones “potencialmente” dañinas o que podrían afectar la democracia y los derechos humanos. Esta aproximación podría interpretarse de manera contraria a los estándares internacionales que protegen el derecho a la libertad de expresión.

Nótese que todos los tratados internacionales de protección de los derechos humanos, caracterizan la protección de la expresión en todas sus formas.

Aún más: las opiniones, como formas de expresión, no pueden ser objeto de ningún tipo de regulación de acuerdo a lo que dispone el primer párrafo del artículo 19 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, interpretación ratificada por el Comité de Derechos Humanos en la Observación General No34 (2011). En el párrafo 9 se expresa que:

El párrafo 1 del artículo 19 exige que se proteja el derecho a no ser molestado a causa de las opiniones. Se trata de un derecho respecto del cual el Pacto no autoriza excepción ni restricción alguna. La libertad de opinión abarca el derecho a cambiar de opinión en el momento y por el motivo que la persona elija libremente. Nadie puede ver conculcados los derechos que le reconoce el Pacto en razón de las opiniones que haya expresado o le sean atribuidas o supuestas. Quedan protegidas todas las formas de opinión, como las de índole política, científica, histórica, moral o religiosa. Es incompatible con el párrafo 1 calificar de delito la expresión de una opinión. El acoso, la intimidación o la estigmatización de una persona, incluida su detención, prisión preventiva, enjuiciamiento o reclusión, en razón de sus opiniones, constituyen una infracción del párrafo 1 del artículo 19.

Sería preocupante que del documento sometido a comentarios pueda interpretarse que ciertas opiniones por ser potencialmente dañinas o que pudieran -todo en verbo potencial- afectar a la democracia puedan ser objeto de tratamiento regulatorio. Ello podría estar en contradicción con el Pacto.

Por lo demás, la Corte Europea de Derechos Humanos ha determinado que el artículo 10.2 [de la Convención Europea de Derechos Humanos] “es válido no sólo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una ‘sociedad democrática’.”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en numerosos fallos ha seguido esta jurisprudencia de su para europea. Por ello, puede interpretarse como contrario a los estándares internacionales la posibilidad de regulación de ciertos contenidos de la manera que vienen calificados en el documento en comentario.

Asimismo, debería quedar claro en el documento que la “regulación” sobre expresiones de ningún modo puede establecer formas de censura previa dado que ello contradice de manera palmaria el texto de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

Para la Corte, “[e]l artículo 13.2 de la Convención [...] [e]stipula, en primer lugar, la prohibición de la censura previa la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, [...]. En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención.”

3.- En el mismo apartado del documento sobre la lógica general, se argumenta, de manera correcta, que la libertad de expresión no tiene solo una dimensión individual sino también una colectiva y que ambas deben ser resguardadas.

Sin embargo, se parte de una única premisa para resguardar la dimensión colectiva. Esta premisa consiste en que en ciertas circunstancias, “*el espacio de información se inunda, por ejemplo, con desinformación, incitación al odio o teorías de conspiración, los aspectos centrales del derecho a buscar y recibir información, ideas y opiniones se ven gravemente socavados. ...Por lo tanto, para proteger y promover el libre flujo de ideas en las plataformas de contenidos digitales, no solo existe la necesidad de proteger el derecho a expresarse (difundir), sino también la necesidad de proteger el derecho a buscar y recibir información de manera equilibrada.*”

En el contexto del documento, esa necesidad se resuelve a través de lo que se expresa más arriba en el propio documento, esto es, la regulación de ciertos contenidos.

Esta aproximación a la solución es cuestionable, dado que no solo la literatura específica sobre cómo promover la dimensión colectiva de la libertad de expresión, sino también de lo que surge de estándares internacionales, la solución “reguladora de contenidos” se ve superada por la solución de “ampliación de contenidos”. El documento omite focalizarse en este aspecto. Es más, el documento con toda claridad habla de reducción de flujos de contenidos.

Cuando en un fallo reciente (caso Pueblos Indígenas Maya ...v. Guatemala -2021-), la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expidió sobre la importancia de la pluralidad de la información para conformar la dimensión colectiva de este derecho, el estándar fijado, que por cierto, se refiere a regulaciones, no fue la supresión de medios de comunicación por sus contenidos, o imposición de contenidos en ciertos medios, sino que se propuso la ampliación de medios para cubrir otros contenidos. En palabras de la Corte

“Por todo lo anterior, la Corte considera que, para garantizar el derecho a la libertad de expresión, los Estados están obligados a adoptar medidas que permitan el acceso al espectro radioeléctrico a distintos sectores sociales que reflejen el pluralismo existente en la sociedad. En materia de radiodifusión sonora, esta obligación estatal se materializa mediante la adopción de medidas que permitan el acceso al espectro radioeléctrico de las radios comunitarias, especialmente a las comunidades indígenas, por la importancia que tiene para ellas este medio de comunicación para difundir y conservar su cultura y teniendo en cuenta que constituyen grupos étnicamente diferenciados que se encuentran en una situación de marginación y exclusión social derivada de la pobreza y la discriminación.”

En otras palabras, hay problemas que hacen al ejercicio de la libertad de expresión que pueden encaminarse con más expresiones y no con menos.

4.- Al proponer un marco modelo regulatorio, resulta comprensible que el documento se detenga en la caracterización de los órganos reguladores. En ese sentido, las características que se proponen en el documento son por demás razonables para interpretar en qué casos un órgano regulador es independiente.

Sin embargo, sería recomendable que el documento exponga ejemplos claros de casos de órganos reguladores independientes que existen al momento de proponerse la regulación.

En un trabajo reciente (*Understanding the Challenges Data Protection Regulators Face: A Global Struggle Towards Implementation, Independence, & Enforcement*; Internews -2022-), por ejemplo, se expuso el desafío de evitar la falta de independencia de los órganos reguladores de protección de datos personales en América Latina y África. En ese trabajo, por ejemplo se relevó que

For example, one researcher observed that in South Africa creating “independent agencies has never proved attractive to ANC [majority party] ministers, who prefer to keep control,” resulting in slow implementation of data protection legislation and its evaluation. Furthermore, data protection legislation often gives ministers power to create legal exemptions, revise regulations, and intervene in enforcement activities, rendering DPAs vulnerable to regulatory capture. For example, Nigeria’s NDPR (Nigeria Data Protection Regulation) can be repealed by any act of Parliament, and the country’s regulatory agency, NITDA (National Information Technology Development Agency) has a significantly limited mandate, including the lack of discretionary enforcement power. Likewise, most Latin American countries’ data protection laws exempt law enforcement and state intelligence agencies, like Brazil, Peru, and Panama.

También se agregó que

Even countries with strong data protection records face such structural constraints. For example, Brazil’s DPA has limited independence from the president, who has control over its budget. Moreover, three of the DPA’s four board members are military officials. Such structural obstacles handicap DPAs’ daily functions and enforcement capacities, particularly

when the government or another agency controls the DPA budget. Respondents also stressed the role of limited term limits for regulators and non-transparent reappointment procedures in undermining DPAs' legitimacy and independence. One Latin American regulator emphasized structural factors like a DPA's inability to modify public policy amid new data protection developments as undermining adjudicatory independence.

Ante estas circunstancias, podría ser problemático impulsar regulaciones en un vacío de entes reguladores que sean independientes dado que las consecuencias podrían ser justamente las contrarias a las que se impulsan con esta iniciativa de UNESCO. Debería primero asegurarse la existencia de entes reguladores para luego darles los poderes que el documento detalla.

5.- Las secciones segunda y tercera del apartado referido concretamente al marco regulatorio, pueden ofrecer algunas confusiones sobre el objetivo de UNESCO. Por un lado, la sección segunda ofrece una serie de pautas que podríamos caracterizar como pautas típicas de un modelo de autorregulación.

Entre los estándares del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, se encuentra asentado que, por ejemplo, los códigos de ética periodística, que puedan imponer pautas para la elaboración y difusión de contenidos, no pueden ser impuestos desde el Estado (Principio 6, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA).

Sin embargo, la sección tercera, parece no dialogar con la anterior: por un lado se da a los reguladores la posibilidad de “supervisar contenidos en línea” y, por el otro, se les da el “poder” de “*establecer los objetivos generales de las plataformas para salvaguardar la información como un bien común, empoderando y protegiendo a los usuarios (particularmente a los usuarios vulnerables como niños/as o minorías) y especificando sus expectativas sobre la forma en que se deben cumplir los objetivos establecidos.*”

En consecuencia, parecería interpretarse que no existe una posibilidad de autorregulación libre de las plataformas -insistimos que no se han definido- sino que las pautas serán impuestas por los órganos reguladores.

Sin perjuicio que ello, como se dijo, puede estar en contradicción con estándares internacionales de protección de la libertad de expresión por el peligro que la injerencia estatal tiene, en la práctica puede ser de muy difícil implementación, dado que múltiples reguladores en distintas jurisdicciones podrán establecer pautas diferentes para las mismas plataformas. Algo similar viene ocurriendo con la protección de datos personales dado que, ante la carencia de un tratado global de protección -salvo la Convención 108 del Consejo de Europa- resultan a veces prácticas contradictorias o por lo menos no uniformes las que implementan las compañías de tecnología global.

6.- A manera de conclusión, los debates que se darán sobre este documento son similares a los que se dieron en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos hace casi cuarenta años cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la mencionada Opinión Consultiva N°5.

En aquél momento se buscaba garantizar que se recibiera información “objetiva” y “veraz” fundado en el bien común. Hoy el documento en comentario propone la necesidad de regular contenidos “potencialmente dañinos”, que puedan afectar a la democracia, y todo ello para asegurar que la información sea un bien público.

Para terminar, se transcribe un párrafo de esa opinión consultiva que es más que elocuente, y que permitiría concluir sobre la necesidad de continuar y profundizar tanto la discusión del documento como de los objetivos que con él se persiguen:

“Los argumentos acerca de que la colegiación es la manera de garantizar a la sociedad una información objetiva y veraz a través de un régimen de ética y responsabilidad profesionales han sido fundados en el bien común. Pero en realidad como ha sido demostrado, el bien común reclama la máxima posibilidad de información y es el pleno ejercicio del derecho a la expresión lo que la favorece. Resulta en principio contradictorio invocar una restricción a la libertad de expresión como un medio para garantizarla, porque es desconocer el carácter radical y primario de ese derecho como inherente a cada ser humano individualmente considerado, aunque atributo, igualmente, de la sociedad en su conjunto. Un sistema de control al derecho de expresión en nombre de una supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe puede ser fuente de grandes abusos y, en el fondo, viola el derecho a la información que tiene esa misma sociedad.”