

Juan Carlos Rua (*Editor*)

REDES SOCIALES Y DESINFORMACIÓN

VOL. VIII



Segunda Colección del Programa de
Difusión de Resultados de proyectos
de la Secretaría de Investigación



REDES SOCIALES Y DESINFORMACIÓN

Juan Carlos Rúa
(Editor)

Rúa, Juan Carlos
Redes sociales y desinformación / Juan Carlos Rúa. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Secretaría de Investigación, 2023.
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-950-29-1987-4

1. Acceso a la Información. 2. Derecho a la Información. I. Título.
CDD 342.0853



Facultad de Derecho

1º edición: diciembre de 2021

© Secretaría de Investigación
Facultad de Derecho, UBA, 2021
Av. Figueroa Alcorta 2263, CABA
www.derecho.uba.ar

Coordinación académica: Daniel R. Pastor, Emiliano J. Buis y Luciana B. Scotti
Coordinación administrativa: Carla Pia Victoria Alizai
Edición y Corrección de estilo: Laura Pégola
Diseño y diagramación de interior y tapa: Eric Geoffroy ericgeof@gmail.com

Imagen de tapa: Foto de Denise Duplinski en Pexels. Imagen liberada de los derechos de autor, bajo Creative Commons CCO.

Impreso en la Argentina – Made in Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

Todos los derechos reservados. No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

Índice

Capítulo 1

Redes sociales y desinformación: una respuesta estructural..... 7

Juan Carlos Rua

- I. Introducción 7
- 1. De precondiciones y *framing*. La democracia como primera respuesta 13
- 2. Censura y responsabilidades ulteriores: los límites de las respuestas tradicionales 17
- 3. Un enfoque diferente: intermediarios, rectificación y reparación de los daños colectivos 23

Capítulo 2

The Frame Monster: ¿pueden los bots afectar la forma en la que discutimos? 28

Emiliano Vitaliani

- 1. Introducción 28
- 2. Breve introducción al *framing* 30
- 3. Cómo enmarcar una discusión 33
- 4. Los *bots*: ¿amenaza y oportunidad? 42
- 5. Conclusión 47

Capítulo 3

Fake news: una respuesta estructural desde los derechos económicos, sociales y culturales 52

Samanta Catalá y Natalia Varela

- 1. Introducción 52
- 2. La sociedad de la información: precondiciones para el ejercicio de la ciudadanía digital 53

3. Las <i>fake news</i> : el problema emergente y la distorsión del debate público	60
4. Palabras finales.....	72

Capítulo 4

Responsabilidades ulteriores y desinformación

Juan Carlos Rua y Andrea Schuster

1. Introducción	75
2. El silencio como (mala) respuesta.....	77
3. Los criterios generales. El daño como presupuesto	84
4. ¿Derecho penal? Sí, pero con cuidado	97
5. A modo de conclusión.....	112

Capítulo 5

Campañas de desinformación: algunos apuntes sobre la responsabilidad de las redes sociales.....

Santiago Ghiglione

1. Introducción	118
2. La responsabilidad de los intermediarios por daños causados por terceros	120
3. Las redes sociales como intermediarios.....	133
4. Las campañas de desinformación como fuentes de daño.....	136
5. Los límites de la responsabilidad civil para prevenirlas o reparar los daños que ocasionan	139

Capítulo 6

La persecución penal de la divulgación de fake news. Problemas teóricos y prácticos

Ignacio Calvi, Luciana Cánepa y Natalia Varela

1. Introducción	145
2. Derecho penal y <i>fake news</i> : tensiones y desafíos	146
3. Un análisis dogmático de la persecución penal de la divulgación	150
4. Conclusiones.....	158

Capítulo 7

Explorando la responsabilidad por daños colectivos causados por la desinformación.....162

Ignacio Calvi

1. Introducción.....162
2. Las acciones colectivas en el derecho argentino.....163
3. Funciones del derecho de daños en el nuevo Código Civil y Comercial.....165
4. *Fake news* y bienes jurídicos protegidos.....168
5. Acción colectiva para enjuiciar la responsabilidad civil derivada de la difusión de noticias falsas170
6. Conclusiones.....175

Capítulo 8

Enfrentando el daño donde ocurre: una nueva mirada a la rectificación179

Juan Carlos Rua

1. La desinformación como un problema estructural.....182
2. La insuficiencia de las respuestas tradicionales185
3. Rectificación y tecnología. Algoritmos que sí.....200
4. Es la democracia, estúpido209

Capítulo 9

Difusión de escraches por violencia de género en redes sociales: el caso de los/as niños, niñas y adolescentes.....217

Andrea Schuster

1. Introducción.....217
2. Libertad de expresión y escraches por hechos de violencia de género.....218
3. El caso de los/as niños, niñas y adolescentes229
4. Consideraciones finales.....244

Los autores y las autoras.....249

Capítulo 1

Redes sociales y desinformación: una respuesta estructural

Juan Carlos Rua

I. Introducción

Un *tweet* es publicado en Rusia desde una cuenta sin seguidores ni interacciones previas. Su contenido en castellano niega algún postulado aceptado sin fisuras por la comunidad científica, por ejemplo, la eficacia de las vacunas, los efectos nocivos en la salud causado por el tabaquismo o los daños ambientales provocados por las emisiones de carbono y agrega una etiqueta pegadiza. En los siguientes 5 minutos, miles de cuentas desde direcciones IP ubicadas alrededor del mundo realizan publicaciones automatizadas que comparten la etiqueta y parafrasean el mensaje, lo que los pone en el radar de los algoritmos que regulan esa red social. Ya es algo de lo que se está hablando, merece atención y difusión.

En un siguiente paso, estos mensajes comienzan a aparecer en las cronologías de usuarios verdaderos, que interactuarán con ellos y, por falta de conocimientos o de reflexión, los compartirán de una manera u otra con sus contactos. A las pocas horas, el tema habrá trascendido las fronteras de la red social y aparecerá en la vida pública, como un punto de vista posible, que por su repetición e

insistencia se ha convertido una perspectiva razonable con la que debemos dialogar.¹

Sea porque su presentación fue diseñada para acercarse a nuestras emociones, porque apela al sesgo de confirmación reforzando nuestras creencias o porque proviene de alguien de nuestra confianza o por quien sentimos afecto, lo cierto es que la presencia repetida de estos mensajes, en mayor o menor medida, tienden a dar un viso de credibilidad o razonabilidad a su contenido.²

En un célebre artículo, Cass Sunstein nos dice que la explicación del éxito de las campañas de desinformación

*(...) es el sesgo de confirmación: la tendencia de las personas a buscar información que confirme sus creencias e ignorar información contraria. El sesgo de confirmación desempeña un papel fundamental en la creación de cámaras de eco en línea. Este hallazgo se refiere a una amplia gama de temas, incluida la campaña presidencial actual, la aceptación de teorías de conspiración y posiciones competitivas en disputas internacionales (...).*³

De esta forma, la difusión intencional de noticias falsas tiene un potencial efecto nocivo en nuestro funcionamiento institucional, ya que no solo obliga al Estado a invertir dinero y esfuerzos en campañas de comunicación para convencernos de lo obvio (la necesidad de vacunarnos o lavarnos las manos, o la ineficacia de la cocaína para enfrentar el

¹ Ver E. Vitaliani, “Las respuestas automatizadas como amenaza para el *framing* de la discusión colectiva”, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2020.

² Conf. Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión, “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales”, p. 17.

³ El estudio en que basa su artículo es M. Del Vicario y otros, “The spreading of misinformation online”, *Proceedings of the National Academy of Sciences*, vol. 113, 3, 2016. Disponible en <http://www.pnas.org/content/113/3/554.abstract>; C. Sunstein, “How Facebook Makes Us Dumber”, *Bloomberg.com*, 2016. Última consulta: 30 de julio de 2020, disponible en <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2016-01-08/how-facebook-makes-us-dumber> La traducción es propia.

COVID-19⁴), sino que además mermarán la efectividad de las políticas públicas que llevemos adelante.⁵

Cada día los gobiernos, organismos internacionales e, incluso, la sociedad civil dedican un mayor caudal de recursos a combatir las sucesivas olas de desinformación que nos asolan, con resultados más bien modestos. Más allá de los motivos particulares –por la insistencia de sus abanderados, por la aceptación social del *consumo irónico* o por lo pintoresco de sus ideas–, lo cierto es que el espacio dedicado en la discusión pública a voces irrazonables⁶ parece en aumento. Esto es especialmente problemático porque el tiempo y la atención dedicados a la información son recursos escasos y cada mensaje falso que circula masivamente no solo nos conduce a engaños sino que, incluso de no ser creído (o si lo lográramos desmentirlo a tiempo), empobrece las capacidades epistémicas de nuestra ciudadanía, al privarnos de mensajes potencialmente más valiosos y diversos. Owen Fiss nos explica:

El peligro en que la autonomía sitúa a la libertad de expresión... ocurre siempre que la expresión de opiniones se lleva a cabo en condiciones de escasez, es decir, siempre que la oportunidad para la comunicación es limitada. En tales situaciones, una declaración desplazará necesariamente a otra. En la esquina de la calle, el elemento de escasez tiende a ser enmascarado, cuando pensamos

⁴ Este ejemplo, que parece sólo una graciosa invención, es parte de una campaña en redes del gobierno de Francia que puede verse en (@MilSoliSante) Ministère des Solidarités et de la Santé en Twitter, *Twitter*. Última consulta: 21 de julio de 2020, disponible en <https://twitter.com/MinSoliSante/status/1236626510703968257>

⁵ La preocupación por los potenciales efectos de la desinformación incluso han llegado a la ONU, que publicó Organización de las Naciones Unidas, “Share Verified”. Última consulta: 28 de julio de 2020, disponible en <https://shareverified.com/es>.

⁶ Entiendo las dificultades del uso del término, pero me refiero a su incompatibilidad con los sistemas de pensamiento que rigen la mayor parte de nuestras vidas. Para ilustrar muy básicamente el punto puede verse R. Guibourg, “Estrategia en la construcción del pensamiento”, *Investigación y Docencia, Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario*, vol. 47, 2013.

en la esquina de la calle suponemos, por lo general, que cualquier orador tendrá su turno y que la atención de la audiencia es virtualmente ilimitada. Es por ello que, efectivamente, la historia es tan atractiva. Pero en política, la escasez es la regla y no la excepción. Las oportunidades para hablar tienden a ser limitadas, ya sea por el tiempo o el espacio disponibles para la comunicación, o por nuestra capacidad para asimilar o procesar la información (...).⁷

Además, estos actos de desinformación dejan efectos visibles. Si bien correlación no es causalidad, la existencia de un brote de sarampión en la Argentina en momentos en que se viralizan campañas *antivacunas*, y luego de haber eliminado la enfermedad en el año 2000 gracias a las campañas de vacunación generalizadas⁸, nos permite entrever algún efecto directo sobre nuestras políticas públicas de la circulación de noticias falsas. En el mismo sentido, la Organización Panamericana de la Salud expresa su preocupación porque *(l)a desinformación puede difundirse y asimilarse muy rápidamente, dando lugar a cambios de comportamiento que pueden llevar a que las personas tomen mayores riesgos. Todo esto hace que la pandemia sea mucho más grave, perjudique a más personas y ponga en peligro el alcance y la sostenibilidad del sistema de salud mundial.*⁹

Pero además existe una repercusión evidente en nuestra vida democrática, al menos para quienes estamos convencidos de que, más allá del voto, la democracia es una práctica viva que requiere que cada decisión de relevancia esté precedida por un debate público *robusto, abierto y sin inhibiciones* en el que deberán encontrarse presentes las voces de todos los potencialmente afectados.

⁷ O. Fiss, *Libertad de expresión y estructura social*, México DF, Distribuciones Fontamara, 1997, p. 26.

⁸ “En Argentina se dio el mayor brote de sarampión entre agosto del año pasado y abril de 2020”, *Télam*. Disponible en <https://www.telam.com.ar/notas/202005/464607-en-argentina-se-dio-el-mayor-brote-de-sarampion-entre-agosto-del-ano-pasado-y-abril-2020.html>.

⁹ Departamento de Evidencia e inteligencia para la Acción en Salud; Organización Panamericana de la Salud, “Entender la infodemia y la desinformación en la lucha contra la COVID-19”.

Las campañas de desinformación impactan directamente sobre las capacidades epistémicas ciudadanas. El adecuado y oportuno acceso a información veraz es un requisito fundamental de la práctica democrática, ya que permite que la toma de decisiones esté fundada en razones apoyadas en la realidad. En este sentido, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA expresa que *(n)o obstante la falta de elementos concluyentes sobre sus efectos, parece claro que la propagación deliberada de información falsa empobrece al debate público y hace más difícil a los ciudadanos ejercer su derecho a recibir información de diversas fuentes, y al cabo es un obstáculo para participar de las decisiones democráticas.*¹⁰

Si bien es cierto que siempre existieron actos de desinformación masivos, típicamente la repetición de mentiras oficiales por gobiernos de tinte autoritario o los actos de ciertos grupos de poder que buscan minar la credibilidad de alguna figura política mediante la difamación permanente y sostenida, lo cierto es que el surgimiento de los espacios virtuales y los avances en materia de inteligencia artificial han resultado un desafío novedoso e inesperado que pone a prueba todas nuestras intuiciones y exige soluciones creativas por parte de los operadores del derecho.

Incluso la imagen clásica de decenas de empleados cumpliendo horario de oficina para hostigar digitalmente a funcionarios o candidatos y desprestigiar políticas públicas¹¹ ha quedado en el pasado. Nos enfrentamos con desarrollos tecnológicos que impactan directamente en nuestra forma de relacionarnos con el mundo que nos rodea. Así, la visión futurista de HAL9000, cuya monótona voz y reacciones eran indistinguibles de las de sus compañeros de viaje, finalmente ha llegado a nuestra realidad, en forma de programas con los que interactuamos en espacios virtuales sin poder diferenciarlos de nuestros contactos y conocidos humanos.

La ingeniería que permite crear los asistentes de inteligencia artificial diseñados para colaborar en todas nuestras tareas de forma indistinguible de cómo podría hacerlo un humano, que la *MIT Technology*

¹⁰ Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión, “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales”, p. 18.

¹¹ Una muestra de esto puede verse en P. González; P. Riera, “Honorable Cámara de Tuiteros”, *El gato y la caja*, 2018. Última consulta: 20 de julio de 2020, disponible en <https://elgatoylacaja.com/noticias/honorable-camara-de-tuiteros/>.

Review ha colocado dentro de las diez tecnologías emergentes de 2020¹², permite también producir programas diseñados específicamente para dar difundir desinformación.

Estas herramientas ya se encuentran entre nosotros y son generalmente utilizadas sin consecuencias.¹³ Incluso tuvimos un ejemplo algo burdo en las elecciones nacionales de 2019, con el célebre mensaje que emitió por Twitter una cuenta identificada como Lavonne Smythorsmith mediante el que nos decía *¡Satisface a Mauricio, no te relajés!* y le enviaba *caricias significativas* desde Hurlingham al entonces presidente Mauricio Macri bajo la consigna #YoVotoMM.

En este caso se logró reconstruir que el mensaje original decía *¡Por favor, Mauricio!* Y luego de un doble proceso de traducción, primero al inglés (*please, Mauricio*) y luego al castellano se convirtió en *¡Satisface a Mauricio!*, y el *abrazo fuerte desde Hurlingham* que pretendía enviar se convirtió mediante el mismo proceso en *caricias significativas provenientes de Hurlingham*.¹⁴ Este desgraciado error no debería tranquilizarnos, sino alertarnos de que es un tipo de campaña sistemáticamente utilizada en nuestro medio.

En este marco, con un sistema jurídico apenas suficiente para enfrentar los desafíos tecnológicos de principios de siglo, el surgimiento de esta generación de tecnologías nos obliga a retomar nuestras reflexiones en materia de libertad de expresión, verificando la necesidad o no de diseñar nuevas herramientas, quizás más idóneas para dar respuesta a estas nuevas necesidades.

¹² AAVV, “10 Breakthrough Technologies”, *MIT Technology Review*. Última consulta: 20 de julio de 2020, disponible en <https://www.technologyreview.com/10-breakthrough-technologies/2020/>.

¹³ Véase, por ejemplo, J. Westby, “El gran hackeo’: Cambridge Analytica es sólo la punta del iceberg”, *Amnistía Internacional (España)*, 2019. Última consulta: 23 de julio de 2020, disponible en <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/el-gran-hackeo-cambridge-analytica-es-solo-la-punta-del-iceberg/>.

¹⁴ Puede verse la reconstrucción del proceso realizada por la usuaria @malerey_ en J. E. Bonnin, “‘Caricias significativas desde Hurlingham’: los bots y el discurso político”, *TSS / Universidad de San Martín*. Última consulta: 31 de mayo de 2020, disponible en <http://www.unsam.edu.ar/tss/caricias-significativas-desde-hurlingham-los-bots-y-el-discurso-politico/>

En este sentido, el proyecto de investigación cuyos avances presento parte desde una perspectiva estructural, esto es, desde el convencimiento de que esta clase de asuntos no pueden ser enfrentados a partir de casos aislados sino con una política que los aborde integralmente. Así, el núcleo de las preocupaciones no está puesto en cada derecho afectado, cada acto de difamación, cada perjuicio individualmente sufrido, sino que el enfoque se propone buscar respuestas jurídicas que minimicen sus efectos sobre nuestra vida comunitaria.

Esta visión de la libertad de expresión nos obliga a repensar el rol del Estado, que no será ya el enemigo al que hay que detener, sino el moderador del debate público que garantizará la convivencia de los derechos individuales con la dimensión colectiva de la libertad de expresión y, sobre todo, el correcto funcionamiento democrático asegurando la presencia razonablemente igualitaria de todas las voces.

1. De precondiciones y *framing*. La democracia como primera respuesta

Este complejo marco nos obliga a abordar el problema de forma integral y desde diversas perspectivas. Por ello, parte de la investigación nos condujo a reflexionar sobre la forma en que las deficiencias estructurales en las precondiciones de la deliberación colectiva pueden afectar nuestras posibilidades de enfrentar con éxito las campañas de desinformación. Así, una primera línea se dirigió específicamente a constatar la forma en que estas campañas de desinformación impactan en nuestro debate público y, en particular, la forma en que esta deliberación es enmarcada.

De esta forma, partiendo de la idea de que las afirmaciones que discutimos cuando abordamos una determinada cuestión, los términos utilizados en el debate y el eje en torno a cuál gira una determinada discusión afectan la forma en la que ella transcurre, sostenemos que una teoría preocupada por la deliberación colectiva debe preocuparse también por su *framing*.¹⁵

¹⁵ Véase el capítulo II “*The Frame Monster*, ¿pueden los bots afectar la forma en la que discutimos?”.

En este contexto, las redes sociales representan, por un lado, una nueva oportunidad para la deliberación colectiva, pero también nos plantean nuevos desafíos. Si bien no existe consenso sobre cuál es la mejor forma de decidir el encuadre de la discusión pública, lo que es seguro es que algunos métodos no son deseables.

La discusión del *framing* en la teoría de la democracia deliberativa está centrada en la vieja dicotomía entre elites epistémicas y participación ciudadana. Sin embargo, las redes sociales brindan nuevas oportunidades para modificar el enfoque de una discusión. De esta forma, se abren nuevas posibilidades para que actores con un gran poder de influencia, no necesariamente relacionado con su confiabilidad epistémica, influyan desmedidamente en la forma en la que un debate es enmarcado, afectando así las virtudes epistémicas de la deliberación colectiva.

Por otro lado, la investigación nos condujo a reflexionar acerca de la forma en que las desigualdades estructurales existentes en nuestras sociedades profundizan los efectos de estas campañas de desinformación.¹⁶

La comprensión de estos fenómenos tecnológicos como una distorsión que afecta las bases igualitarias del debate público permitió pensar sus soluciones como parte del diseño de un programa integral de políticas públicas que garantice que no existan voces sistemáticamente excluidas. Por lo tanto, resultan relevantes las reflexiones de la Corte Interamericana, respaldadas por la profusa producción de la Relatoría para la Libertad de Expresión, tanto en materia de control de monopolios y adecuada distribución de información pública como poniendo en discusión el acceso a redes y la alfabetización digital como precondiciones imprescindibles para la participación democrática.¹⁷

En este sentido, los teóricos de la democracia deliberativa sostienen que su funcionamiento requiere un compromiso sustancial con un modelo estructural de la igualdad, puesto que la discusión pública tiene

¹⁶ Véase el capítulo III “*Fake news*: una respuesta estructural desde los DESC”.

¹⁷ Un ejemplo sintético de estas preocupaciones puede verse en Relator E. de la ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión; Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la OSCE; Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión; Relatora E. sobre Libertad de Expresión de la CADHP, *Declaración conjunta sobre libertad de expresión y “noticias falsas” (“fake news”), desinformación y propaganda*, 2017.

por prerequisite una razonable equiparación, no solo en el acceso a beneficios materiales sino a bienes culturales que maximicen la capacidad de influencia de cada uno de los intervinientes. El profesor Martí lo explicó de la siguiente manera:

...aunque el principio de igualdad sustantiva que opera como precondition del procedimiento deliberativo no implica una igualación absoluta de los participantes de dicho proceso, sí requiere que las desigualdades no alteren significativamente la igual capacidad de influir en la determinación de las decisiones políticas. La influencia política, en el modelo de la democracia deliberativista, se mide por la capacidad de participar efectivamente en el proceso argumentativo. Esto es, por la posibilidad de determinar la agenda de discusión, de presentar los propios argumentos y que estos sean tomados en consideración, de criticar los argumentos de los demás y de gozar de la misma oportunidad de convencer racionalmente a los demás de la corrección de las propias propuestas. Así, la igualdad política de la democracia deliberativa requiere igualdad de al menos dos tipos: igualdad de recursos materiales e igualdad de capacidades. Con respecto al primer tipo, la igualdad de recursos influye en la capacidad de influencia política al menos de dos formas. Por una parte, las personas que no acceden a un mínimo de recursos materiales no pueden conformar libremente sus planes de vida ni sus preferencias políticas, y pueden incluso estar en una situación personal muy precaria que prácticamente las expulsa de cualquier proceso político. Por la otra, una sociedad que reparte muy desigualmente sus recursos materiales, como cuestión de hecho, difícilmente puede garantizar una igual.¹⁸

¹⁸ J. L. Martí, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 111/12.

Por ello, frente al inevitable reconocimiento de que nuestras sociedades están entrecruzadas por situaciones de profunda desigualdad, ninguna preocupación por los efectos de las campañas de desinformación puede obviar la pregunta acerca de qué políticas públicas debe tomar el Estado para minimizar su impacto en la ciudadanía.

Así, a las deficiencias formativas básicas que sufre buena parte de la sociedad se suman aquellas que específicamente impactan en el uso de la tecnología.¹⁹ En este punto, el inadecuado acceso a infraestructura se conjuga con el analfabetismo digital para minar las posibilidades reales de buena parte de nuestra ciudadanía para participar activa y adecuadamente en los espacios virtuales donde actualmente ocurre buena parte del debate colectivo.

Por eso, será urgente retomar las preocupaciones en materia de generalización del acceso a los derechos económicos, sociales y culturales junto con un férreo compromiso con el principio de neutralidad de la red, la sustancial mejora de la calidad y diversidad del acceso a la infraestructura de conectividad y el diseño de políticas públicas de alfabetización digital que permitan minimizar los potenciales efectos de estas campañas sobre nuestra práctica democrática.

La formación de ciudadanos con competencias activas para comprender los contenidos que circulan en la red será esencial para la participación democrática, así como también para que puedan ejercitar con mayor plenitud sus derechos.²⁰ Por este motivo, la alfabetización digital, mediática e informativa será presentada como el proceso de desarrollo necesario para la construcción de ciudadanía y una solución estructural al problema de circulación de *fake news*.²¹

¹⁹ UNESCO, *Más de la mitad de los niños y adolescentes en el mundo no está aprendiendo*, 2017. Última consulta: 6 de agosto de 2020, disponible en <http://uis.unesco.org/sites/default/files/documents/fs46-more-than-half-children-not-learning-2017-sp.pdf>.

²⁰ M. Becerra, “Revolución digital. Ciudadanía y derechos en construcción”, *SITEAL*, 2015. Última consulta: 31 de julio de 2020, disponible en <http://www.tic.siteal.iipe.unesco.org/publicaciones/1611/cuaderno-revolucion-digital-ciudadania-y-derechos-en-construccion>.

²¹ C. López-Andrada, “Discursos en torno a la alfabetización digital y académica: hacia un modelo integrador”, *Virtualidad, Educación y Ciencia*, vol. 12-7, 2016. Disponible en <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/vesc/article/view/14607>.

En paralelo a ello, el Estado deberá redoblar sus esfuerzos en materia de información pública, no solo garantizando sistemas de respuesta eficientes a los requerimientos de la sociedad civil, sino maximizando los alcances de sus políticas de transparencia activa, asegurando que la ciudadanía tenga acceso pleno, sencillo y oportuno a la totalidad de la información de relevancia que le permitirá determinar con sencillez la veracidad o no de los comentarios recibidos en redes. La confiabilidad de la información suministrada por el Estado y su accesibilidad para chequeos rápidos es una herramienta que debe necesariamente complementar a los procesos de alfabetización digital.²²

Finalmente, como comunidad deberemos mejorar nuestros esfuerzos para maximizar la presencia de voces diversas en el debate público. La concentración de medios de comunicación en manos de grandes grupos económicos disminuye nuestras posibilidades de acceder a fuentes confiables con las que contrastar cualquier campaña de desinformación de la que pudiéramos ser víctimas.

La combinación de políticas exitosas en estos tres frentes mejorará sustancialmente las competencias epistémicas ciudadanas necesarias para enfrentar a las campañas de desinformación y permitirá que los esfuerzos jurídicos se concentren exclusivamente en aquellos pocos casos que por su naturaleza y gravedad sobrepasen los carriles democráticos normales.

2. Censura y responsabilidades ulteriores: los límites de las respuestas tradicionales

Pero lo cierto es que incluso si lográramos generar condiciones democráticas ideales, seguirán existiendo campañas de desinformación que por su sofisticación o persistencia socaven la forma en las que se desarrolla el debate público y por ello nos obligarán a dar alguna clase

²² Relator E. de la ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión; Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la OSCE; Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión; Relatora E. sobre Libertad de Expresión de la CADHP, *Declaración conjunta sobre libertad de expresión y “noticias falsas” (“fake news”), desinformación y propaganda*, 2017 punto 2.D.

de respuesta jurídica que, *a posteriori*, responsabilice a sus creadores y repare, o al menos disminuya, los daños causados.

Es por ello que a pesar de encontrarnos convencidos de que los mayores éxitos en la materia van de la mano de la mejora de las condiciones democráticas y la formación ciudadana, el proyecto abordó las respuestas posibles a los daños causados, buscando compatibilizar los principios que inspiran nuestra práctica institucional y los generosos criterios de los órganos del sistema interamericano en materia de libertad de expresión con estas nuevas exigencias.²³

Cabe una aclaración sobre este punto. Este trabajo busca evitar salidas apresuradas y simplistas que, con la excusa de lo novedoso de las amenazas, desbaraten la tradición en materia de libertad de expresión. Esta no es otra cosa que la manifestación sistemática y virtuosa de nuestro compromiso robusto con la deliberación igualitaria y no debería ser abandonada sin poderosas razones que muestren, no solo la gravedad de los daños potenciales, sino su inutilidad para resolverlos y sobre todo que las consecuencias de su abandono no repercutirán en mayores perjuicios que los que se intenta evitar.

Desde este prisma es que inicialmente nos preguntamos por la posibilidad de simplemente limitar la circulación de los mensajes de desinformación. Parece bastante razonable pensar que la protección de nuestro funcionamiento democrático puede exigir que se silencien ciertas voces en virtud de los daños que causan.

Pero a pesar de lo intuitivamente atractiva que pueda ser esta idea, se da de bruces con el carácter bidimensional que en la actualidad define a la libertad de expresión, que nos obliga a afirmar que el derecho a no ser censurado previamente debe comprender también el de cualquier persona –en cualquier momento– a buscar o recibir las informaciones o ideas por el medio de su elección, por lo que toda limitación de la difusión de cualquier acto debe ser considerada dentro de la prohibición general del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con las excepciones que de allí surgen.²⁴

²³ Véase el capítulo IV “Responsabilidades ulteriores y desinformación”.

²⁴ Un desarrollo algo más amplio de este punto puede verse en J. C. Rua, “¿Está verdaderamente prohibida la censura previa?”, en Enrique Regueira (ed.) *El control de la actividad estatal*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la

Es, en este sentido, que la enérgica jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha clausurado muchos de los resquicios por los que la censura solía colarse, expresando con claridad:

Es importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.²⁵

Así, corresponde reafirmar que la idea de censura actualmente no puede ser pensada solo en función de satisfacer los derechos de quien tiene algo para decir, del emisor de los mensajes, sino que funciona como una protección para el derecho colectivo a buscar y recibir informaciones e ideas de toda índole. Y que en nada modifica a estas consideraciones la existencia de daños, incluso gravísimos, provenientes de la difusión de noticias falsas. La lesividad, lejos de anular la protección de la libertad de expresión, es su presupuesto. Las conductas intrascendentes, que no interfieren con los derechos de otros, se encuentran bajo el paraguas del artículo 19 de la Constitución Nacional y, por ello, para que exista un caso en materia de libertad de expresión la conducta debe, en algún sentido, haber interferido con los derechos de terceros.

Pero ello no necesariamente conduce a negar toda posible respuesta jurídica. No es necesario que permanezcamos de brazos cruzados mientras contemplamos cómo las campañas de desinformación desmejoran nuestra práctica democrática y disminuyen la efectividad de nuestras políticas públicas. La Convención Americana expresamente dispone que si bien la censura previa será inadmisibles, bajo sus estrictas condiciones, será aceptable e incluso necesaria la fijación de responsabilidades ulteriores, patrimoniales o penales.

Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

²⁵ Corte IDH, Ricardo Canese vs. Paraguay (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 31 de agosto de 2004, párr. 82.

En este sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos en el inciso segundo de su artículo 13 define el test tripartito que deben superar todas aquellas normas que pretendan fijar responsabilidades civiles o penales para acciones protegidas por la libertad de expresión. Este dispone que cualquier sanción en la materia debe: 1) estar fijada en una ley, en sentido material y formal; 2) tender a uno de los objetivos legítimos previstos por la Convención y 3) ser necesaria y proporcionada para lograr dicha finalidad. Específicamente, mediante la investigación se buscó definir la forma en que funcionan estos requisitos en nuestro medio, tanto en virtud de las particularidades de nuestro sistema constitucional, como de los contornos delineados por la jurisprudencia de nuestras instancias judiciales superiores.

Este marco genérico de análisis se expresa, luego, en dos situaciones específicas que por sus peculiaridades merecieron atención especial. La primera es el uso de una respuesta penal, para lo que debimos profundizar en la forma en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplica el test tripartito para estos supuestos, en particular la forma en que se extrema el principio de necesidad y, sobre todo, la exigencia de cumplimiento con la estricta legalidad. Es decir, en materia penal exigiremos, al menos en principio, no solo la existencia de una ley tendiente a proteger uno de los fines admitidos por la Convención Americana, sino que de acuerdo con el principio de estricta legalidad esta deberá describir con precisión la conducta que se pretende castigar y su aplicación corresponderá exclusivamente para aquellos actos dolosos que causen un daño efectivamente acreditado.

Por ello, si bien no existe en nuestro país un artículo específico del Código Penal que recepte a la difusión de noticias falsas en entornos digitales, en contexto de pandemia varios magistrados del Ministerio Público y el Poder Judicial han encontrado en el artículo 211 del Código Penal una herramienta idónea para someter a proceso a algunos responsables de esta clase de conductas.²⁶

²⁶ Los medios han recogido algunos de estos casos, por ejemplo F. Fassbender, “Las noticias falsas sobre el coronavirus que se viralizan por WhatsApp ahora son un delito con penas de prisión”, *Infobae*, 2020. Última consulta: 16 de junio de 2020; ver también: Ministerio Público Fiscal, “Indagarán a un acusado de alertar falsamente por YouTube sobre una situación de colapso en el Hospital Posadas”, *Fiscales*.

En este sentido, la generación y difusión de noticias falsas en redes sociales puede, en algunos casos, ser un medio idóneo para infundir un *temor público* o incluso *suscitar tumultos o desórdenes*. Por ello, al menos en principio, este artículo luce como una forma posible de abordar el asunto, por lo que se hizo necesario profundizar en los estándares generalmente aceptados para su aplicación desde la jurisprudencia o doctrina, que no parecen encajar totalmente con la tradición vigente en materia de libertad de expresión²⁷, para compatibilizarlos con los requisitos del sistema interamericano de derechos humanos.

Esta tarea, que parece obvia, se enfrenta a la histórica resistencia de los teóricos y operadores del derecho penal a incorporar criterios no estrictamente asociados con su disciplina. Así, más allá de los estándares en materia de garantías procesales o protección de la vida e integridad personal, es realmente raro hallar una referencia a fallos de la Corte IDH o trabajos de los órganos especializados de la Comisión Interamericana. Por ello, necesariamente la reconstrucción y depuración de los argumentos requiere, además, pasar por este tamiz interdisciplinario que nos obligará a descartar la aplicación del tipo a todo un grupo de hechos que, de otra manera, podrían estar allí comprendidos.

La pregunta por el uso de esta figura nos llevó a reflexionar sobre las dificultades prácticas asociadas a la adopción de una respuesta penal para esta clase de asuntos.²⁸ Piénsese que estará a cargo de los operadores judiciales, no solo el desmadejado de una compleja red informática, sino también la prueba precisa de los efectos dañosos reales que la campaña tuvo sobre la práctica democrática y las políticas públicas que pudiera haber adoptado el Estado. Obtener pruebas de este tipo puede ser una tragedia al enfrentar las formas más sutiles de desinformación y conspira directamente contra las posibilidades de éxito de las respuestas penales para minimizar sus efectos estructurales.

Última consulta: 17 de julio de 2020, disponible en <https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/indagaran-a-un-acusado-de-alertar-falsamente-por-youtube-sobre-una-situacion-de-colapso-en-el-hospital-posadas/>

²⁷ Ver, por ejemplo, E. A. Donna, *Derecho penal, parte especial*, Vol. II-C, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2002.

²⁸ Véase el capítulo VI “La persecución penal de la divulgación de *fake news*. Problemas teóricos y prácticos”.

A su vez, se dedicó una línea específica del proyecto a profundizar en el funcionamiento de los estándares en materia de desinformación al problema de los escraches en materia de género dirigidos a niños, niñas y adolescentes.²⁹ De este modo, se intentó conjugar el conflicto jurídico entre ambos grupos vulnerables desde una perspectiva estructural y teniendo como objetivo maximizar la participación democrática de ambos. Desde este punto de vista existen buenas razones para morigerar la férrea protección del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos para asegurar la protección de la autonomía de niños, niñas y adolescentes, y protegerlos/as así de vulneraciones indebidas a sus derechos.

Las respuestas tradicionales a los problemas de libertad de expresión también se han puesto en crisis ante otra clase “novedosa” de expresiones en redes sociales: el escrache por hechos de violencia de género. La desinformación y los daños provenientes de este tipo de expresiones han sido eje de la discusión en materia de derechos humanos de las mujeres dentro de los feminismos, y más aún en los casos que involucran a niños, niñas y adolescentes. En estos casos, además, la rapidez que las redes sociales facilitan para la circulación de discursos cumple un rol fundamental: no se trata de daños producidos en ámbitos concretos y demarcados, sino con relación a un alcance indeterminado de personas que conocen (o pueden conocer) una acusación grave como la que implican los hechos de violencia de género. De este modo, en esta investigación se abordó de forma puntualizada cómo los estándares en materia de libertad de expresión “tradicionales” pueden ser utilizados y (re)pensados para este tipo de casos, en que la difusión de denuncias públicas se ha masificado muy rápidamente a lo largo de los últimos años. Así, se analizó la posibilidad de morigerar la férrea protección del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con el fin de maximizar la autonomía y la participación en el debate público de ambos grupos vulnerables: mujeres y niños, niñas y adolescentes.

²⁹ Véase el capítulo IX “Difusión de escraches por violencia de género en redes sociales: el caso de los/as niños, niñas y adolescentes”.

3. Un enfoque diferente: intermediarios, rectificación y reparación de los daños colectivos

Expuesto este marco, nuestras exploraciones nos obligaron a abandonar las respuestas más habituales y preguntarnos por el rol de los intermediarios³⁰ en este asunto, ya que no solo son los titulares de un negocio riesgoso que monetiza el espacio donde buena parte del debate público actualmente ocurre, sino que además parecen colocados en la mejor situación para minimizar los potenciales efectos dañosos de las campañas de desinformación.

No es su titularidad empresaria la que los coloca en ese lugar de privilegio para enfrentar este conflicto sino su estructura de negocios, que requiere *saber*. No solo nuestros datos o contactos, sino tener datos precisos sobre la clase de publicaciones que leemos y cómo interactuamos con cada una de ellas, qué decidimos compartir y con quiénes.

Un estudio explica este punto diciendo:

...(t)oda esa información que se recolecta cuando damos un like, publicamos un video o hacemos clic en un enlace, a menudo incluye la ubicación (barrio o provincia), muchas veces sin que nos demos cuenta. Esto se complementa con información de nuestro perfil, que abarca desde los grupos de los que formamos parte hasta los lugares que visitamos y los eventos en los que participamos. Estos datos y otros

³⁰ En R. para la L. de Expresión. Comisión Americana de Derechos Humanos, *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*, 2017 se explica: “(l)os intermediarios son generalmente definidos como ‘cualquier entidad que permita la comunicación de información de una parte hacia otra’... Como destacó el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de Naciones Unidas son intermediarios desde los proveedores de servicios de internet a los motores de búsqueda, y desde los servicios de blogs a las plataformas de comunidades en línea, las plataformas de comercio electrónico, servidores web, redes sociales, entre otros”, punto 102. Con cita de los Antecedentes de los principios de Manila sobre Responsabilidad de los Intermediarios y del informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/HRC/17/27.

que publicamos en las redes permiten armar un perfil complejo de cada usuario (tanto de LA TÍA NORMA QUE FIRMA TODO CON MAYÚSCULAS como del 92 % de la población argentina, sin ir más lejos) y luego grupos de usuarios a partir de perfiles similares. Ese proceso se llama “segmentación” y se puede usar para distribuir la publicidad de forma personalizada. A pedido de sus clientes, los vendedores de nuestra información definen segmentos, por ejemplo, según nivel de ingresos, zona de residencia y temas de interés (tanto de la persona analizada como del perfil más cercano afectivamente que tiene), y luego con todos los datos obtenidos a partir de los likes, le hacen llegar a cada grupo (segmento) fotos y videos específicos que apunten a su tema de interés. Los datos pueden cruzarse de muchas maneras. El límite termina marcándolo la creatividad.³¹

La particular situación en que se encuentran frente a este asunto nos obliga a repensar y profundizar en los estándares fijados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación³² y la Relatoría para la Libertad de Expresión del sistema americano³³, no solo en cuanto a los fundamentos de su particular responsabilidad en la materia sino en cuanto a las posibilidades de exigir, legal o jurisprudencialmente, respuestas específicas a los problemas de la desinformación.³⁴

Puntualmente exploramos una respuesta que, pese a su escaso uso, creemos idónea para enfrentar este problema en donde ocurre, es decir, en la arena pública. Se trata del derecho de rectificación y respuesta que,

³¹ N. Tokman; D. D´Ippolito, “Los dueños de la información”, *El gato y la caja*, 2018. Última consulta: 19 de mayo de 2020, disponible en <https://elgatoylacaja.com/los-duenos-de-la-informacion/>.

³² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios” (Fallos 337:1174), considerando 18 del voto de la mayoría.

³³ Relator E. de la ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión y otros, *Declaración conjunta sobre libertad de expresión y “noticias falsas” (“fake news”)*, *desinformación y propaganda*, cit., punto 1.D.

³⁴ Véase el capítulo V “Campañas de desinformación: algunos apuntes sobre la responsabilidad de las redes sociales”.

más allá de la celebridad que le dio el fallo de la corte en el caso *Ekmekdjian c/ Sofovich*³⁵, tiene un uso más bien escaso en nuestro medio.³⁶

La propuesta incluye una reformulación de esta herramienta, su adaptación a las necesidades estructurales ya descritas y, por lo tanto, se pretende evitar la necesidad de iniciar una acción judicial contra el titular de cada cuenta de Twitter, Facebook o Instagram que publica una información falsa o utiliza una etiqueta dudosa, lo que por su dificultad privaría de sentido el uso de este instituto.

Por el contrario, se propone que el litigio se dirija contra los intermediarios, no en tanto culpables de ninguna clase de falta o imprudentes causantes de daño, sino como titulares de y custodios de un bien público que los obliga a corregir, de esta forma particular, los daños que por su intermedio se causan sobre nuestra práctica institucional.³⁷

Es que, como vimos, a partir de su particular situación serán los mejor situados para reconstruir el circuito de la desinformación y asegurar que las personas que hayan interactuado con una frase o etiqueta que sea parte de una campaña de este tipo conozcan su falsedad. Esta parece ser una herramienta técnicamente posible, económicamente viable y jurídicamente aceptable.

Finalmente, lo cierto es que, como ocurre con la mayor parte de los daños colectivos, la reparación (al menos parcial) de las consecuencias de las campañas de divulgación de noticias falsas tiene costos altísimos, generalmente inabordables para las arcas gubernamentales, por lo que resulta imprescindible reflexionar acerca de la forma en que pueden financiarse las imprescindibles campañas públicas en este sentido.³⁸

³⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo* (Fallos 315:1492).

³⁶ Véase el capítulo VIII “Enfrentando el daño donde ocurre: una nueva mirada a la rectificación”.

³⁷ Una interesante aproximación a esta idea puede verse en C. Cortés Castillo, “Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en internet y el impacto en el entorno digital”, en, Bertoni, Eduardo (comp.) *Internet y Derechos Humanos. Aportes para la discusión en América Latina*, CELE, 2014.

³⁸ Véase el capítulo VII “Explorando la responsabilidad por daños colectivos causados por la desinformación”.

Y, en este sentido, cabe preguntarse si resulta admisible la promoción de un litigio colectivo que, lejos de pensar en los daños individualmente causados, se proponga reparar sus efectos estructurales.

Pero llegados a este punto nos encontramos con la primera dificultad, relativa a la legitimación. ¿Quién es el afectado por la distribución de esta clase de informaciones? ¿Quién tendría legitimación para exigir la reparación de esta clase de daños? No parece surgir de la estructura de la Administración Pública Nacional ningún órgano con facultades específicas para litigar en esta materia. ¿Tiene la Defensoría del Público creada por la ley de servicios de comunicación audiovisual facultades para litigar en la materia? ¿Puede el Defensor del Pueblo de la Nación estar legitimado en un proceso de este tipo? Aun si superáramos la situación de vacancia en que se encuentra el organismo, esto no parece surgir expresamente de las facultades que les otorgan el artículo 86 de la Constitución Nacional y la ley 24.284, pero quizás una interpretación (excesivamente) amplia lo admitiría. ¿Es este, entonces, un derecho colectivo que puedan esgrimir particulares u organizaciones de la sociedad civil? Tampoco luce especialmente claro, aunque también parece viable.

Pero incluso si pudiera darse una respuesta afirmativa a este punto, solo es el comienzo de las dificultades prácticas, puesto que a los enormes inconvenientes probatorios en cuanto a la existencia del hecho, los daños causados y su relación de causalidad, se suma la indeterminación normativa respecto del destino de la indemnización.

Pero a pesar de las dificultades expuestas, la investigación reafirmó nuestro convencimiento de que la represión no es la forma más idónea para enfrentar el problema de la desinformación, sino que debe confiarse en mejorar las potencialidades epistémicas de la ciudadanía y las condiciones en que funciona el debate democrático, lo que debe ser complementado con respuestas estructurales que, sin centrarse en criterios retributivos, permitan enfrentar los casos más graves.

Una mayor presencia de voces en los medios tradicionales, un férreo control de los gastos de campaña, junto con mejoras sensibles en los procesos de generación y gestión de la información pública y una optimización de las campañas públicas de comunicación son el piso desde el que las políticas de alfabetización digital nos permitirán construir una ciudadanía mejor preparada para los nuevos desafíos.

El compromiso con modelos democráticos robustos requiere que nos despojemos del pensamiento elitista que nos ha caracterizado como operadores del derecho, para finalmente aceptar que indemniza-

ciones y condenas son solo burdos paliativos para asuntos que, por su centralidad, deben resolverse en el marco del debate público intenso y vigoroso que nos jactamos de defender.

The Frame Monster: ¿pueden los bots afectar la forma en la que discutimos?

Emiliano Vitaliani

1. Introducción

La aparición de las redes sociales representa, desde hace ya algunos años, un desafío para quienes se dedican a reflexionar sobre la democracia. Mientras que en un principio se consideró que con ellas finalmente tendríamos la esfera deliberativa informal igualitaria que tantos deseaban, el tiempo trajo consigo una ola de escepticismo respecto a las potencialidades de las redes sociales para democratizar la sociedad y hoy si bien entendemos que existen allí algunos elementos que nos permiten ser optimistas, también sabemos que hay riesgos a los que debemos estar atentos y obstáculos que debemos sortear.

Entre los aspectos del funcionamiento de la democracia en redes sociales que todavía merecen un análisis más detallado se encuentran las respuestas automatizadas o *bots*. Este trabajo analizará el rol de las respuestas automatizadas en el *framing* de la discusión pública, tomando como marco teórico a la teoría de la democracia deliberativa en su concepción sistémica.

En este sentido, este trabajo se propone mostrar que la aparición de las respuestas automatizadas es en principio una amenaza para la deliberación pública en tanto puede influir en su *framing* de forma no

justificada. Si bien existen desacuerdos en la literatura especializada sobre cómo debería desarrollarse el *framing* de la deliberación a nivel sistémico, ninguna de las posiciones en pugna permite justificar el rol que pueden cumplir los *bots*. Por lo tanto, sin importar cuál sea la respuesta teórica que elijamos, existe en la aparición de las respuestas automatizadas un riesgo para la deliberación pública.

Sin embargo, las mismas razones por las cuales los *bots* constituyen una amenaza son las que hacen que se facilite la competencia entre *framings*, democratizando la discusión pública. Por lo tanto, si uno adopta una concepción participativa del *framing*, los *bots* también pueden aparecer como una oportunidad para hacer este proceso más participativo, por lo que la respuesta final a la pregunta aquí planteada es ambivalente.

La primera parte del trabajo estará focalizada en introducir brevemente los elementos centrales del concepto de *framing*. En la segunda, se desarrollará el marco teórico de este trabajo. Si nos interesa el *framing* de la deliberación es porque nos preocupa que la discusión pública se dé en los términos correctos, a los fines de hacer las decisiones democráticas más confiables en términos epistémicos. Adoptaremos aquí una concepción particular de la teoría de la democracia deliberativa: la concepción sistémica. Dado que lo que nos interesa es el efecto de las respuestas automatizadas en la discusión pública, esta corriente de la teoría de la democracia deliberativa parece más apropiada para discutir el fenómeno aquí estudiado que aquella que se preocupa por la deliberación a pequeña escala. Por lo tanto, estudiaremos el *framing* en un sistema deliberativo y cómo puede ser afectado por la aparición de las respuestas automatizadas en redes sociales.

Más tarde mostraremos cómo las redes sociales pueden influir decisivamente en el encuadre de una discusión pública, principalmente a través de los *hashtags*. Sin embargo, es relativamente sencillo instalar *hashtags* a través de *bots*, lo que permitiría a quienes puedan afrontar su costo económico influir de forma desproporcionada en la deliberación pública. Sin embargo, este mismo costo relativamente bajo es el que permite que movimientos sociales, sin una gran cantidad de miembros, puedan proponer *framings* que compitan en la arena pública.

2. Breve introducción al *framing*

Quisiera empezar por hacer algunos comentarios en torno al concepto de *framing*. Dado que este trabajo busca estudiar los posibles efectos de los *bots* sobre el encuadre de un determinado tema, parece relevante saber qué es. Sin embargo, el objetivo de este apartado no es solamente alcanzar una conceptualización aceptable que nos permita avanzar, sino también destacar dos elementos que serán retomados más adelante. Por un lado, el *framing* es inevitable, mientras que por otro tiene efectos en la forma en la que las personas discuten y se posicionan en torno a un determinado asunto. Estos dos elementos lo vuelven un problema tan relevante como inevitable para cualquier persona preocupada por la deliberación colectiva, por lo que parece importante que nos ocupemos aquí de él.

Cuando las personas percibimos el mundo, lo hacemos jerarquizando información y dotando de sentido a los sucesos que nos rodean. Para hacerlo, nos valemos de conjeturas sobre las causas de estos sucesos (incluso sobre la causalidad misma) y ponemos el foco en aquello que nos parece relevante, dejando algunos otros aspectos del mismo suceso en un segundo lugar. Es decir que incluso antes de que exista la comunicación en torno a un hecho o un tópico particular, las personas priorizamos, jerarquizamos y valoramos los sucesos de los que tenemos conocimientos en lo que Goffman denominó *primary framework*.¹

Por supuesto, las personas no vivimos aisladas, sino que en una sociedad los individuos compartimos valores y rituales que nos ofrecen claves para comprender y percibir los comportamientos que observamos. Como vivimos en comunidad y conocemos sus instituciones, sabemos que un cuerpo desnudo no significa lo mismo en una escuela de arte, en la facultad de medicina o en una revista pornográfica. Es decir que sin que haya ninguna intencionalidad específica de por medio, la vida en comunidad influye en la forma en la que comprendemos los hechos que percibimos.

¹ E. Goffman, *Frame analysis. An essay on the organization of experience*, Boston, Northeastern University Press, 1974.

Sin embargo, muchas veces las personas no solo actúan como sujetos pasivos que reciben las claves brindadas por la sociedad, sino que ellas producen *framings* de forma intencional, es decir que deciden priorizar ciertos aspectos de una determinada noticia o un determinado comportamiento por sobre otros. Al dejar de ser sujetos para también ser agentes, no solamente perciben el mundo con su propio encuadre, sino que diseñan y fabrican *framings* para influir en la forma en la que otros individuos perciben la información.² Por lo tanto, no solo quienes perciben eventos lo hacen recurriendo a un determinado *frame*, sino que aquellos que transmiten información también la organizan de una forma tal que priorizan ciertos aspectos por sobre otros.³

Resulta evidente así que para poder procesar información y pensar sobre alguna cuestión necesitamos tener *algún* marco de referencia, es decir, una narrativa que nos permita desarrollar alguna comprensión particular de un evento.⁴ De acuerdo con Chuck y Druckman, el *framing* es el conjunto de creencias según las cuales una persona prioriza ciertas dimensiones de un determinado suceso por sobre otras.⁵

Por supuesto, este abordaje del fenómeno de la percepción y la comunicación presupone que existe más de una forma posible de comprender y comunicar un mismo suceso. Si este supuesto es correcto y la forma en la que percibimos depende parcialmente de un determinado conjunto de creencias, entonces la comunicación está necesariamente influida por los *frames*. Esto es así porque no podemos prescindir de estas creencias al comunicarnos, lo que lleva a que cuando dialoguemos sobre una determinada cuestión, no podamos evitar priorizar algunas dimensiones por sobre otras.

Sin embargo, este no parece ser un supuesto muy poderoso, sino que se hace presente en nuestra vida cotidiana. Escribo estas palabras

² *Ibíd.*

³ N. Aruguete, "Encuadrando el delito: pánico moral en los periódicos argentinos" (*Framing crime: moral panic in Argentine newspapers*), *América Latina Hoy*, 2012, p. 174.

⁴ R. M. Entman, "Framing U.S. Coverage of International News: Contrasts in Narratives of the KAL and Iran Air Incidents", *Journal of Communication*, vol. 41, 4, 1991. p. 7.

⁵ D. Chong; J. N. Druckman, "Framing Theory", *Annual Review of Political Science*, vol. 10, 1, 2007.

a pocos días de que se cumpla el décimo aniversario de la sanción de la ley que permite que el matrimonio entre personas del mismo género en la Argentina. Durante el tiempo que duró la discusión parlamentaria, predominaron dos formas diferentes de referirse al mismo proyecto de ley. Mientras que algunas personas referían a él como “matrimonio gay”, otras lo llamaban “matrimonio igualitario”. Así, vemos que si bien quienes usaban uno u otro término lo empleaban para referir al mismo objeto, estas dos denominaciones ponen el énfasis en diferentes aspectos de este y, por lo tanto, llevan a que nos hagamos diferentes preguntas.

Aparece así un segundo aspecto del proceso de *framing* que me gustaría poner de manifiesto antes de continuar. Dijimos ya que no era posible evitar que la comunicación se vea influida por los *frames* que nos atraviesan y que incluso si fuéramos conscientes de ello, muchas veces quienes comunican deciden hacerlo de forma tal que prioricen algún aspecto del tema en cuestión por sobre otro. Sin embargo, el ejemplo de la ley de matrimonio entre personas del mismo género nos muestra no solo que día a día convivimos con *frames* que compiten y ponen diferentes aspectos de un mismo suceso en el centro de la escena, sino que al hacerlo ellos influyen, muchas veces decisivamente, sobre la discusión pública.

Esto no solo es una conjetura teórica, sino que diversos estudios muestran cómo un cambio en el encuadre de una determinada cuestión puede afectar las actitudes de la ciudadanía. Al cambiar las preguntas que guían la discusión o al correr el foco hacia otro aspecto de los mismos hechos, las personas responden diferente.⁶ Es decir que el *framing*, al ser necesariamente una actividad valorativa, influye en qué pensamos sobre una determinada cuestión. En términos de Chong y Durckman:

La gente forma sus opiniones a partir de un conjunto de creencias que yacen en su memoria. Solo algunas de esas creencias van a ser accesibles en un determinado momento. De ese conjunto de creencias accesibles, solo

⁶ B. Mayling; G. Michael; I. Shapiro, “Public Opinion and the Push to Repeal the Estate Tax”, *National Tax Journal*, vol. 53, 3, 2006; Stephen P. Nicholson; Robert M. Howard, “Framing Support for the Supreme Court in the Aftermath of Bush v. Gore”, *Journal of Politics*, vol. 65, 3, 2003.

*algunas van a ser lo suficientemente fuertes como para que las juzguemos relevantes o aplicables al tema en cuestión. El framing puede funcionar en tres niveles: produciendo nuevas creencias, haciendo que ciertas creencias preexistentes sean accesibles o reforzando la confianza de la gente en sus creencias disponibles cuando se trata de evaluar un cierto tema.*⁷

Si bien esto puede parecer complejo y rebuscado a primera vista, es en realidad una idea muy simple. Dado que el encuadre que damos a un determinado tema es una tarea valorativa, el proceso de *framing* realza ciertos valores y menoscaba otros, influyendo en cómo pensamos en un determinado suceso, en cuál es la clave que utilizamos para analizarlo. Esto no es más que decir que los valores que subyacen en nuestros procesos comunicacionales influyen en la forma en la que pensamos, lo que parece bastante obvio.

En conclusión, sabemos ahora que el *framing* es el proceso por el cual las personas jerarquizan y valoran la información que reciben y comunican. Este proceso es por un lado inevitable. Dado que a la hora de comunicarnos y procesar información necesitamos valernos de supuestos que la doten de sentido y nos permitan aprehenderla, prescindir de cualquier tipo de *frame* simplemente no es posible. Por otro lado, este es un proceso que influye en la forma en la que se estructura el debate público, por lo que cualquier teoría preocupada por la deliberación colectiva debería tenerlo en cuenta a la hora de pensar cómo funciona la deliberación en la vida real.

3. Cómo enmarcar una discusión

La teoría de la democracia deliberativa sostiene que para que las decisiones políticas sean legítimas, ellas deben ser producto de una discusión pública llevada a cabo por ciudadanos en pie de igualdad.⁸

⁷ D. Chong; J. N. Druckman, "Framing Theory", cit., p. 111.

⁸ J. Bohman, "Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy", *Journal of Political Philosophy*, vol. 6, 4, 1998.

Afirmar que la deliberación entre iguales es fuente de legitimidad política no nos dice mucho sobre las razones para que esto sea así. En este orden, encontramos dos grandes conjuntos de justificaciones: deónticas y epistémicas.⁹

Si bien no es necesario optar entre estas dos concepciones¹⁰, este trabajo se sostendrá sobre una justificación epistémica de la teoría de la democracia deliberativa, es decir, sobre aquella que considera que la deliberación pública es deseable en tanto promueve la imparcialidad de las decisiones que nos afectan a todos. Esta corriente no solo es mayoritaria dentro del deliberativismo, sino que en tanto un compromiso con valores sustanciales es ineludible para cualquier teoría de alcance normativo, la teoría de la democracia deliberativa no puede renunciar a su compromiso con la verdad y, por lo tanto, a contar al menos con una dimensión epistémica.¹¹

En una primera etapa, la preocupación de los teóricos de la democracia deliberativa estuvo en sentar las bases conceptuales de esta nueva teoría. Así, los esfuerzos estuvieron dirigidos a indagar sobre los fundamentos mismos de esta nueva teoría y, por lo tanto, a responder algunas cuestiones elementales como cuáles son las motivaciones que guían a las personas en el foro público¹², qué forma deben tener los argumentos allí brindados¹³ o qué nivel de autoridad epistémica tienen las decisiones tomadas de forma deliberativa.¹⁴

⁹ E. Vitaliani, “¿Qué discutimos cuando discutimos sobre campañas electorales?”, *Lecciones y Ensayos*, en prensa.

¹⁰ S. Linares, *Democracia participativa epistémica*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2017.

¹¹ H. Landemore, “Beyond the Fact of Disagreement? The Epistemic Turn in Deliberative Democracy”, *Social Epistemology*, vol. 31, 3, 2017.

¹² J. Elster, “The market and the forum: three varieties of political theory”, en James Bohman, William Rehg (eds.) *Deliberative Democracy. Essays on reason and politics*, Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1997.

¹³ J. Rawls, “The Idea of Public Reason Revisited”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, 3, 1997.

¹⁴ D. Estlund, “Beyond fairness and deliberation: the epistemic dimension of democratic authority”, en James Bohman, William Rehg (eds.) *Deliberative Democracy*, Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 1997.

Una vez que los cimientos de la teoría fueron sentados, apareció la necesidad de pensar en las instituciones que surgirían como consecuencia de la adopción de una concepción deliberativa de la democracia. Los deliberativistas decidieron, entonces, sacar sus estudios del nivel puramente teórico para incorporar experimentos y propuestas institucionales que pudieran realizar los ideales ya teorizados. Para ello se desarrollaron diferentes estudios empíricos¹⁵ y se promovió la adopción de nuevas formas institucionales como el día de la deliberación¹⁶ o más típicamente los minipúblicos.¹⁷

Sin embargo, una tercera línea de investigación en la teoría de la democracia deliberativa se hizo presente en los últimos veinte años: el abordaje sistémico.¹⁸ Este abordaje fue propuesto en un primer momento por Jane Mansbridge¹⁹, quien se enfocó en el continuo deliberativo que supone la existencia de una sociedad y sacarlo de un conjunto de deliberaciones específicas. Así, la existencia de una comunidad deliberativa no estaría dada por la discusión en torno a un asunto particular, sino en la conversación diaria de acuerdo con la cual las personas repiensen un conjunto de creencias a la luz de los comentarios que reciben.

Como vimos, la teoría de la democracia deliberativa se preocupaba por la calidad de la deliberación en instituciones o situaciones particulares. Así, resulta relevante saber si en una determinada deliberación todas las voces fueron escuchadas, si todas las razones fueron allí

¹⁵ N. Curato; J. S. Dryzek; S. A. Ercan; C. M. Hendrycks; S. Niemayer, “Twelve Key Findings in Deliberative Democracy Research”, *American Academy of Arts & Sciences*. Última consulta: 17 de julio de 2020, disponible en <https://www.amacad.org/publication/twelve-key-findings-deliberative-democracy-research>.

¹⁶ B. Ackerman; J. S. Fishkin, “Deliberation Day”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 10, 2, 2002.

¹⁷ J. L. Martí, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006; D. Van Reybrouck, *Against Elections. The case for democracy*, Londres, Random House, 2016.

¹⁸ Tomo esta clasificación tripartita de J. Parkinson; J. Mansbridge, *Deliberative Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

¹⁹ J. Mansbridge, “Every day talk in the deliberative system”, en Stephen Macedo (ed.) *Deliberative politics: Essays on democracy and disagreement*, Nueva York, Oxford University Press, 1999.

debidamente consideradas y otros tantos elementos que nos ayudan a evaluar la calidad de una deliberación específica.

Los estudios sobre los diferentes diseños institucionales tenían esta preocupación en mente. Ellos partían de la pregunta por la calidad deliberativa de cada una de estas instituciones en particular y estudiaban el comportamiento de las personas en ese contexto. Por lo tanto, las preguntas que guiaban estos estudios estaban dirigidas a saber si se había incorporado la información brindada por los expertos, si las personas habían respondido a argumentos o modificado sus posiciones como consecuencia del debate.

Por el contrario, el abordaje sistémico de la teoría de la democracia deliberativa propone tomar a las esferas públicas formal e informal como un todo que se integra y que no debe ser evaluado por partes, sino a partir de cómo esos elementos interactúan entre sí. En otras palabras, la perspectiva sistémica de la teoría de la democracia deliberativa constituye un abordaje normativo en el que “las partes del sistema deberían no solo ser juzgadas independientemente, sino que también el sistema debería ser evaluado como un todo”. Por lo tanto, “debemos preguntarnos no solo qué implica la buena deliberación en general y en particular, sino también cuáles son las implicancias de un buen sistema deliberativo”.²⁰

Así, los juicios que se realicen sobre los sistemas deliberativos deben ser realizados al nivel del sistema y no respecto a individuos o instituciones particulares.²¹ Por lo tanto, una institución o un grupo pueden tener serios problemas deliberativos a su interior sin que eso sea suficiente para rechazar sus méritos deliberativos. Lo que el abordaje sistémico tiene en mente es cómo interactúan sus elementos, es decir que lo que se debe analizar es el funcionamiento del sistema de forma integral.

²⁰ J. Parkinson; J. Mansbridge, *Deliberative Systems*, cit., p.5.

²¹ J. Parkinson, “The Roles of Referendums in Deliberative Systems”, *Representation*, 2020, p. 4.

Framing y deliberación

Si creemos que una decisión política es legítima cuando surge de un proceso deliberativo, entonces parece razonable que nos preocupe cómo se desarrolla ese proceso. En el primer apartado dijimos que la comunicación está necesariamente atravesada por un *frame*. Dado que la deliberación es un conjunto de actos comunicativos, ella también estará necesariamente atravesada por el proceso de *framing*. En términos de Barisione:

*La relación íntima entre la política deliberativa y el principio de legitimidad yacen en las cualidades procedimentales del proceso deliberativo, tanto cuando genera una decisión colectiva como cuando forma y agrega un conjunto de opiniones individuales.*²²

Por lo tanto, si la deliberación produce resultados epistémicamente confiables y en ella existe un elemento del que no se puede prescindir como el *framing*, entonces debemos preguntarnos cómo debe ser este proceso. Como dijimos, la forma en la que se comunica sobre una determinada cuestión prioriza algunos elementos por sobre otros sobre la base de un conjunto de supuestos y valores, lo que a su vez afecta el mensaje que cada uno de nosotros recibe.

Dado que el objeto de estudio de este trabajo es la forma en la que los *bots* pueden afectar el *framing* de la discusión pública y, por lo tanto, la confiabilidad de los resultados que de allí surjan, pondremos el foco en cómo debería darse el proceso de *framing* en un sistema deliberativo y no en la deliberación a pequeña escala. En un sistema deliberativo cada uno de sus elementos cumple una función y, al interactuar con otros elementos, el resultado se torna confiable. Por lo tanto, las próximas páginas buscarán responder a la pregunta por a quién o quiénes les corresponde participar en el *framing* y de qué forma deben hacerlo.

Parecería ser que existe algún tipo de consenso en que los expertos deben jugar un rol fundamental en el proceso de *framing*. Definimos a

²² M. Barisione, "Framing a deliberation. Deliberative Democracy and the Challenge of Framing Process", *Journal of Public Deliberation*, vol. 8, 1, 2012, p. 3.

los expertos como aquellas personas que tienen una mayor cantidad de creencias verdaderas sobre una determinada cuestión que un ciudadano promedio, lo que refiere tanto a la cuestión específica sobre la que esas personas son expertas como a los argumentos que rodean a esa área de *expertise*. Asimismo, un experto debe contar con herramientas tanto para testear sus ideas como para aplicar sus ideas a nuevos problemas dentro de su campo de conocimiento.²³

No se discutirá en este trabajo cuál de todas las concepciones normativas del *framing* en un sistema deliberativo es correcta ni la necesidad de recurrir a una nueva conceptualización. Dado que todo lo que nos interesa mostrar es que la posibilidad de establecer el *frame* de un debate a través de sistemas automatizados en redes sociales no es, en principio, justificable de acuerdo con ninguna teoría normativa de la democracia deliberativa, nos basta con presentar estas teorías y más adelante explicar las razones por las que la aparición de los *bots* en el *framing* no se ajusta a ninguna de ellas.

El rol del *framing* en el abordaje sistémico de la teoría de la democracia deliberativa no ha sido objeto de un gran debate en la literatura especializada. Sin embargo, podemos vislumbrar dos concepciones diferentes sobre cómo debería ser determinado el *frame* en la opinión pública. Llamaremos a estas dos concepciones elitista y participativa, en tanto la primera de ellas cree que el *framing* debe estar reservado a las elites epistémicas en sentido amplio (científicos, representantes, medios de comunicación), mientras que la segunda aspira a que el proceso esté abierto al resto de la ciudadanía.

La concepción habermasiana de la democracia parte del constante intercambio de información entre las esferas públicas formal e informal, en el cual el poder se estructura a partir del discurso, es decir de la comunicación.²⁴ En tanto los sujetos compartimos un mundo de la vida, las afirmaciones que no sean autorreferenciales podrán ser objeto de

²³ T. Christiano, "Rational deliberation among experts and citizens", en John Parkinson, Jane Mansbridge (eds.) *Deliberative Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 36-37.

²⁴ M. E. Barreyro, *La legitimación democrático-deliberativa del Derecho. Investigación de sus fundamentos ácratas*, Buenos Aires, La Ley, 2017, pp. 62-72.

juicios de verdad o rectitud, es decir que estarán sujetos a la crítica y la falsación.²⁵ Por lo tanto, la opinión pública se constituye a través de los flujos comunicativos que incluyen tanto a expertos como a no expertos, dado que todos ellos comparten el ya mencionado mundo de la vida.

Dado que los expertos cuentan, en la materia a la que refiere su *expertise*, con un mayor conjunto de creencias verdaderas, ellos serán particularmente poderosos en tanto sus afirmaciones serán particularmente influyentes. Es por ello que Habermas concibe a la comunicación como un proceso de *feedbacks* recurrentes entre las elites epistémicas y el resto de la sociedad civil.²⁶ Diversas personas tales como quienes trabajan en medios de comunicación, los grupos de interés, los estudiosos sobre un tema o los representantes políticos suelen tener más conocimiento que los ciudadanos promedio sobre las distintas cuestiones que se debaten en la esfera pública.

En el modelo habermasiano, en tanto la comunicación política está regida por una relación asimétrica entre actor y público, son los primeros los que deben establecer los *frames*. Por supuesto, esto no hace a los expertos ajenos al resto de los ciudadanos. Ellos transmiten preocupaciones, valores y objetivos, a la vez que deben seleccionar entre distintos *frames* cuando ellos compitan. Sin embargo, sí están excluidos del proceso de *framing*, es decir que no serán discutidas con ellos las razones que lleven a las elites epistémicas construir un *frame* u otro, sino que este proceso se dará a espaldas de la ciudadanía.

Un ejemplo tal vez ayude a clarificar. Imaginemos que tenemos una fiesta muy importante, por lo que queremos comprar un traje que le haga honor. Nosotros tenemos una idea general sobre qué tipo de traje queremos y cuál es la fecha de la fiesta, por lo que decidimos transmitirles esta información a diferentes sastres para que nos muestren sus diseños. Después de algunas semanas, cada sastre nos muestra su diseño y nosotros podemos elegir entre ellos o incluso rechazarlos

²⁵ M. E. Barreyro, "Teoría consensual de la verdad y la rectitud. Introducción a los fundamentos teóricos de la concepción deliberativa de la democracia en Habermas", *Lecciones y Ensayos*, vol. 94, 2015.

²⁶ J. Habermas, "Political Communication in Media Society: Does Democracy Still Enjoy an Epistemic Dimension? The Impact of Normative Theory on Empirical Research", *Communication Theory*, vol. 16, 4, 2006.

todos si creemos que no reflejan correctamente nuestros deseos. Sin embargo, lo que no podemos hacer es participar en el diseño del traje. Las razones que llevaron a cada sastre a optar por uno u otro diseño nos son ajenas y, por lo tanto, lejos está de incluirnos el proceso mediante el cual se tomaron las muchas decisiones que implica su confección.

Esto mismo es lo que sucede con el *framing* en la teoría de Habermas. Si bien allí los ciudadanos participan en diferentes instancias del proceso, ellos están excluidos de la producción de los *frames* y en este sentido es que decimos que esta teoría es elitista. Al igual que las teorías elitistas de la democracia²⁷, la teoría elitista del *framing* incluye a los ciudadanos en algunas instancias relevantes del proceso a la vez que los excluye de otras tanto o más cruciales.

Dijimos más arriba que si bien no existe una literatura muy extendida sobre el *framing* en los sistemas deliberativos, sí se observan dos corrientes contrapuestas sobre este tema. A esta altura probablemente sea obvio que si hasta acá destacamos el aspecto elitista de la teoría de Habermas, es porque será contrastada con otra que da mayor centralidad a los ciudadanos. A este otro abordaje, desarrollado por Simone Chambers²⁸, lo llamaré abordaje participativo.

Chambers empieza por explicar el modelo habermasiano y la centralidad que el *framing* tiene en la deliberación colectiva. Como vimos, la concepción elitista hace que las razones en favor de la adopción de uno u otro *frame* sean opacas al gran público. A su vez, sabemos que muchas veces a comunicación tiene un sentido estratégico, es decir que las personas deciden comunicar un mensaje u otro no porque crean que es el que mejor se ajusta a ciertos principios morales compartidos, sino porque es una buena forma de alcanzar un fin egoísta.

Dada la relevancia del *framing* y la posibilidad de que los principios que lo sostengan sean estratégicos, Chambers afirma que la propuesta habermasiana es riesgosa. Por lo tanto, a los fines de evitar que la construcción estratégica de *framings* manipule la opinión pública y se

²⁷ E. Vitaliani, “¿Qué discutimos cuando discutimos sobre campañas electorales?”, *Lecciones y Ensayos*, en prensa.

²⁸ S. Chambers, “Balancing epistemic quality and equal participation in a system approach to deliberative democracy”, *Social Epistemology*, vol. 31, 3, 2017.

vuelva por lo tanto ilegítima, las razones que justifican la adopción de uno u otro *frame* deben ser publicadas.²⁹

Esto tendría dos consecuencias relevantes para la deliberación pública. En primer lugar, el hecho de que quienes construyen los *frames* deban justificar sus elecciones ante toda la ciudadanía excluye de por sí algunos resultados. Dado que no todos los *frames* pueden ser sostenidos sobre razones públicas, al tener que defender una decisión ante el resto de los ciudadanos, algunas conclusiones quedan excluidas. Esto es lo que la literatura llamó el valor civilizatorio de la hipocresía. Es decir aquel fenómeno mediante el cual aquellas personas que tienen un interés estratégico en la transmisión de un mensaje deben buscar razones que excedan a su interés para poder sostener su posición ante otros sujetos no interesados.

La otra consecuencia que se seguiría de la publicación de las razones para optar por un determinado *frame* es que en tanto ellas son accesibles por todas las personas, aumentará la cantidad de objeciones válidas y, por lo tanto, será más fácil observar los defectos que existen allí. Esto no es ni más ni menos que afirmar que cuantos más argumentos sea posible escuchar antes de tomar una decisión, mejor será la decisión tomada, lo que constituye la columna vertebral de la teoría de la democracia deliberativa.

Repasamos hasta aquí en qué consiste un sistema deliberativo y cuáles son las posiciones teóricas sobre el *framing* a nivel sistémico. Dado que la hipótesis que estoy intentando defender afirma que los *bots* pueden irrumpir el proceso de *framing* de una forma no justificada por ninguna teoría, no es necesario acá optar por ninguna de ellas. Por el contrario, la identificación de estas corrientes es suficiente para permitirnos avanzar con el trabajo.

²⁹ Hablo de razones publicadas y no de razones públicas para distinguir este concepto del de Rawls. Cuando Chambers afirma que se deben publicar las razones esta es una afirmación sobre el conocimiento general sobre estos argumentos y no sobre los argumentos en sí, a diferencia del concepto rawlsiano de razones públicas.

4. Los bots: ¿amenaza y oportunidad?

Este apartado tiene por objetivo mostrar que la aparición de las respuestas automatizadas puede ser una amenaza para el proceso de *framing*, entendido desde cualquiera de sus concepciones normativas. Sin embargo, estos mismos elementos amenazantes son los que nos permiten tener alguna esperanza si creemos que el proceso de *framing* debe estar abierto a la ciudadanía.

Para poder llegar a esta conclusión, primero debemos explicar de qué forma las redes sociales pueden influir en el proceso *framing* para así entender cómo esto puede verse afectado por la aparición y el perfeccionamiento de las respuestas automatizadas.

Framing y redes sociales

Las redes sociales afectan nuestro día a día no solo porque allí podemos enamorarnos, hacer amigos o conseguir trabajo, sino también porque muchas veces discutimos nuestras ideas e intercambiamos información. Por lo tanto, es imposible pensar en el debate en la esfera pública informal sin incluir a las redes sociales.

En un primer momento, la aparición de internet como espacio de socialización fue visto como el renacimiento de la esfera pública informal que los deliberativistas tanto anhelaban. Internet, por un lado, facilitó el acceso a la información de aquellos con menos recursos, a la vez que permitió que personas sin llegada a los medios de comunicación tradicionales pudieran hacer oír su voz.³⁰ Sin embargo, no todo es color de rosas en internet, sino que el desencanto llegó tan pronto como los investigadores observaron que muchos de los problemas que existían en la deliberación cara a cara como la tribalización y la persistencia de las desigualdades estructurales persistían en la virtualidad.³¹

³⁰ P. Dahlgren, "The Internet, Public Spheres, and Political Communication: Dispersion and Deliberation", *Political Communication*, vol. 22, 2, 2005.

³¹ Z. Papacharissi, "The virtual sphere: The internet as a public sphere", *New Media & Society*, vol. 4, 1, 2002.

Lo que esta discusión hace evidente es que para pensar en la deliberación colectiva a nivel sistémico no podemos dejar de lado a las redes sociales. Por lo tanto, no podemos dejar a las redes sociales afuera de nuestro análisis del *framing*. Una de las formas más características mediante las cuales se puede afectar el *framing* en las redes sociales es a través de los *hashtags*.

Cuando una persona utiliza un *hashtag*, está proponiendo un encuadre, un marco interpretativo que sirva para procesar, jerarquizar y dotar de sentido a los eventos de los que tiene noticia. Si nuestro sujeto tiene éxito, entonces algunos otros miembros de su comunidad virtual adoptarán este mismo *hashtag* y, tal vez, se transforme en un encuadre extendido dentro de nuestra propia comunidad.

Un muy buen ejemplo de esto lo provee el caso del movimiento *#niunamenos*. En este caso un grupo de activistas feministas utilizaron un *hashtag* que logró una adhesión tal que concluyó en la movilización de cientos de miles de mujeres al Congreso reclamando políticas activas contra los femicidios. Por un lado, este caso muestra que la virtualidad ocupa un lugar central para la movilización política y el debate público. Los movimientos sociales que aspiran a incidir en la agenda pública no pueden renunciar a la virtualidad ni a la coordinación en redes sociales.³²

Por otro lado, aparece acá con toda su potencia el lugar del *frame*. Mientras que el movimiento feminista reclamaba bajo el *hashtag* *#niunamenos*, a él se le oponían quienes utilizaban el *hashtag* *#nadiemenos*. Si bien esta distinción puede parecer una tontera, en ella se juega el abordaje de muchos asesinatos de mujeres a manos de hombres. Por lo tanto, los *hashtags* operan como *frames* en tanto son encuadres que nos permiten procesar información con una cierta carga valorativa, a la vez que sirven para identificar a una cierta comunidad virtual.³³

Esto no es una revelación novedosa ni para la academia ni para los actores. Diferentes estudios muestran que legisladores, movimientos sociales y candidatos recurren a la estrategia del *framing* para poder

³² Y. Welp, *Todo lo que necesitas saber sobre las democracias del siglo XXI*, 2018, pp. 151-155.

³³ E. Calvo; N. Aruguete, *Fake news, trolls y otros encantos. Cómo funcionan (para bien y para mal) las redes sociales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2020, pp. 113-117.

influir los términos en los que se va a dar una discusión.³⁴ Al promover un determinado *hashtag*, los actores buscan poner la atención en determinados aspectos de un fenómeno, a la vez que muchas veces existe una valoración de este (el ejemplo del #tarifazo es muy claro).

Es así que contamos hoy en día con una nueva dimensión de la esfera pública informal a través de la cual se extiende el debate público. Este nuevo espacio de discusión parece particularmente apropiado para instalar *frames*. Dado que los miembros de una comunidad virtual muchas veces usamos términos y *hashtags* allí originados para referirnos al asunto que estamos discutiendo, las redes sociales pueden funcionar como plataformas en las que se produce el *frame* de una discusión.

Bots como riesgo y oportunidad

Sabemos hasta acá que las redes sociales pueden operar en el proceso de *framing* a través de diferentes mecanismos entre los que se encuentran los *hashtags*. Como vimos, los *hashtags* muchas veces cuentan con una alta carga valorativa y tienden a realzar algunos aspectos de un asunto y a dejar otros en segundo plano.

Ahora bien, la gran mayoría de los usuarios de redes sociales no crean *hashtags*, sino que utilizan los ya creados por otros. Es decir que la gran mayoría de las personas observa que algún *hashtag* es frecuentemente usado en su comunidad o que alcanzó una popularidad tal que lo hizo *trending topic* y decide tomarlo para producir su propio contenido. Es decir que en la gran mayoría de los casos las personas son electoras de *frames* y no productoras.

Si la mayoría de las veces las personas consumimos y no producimos *frames*, esto nos lleva a la pregunta por el origen de estos *frames*. En principio, uno podría pensar que muchas personas proponen dife-

³⁴ J. Groshek; A. Al-Rawi, "Public Sentiment and Critical Framing in Social Media Content During the 2012 U.S. Presidential Campaign", *Social Science Computer Review*, vol. 31, 5, 2013; L. Hemphill; A. Culotta; M. Heston, "Framing in Social Media: How the US Congress Uses Twitter Hashtags to Frame Political Issues", *SSRN Electronic Journal*, 2013. Última consulta: 10 de agosto de 2020, disponible en <http://www.ssrn.com/abstract=2317335>.

rentes *hashtags* y aquellos que consiguen mayor aceptación en la comunidad en la que son propuestos logran mayor popularidad y así se instalan en una red social.

Esta imagen idílica de las redes sociales, sin embargo, no refleja fielmente su funcionamiento. Tal como muestran Andini, Falak y Torres³⁵, las frecuencias de uso de las redes sociales varían mucho según el horario. Esto quiere decir que los usuarios tendemos a conectarnos todos a la misma hora, mientras que existen otros momentos del día en los que relativamente poca gente produce mensajes en redes sociales. Por lo tanto, una misma pequeña cantidad de *tweets* puede representar porciones muy diferentes de la cantidad de los *tweets* emitidos, dependiendo de la hora a la que se *tweetee*.

Como consecuencia, explican las autoras, aquellas personas que se conectan en un horario de alta frecuencia que sigue a uno de baja frecuencia, observan las tendencias que fueron instaladas cuando el nivel general de actividad era muy bajo. Por lo tanto, muchas personas elegirán de una paleta de *frames* producidos en un momento de baja actividad.³⁶

Si todo esto es así, entonces resulta relativamente sencillo lograr que un *frame* se encuentre entre los disponibles para quienes quieren emitir un mensaje. Solamente debemos contar con una cantidad de personas que *tweeteen* lo mismo a una hora de baja actividad y entonces tendremos nuestro *trending topic*. Sin embargo, puede existir una forma incluso más fácil de lograr nuestra tendencia. Podríamos, en lugar de reclutar mucha gente, lograr que un programa cree muchas cuentas y estas *tweeteen* usando todas el mismo *hashtag* al mismo tiempo, de modo que al momento en el que muchas personas lleguen a la red social ellas vean la tendencia que logramos instalar.

Aquí llegamos al núcleo del problema que quiero plantear. Dijimos hasta acá que la deliberación pública era relevante porque nos ofrecía credenciales para confiar en las decisiones que tomamos. A su vez, la deliberación no puede no estar enmarcada y el *frame* que se le dé es relevante para su desarrollo, por lo que no podemos prescindir de este

³⁵ M. Andini; A. Falak; S. Torres, “Redes sociales en política: la horizontalidad que no fue”, Buenos Aires, 2017.

³⁶ Las autoras muestran que este fue el caso del #VoluntarioDocenteNoAlPapo

concepto. En este sentido, existen dos conceptualizaciones normativas sobre el *framing* en un sistema deliberativo, una elitista y una participativa. Es decir que la discusión en cuanto al *framing* pasa por el grado de centralidad que deben tener los expertos en este proceso.

Sin embargo, nos encontramos aquí ante una posibilidad muy distinta a la que ocupa al debate entre Chambers y Habermas. Cuando entra en el juego la posibilidad de influir desmedidamente en el *framing* mediante la utilización de respuestas automatizadas, lo que está en discusión no es hasta qué punto deben decidir los expertos ni cuál es el rol de la ciudadanía. Por el contrario, la posibilidad de montar una red de *bots* tal que logre instalar una tendencia depende del dinero con el que cuente una persona.

La cuestión de las desigualdades estructurales y la libertad de expresión ya fueron abordadas por diferentes autores³⁷ y no quisiera extenderme aquí en ella. Esto se vuelve incluso más relevante cuando partimos desde una conceptualización deliberativa de la democracia, es decir de una teoría que otorga un lugar central a la discusión pública. Allí la desigualdad en la deliberación no solo implicará un desigual goce de un derecho, sino que también hará a las decisiones que surjan de ese proceso epistémicamente menos confiables.³⁸

La idea general es que dadas las desigualdades estructurales que caracterizan a nuestras sociedades contemporáneas, el libre mercado de ideas no funcionará como un ágora igualitaria en la que triunfe el mejor discurso, sino que reproducirá estas desigualdades. Así, en tanto algunas voces sonarán más bajo y sin que nadie las escuche, el sistema perderá en imparcialidad y producirá peores resultados.

Como vimos, no hay ninguna teoría que justifique la influencia desmedida del dinero en el *framing*, ya que no hay ninguna relación necesaria entre dinero y *expertise*. Por lo tanto, la aparición de los *bots* representa una amenaza para el *framing* entendido desde la literatura disponible.

³⁷ O. Fiss, *The irony of free speech*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1996; *Libertad de expresión y estructura social*, México DF, Distribuciones Fontamara, 1997; C. Sunstein, *Democracy and the problem of free speech*, Nueva York, Free Press, 1993.

³⁸ J. Knight; J. Johnson, "What sort of political equality does deliberative democracy require?", en James Bohman, William Rehg (eds.) *Deliberative democracy. Essays on reason and politics*, Cambridge, Massachusetts, MIT Press.

Por supuesto, del hecho de que los *bots* aparezcan como una amenaza no se sigue ninguna respuesta específica. No solo cualquier respuesta traería aparejada una serie de nuevos problemas, sino que sugerir un remedio para este problema excedería en mucho el objetivo de este trabajo.

Lo que me interesa aquí señalar es el potencial que tienen los *bots* para influir en el debate público y la ausencia absoluta de justificación normativa para esta situación. Sin embargo, no todo es desesperanza. Tal como dije algunas páginas más arriba, lo que lleva a que instalar un *frame* usando *bots* sea una posibilidad cierta es que en algunos horarios es relativamente fácil influir sobre las tendencias. Esta misma razón es la que nos permite tener alguna esperanza respecto a esta situación.

Dado que el umbral para participar activamente del debate público es relativamente bajo, un grupo de gente no tan numeroso podría superarlo y así proponer nuevos encuadres para los temas debatidos. Como vimos, esto sería aceptable desde la concepción inclusiva del *framing* de acuerdo con la cual el rol de la ciudadanía no se limitaba a filtrar los *frames* propuestos por los expertos, sino también a criticarlos y proponer alternativas.

Por lo tanto, la misma situación de la que surgiría el riesgo es la que permitiría a grupos que tradicionalmente no tienen acceso a los medios de comunicación expresar su voz, criticar las razones sobre las que se sostienen los encuadres y proponer nuevos. Desde la concepción elitista esto sería problemático, dado que allí la producción de *frames* debe estar reservada a las elites epistémicas. Sin embargo, alguien que abrace la participación ciudadana en el *framing* verá aquí una oportunidad, por lo que cualquier respuesta que demos al problema de los *bots* debe antes pensar en las potencialidades democráticas de sus causas.

5. Conclusión

Como bien sabe el lector de este libro, la aparición de las redes sociales modificó la forma en la que nos comunicamos y, en consecuencia, la forma en la que debemos pensar la libertad de expresión y la deliberación colectiva. Entre estos nuevos desafíos está el de repensar el *framing*, y en particular el rol que los *bots* pueden ocupar en este proceso.

A lo largo del trabajo vimos no solo que la forma en la que un tópico era enmarcada era sumamente relevante para la discusión pública,

sino que existen desacuerdos teóricos sobre cómo debería ser llevado a cabo el proceso de encuadre. Sin embargo, también vimos que estos desacuerdos son limitados, es decir que no cualquier forma de *framing* se encuentra justificada.

Las redes sociales permiten que con un conjunto relativamente pequeño de cuentas que coordinen su comportamiento puedan influir sobre el *framing* de un determinado tema. En este sentido, la aparición de programas de respuestas automatizadas permite a quien los maneje un nivel de influencia no justificada sobre el encuadre de la deliberación colectiva, por lo que la presencia de *bots* podría parecer, en principio, problemática. Sin embargo, esta misma razón (la facilidad con la que se puede influir en el *frame* de un tema) es al mismo tiempo una oportunidad para aquellos movimientos sociales que son usualmente desoídos. Esto último parece ser deseable al menos desde el abordaje que del *framing* de la deliberación colectiva que identifiqué en este trabajo como participativo.

Bibliografía

- Ackerman, B.; Fishkin, J. S., "Deliberation Day", *Journal of Political Philosophy*, vol. 10, n.º 2, 2002, pp. 129-152.
- Andini, M.; Falak, A.; Torres, S., "Redes sociales en política: la horizontalidad que no fue", Buenos Aires, 2017.
- Aruguete, N., "Encuadrando el delito: pánico moral en los periódicos Argentinos" (*Framing crime: moral panic in Argentine newspapers*), *América Latina Hoy*, 2012, p. 20.
- Barisione, M., "Framing a deliberation. Deliberative Democracy and the Challenge of Framing Process", *Journal of Public Deliberation*, vol. 8, n.º 1, 2012.
- Barreyro, M. E., *La legitimación democrático-deliberativa del Derecho. Investigación de sus fundamentos ácratas*, Buenos Aires, La Ley, 2017.

- Barreyro, M. E., “Teoría consensual de la verdad y la rectitud. Introducción a los fundamentos teóricos de la concepción deliberativa de la democracia en Habermas”, *Lecciones y Ensayos*, vol. 94, 2015, pp. 25-44.
- Bohman, J., “Survey Article: The Coming of Age of Deliberative Democracy”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 6, n.º 4, 1998, pp. 400-425.
- Bohman, J.; Rehg, W., *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics*, Cambridge, Massachusetts, MIT Press. Última consulta: 13 de julio de 2020, disponible en <https://dochub.com/evitaliani/8YZWO9NV82BEZBzRzEAy30/james-bohman-william-rehg-deliberative-democracy-essays-on-reason-and-politics-th>.
- Calvo, E.; Aruguete, N., *Fake news, trolls y otros encantos. Cómo funcionan (para bien y para mal) las redes sociales*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2020.
- Chambers, S., “Balancing epistemic quality and equal participation in a system approach to deliberative democracy”, *Social Epistemology*, vol. 31, n.º 3, 2017, pp. 266-276.
- Chong, D.; Druckman, J. N., “Framing Theory”, *Annual Review of Political Science*, vol. 10, n.º 1, 2007, pp. 103-126.
- Christiano, T., “Rational deliberation among experts and citizens”, en John Parkinson, Jane Mansbridge (eds.) *Deliberative Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- Curato, N.; Dryzek, J. S.; Ercan, S. A.; Hendr ycks, C. M.; Niemayer, S., “Twelve Key Findings in Deliberative Democracy Research”, *American Academy of Arts & Sciences*. Última consulta: 17 de julio de 2020, disponible en <https://www.amacad.org/publication/twelve-key-findings-deliberative-democracy-research>.
- Dahlgren, P., “The Internet, Public Spheres, and Political Communication: Dispersion and Deliberation”, *Political Communication*, vol. 22, n.º 2, 2005, pp. 147-162.
- Entman, R. M., “Framing U.S. Coverage of International News: Contrasts in Narratives of the KAL and Iran Air Incidents”, *Journal of Communication*, vol. 41, n.º 4, 1991, pp. 6-27.
- Fiss, O., *Libertad de expresión y estructura social*, México DF, Distribuciones Fontamara, 1997.
- Fiss, O., *The irony of free speech*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1996.

- Goffman, E., *Frame analysis. An essay on the organization of experience*, Boston, Northeastern University Press, 1974.
- Groshek, J.; Al-Rawi, A., “Public Sentiment and Critical Framing in Social Media Content During the 2012 U.S. Presidential Campaign”, *Social Science Computer Review*, vol. 31, n.º 5, 2013, pp. 563-576.
- Habermas, J., “Political Communication in Media Society: Does Democracy Still Enjoy an Epistemic Dimension? The Impact of Normative Theory on Empirical Research”, *Communication Theory*, vol. 16, n.º 4, 2006, pp. 411-426.
- Hemphill, L.; Culotta, A.; Heston, M., “Framing in Social Media: How the US Congress Uses Twitter Hashtags to Frame Political Issues”, *SSRN Electronic Journal*, 2013. Última consulta: 10 de agosto de 2020, disponible en <http://www.ssrn.com/abstract=2317335>.
- Knight, J.; Johnson, J., “What sort of political equality does deliberative democracy require?”, en James Bohman, William Rehg (eds.) *Deliberative democracy. Essays on reason and politics*, Cambridge, Massachusetts, MIT Press, pp. 279-319.
- Landemore, H., “Beyond the Fact of Disagreement? The Epistemic Turn in Deliberative Democracy”, *Social Epistemology*, vol. 31, n.º 3, 2017, pp. 277-295.
- Linares, S., *Democracia participativa epistémica*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2017.
- Mansbridge, J., “Every day talk in the deliberative system”, en Stephen Macedo (ed.) *Deliberative politics: Essays on democracy and disagreement*, Nueva York, Oxford University Press, 1999, pp. 211-239.
- Martí, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- Mayling, B.; Michael, G.; Shapiro, I., “Public Opinion and the Push to Repeal the Estate Tax”, *National Tax Journal*, vol. 53, n.º 3, 2006, pp. 439-461.
- Papacharissi, Z., “The virtual sphere: The internet as a public sphere”, *New Media & Society*, vol. 4, n.º 1, 2002, pp. 9-27.
- Parkinson, J., “The Roles of Referendums in Deliberative Systems”, *Representation*, 2020, pp. 1-16.
- Parkinson, J.; Mansbridge, J., *Deliberative Systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

- Rawls, J., "The Idea of Public Reason Revisited", *The University of Chicago Law Review*, vol. 64, n.º 3, 1997, p. 765.
- Stephen P. Nicholson; Robert M. Howard, "Framing Support for the Supreme Court in the Aftermath of Bush v. Gore", *Journal of Politics*, vol. 65, n.º 3, 2003, pp. 676-695.
- Sunstein, C., *Democracy and the problem of free speech*, Nueva York, Free Press, 1993.
- Van Reybrouck, D., *Against Elections. The case for democracy*, Londres, Random House, 2016.
- Vitaliani, E., "¿Qué discutimos cuando discutimos sobre campañas electorales?", *Lecciones y Ensayos*, en prensa.
- Welp, Y., *Todo lo que necesitas saber sobre las democracias del siglo XXI*, 2018.

Fake news: una respuesta estructural desde los derechos económicos, sociales y culturales

Samanta Catalá y Natalia Varela

1. Introducción

Lo que esencialmente caracteriza a nuestra era es la posibilidad de tener un infinito caudal de información en la palma de la mano. Poseer un dispositivo y conexión nos abre las puertas a una gran cantidad de espacios que podemos utilizar para informarnos y a los que accedemos a través de un *link*. Dejó de ser estrictamente necesario prender el televisor, buscar un canal y engancharse haciendo *zapping* ya que las noticias hoy llegan a nosotros en un segundo y muchas veces sin que las busquemos. Se viralizan en nuestras redes sociales, mucho antes de que aparezcan en alguno de los medios tradicionales.

Esta inmediatez suplanta a acciones rutinarias como la de ir al cañillita del barrio a comprar el diario del domingo. La cotidianeidad en la era digital nos encuentra, sin movernos de nuestra casa, accediendo a cientos de fuentes de información: somos ciudadanos de la web que se comunican, expresan y consumen contenidos a través de internet. El aluvión informativo y comunicacional predispone nuestro ánimo y nuestras emociones durante al día.

Confiamos o no sobre temas de actualidad con base en lo que vimos, creímos leer o escuchar. Estamos en un chequeo permanente

de contenidos que nos obliga a distinguir entre noticias, propagandas, publicidades, memes e información falsa que pudo ser creada con la intención de dañar o inducir al error. A veces hasta sin quererlo, terminamos opinando y tomando posición.

Con el poco tiempo que contamos en nuestro día a día, redes sociales como Twitter nos encandilan y ofrecen noticias con solo deslizar un dedo. En esa absorción de información mezclada de opiniones, pensamientos, memes y otras expresiones, debemos comportarnos de forma éticamente responsable y aprender a distinguir entre lo verdadero y lo falso, como así también las consecuencias que genera el contenido que compartimos.

Las noticias falsas o *fake news* son la piedra en el zapato de las democracias de nuestra era y, como tales, presuponen un problema a ser resuelto: el ciudadano digital debe tener herramientas que le permitan desarrollarse, navegar e interpretar el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC).

Lamentablemente, las *fake news* seguirán existiendo y será necesario encontrar respuestas que aplaquen y disminuyan su efecto nocivo. En esta línea, se presentará a la alfabetización digital como un pilar esencial en la construcción de ciudadanía siendo un derecho humano que debe ser garantizado y que responde a una necesidad del contexto histórico en el que vivimos. Este proceso se distinguirá entre las acciones que pueden ser tomadas a corto y a largo plazo, entendiéndose como una solución estructural de cambio.

Promover la formación de ciudadanos con competencias aptas para discernir, interpretar, crear y difundir contenidos en línea de forma responsable es un remedio integral que permite prevenir la circulación de *fake news* evitando así la distorsión del debate público, pero su efectivización dependerá estrictamente de la garantía de acceso a la educación de forma integral desde la perspectiva de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

2. La sociedad de la información: precondiciones para el ejercicio de la ciudadanía digital

El ciudadano digital es aquel que consume, se comunica, desarrolla y crea contenido en internet. El espacio digital suplantó al espacio público tanto en aspectos de la vida privada como de la pública. En

2021 nadie se va a sorprender al saber que hay niños que nacen producto de parejas que se conocieron por aplicaciones de citas o personas que trabajan hace tiempo sin conocerles la cara a su empleador ni a sus compañeros de trabajo ya que toda la interacción es digital. A nivel político, no hay ninguna movilización pública que no se encuentre precedida por una catarata de *tweets* y *posteos* en redes sociales. Al igual que sucede con las actividades que llevamos adelante en la vida fuera del espacio digital, en las redes estamos expuestos a muchos riesgos, propios de la vida digital, claro.

En este trabajo, el riesgo que nos interesa tratar es la vulnerabilidad que tienen los ciudadanos a ser consumidores de información falsa o *fake news*. El ciudadano digital es un partícipe de la sociedad en red y difusor en las comunidades a las que pertenece. Ello está dado porque el concepto de “ciudadanía digital” destaca la existencia de derechos y responsabilidades de los usuarios respecto a la utilización de la tecnología ya que, tanto la web y las redes, son el espacio de interacción que les permite a las poblaciones desarrollarse socialmente de forma virtual.

En paralelo, esta construcción se presupone como un reto para la educación formal toda vez que no basta con saber leer y escribir para que las personas puedan expandir su potencial y generar proyectos de vida.¹

En cuanto a ello y relacionado con los anteriores capítulos, es válido comprender a los fenómenos que provocan las *fake news* como producto o fruto de la masificación de la circulación de información. La universalización de los servicios de internet conjuntamente con la posibilidad de acceder a mejor y mayor contenido informativo deben ser metas prioritarias para los gobiernos actuales.

Además, otro motivo por el que los Estados deben promover el acceso y la formación en materia de TIC se relaciona con el desarrollo y el ejercicio pleno de los derechos humanos: cada individuo excluido de internet es alguien que tiene vulnerada la proyección de su participación democrática e imposibilitado a acceder a infinitos y ricos caudales de contenido. Para ejercer activamente el rol de ciudadano en la de-

¹ P. Ávila Muñoz, “Construcción de ciudadanía digital: un reto para la Educación”, *SIGNOS EAD (Revista de educación a distancia)*, 2016. Última consulta: 23 de marzo de 2021, disponible en <https://p3.usal.edu.ar/index.php/supsignosead/article/view/3666/4533>.

mocracia actual, es necesario saber y poder navegar en línea. En estas circunstancias, las noticias falsas son un problema que genera efectos negativos en la percepción de la realidad y de la política.

De igual importancia, cabe recordar que el acceso a internet es una necesidad que se vincula estrechamente con la promoción del desarrollo humano. En esta línea, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce que el derecho a la educación debe garantizarse en igualdad, especificando que debe tenerse presente *la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados*.

Por otra parte, también se encuentra reconocido el derecho a acceder al progreso científico, mientras se insta a los Estados a evitar cualquier discriminación arbitraria en razón de posición económica o condición social.

Más allá de la cuestión digital propiamente dicha, a modo de síntesis, se destaca que se debe garantizar que la educación se imparta en igualdad de condiciones y sin limitaciones arbitrarias que impidan hacerse de los progresos de la ciencia y la tecnología.

Por lo tanto, a efecto de realizar un marco instrumental respecto a la solución estructural que se propone para el problema de las *fake news*, se destaca que el carácter integral de la educación debe garantizarse en cuatro aspectos²:

- *Disponibilidad*: los Estados deben proveer de instituciones y programas de enseñanza para que las poblaciones puedan asistir, virtual o presencialmente.
- *Accesibilidad*: la educación debe impartirse sin discriminaciones ni distinciones de ningún tipo. Asimismo, se requiere que se encuentre al alcance de todos los ciudadanos.
- *Aceptabilidad*: los contenidos curriculares deben ser acordes y pertinentes.
- *Adaptabilidad*: los Estados deben garantizar que el contenido curricular que se imparta responda a las necesidades de la sociedad y de su contexto histórico.

² Red DESC, *Observación general N° 13: el derecho a la educación (artículo 13)*. Última consulta: 23 de marzo de 2021, disponible en <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-13-derecho-educacion-articulo-13>.

¿Por qué motivo es esto importante? Porque no es posible disociar el acceso a la educación formal de la posibilidad de proyectarse como un ciudadano en la era digital y en la sociedad que vivimos. De esto va a depender que el ciudadano pueda ejercer plenamente su derecho a expresarse libremente en la comunidad. Cualquier exclusión o barrera que lo imposibilite va a culminar presentándose como una vulneración a los derechos humanos de esa población o individuo. Compartimos las siguientes palabras de Beltrán Gaos:

No estaríamos equivocados si dijéramos que los términos democracia, educación, desarrollo, valores éticos y Derechos Humanos son conceptos que funcionan unidos, y es fácil comprobar que son siempre correlativos, y que si alguno de ellos falla, el resto queda resentido en su estructura. (...) Por eso la clave está en la educación, en ganar la batalla de capacitación, de preparación, promoción del potencial intelectual y humano de cada una de las personas, para poder ganar la batalla al porvenir.³

En efecto, entendemos que no es descabellado plantear que la resolución estructural al problema de las *fake news* venga por el lado de la garantía de derechos, tanto en lo que hace al conocimiento de la red y de los dispositivos como –principalmente– a la capacitación informativa dotada de principios democráticos y valores ciudadanos. Este pleno ejercicio de ciudadanía en la era digital necesita también que los Estados realicen acciones para eliminar las barreras de acceso y también todas aquellas técnicas, económicas o culturales que imposibiliten de forma libre y sin intromisiones.⁴

Al deber de garantizar la educación formal, se le suma la necesidad de que la inclusión digital sea un agujero cubierto por políticas

³ M. Beltrán Gaos, “La importancia de la educación en derechos humanos. Especial referencia a América Latina”, *DEHUIDELA - Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24457.pdf>.

⁴ J. Bustamante Donas, “Cooperación en el ciberespacio: bases para una ciudadanía digital”, vol. 10, 2007. Disponible en <https://idus.us.es/handle/11441/21741>.

de Estado, ello porque la adquisición de habilidades de utilización y comprensión tecnológica son estrictamente necesarias para mejorar la calidad de vida social y democrática de las personas que habitan las sociedades actuales.

Los Estados en cumplimiento de sus deberes deben fomentar las TIC permitiendo el acceso universal, la navegación irrestricta en la web y la aprehensión de destrezas digitales para una navegación responsable. Cabe decir que internet es esencial en materia comunicacional y un eslabón inamovible en la carrera del progreso de las naciones y de sus habitantes.

Las *fake news* no son un fenómeno moderno, lo que sí lo es, es la velocidad con la que se replica y el anonimato en que se esconden. Es un mal que llegó para quedarse en sus variantes y formas, por eso, si el objetivo es encontrarle soluciones con efectos disuasivos y preventivos, entendemos que los Estados deben garantizar que los ciudadanos puedan acceder materialmente a la red –acceder al servicio y tener asequibilidad de dispositivos–, eliminar cualquier tipo de intromisión discriminatoria en el contenido circulante procurando la protección del principio de neutralidad de la red y, por último, fomentar la alfabetización mediática en todas sus dimensiones.

2.A Los derechos digitales desde la perspectiva de los DESC

En la misma línea, solucionar los problemas que generan las *fake news* no tiene efectos inmediatos. El dinamismo y la interacción constante que desarrolla y modifica los comportamientos en línea, como así las estructuras internas de las relaciones sociales, dificultan la posibilidad de dar con el remedio exacto de manera instantánea.

Asimismo, los efectos nocivos que producen las *fake news* se vuelven más nocivos y dañinos. Los intercambios que surgen de la socialización en línea nos vuelven consumidores y difusores de información, sostenemos el espacio cada vez que compartimos y absorbemos contenidos, motivo por el que también estamos más expuestos. Somos parte del espacio virtual en el que, a diferencia del mundo físico, no hay gobiernos ni límites territoriales y con una proyección de difusión que es alta.

Retomando el concepto de ciudadanía digital, queremos distinguir los que consideramos como requisitos indispensables para su goce sin restricciones.

2.B La brecha digital y el impedimento en el ejercicio de derechos

Tal como expresamos, los ciudadanos deben acceder a la red porque la conectividad garantiza el desarrollo humano y potencia el ejercicio pleno de otros derechos.⁵ Sobre esta base, destacamos que los Estados deben promover la inversión de la infraestructura a fin de universalizar el acceso a internet.

En particular, si la idea es aligerar el efecto de las *fake news* hasta su erradicación, basta decir que en línea con lo dicho en capítulos anteriores, se las debe combatir sin censura y con más y mejor información. Para eso es necesario que más personas y ciudadanos interactúen.

La “brecha digital” es la distancia que existe entre aquellos que pueden acceder a las Tecnologías de la Información y Comunicación, y aquellas que se ven imposibilitados de hacerlo, ya sea por carecer de asequibilidad a dispositivos, falta de infraestructura o de conocimiento acerca de la utilización de *hardware* y *software*.⁶

Por lo tanto, basta recordar que la brecha es un producto de la desigualdad social que denota la existencia de grupos de ciudadanos que se encuentran excluidos, marginados e históricamente desaventajados.

¿Por qué motivos puede estar dada la brecha digital?

- *Falta de infraestructura*: en estos casos, el ciudadano carece de conexión y no tiene forma de solicitar el servicio.
- *Problemas económicos*: puntualmente, la posibilidad de adquirir los dispositivos o contratar un servicio de calidad no está al alcance del ciudadano por falta de recursos económicos para afrontar los gastos, quien se ve directamente restringido a navegar o lo hace con limitaciones.
- *Inexistencia o deficiencia en la alfabetización*: en este punto cabe decir que el ciudadano tiene acceso a internet y elementos aptos para la navegación pero no sabe cómo hacerlo, ya sea por falta de conocimientos formales o meramente digitales.

⁵ J. C. R. Martínez Villalba, “La Cuarta ola de derechos humanos: los derechos digitales”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 25, 1, 2014. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33897.pdf>.

⁶ H. Galperín, “La Brecha Digital en América Latina: evidencia y recomendaciones de política a partir de encuestas de hogares”, México DF, 2016. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2852942.

2.C El principio de neutralidad de la red

Por otra parte, no basta únicamente con que el ciudadano tenga acceso a internet y dispositivos. En la misma línea, va a ser necesario que se garantice la neutralidad de la red. Este es un principio rector que implica que todo el contenido que circula en la red debe hacerlo sin intromisiones, no pudiendo las proveedoras de servicios de internet ni los Estados realizar restricciones o modificar la forma en que circulan.

Es un requisito *sine qua non* para el ejercicio de los derechos humanos.⁷ En línea con lo dicho en los primeros capítulos, cabe recordar lo determinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *el Estado no solo debe minimizar las restricciones a la circulación de la información sino también equilibrar, en la mayor medida de lo posible, la participación de las distintas informaciones en el debate público, impulsando el pluralismo informativo.*⁸

Conforme a ello, entendemos que la neutralidad es esencial para garantizar la libertad de expresión en línea y, por ende, esencial aliado a los fines de aligerar el efecto de las *fake news*. Especialmente, teniendo en cuenta que el contenido que circula en internet está protegido en los términos de la Convención Americana y, por lo tanto, son aplicables sus garantías: la información no puede estar sujeta a censura previa (art. 13 de la Convención) y el contenido prohibido debe estar orientado a fines legítimos, tener sanciones proporcionales y estar fijado por ley expresa previa. La información, tanto verdadera como falsa, debe circular en línea sin restricciones ni censura.

2.D Alfabetización digital y mediática

La alfabetización digital o mediática es la adquisición de herramientas para comprender la información que circula en la red. A nuestra consideración es necesaria la divulgación de noticias verídicas y confiables.

⁷ R. para la L. de E. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*, 2017.

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Kimel Vs. Argentina* (fondo, reparaciones y costas), 2008.

Entendemos que su implementación es esencial para garantizar la participación democrática, presentándose como un remedio estructural contra la proliferación de *fake news*.

En primer lugar, sobre este punto, cabe decir que el proceso de alfabetización es una práctica social que tiene por fin dotar de competencias a un sujeto con el fin de que este pueda desarrollarse en un contexto social, cultural e histórico. Principalmente, responde a las necesidades del período en el que se desarrolla con fines sociales y económicos o productivos. Es una actividad dinámica que depende de las circunstancias en las que se desarrolla y se va modificando con el correr del tiempo.⁹

En el marco del análisis que realizaremos en los próximos apartados, basta decir que la ciudadanía digital requiere de un proceso de formación acorde a esas circunstancias y en sintonía con el proceso de educación formal que mencionamos anteriormente. Este proceso de construcción va a tener como finalidad principal que el ciudadano (o alumno) adquiera de conocimientos, habilidades y valores que le permitan convivir democráticamente, en este caso dentro de la red.

Como ya explicamos, corresponde a los Estados garantizar el desarrollo humano de la población y dotar a los ciudadanos de competencias para que puedan lograrlo.

3. Las *fake news*: el problema emergente y la distorsión del debate público

Las *fake news* constituyen una información inexacta que se encuentra diseñada con la intención de influir y viralizarse rápidamente. Es esa potencialidad dañina y peligrosa lo que vulnera y obstaculiza un fluido debate público, convirtiéndose en una obstrucción al desarrollo de las democracias actuales. En escaso tiempo pueden provocar una grave distorsión en la percepción del mundo que tienen los receptores. Las redes sociales, la viralización y la masividad del flujo informati-

⁹ M. Area Moreira, “La alfabetización digital y la formación de la ciudadanía del siglo XXI”, *Rev. de Inv. Educ.*, 7, 3, “*Revista de Investigación Educativa*”, vol. 7, 3, 2014. Disponible en http://scielo.org.bo/pdf/rieiii/v7n3/v7n3_a02.pdf.

vo vuelven al contenido *fake* una bomba de tiempo que es necesario desarticular.

Si bien no se trata de un fenómeno de esta era, basta decir que se la movilización de las redes sociales profundizaron el problema.¹⁰ En la práctica, es necesario recordar cómo durante el aislamiento social, preventivo y obligatorio ocasionado por la pandemia del virus COVID-19 que tuvo lugar durante 2020, la circulación de noticias falsas se volvió un ejemplo cercano de los problemas que pueden ocasionar y de su peligrosidad.

A nivel gubernamental, los Estados han tenido que tomar medidas sanitarias repentinas y velar porque los ciudadanos realicen cambios en sus hábitos y en sus cotidianidades. Para lograr esto fue necesario desplegar una campaña de comunicación e información consistente en no dejar de mencionar la potencial peligrosidad del virus.

Por otra parte, a nivel social, comenzaron desde un primer momento a proliferar las desinformaciones, cuyo único efecto en el medio del caos, era generar una mayor consternación y miedo. Desde la difusión de la toma de remedios caseros hasta acusar de grandes conspiraciones políticas que incluían desde los gobiernos hasta Bill Gates, el “nuevo orden mundial” o denunciar la responsabilidad del “5G”.¹¹

A modo de respuesta, y a efecto de aligerar las nocivas consecuencias, la Organización de Naciones Unidas lanzó su campaña Verified bajo el lema “La información veraz salva vidas”. En particular, se basó en el *hashtag* #PiensaAntesdeCompartir y propuso considerar cinco frases antes de compartir contenido en línea: ¿quién es el responsable?, ¿cuál es la fuente de información?, ¿cuál es el origen de la información?, ¿por qué la compartes? y ¿cuándo se publicó? El sentido de estas preguntas y de las imágenes que surgen de la web es concientizar a corto y mediano plazo acerca de los efectos que puede generar compartir contenido falso o erróneo.¹²

¹⁰ C. Salas Abad, “La primera fake news de la historia”, *Historia y comunicación social*, vol. 24, 2, 2019. Disponible en <https://dx.doi.org/10.5209/hics.66268>.

¹¹ R. Schraer; E. Lawrie, “Coronavirus: las teorías conspirativas sobre el 5G y el COVID-19 que llevaron a la quema de mástiles de telefonía celular en Reino Unido”, *BBC*, 2020. Última consulta: 12 de febrero de 2021, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52182841>.

¹² Para más información al respecto se puede visitar el sitio web oficial de

A nivel local, la circulación de noticias falsas durante la pandemia también ha tenido fuertes consecuencias. Pero nos interesa mencionar dos ejemplos que clarifican la cuestión. Uno de ellos se dio recién comenzado el aislamiento y fue instalado por una funcionaria judicial, aunque replicado y magnificado por innumerables actores. Dicha noticia tenía que ver con la supuesta liberación masiva de presos, lo que generó, no solo miedo, sino también indignación en gran parte de la sociedad.

El debate en los medios de comunicación sobre los permisos para los presos en medio de la pandemia se tiñó de noticias falsas: el caso de un supuesto condenado por femicidio que había sido liberado para evitar el hacinamiento en las cárceles se publicó en las cuentas de algunos periodistas, a pesar de que había salido en octubre del año pasado. La situación se replicó luego con la historia de un hombre que habría sido detenido en Caballito durante un robo y aseguraba haber salido el día anterior por la COVID-19, pero en realidad se trataba de una persona que no está psicológicamente estable, al que Casación liberó para que intervenga un juez civil de acuerdo con lo que marca la Ley de Protección de la Salud Mental.¹³

El caso es complejo ya que fue instalado por una funcionaria pública y porque además las reacciones que provocaron en gran parte de la sociedad terminaron influenciando las decisiones de posteriores magistrados a la hora de decidir sobre la soltura anticipada o no de una persona privada de su libertad.

Otro ejemplo ilustrativo y que dará pie a lo que sigue se vincula con las noticias falsas que circularon en relación con la eficacia y los efectos adversos de las vacunas contra el COVID-19. Claramente, se trataba de información errada, pero que con la capacidad de influir en la deci-

Verified. Disponible en <https://shareverified.com/es/recuperarse-mejor/>.

¹³ *Página 12*, “Las fake news sobre la liberación de presos”, 2020. Última consulta: 4 de marzo de 2021, disponible en <https://www.pagina12.com.ar/263086-las-fake-news-sobre-la-liberacion-de-presos>.

sión de muchas personas de no vacunarse. Sin embargo, y al tratarse de un tema tan importante, por los distintos canales de comunicación se puso a disposición de la ciudadanía la información necesaria para generar confianza. Otro ejemplo es que en el marco del CONICET, en el que se instó un proyecto de desmentidas a través de un equipo de la Facultad de Ciencias Exactas y Naturales de la Universidad de Buenos Aires¹⁴, con el fin de dejar al descubierto los errores y desinformaciones que circulaban en la web.

Estas situaciones en medio de una pandemia y frente a la necesidad de generar por parte de los Estados políticas de cuidado eficientes obligaron a generarles una cruzada: no podía permitirse que las *fake news* ocasionen casi tanto daño como el coronavirus. Entendemos este tipo de medidas como transitorias y de corte alcance. Atento a la emergencia, funcionan y sirven para evitar –en lo inmediato– peores resultados.

Asimismo, la profundidad del problema es mayor, y tal como mencionamos, es necesario que se garantice un pleno ejercicio de la ciudadanía digital con la menor cantidad de intromisiones. No basta con desmentir sino que es necesario que los ciudadanos, a modo individual, podamos manejarnos en la web con la destreza suficiente en materia de navegación y comprensión.

¿Qué habilidades *a priori* deben tenerse presentes para distinguir una *fake news* de una noticia verosímil? En principio, entendemos que cualquier ciudadano debería poder distinguir los distintos tipos de *fake news* que circulan. First Draft News¹⁵, asociación que busca brindar asesoramiento ético acerca de la difusión de información, clasificó siete tipos de “desinformaciones”:

- *La sátira*: su fin principal es generar el humor pero puede engañar o inducir al error.
- *El contenido engañoso*: busca incriminar y desinformar a los receptores.

¹⁴ Télam, “El equipo del CONICET que ya desmintió más de cien *fake news*”, 2020. Última consulta: 27 de febrero de 2021, disponible en <https://www.telam.com.ar/notas/202007/495120-el-equipo-del-conicet-que-ya-desmintio-mas-de-cien-fake-news.html>.

¹⁵ Para mayor información sobre el proyecto se debe visitar <https://firstdraft-news.org/>.

- *El contenido impostor*: miente respecto a sus fuentes o se hace pasar por otra.
- *El contenido fabricado*: es falso, mentiroso. Su objetivo es perjudicar y dañar.
- *Conexión falsa*: las leyendas, titulares o imágenes no confirman el contenido o no están relacionados, inducen al error o a la presuposición.
- *Contexto falso*: la información es real pero sobre un contexto que no es cierto.
- *El contenido manipulado*: se utiliza y manipula la información para engañar al ciudadano.

En este marco, es necesario destacar que las *fake news* pueden difundirse a través de todo tipo de contenido: escrito, audiovisual, a través de imágenes o de audios, motivo por el cual el ciudadano debe tener destrezas para manejarse con cualquiera de esos elementos.

Consideramos necesario que el receptor pueda distinguir los motivos por el que puede crearse el contenido falso y utilizar esa percepción para realizar una serie de verificaciones rápidas que le permitan llegar a una conclusión acerca de su verosimilitud. En este contexto, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación distingue que la información falsa se crea con el fin de generar visitas a sitios web, desprestigiar, desinformar o manipular la opinión pública.

A efectos de revisar si la información es correcta, se aconseja desde el organismo:

- Investigar su fuente.
- Leer la noticia completa.
- Ver la fecha de publicación.
- Marcar bien la dirección de los sitios web y realizar una búsqueda en Google para verificar que la noticia haya sido difundida por otros medios.¹⁶

Consideramos este punto sumamente importante. La verificación de fuente es primordial a tratar en lo que hace a la identificación de

¹⁶ Para ahondar en las recomendaciones el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación se recomienda visitar la página web <https://www.argentina.gob.ar/justicia/convosenlaweb/situaciones/como-reconozco-una-noticia-falsa>.

fake news siendo necesario que el usuario tenga la destreza suficiente para seleccionar la información que consume y analizarla de forma crítica. Esta acción puede ser instaurada y realizada en el corto plazo y funcionar como una contención temprana a la difusión.

Todo esto puede parecer obvio para una persona que se encuentre, por algún motivo, leyendo este libro. Sin embargo, nadie está exento de ser engañado por una información falsa que en la vorágine digital en la que vivimos se nos filtra y la consideramos verdadera. Pero más allá de eso, entendemos que si bien el derecho rara vez soluciona conflictos, sí es idóneo para fijar obligaciones tanto a los particulares como al Estado.

Es en este marco en el cual los derechos económicos sociales y culturales, como así también el pleno ejercicio democrático se ven vulnerados por la viralización de noticias falsas, que consideramos necesaria la existencia de herramientas legislativas que garanticen que todas las personas tengan acceso a la alfabetización digital como principal forma de combatirlas.

3.A *Redes sociales, viralización y la construcción del debate público*

La emisión de noticias falsas y de información errónea o tergiversada no es novedad. Los libros de historia nos hablan del mítico “diario de Yrigoyen” y a esta altura todos hemos visto o escuchado hablar de las tapas de los diarios que anunciaban que la Argentina se encontraba ganando la guerra de Malvinas por aquellos días. Sin embargo, como dijimos, con la aparición de las redes sociales, dicho flagelo no solo se multiplicó, sino que empeoró.

Cabe destacar que hay redes sociales para cada persona, grupo o motivaciones, a diferencia de otras épocas cuando la oferta estaba destinada a grupos etarios o sociales mucho más amplios y no tan sectorizados. Nos movemos en las redes, en muchas ocasiones, porque nuestros conocidos y contactos también lo hacen. Incluso utilizamos formatos de *tweets* de llegada, plantillas de memes o simplemente replicamos a través de un *like*, *retweet* o compartir. Somos emisores y receptores de contenidos en las redes porque consideramos relevante su contenido y a las personas que navegan en ellas.

Para el caso de WhatsApp, cabe decir que nos brinda una comodidad superior: casi todas las personas con las que tenemos relación tienen la aplicación instalada en su teléfono celular.

Esta aplicación es la red social de mensajería más utilizada del mundo y se ha ubicado como un gran nido de proliferación de *fake news*: es irrastreable la fuente que emitió por primera vez la información y su fecha. Podemos recibir hoy, un WhatsApp que se encuentre circulando hace meses en la red sin posibilidades de distinguirlo. Asimismo, debemos tener presente el factor confianza: quienes nos comparten información por este medio son conocidos, amigos o familiares, lo cual puede generar una falsa sensación de fiabilidad.

Con esto, lo que queremos señalar es que las personas que tienen acceso a internet están las veinticuatro horas del día y los siete días de la semana expuestos a recibir información falsa. Ya no se trata de actores puntuales y fácilmente determinables que lo hacen con un fin determinado (como puede pensarse en los ejemplos reseñados al comienzo del capítulo), sino que la enorme mayoría de las noticias falsas que se replican y circulan por las redes sociales en los tiempos que corren son emitidas por cuentas anónimas, o por personas que no son de público conocimiento (como sí puede pensarse en el caso de periodistas o de dueños de medios de comunicación), la viralización de dicha información falsa tiene que ver con la propia lógica de las redes sociales. Compartir esa información está a un clic de distancia.

Sin perjuicio de ello, hay quienes entienden que tal problema de confianza también surge del desprestigio en los medios tradicionales y el periodismo, lo que ha llevado a la población a apoyarse en otro tipo de contenido que, a primera vista, puede llegar a parecer neutral. Así es que se ha determinado como otro gran desafío la gran tarea de la actividad periodística con el objetivo de tamizar rumores e insinuaciones.¹⁷

El debate público, entonces, queda construido por actores desconocidos, muchas veces acusados de ser *trolls*. El escrutinio público de esa información es casi una misión imposible y, a su vez, bastante inútil. Aun cuando se pudiera determinar quién instala los temas que se viralizan por las redes sociales, no serviría de mucho ya que la velocidad con la que se pasa de un tema a otro, tornaría inútil la utilización de viejas herramientas como el derecho a réplica.

¹⁷ M. Alonso González, “*Fake news*: desinformación en la era de la sociedad de la información”, *Revista Internacional de Comunicación*, vol. 4, 2019. Disponible en <https://revistascientificas.us.es/index.php/Ambitos/article/view/8399>.

En ese sentido, es que consideramos urgente la creación de herramientas acordes a los tiempos que corren que permitan que el debate público no se encuentre definido por información falsa que afecte el pleno ejercicio democrático.

3.B La respuesta estructural: la alfabetización digital, mediática e informativa

Tal como se planteó, proponemos a la alfabetización digital como una herramienta de desarticulación de las *fake news*. Es un derecho del usuario dotarse de habilidades que le permitan distinguir de manera rápida y efectiva cuáles son las fuentes de la información que está consumiendo, fecha, contenido y su fiabilidad. Esto no es ajeno ni externo al proceso de educación tradicional.

En particular y en lo que hace a la fiabilidad, Alonso González ha destacado el papel de los bibliotecarios y periodistas diciendo:

Las noticias falsas han venido para quedarse y habrá que desplegar y reforzar una serie de estrategias profesionales de las que los profesionales son expertos, sobre todo las relacionadas con la formación de los usuarios en el uso de la información y por extensión en la validación de sus fuentes. En paralelo será necesario seguir ampliando el espectro ideológico de las colecciones. Las noticias falsas no se combaten con la censura sino precisamente con más noticias y más formación en fuentes de información. Los profesionales de la información deben ser conscientes de que mantener un espectro amplio en las políticas de adquisición hace que se acaben incorporando a las colecciones (especialmente en las bibliotecas públicas) documentos que no siempre reúnen los requisitos formales que se pediría a una fuente académica o de referencia que, por otro lado tiene la obligación de mostrar la diversidad de opiniones y sensibilidades de la sociedad a la que sirve. Este no es un problema nuevo; existen libros y otros documentos en las colecciones que no garantizan su objetividad, pero se ha aprendido a empoderar a los usuarios en este sentido

*y a ofrecerles la posibilidad de elegir (Finley; McGowan; Kluever, 2017).*¹⁸

En sentido similar, la Comisión Europea, recomendó en el mismo aspecto:

En primer lugar, aumentar la transparencia con respecto al origen de la información y a la manera de producirla, patrocinarla, difundirla y dirigirla, para permitir que los ciudadanos evalúen el contenido en línea al que acceden y poner de manifiesto posibles intentos de manipulación de la opinión.

En segundo lugar, promover la diversidad de la información para permitir a los ciudadanos tomar decisiones informadas basadas en el pensamiento crítico, mediante el apoyo al periodismo de alta calidad, la alfabetización mediática y el reequilibrio de la relación entre los creadores y los distribuidores de información.

En tercer lugar, fomentar la credibilidad de la información proporcionando una indicación de su fiabilidad, en particular con la ayuda de alertadores fiables; y mejorando la trazabilidad de la información y la autenticación de los proveedores de información influyentes.

*En cuarto lugar, crear soluciones inclusivas. La sensibilización, una mayor alfabetización mediática, una amplia participación de las partes interesadas y la cooperación de las autoridades públicas, las plataformas en línea, los anunciantes, los alertadores fiables, los periodistas y los grupos mediáticos son aspectos necesarios para alcanzar soluciones eficaces a largo plazo.*¹⁹

¹⁸ A. Lopez Borrull; J. Vives Gràcia; J. I. Badell, “¿Amenaza u oportunidad para los profesionales de la información y documentación?”, *El profesional de la información*, vol. 27, 6, 2018. Disponible en <http://profesionaldelainformacion.com/contenidos/2018/nov/17.pdf>.

¹⁹ Comisión Europea, *La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo*, 2018. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0236&from=en>.

Compartimos estos criterios y consideramos que las *fake news* deben solucionarse a través de respuestas que protejan y garanticen el sistema de derechos humanos: con más noticias y la formación de ciudadanos activos en la lectura y comprobación de fuentes de información.

En nuestro análisis, la información verídica y confiable es una columna esencial del ejercicio de la ciudadanía digital. Comprender de forma crítica la información que circula en los medios y tener la destreza suficiente para manejarla es un derecho humano y entendemos que es un complemento a la educación tradicional.

Poder comprender la información en línea requiere no solo que podamos pensar en términos de internet sino que poseamos habilidades de comprensión cognitiva de base para eso. Esta situación obliga a los Estados a solucionar, como se nombró, las desigualdades de acceso y en segunda medida, las de entendimiento e interpretación para así proteger los valores democráticos. Esta difícil tarea requerirá no solo de la promoción de campañas de concientización sino también de una gran inversión en materia educacional para lograr ese fin: la educación digital redundante en ciudadanos mejor formados y con habilidades críticas.

En términos prácticos, la alfabetización debe permitir a los ciudadanos realizar un uso responsable de la tecnología pudiendo analizar y procesar la información que llega a través de una evaluación de contenido.

El corto plazo: las habilidades digitales y la verificación

Toda vez que acentuar los procesos de alfabetización mediática se presentan como una respuesta estructural a la proliferación de *fake news*, es necesario destacar que para aquellos ciudadanos que ya interactúan y socializan a través de la red, es necesario que se instalen y fomenten estas prácticas de detección rápida de información falsa.

A modo de propuesta, remarcar la importancia de una regla de las tres F o de triple verificación: es posible comenzar a combatir las *fake news*, procurando una detección preliminar y temprana a través de la verificación de fecha (¿cuándo se publicó esta información?), fuente (¿de dónde surgió la información?) y fiabilidad (¿la página web / *tweet* / estado / audio de WhatsApp se puede verificar?, ¿es una información re-publicada en otros medios?).

A largo plazo: la educación integral como motor de cambio

En lo que hace a las soluciones de profundidad y a largo plazo, como dijimos, es el ámbito educativo formal el lugar propicio para difundir herramientas que generen pensamiento crítico y refuercen la noción de ciudadanía, apoyándose en el uso de las nuevas tecnologías.

La Organización de los Estados Americanos propone diez habilidades que deben ser adquiridas para lograr la alfabetización digital²⁰, que son :

- Habilidad para interactuar con información de medios y tecnología.
- Habilidad técnica para producir y procesar información.
- Habilidad para utilizar responsable y éticamente la información.
- Habilidad para localizar y acceder a información relevante.
- Habilidad para sintetizar ideas extraídas del contenido.
- Habilidad para comprender las condiciones para cumplir esas ideas.
- Habilidad para entender la función de los medios y su relación con la sociedad.
- Habilidad para reconocer la necesidad de información.

En esta base, resulta necesario introducir al análisis el concepto de “*multialfabetización*” entendiéndolo como el proceso que reúne la multiplicidad de alfabetizaciones que necesita el ciudadano actual para desarrollarse. Para lograrlo, además de las habilidades, es necesario distinguir las competencias sobre las que se erige el proceso de alfabetización digital²¹:

Instrumental: es la competencia relacionada al uso lógico de la tecnología y se relaciona, específicamente, con las habilidades para la utilización del *hardware* y *software*, tanto en lo que hace al acceso como a la navegación.

²⁰ Organización de los Estados Americanos, “Alfabetismo y seguridad digital: mejores prácticas en el uso de Twitter”.

²¹ M. Area Moreira, “De lo sólido a lo líquido: las nuevas alfabetizaciones ante los cambios culturales de la Web 2.0”, *Revista Comunicar*, vol. 19, 2012. Última consulta: 23 de marzo de 2021, disponible en <https://www.revistacomunicar.com/indice/articulo.php?numero=38-2012-03>.

Cognitivo-intelectual: es la competencia relacionada al conocimiento cognitivo que permite buscar, analizar e interpretar los caudales de información que hay en la red. Asimismo, a través de esta competencia, el ciudadano tiene la posibilidad de comunicarse en línea con otros.

Sociocomunicacional: se relaciona con el desarrollo de lenguajes que permitan la comunicación con otros cibernautas.

Axiológica: es la competencia que le permitirá al ciudadano comprender que la información en línea no es neutral desde lo social y su incidencia en la comunidad. Se logra a través de la adquisición de valores éticos y democráticos para la recepción y difusión de información.

Emocional: se relaciona con cuestiones sentimentales que se erigen de las experiencias en línea por la comunicación interpersonal. Tiene por finalidad construir una identidad digital basada en la empatía.

El ciudadano multialfabetizado tiene que ser hábil para desempeñarse con estas competencias en todas las dimensiones que se presentan por las nuevas tecnologías, específicamente haciendo un uso ético y responsable del contenido. Sobre este punto, es interesante hacer hincapié en la difusión audiovisual y la interpretación del contenido basado en criterios de ética ciudadana. En lo que respecta a *fake news*, es innegable destacar el papel de la fotografía y de la imagen cuando es pública la existencia de programas y aplicaciones que pueden distorsionar las imágenes con distintas intenciones: desde un meme que busca generar risas y difundir humor hasta aquellos contenidos modificados maliciosamente con la intención de difamar, engañar y mentir. El ciudadano digital debe tener competencias para interpretar texto e imágenes de forma que ello le permita comunicarse visualmente de manera responsable y efectiva.²²

Para lograr estos propósitos, la integralidad del modelo educativo deberá no solo contener curricularmente la teoría de la comunicación responsable sino también incorporar herramientas que faciliten la comprensión ya no únicamente de textos formales, sino también de audio, vídeo, sonidos e imágenes. Contrarrestar la proliferación de *fake news* a través de la alfabetización requiere tener presente que la

²² M. Domínguez-Rigo, “La alfabetización visual como defensa ante las noticias falsas”, *Revista de Estilos de Aprendizaje*, 13, 2020. Disponible en <http://revistaestilosdeaprendizaje.com/article/view/2012/3209>.

información llega al receptor a través de distintos canales, y asimismo a través de elementos –como las imágenes– y que la interpretación de ese contenido no solo estará dado por lo alfabetizado, sino también por la experiencia y cultura de la persona que lo recibe.

4. Palabras finales

No hay dudas acerca de los problemas que genera la circulación y multiplicación de noticias falsas, sobre todo de aquellas que versan sobre cuestiones que de manera directa o indirecta afectan la salud, la vida y la participación democrática de las personas y, por ende, comprometen los derechos sociales económicos y culturales de la ciudadanía.

El propósito de este capítulo fue acercar al lector un mapeo general de las herramientas disponibles para prevenir la viralización de *fake news*, poniendo el foco en el instante anterior a que las noticias falsas inciden en la vida de las personas y no así en reparar o castigar los daños que estas causen.

La tecnología está presente en casi todos los ámbitos de nuestra vida y de aquí en adelante ocupará aún más espacios, por lo que la alfabetización digital tiene hoy la misma importancia que tiene la alfabetización tradicional.

Nos encontramos en tiempos en que la inscripción y notificación para la aplicación a una vacuna que haga frente a una pandemia global es vía internet, en que la obtención de turnos para renovar la licencia de conducir u obtener un DNI también son mediante las páginas web o WhatsApp correspondientes, al igual que lo son las quejas ante la falta de inscripción en los padrones electorales, la creación y facturación del monotributo también es digital. La lista es infinita y solo da cuenta de la importancia que tiene la alfabetización digital en el ejercicio de los derechos de las personas.

Ciudadanos que no sean capaces de manejarse con destreza en las redes sociales y afines quedarán poco a poco excluidos del goce de derechos fundamentales. Es por ello que entendemos que se trata de un tema urgente que requiere una respuesta integral, ello va desde la democratización en el acceso a la red de internet y los dispositivos necesarios para ingresar, a contar con la educación necesaria para que la experiencia digital lo enriquezca como ciudadano y lo haga capaz de detectar cuándo se encuentra frente a información que podría ser falsa.

Bibliografía

- Alonso González, M., “Fake news: desinformación en la era de la sociedad de la información”, *Revista Internacional de Comunicación*, vol. 4, 2019. Disponible en <https://revistascientificas.us.es/index.php/Ambitos/article/view/8399>.
- Area Moreira, M., “De lo sólido a lo líquido: las nuevas alfabetizaciones ante los cambios culturales de la Web 2.0”, *Revista Comunicar*, vol. 19, 2012. Última consulta: 23 de marzo de 2021, disponible en <https://www.revistacomunicar.com/indice/articulo.php?numero=38-2012-03>.
- Area Moreira, M., “La alfabetización digital y la formación de la ciudadanía del siglo XXI”, *Rev. de Inv. Educ.*, 7, 3, “*Revista de Investigación Educativa*”, vol. 7, n.º 3, 2014. Disponible en http://scielo.org.bo/pdf/rieiii/v7n3/v7n3_a02.pdf.
- Ávila Muñoz, P., “Construcción de ciudadanía digital: un reto para la Educación”, *SIGNOS EAD* (Revista de educación a distancia), 2016. Disponible en <https://p3.usal.edu.ar/index.php/supsignosead/article/view/3666/4533>.
- Beltrán Gaos, M., “La importancia de la educación en derechos humanos. Especial referencia a América Latina”, *DEHUIDELA - Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24457.pdf>.
- Bustamante Donas, J., “Cooperación en el ciberespacio: bases para una ciudadanía digital”, vol. 10, 2007, pp. 305-328.
- Comisión Europea, *La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo*, 2018. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0236&from=en>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *R. para la L. de E., Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*, 2017.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Kimel vs. Argentina* (fondo, reparaciones y costas), 2008.
- Galperín, H., “La Brecha Digital en América Latina: evidencia y recomendaciones de política a partir de encuestas de hogares”, México DF, 2016. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2852942.
- Lopez Borrull, A.; Vives Gràcia, J.; Badell, J. I., “¿Amenaza u oportunidad para los profesionales de la información y documentación?”, *El profesional de la información*, vol. 27, n.º 6, 2018. Disponible

- en <http://profesionaldelainformacion.com/contenidos/2018/nov/17.pdf>.
- Martínez Villalba, J. C. R., “La Cuarta ola de derechos humanos: los derechos digitales”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 25, n.º 1, 2014. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33897.pdf>.
- Organización de los Estados Americanos, “Alfabetismo y seguridad digital: mejores prácticas en el uso de Twitter”. Última consulta: 26 de marzo de 2021, disponible en <https://www.oas.org/es/sms/cicte/docs/20190913-DIGITAL-Alfabetismo-y-seguridad-digital-Twitter.pdf>.
- Página 12, “Las fake news sobre la liberación de presos”, 2020. Última consulta: 4 de marzo de 2021, disponible en <https://www.pagina12.com.ar/263086-las-fake-news-sobre-la-liberacion-de-presos>.
- Red DESC, Observación general No 13: El derecho a la educación (artículo 13). Última consulta: 23 de marzo de 2021, disponible en <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-13-derecho-educacion-articulo-13>.
- Salas Abad, C., “La primera fake news de la historia”, *Historia y comunicación social*, vol. 24, n.º 2, 2019, pp. 411-431.
- Schraer, R.; Lawrie, E., “Coronavirus: las teorías conspirativas sobre el 5G y el COVID-19 que llevaron a la quema de mástiles de telefonía celular en Reino Unido”, *BBC*, 2020. Última consulta: 12 de febrero de 2021, disponible en <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52182841>.
- Télam, “El equipo del CONICET que ya desmintió más de cien *fake news*”, 2020. Última consulta: 27 de febrero de 2021, disponible en <https://www.telam.com.ar/notas/202007/495120-el-equipo-del-conicet-que-ya-desmintio-mas-de-cien-fake-news.html>.

Capítulo 4

Responsabilidades ulteriores y desinformación

Juan Carlos Rúa y Andrea Schuster

1. Introducción

El 24 de mayo de 2020 un reconocido portal de noticias de la Argentina difundió –en el marco de la cobertura del COVID-19 en un barrio popular de la provincia de Buenos Aires– un video con imágenes de protesta social en el que se mostraba que los/as vecinos/as se negaban a cumplir con el confinamiento ordenado para prevenir la transmisión del virus. Sin embargo, luego se dio a conocer que las imágenes eran falsas y que, en realidad, correspondían a una protesta llevada a cabo en Chile. Finalmente, el portal de noticias reconoció su error por Twitter, la misma red social por la que había difundido el video.¹

¹ INADI, *Informe Técnico del Observatorio de la Discriminación en Radio y Televisión. Referencia: fake news sobre protesta en Villa Azul Quilmes*, Ciudad de Buenos Aires, 2020. Última consulta: 17 de marzo de 2021, disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informefakenews_o.pdf.

Desde el inicio de la pandemia, la problemática sobre la desinformación ha tomado una importancia trascendental.² Para julio de 2020, el sitio web del equipo “Confiar” (integrado por profesionales de la comunicación de Agencia Télam e investigadores/as y científicos/as de CONICET) había desmentido más de 100 noticias falsas sobre la pandemia.³ No solo se trató de mentiras, chismes o rumores menores, sino también de casos en que hubo una intención deliberada de difundir información falsa sobre cuestiones que nos afectan a todos/as. De esta forma, el objetivo de este trabajo es analizar las posibles respuestas jurídicas⁴ a la problemática de las campañas de desinformación⁵ que versan sobre cuestiones de interés público a la luz del derecho a la libertad de expresión. Para ello, partiremos de la idea de libertad de expresión como un derecho tendiente a la autodeterminación colectiva que se encuentra indisolublemente vinculado a una práctica democrática robusta centrada en la discusión colectiva de los asuntos públicos.

Así, analizaremos si las campañas de desinformación sobre cuestiones de interés público son alcanzadas por la protección del derecho a la libertad de expresión, y estudiaremos la validez de las diversas respuestas que nos ofrece el ordenamiento jurídico argentino para enfrentar esta problemática. En primer lugar, evaluaremos la viabilidad de la censura, y luego profundizaremos en la forma que podrían tomar

² En realidad, la problemática de la desinformación o las noticias falsas adquirió relevancia un tiempo antes. Sin embargo, es evidente que la pandemia profundizó esta problemática. Ver, por ejemplo, Departamento de Evidencia e inteligencia para la Acción en Salud; Organización Panamericana de la Salud, “Entender la infodemia y la desinformación en la lucha contra la COVID-19”, cit.

³ Ver INADI, *Informe Técnico del Observatorio de la Discriminación en Radio y Televisión. Referencia: fake news sobre protesta en Villa Azul Quilmes*, cit.

⁴ A lo largo de este trabajo se analizarán las respuestas jurídicas y normativas para esta problemática. No nos detendremos en los mecanismos “extrajurídicos” que han sido ampliamente abordados por los organismos especializados. Ver, por ejemplo: Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión, “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales”, cit.

⁵ Si bien el término “campañas de desinformación” es el más acertado y amplio para denominar a esta problemática, utilizaremos como sinónimo y de manera indistinta el término “noticias falsas” o “fake news”.

las responsabilidades ulteriores civiles o penales. En estos casos, evaluaremos la posibilidad de aplicar responsabilidades ulteriores a quienes crean las noticias falsas, a quienes las difunden y a las redes sociales o plataformas en las que se publican. De esta manera, intentaremos balancear los indudables problemas que traen aparejadas las campañas de desinformación sobre cuestiones de interés público con una protección del derecho a la libertad de expresión que permita garantizar la participación activa de las personas en la vida democrática.

2. El silencio como (mala) respuesta

Internet y su masificación han traído muchos y difíciles desafíos para la libertad de expresión. En este sentido, las campañas de desinformación forman parte de un cúmulo de problemas que han afectado a la libertad de expresión en su faz *estructural*. Pero no nos adelantemos. En primer lugar, ¿qué son las campañas de desinformación?

La Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (RELE) nos dice que consisten en la *difusión masiva de información falsa (a) con la intención de engañar al público y (b) a sabiendas de su falsedad*.⁶ Como vemos, se trata de una definición con tres elementos necesarios: *un elemento material (la divulgación masiva de información “falsa”), un elemento cognoscitivo (el conocimiento efectivo de la falsedad de la información que se fabrica y/o divulga), y uno volitivo (la intención de engañar o confundir al público o a una fracción de él.*⁷

⁶ Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión, “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales”, cit.; Puede verse una tipología de “campañas de desinformación” en C. Cortes; L. Isaza, “Noticias falsas en internet: la estrategia para combatir la desinformación”, en Agustina del Campo (comp.), *Internet y derechos humanos III: aportes para la discusión en América Latina*. CELE, 2019; también en R. Álvarez Ugarte, “La desinformación y la pandemia. Una perspectiva de Derechos Humanos”

⁷ C. Botero Marino, “La regulación estatal de las llamadas ‘noticias falsas’ desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión”, en *Libertad de expresión: a 30 años de la Opinión Consultiva sobre colegiación obligatoria de*

En particular, las campañas de desinformación que nos interesarán en este trabajo son aquellas vinculadas con asuntos de *interés público*.⁸ Para justificar este recorte tuvimos en mente, por un lado, que esta clase de campañas en su casi absoluta mayoría son utilizadas para influir de una determinada manera en la cosa pública (a través del engaño, es cierto). Pero por el otro lado, el proyecto de investigación en el que se enmarca este trabajo tuvo en miras analizar y enfrentar los daños en nuestra práctica comunitaria derivados de la circulación masiva de noticias falsas en redes sociales. Por todo ello es que, sin negar que puedan existir grandes campañas de difamación motivadas en razones puramente individuales, como el odio o la venganza, simplemente no las trataremos aquí.

Por ejemplo, la propia RELE estableció: *el fenómeno resulta especialmente preocupante en contextos electorales, ya que –de ser efectivo– podría afectar la legitimidad de un proceso que es fundamental para el funcionamiento y la existencia misma de una sociedad democrática.*⁹ En definitiva, más allá de la certeza que pueda o no existir sobre sus efectos, sabemos que los fenómenos como el de la desinformación erosionan nuestras prácticas deliberativas, y requieren por lo tanto reafirmar los principios en materia de libertad de expresión *a los efectos de establecer cómo proteger al debate público sin afectar el ejercicio de las libertades fundamentales.*¹⁰

En este apartado estudiaremos algunos de estos principios rectores en materia de libertad de expresión y, en particular, su impacto en la posibilidad de censurar a las campañas de desinformación. Veamos.

Cass Sunstein nos dice que es posible diferenciar dos grandes etapas del entendimiento de este derecho.¹¹ Hasta bien entrado el siglo

periodistas, Bogotá, Colombia, Comisión Americana de Derechos Humanos, Relatoría para la Libertad de Expresión, 2017, p. 69.

⁸ A decir de Botero, el elemento del interés público integra la noción de desinformación o noticia falsa, y es lo que lo distingue de la difamación. Ver: *Ibíd.*, p. 70.

⁹ Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión, “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales”, *cit.*, p. 13.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 14.

¹¹ C. R. Sunstein, *Democracy and the problem of free speech: with a new afterword*, 1. Nuevaew York, Free Press paperback ed., Free Press, 1995.

XX, el derecho a la libertad de expresión era considerado parte del conjunto de derechos individuales y subjetivos de las personas. Como tal, la amenaza principal a este derecho era el Estado, y su protección funcionaba como una “coraza” que rodeaba a un orador que, subido a un banquito, expresaba sus ideas en la vía pública.¹² Este derecho era esencialmente una protección para la autoexpresión individual. Así, se trata de la visión típicamente liberal de la libertad de expresión¹³, que opera como la garantía de un libre mercado de ideas en que nadie puede ser obligado/a a callar. Y nada más.¹⁴

Una segunda lectura de la libertad de expresión, aquella en la que nos inscribimos, establece una relación estrecha y necesaria entre este derecho, la deliberación pública y una democracia robusta. Se trata de una doble consideración de la libertad de expresión: como derecho individual (es decir, la dimensión detallada en el párrafo anterior), y como un derecho colectivo.¹⁵ Esta es la perspectiva receptada tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos como en nuestra Constitución Nacional.¹⁶ Visto de esta manera, el derecho se consagra como subjetivo y también como un prerrequisito democrático. En particular, supone que, en sociedades basadas en el autogobierno colectivo, las personas deben acceder a la mayor cantidad de información para poder adoptar las mejores decisiones.¹⁷ Esta conceptualización

¹² O. Fiss, *Libertad de expresión y estructura social*, cit., p. 25.

¹³ R. Gargarella, “La concepción constitucional de la libertad de expresión”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, N° 1, 2013.

¹⁴ Si bien es cierto que parece haber una tendencia cronológica en el entendimiento del derecho a la libertad de expresión (primero como derecho individual, luego como derecho individual y colectivo), no es posible dar por desterrada esta “primera versión”. Tampoco, nos dice Roberto Gargarella, es posible decir que está desterrada una perspectiva conservadora del derecho a la libertad de expresión que apeló a la “obscenidad”, a la religión, entre otras, para restringirlo. *Ibíd.*

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva 5/85. La colegiación obligatoria de periodistas*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1985.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Grupo Clarín S.A. y otros c/Poder Ejecutivo Nacional (Fallos: 336:1774).

¹⁷ R. SABA, “Censura Indirecta, Publicidad Oficial y Diversidad”, en AA. VV. *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Quito, UNESCO, Oficina en Quito,

del derecho a la libertad de expresión trae como consecuencia la ampliación de su ámbito de protección en varias dimensiones.¹⁸ Nos centraremos en dos.

La primera dimensión está vinculada con el entendimiento de la libertad de expresión como un derecho bidimensional.¹⁹ En particular, el artículo 13 de la CADH establece: *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...* En este sentido, debe entenderse que el derecho a la libertad de expresión no solo protege el derecho de quienes se expresan, sino también a la posibilidad que tienen las/os demás de escuchar aquello que se dice. Si la libertad de expresión busca que las personas accedan a la mayor cantidad de información posible sin restricciones, entonces debe procurarse su derecho a escuchar. Se trata de la garantía de acceso a la pluralidad de voces existentes en una sociedad compleja (y multicultural) como la nuestra.

Una segunda dimensión de la “protección ampliada” que trae aparejada esta forma de entender a la libertad de expresión es la protección de discursos que resultan dañosos. Lo que queremos decir con esto es que aquellas expresiones que son fundamentales para una democracia robusta muchas veces generan daño. Sin embargo, la importancia que revisten para nuestras prácticas deliberativas y participativas supone priorizar la circulación de estas expresiones en el debate público más allá de que resulten, por ejemplo, en la vulneración de derechos individuales como el honor, la imagen o la intimidad.²⁰

y Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2011.

¹⁸ Uno de los efectos, también, del derecho a la libertad de expresión entendido de esta forma es el cambio en el rol del Estado. De ser la principal amenaza del derecho, se vuelve un garante de la posibilidad de que todos/as tengan la misma posibilidad de participar en el debate público. Este rol de la libertad de expresión es especialmente importante en sociedades tan desiguales como la nuestra, porque permite que grupos históricamente vulnerados puedan influir en las decisiones sobre la cosa pública. Ver O. Fiss, *Libertad de expresión y estructura social*, cit., cap. 1. Libertad de expresión y estructura social.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva 5/85. La colegiación obligatoria de periodistas*, cit.

²⁰ En efecto, podría decirse que el objetivo de este derecho es, principalmen-

Lo mencionado tiene efectos para analizar el rol de la censura. La CADH establece: *El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente [a la libertad de expresión] no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores*. Como vemos, establece una tajante prohibición a la censura previa. Pero, en verdad, se trata de una prohibición a la censura en general. En la medida que el derecho a la libertad de expresión también protege la posibilidad de los demás de escuchar aquello que se dice, podría sostenerse que la censura está *totalmente* prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, incluso cuando la expresión ya está emitida.²¹ El fundamento de esta estricta prohibición a la censura es doble: la primera es, como hemos dicho, la libertad de expresión como una garantía democrática. De abrir la puerta a la censura nunca sabremos qué dicen esos discursos, y tampoco tenemos forma de asegurarnos un control sobre las personas que deciden qué expresiones censurar y cuáles no. En este sentido, no es protegido nuestro derecho a decir lo que queremos, pero tampoco está protegido nuestro derecho a acceder a esos discursos ¿cómo garantizar, entonces, una práctica democrática robusta? Por otro lado, como señala Sunstein²², la censura opera como una pendiente resbaladiza en la gran mayoría de los casos: empezar por censurar algunos termina abriendo la puerta para la censura de muchas expresiones. No hace falta aclarar que el final de la pendiente es, en muchos casos, el totalitarismo.

Con esto, tenemos elemento para, al menos, desechar una respuesta (muchas veces la intuitiva) para las campañas de desinformación

te, proteger aquellas expresiones que resultan dañosas. Esto es así porque el principio de autonomía personal (el artículo 19 en nuestra CN) ya protege las conductas que no generan daño (es el “núcleo” de la libertad de expresión). Ver J. C. Rua, “Libertad de expresión, igualdad y discursos discriminatorios”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Thomson & Reuters, 2018; Por otra parte, para el concepto de “daño” ver: C. S. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2005, cap. II.C “El bien de la privacidad, la intimidad y asociación con otros”.

²¹ Algunas de estas ideas fueron trabajadas J. C. Rua, “¿Está verdaderamente prohibida la censura previa?”, en Enrique Regueira (ed.) *El control de la actividad estatal*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

²² C. R. Sunstein, *Democracy and the problem of free speech*, cit.

masivas: la censura, previa o posterior, a la emisión de una noticia falsa. En primer lugar, la veracidad o falsedad de una expresión no es –y nunca ha sido– un criterio para su restricción.²³ Por otra parte, si bien es cierto que la RELE afirmó que ante *contenidos abiertamente ilícitos o discursos no resguardados por el derecho a la libertad de expresión [...] resulta admisible la adopción de medidas obligatorias de bloqueo y filtrado de contenidos específicos*²⁴, también advirtió que esta medida resultaría desproporcionada para combatir la desinformación.²⁵ Esto se agrava cuando se trata, como en el caso que estudiamos, de discursos que revisten interés público, porque tienen una presunción de legitimidad por su rol democrático.²⁶

Así, que una expresión promueva, por ejemplo, la ingesta de una sustancia desaconsejada por profesionales –o la propia Organización Mundial de la Salud– diciendo que prevendrá el COVID-19 no es motivo suficiente para censurarla. El daño que generan para el debate público y la debida información de las personas es evidente, pero no alcanza como para establecer esta restricción. Mucho menos en los casos en

²³ A. Del Campo, “¿La desinformación en democracia o la democracia de la desinformación?”, p. 4.

²⁴ En particular, los discursos no alcanzados por la protección del derecho a la libertad de expresión son: (i) la propaganda a favor de la guerra; (ii) la apología del odio nacional, racial o religioso que sea constitutiva de incitación a la violencia y (iii) la pornografía infantil. En este sentido, las consideraciones vertidas a lo largo de este trabajo no son aplicables a estos tres tipos de casos R. para la L. de E. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*, cit., párr. 88.

²⁵ Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión, “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales”, cit., p. 26.

²⁶ R. para la L. de E. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*, cit., p. 88. Además, dice la RELE, el discurso solo puede caer luego de que sea determinada su veracidad o falsedad, generalmente por un juez. Eso impide legislar el bloqueo o filtrado con fórmulas genéricas y además vuelve ineficiente al recurso, que requiere una denuncia previa y la determinación judicial de la falsedad que puede tomar un tiempo considerable. Por otra parte, muchas veces es difícil determinar la veracidad o falsedad de esta clase de noticias. Ver: Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión, “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales”, cit.

los que la expresión reviste algún tipo de interés público: la censura de un discurso sobre la cosa pública, el Estado, la forma de gobierno, entre otras, es muy peligrosa²⁷; mucho más que la censura de, por ejemplo, un discurso difamatorio dirigido a un particular.

Esto quiere decir, entonces, que más allá de que la *propagación deliberada de información pública empobrece al debate público y hace más difícil a los ciudadanos ejercer su derecho a recibir información de diversas fuentes*²⁸, es evidente que censurar estos discursos no es una respuesta que, a largo plazo, sea beneficiosa para la democracia.²⁹ Nos saldría “el tiro por la culata” si, procurando proteger a la democracia de las campañas de desinformación, la vulneráramos dándole al Estado la posibilidad de decidir qué puede ser dicho y escuchado, y qué no.³⁰ Tampoco, en cualquier caso, es una respuesta jurídica permitida en nuestro ordenamiento jurídico, mucho menos si la expresión reviste interés público. De este modo, en los siguientes apartados analizaremos

²⁷ Una demostración de la peligrosidad de dejar en manos del Estado estas herramientas es que muchos gobiernos han adjetivado a noticias como “falsas” o como “desinformación” para desacreditar a la prensa y “blindarse”. Ver C. Botero Marino, “La regulación estatal de las llamadas “noticias falsas” desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión”, cit., p. 66.

²⁸ Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión, “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales”, cit., p. 18.

²⁹ En efecto, entre las recomendaciones que emite la Relatoría para la Libertad de Expresión en la “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales”, dice –dirigiéndose al Poder Judicial– que *es fundamental que los jueces de la región comprendan que las decisiones que implican bloquear o filtrar el acceso a determinados contenidos en línea solo son legítimas si las mismas están establecidas por medio de una ley clara y precisa, responde a una necesidad imperiosa y la misma solo puede ser alcanzada mediante este tipo de acciones y no otras que dañen en menor medida a la libertad de expresión. El bloqueo o dada de baja de contenidos en internet puede tener un efecto similar a la censura.* Ver: *Ibíd.*, pp. 37-38.

³⁰ En palabras de Catalina Botero, *pese al daño que puede generar la propaganda o la divulgación de información falsa con el objetivo de manipular al público, resulta más dañino para el proceso democrático asignar al Estado la responsabilidad de ‘purificar’ la discusión.* Ver: C. Botero Marino, “La regulación estatal de las llamadas “noticias falsas” desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión”, cit., p. 67.

las posibles respuestas que, a la luz de los estándares internacionales en la materia y bajo este esquema de comprensión del derecho a la libertad de expresión, podrían resultar útiles para afrontar esta problemática.

3. Los criterios generales. El daño como presupuesto

Dijimos, entonces, que no existen razones específicas que nos permitan apartarnos del principio general que prohíbe la restricción previa a la circulación de contenidos, lo que nos obliga a pensar en respuestas alternativas (y menos sencillas) al problema. En este sentido, la Convención Americana nos dice una obviedad: para aquellos casos en los que no proceda la censura puede pensarse un esquema de responsabilidades ulteriores.

¿Qué son las responsabilidades ulteriores? Nuestro sistema de responsabilidad simplifica bastante este problema, puesto que desdeña toda sutileza y nos da dos respuestas básicas: la reparación del daño o la sanción penal. Dinero o libertad parecen ser los dos únicos bienes que se ponen en juego en un conflicto de esta clase.³¹

Este punto, pues, será dedicado al abordaje de las posibles responsabilidades patrimoniales derivadas de las campañas de desinformación realizadas en redes sociales, sea por parte de sus generadores/as, de las personas que participan en la divulgación y de las plataformas intermediarias. Para ello, propondremos la aplicación de los estándares actuales que, más allá de lo novedoso del problema, brindan respuestas jurídicas válidas y compatibles con el sistema vigente en materia de derechos humanos. Es decir, puede que nuestras respuestas sean insuficientes, impracticables o simplemente inútiles, pero mal podremos saberlo si no desarrollamos en profundidad sus potencialidades para resolver este supuesto específico.³²

³¹ El derecho de rectificación o respuesta podría ser considerado una responsabilidad ulterior diferente, pero en el fondo es una forma específica de reparación del daño mediante el acceso de un bien monetizable como es el tiempo de difusión. Más allá de eso, existe en este libro un capítulo específico que aborda este instituto.

³² Estudiaremos las respuestas *jurídicas* a nivel general, para todos los “tipos” de campañas de desinformación, y sin distinción de plataforma. Sobre este último punto, es importante resaltar que, a los efectos prácticos, cada platafor-

Y en este sentido corresponde hacer una salvedad importante. No es suficiente para responsabilizar al emisor o divulgador que esa falsedad cause un daño, que tenga una víctima. Por el contrario, el daño lejos de ser el límite externo de la libertad de expresión, la existencia de un daño es su precondition, el requisito para que se dispere su proteccion.³³ En otras palabras, las acciones autorreferentes, aquellas que no afectan intereses de terceros³⁴, se encuentran, en los terminos de nuestra constitucion nacional, exentas de la autoridad de los magistrados.³⁵ De esta forma, para tener sentido la libertad de expresion tiene que proteger un universo de acciones diferentes, danosas todas ellas.

Si bien esto resulta contraintuitivo, las exigencias democraticas que nos autoimpusimos nos exigen tolerar un mayor nivel de dano cuando este es provocado en el marco de un acto expresivo. Recuerdese que nuestra practica democratica exige, mas alla del voto, un procedimiento de discusion permanente de los asuntos publicos, en el marco del que la libertad de expresion funciona como precondition ineludible.

Pero esta sobreproteccion no es un *bill* de indemnidad ni mucho menos. Aun tolerando ciertos danos que nos resultarían inaceptables cuando los derechos involucrados fuesen otros, lo cierto es que la proteccion de la libertad de expresion tiene limites estrictos para los diver-

ma tiene sus particularidades y requiere medidas especificas. Solo abordaremos en este trabajo el panorama general para una posible regulacion juridica, que eventualmente debera tener tambien en consideracion tales elementos. Ver: Cortés, Carlos & Isaza, Luisa, *Noticias falsas en internet: la estrategia para combatir la desinformacion*, CELE, 2017.

³³ En el mismo sentido tambien puede verse R. para la L. de E. Comision Interamericana de Derechos Humanos, *Marco juridico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresion*, 2009 punto 107.

³⁴ En su obra dedicada a este asunto, Feinberg nos explica: "The second genuine sense of 'harm' is that from which the transferred sense derives, namely harm conceived as the thwarting, setting back or defeating of an interest"... "One's interests, then, taken as a miscellaneous collection, consists of all those things in which one has a stake, whereas one's interests in the singular one's personal interest or self-interest, consist in the harmonious advancement of all one's interests in the plural". J. Feinberg, *The moral limits of the criminal law*, Nueva York, Oxford University Press, 1984, pp. 33-34.

³⁵ Sobre el punto puede verse C. S. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, cit., cap. II.C.

sos supuestos de responsabilidad patrimonial, dependiendo de que la información inexacta haya sido difundida imprudentemente o en forma de forma deliberada y, sobre todo, si esta resulta de interés público o no.

Para ello, en primer lugar, debemos recordar que la Convención Americana de Derechos Humanos en el inciso segundo de su artículo 13 define el *test* tripartito que deben superar todas aquellas normas que pretendan fijar responsabilidades civiles o penales para acciones protegidas por la libertad de expresión. Este exige que cualquier sanción en la materia debe: 1) estar fijada en una ley, en sentido material y formal; 2) tender a uno de los objetivos legítimos previstos por la Convención y 3) ser necesaria y proporcionada para lograr dicha finalidad.

En cuanto al primero de los requisitos, la Corte IDH ha interpretado que el juego sistemático de las opiniones consultivas 5/85 y 6/86 obliga a que toda restricción a la libertad de expresión sea formulada mediante una norma de carácter general, emitida por los órganos legislativos constitucionalmente previstos y elegidos democráticamente.

A ello, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión agregó:

Las limitaciones impuestas deben perseguir el logro de alguno de los objetivos imperiosos establecidos taxativamente en la Convención Americana, a saber: la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público o de la salud o moral públicas. Son únicamente estos los objetivos autorizados por la Convención Americana, lo cual se explica por el hecho de que las limitaciones deben ser necesarias para lograr intereses públicos imperativos que, por su importancia en casos concretos, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce de la libertad de expresión protegida por el art. 13.³⁶

En este sentido, el juego de este artículo con nuestro marco institucional determina que solo será posible limitar el ejercicio de este

³⁶ R. para la L. de E. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, cit., sec. 74.

derecho teniendo como fin último la protección de la autonomía de las personas o nuestra práctica democrática y sus precondiciones.

Recuérdese que un Estado comprometido de alguna forma con los ideales del liberalismo político debe resignar la posibilidad de imponer modelos de virtud personal y limitar su rol al aseguramiento y coordinación de los diversos espacios de libertad y a la satisfacción de aquellas necesidades imprescindibles para garantizarla y las precondiciones estructurales que hacen a nuestra práctica democrática. En otras palabras, serán consideradas finalidades legítimas en los términos del *test* tripartito: 1) la protección de las personas de aquellas interferencias provocadas por terceros en el ejercicio de su autonomía y 2) la protección de la práctica democrática y el aseguramiento de la efectividad de las políticas públicas tendientes a garantizar sus precondiciones.

Finalmente, de acuerdo con este estándar no será suficiente una evaluación de pura conveniencia o razonabilidad a la hora de fijar una responsabilidad ulterior, sino que deberá demostrarse que esta restricción es imprescindible para lograr la finalidad legítima esgrimida. En palabras de la Relatoría para la Libertad de Expresión:

...el adjetivo “necesarias” no equivale a “útil”, “razonable” u “oportuna”. Para que la restricción sea legítima, debe establecerse claramente la necesidad cierta e imperiosa de efectuar la limitación, es decir, que tal objetivo legítimo e imperativo no pueda alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de los derechos humanos. El requisito de “necesidad” también implica que no debe limitarse más allá de lo estrictamente indispensable para garantizar el pleno ejercicio y alcance del derecho a la libertad de expresión. Este requisito sugiere que el medio restrictivo sea en realidad el medio menos gravoso disponible para “proteger los bienes jurídicos fundamentales (protegidos) de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro”, pues lo contrario llevaría al ejercicio abusivo del poder del Estado. En otras palabras, entre varias opciones para alcanzar el mismo objetivo, debe escogerse la

*que restrinja en menor escala el derecho protegido por el artículo 13 de la Convención Americana.*³⁷

Estos estándares nos marcan entonces que no cualquier expresión dañosa puede ser responsabilizada, sino que se encuentra en cabeza del Estado dictar las normas específicas que recojan las conductas y mostrar la ineludible necesidad de sancionarlas para proteger una de las mencionadas finalidades.

Es en este sentido que la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema y de la Corte Interamericana crearon criterios específicos que acotan los alcances de la responsabilidad civil para resolver aquellas afectaciones a los derechos individuales (típicamente el honor y la imagen), provocadas por la divulgación de falsedades. Desde el dictado de “Campillay”³⁸, tan usado por chimenteros/as, hasta el más actual, “Patitó”³⁹ inspirado en las modernas exigencias democráticas y compatible con los fallos “Tristán Donoso”⁴⁰ y “Usón”⁴¹ de la Corte Interamericana, tenemos un catálogo coherente de respuestas. Pero estos criterios, por más interesantes que resulten, no van a resolver en abstracto el problema al que nos enfrentamos, por eso proponemos pensar a partir de uno de nuestros simpáticos ejemplos.

Imaginemos a un grupo de personas que por motivos ideológicos rechaza todo avance tecnológico o científico y, en particular, el desarrollo y uso de vacunas. Estos neoluditas creen que su batalla no puede darse por medio de razones y por ello deciden organizar y financiar una campaña de desinformación en redes sociales. Conscientes de que su analfabetismo digital les impedirá tener éxito, deciden contratar los servicios de una empresa de informática que amplifique su voz.

³⁷ *Ibíd.*, sec. 85.

³⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Campillay, Julio César *c/ La Razón y otros* (Fallos: 308:789).

³⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Patitó, José Ángel y otro *c/ diario La Nación y otros* (Fallos: 331:1530).

⁴⁰ Corte IDH, Tristán Donoso vs. Panamá. (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), 2009.

⁴¹ Corte IDH, Usón Ramírez vs. Venezuela. (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), 2009.

De esta forma, el mensaje antivacunas y difamatorio es redactado en el barrio de Palermo por los miembros de la agrupación y entregado en un papel a los técnicos de la empresa que lo tuitean mediante una VPN desde un servidor napolitano a través de la cuenta @neo_luditas con la etiqueta #vacunaesmuerte. Inmediatamente cientos de cuentas anónimas programadas por los mismos técnicos reformulan y parafrasean el mensaje original (aunque manteniendo las etiquetas) y lo emiten a través de servidores distribuidos por todo el mundo, alertando a los algoritmos que, debido a su masividad, lo introducen en la cronología de varios cientos de usuarios reales. Muchos de ellos advertirán el engaño y lo dejarán pasar, otros verán que el mensaje confirma sus intuiciones y convencidos de su veracidad lo compartirán y, finalmente, algunos malintencionados sospecharán su falsedad y a pesar de ello lo difundirán (quizás con algunos agregados propios), conscientes del daño que provocarán en el honor de las personas involucradas.

Esta situación nos pone frente a un abanico de casos que merecen un reproche diferenciado. No será la misma respuesta jurídica que pueden merecer los/as creadores/as y organizadores/as de la campaña que la empresa dueña de la plataforma mediante la que se difunde o quienes negligentemente hacen propio el mensaje dañoso.

Para evaluar la responsabilidad de los primeros cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de La Nación, luego de algunas históricas vacilaciones sobre el tema, en el fallo “Patitó”⁴² adoptó el estándar de la real malicia que la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos delineó en el fallo “*New York Times c/ Sullivan*”⁴³ de 1964.

En ellos se mostró una clara preocupación por el potencial efecto silenciador de los procesos de responsabilidad civil que, lejos de las férreas garantías del derecho penal⁴⁴, podrían afectar las finanzas de los medios de comunicación o periodistas de una forma tan gravosa

⁴² Corte Suprema de Justicia de la Nación, Patitó, José Ángel y otro c/ diario *La Nación* y otros (Fallos: 331:1530), cit.

⁴³ Supreme Court of the United States, *New York Times Co. v. Sullivan* (376 U.S. 254), 1964.

⁴⁴ Esta preocupación también es expresada en R. para la L. de E. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, cit., sec. 38.

que solo les restaría la autocensura como forma de preservación. De esta forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala:

[E]s lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que este debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático.⁴⁵

Por ello, a efectos de preservar un debate *desinhibido, robusto y abierto*⁴⁶ sobre la cosa pública se fijó un estándar específico para las falsedades emitidas en asuntos de interés público, según el cual el reclamante debería probar que se actuó con real malicia, es decir que *quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad.*⁴⁷

No existen dudas de que el primero de los supuestos se encuentra dentro de los márgenes del dolo, pero ¿cómo definir aquella *reckless disregard* utilizada por la Suprema Corte en *New York Times*? El profesor Bertoni sostiene que debe ser asimilado al dolo eventual existente en nuestro medio y lo explica de la siguiente forma:

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 2004, párr. 128.

⁴⁶ En Supreme Court of the United States, *New York Times Co. v. Sullivan* (376 U.S. 254), cit. se dijo: “We consider this case against the background of a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials”.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Patitó, José Ángel y otro c/ diario La Nación y otros* (Fallos: 331:1530), cit. considerando 8º.

Actual malice, o real malicia, requiere como mínimo “reckless disregard for the truth” o, como se ha traducido en nuestra lengua, “temeraria despreocupación por la verdad”; para la Corte, aunque este concepto no pueda ser definido acabadamente, lo que resulta claro es que engloba los casos en los que quien hizo la manifestación falsa lo hizo con un alto grado de conocimiento sobre la probabilidad de la falsedad o debió haber tenido serias dudas sobre la verdad de la publicación. Aclara asimismo que se necesita más que una comparación con una conducta razonable de un hombre prudente en ese momento, ya que debe haber suficiente evidencia de que en el caso concreto el enjuiciado tenía en consideración serias dudas sobre la verdad de la información. Y finaliza el juez Stevens diciendo que fallas en la investigación periodística antes de la publicación, aunque una persona razonable y prudente no las hubiera tenido, son insuficientes para establecer reckless disregard. En su lugar, en estos casos, la existencia de recklessness debe fundarse cuando hay obvias razones para dudar la veracidad o la exactitud de lo que se publicará.⁴⁸

De esta forma, habiendo estipulado que las campañas de desinformación a las que nos referimos versan sobre asuntos de interés público (típicamente la distribución de falsedades sobre actividades gubernamentales, pero puede tratarse también de cuestiones aparentemente particulares que por su trascendencia comunitaria sean objeto del debate público)⁴⁹, y que los/as organizadores/as y encargados/as de la divulgación masiva conocían la falsedad de la información, podrán ser responsabilizados/as por los daños que causen.

⁴⁸ E. A. Bertoni, *Libertad de expresión en el Estado de derecho: doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008, p. 153.

⁴⁹ En A. Schuster, “¿Derecho al escrache? Consideraciones acerca del derecho a la libertad de expresión en caso de escraches en materia de género”, en *Géneros, derechos y justicia. Tomo Derecho constitucional y derechos humanos*, (en prensa), Santa Fe, Rubinzal Culzoni, se trabajan varios ejemplos de ello.

Por supuesto que la acreditación en juicio de estos extremos es de una dificultad prácticamente insuperable. La enormidad de la tarea de probar la vinculación entre sí de todas esas cuentas automatizadas que durante un lapso más o menos prolongado difunden una idea similar, demostrar que fueron programadas por una misma persona que las controlaba y que respondían a la voluntad de otra persona o entidad que financiaba la operación es algo con lo que no desearíamos encontrarnos. Pero lo cierto es que, de probarlo en juicio, junto con los daños causados y su relación de causalidad, nos encontraríamos frente a un caso con respuesta jurídica sencilla.

Pero estas campañas de desinformación utilizan una infraestructura muy específica, provista por las empresas titulares de cada una de las redes sociales que, cada vez más rápidamente, se han convertido en el espacio donde el debate público ocurre. Hace tiempo que las plazas y parques que tanto idealizamos abandonaron ese rol, remplazadas en primer lugar por los programas políticos de la tv, luego por los *blogs* y, finalmente, por las redes sociales que, con su ficción de horizontalidad, nos hicieron recuperar un cierto optimismo acerca de las potencialidades del libre mercado de ideas.⁵⁰

La ilusión era fantástica. Cada persona llegaba a la red social armada exclusivamente con lo que tuviera para decir y en igualdad de condiciones podía discutir con encumbrados políticos, conciudadanos desconocidos y habitantes de lejanos países. Y solo aquellas personas con buenas ideas y talento para expresarlas verían sus mensajes distribuidos por otros usuarios, lo que masificaría su alcance y difusión. Pero de la misma forma que nadie salió del cine pensando en el frío que sufrían los trabajadores del castillo de *Arendelle*⁵¹, realmente no fuimos conscientes en la forma en que estos espacios mutarían en nuevos lugares de desigualdad. La venta de publicidad directa, procesos ocultos como el ocurrido en el célebre caso de *Cambridge Analytica*⁵² y la difusión de

⁵⁰ En O. Fiss, *Libertad de expresión y estructura social*, cit. se fija el origen de esta noción en el voto del juez Holmes en *Abrams v. United States*, (250 U.S. 616).

⁵¹ El castillo donde viven las princesas Elsa y Ana en las películas *Frozen*.

⁵² Un resumen de lo ocurrido puede consultarse en “The Cambridge Analytica Files”, *The Guardian*. Última consulta: 28 de julio de 2020, disponible en <https://www.theguardian.com/news/series/cambridge-analytica-files>.

mensajes mediante procesos artesanales o automatizados han puesto a los titulares de las redes sociales en el ojo de la tormenta.

Existe una profunda discusión acerca del tipo y alcance de responsabilidad que cabe a los intermediarios⁵³ por el contenido falso divulgado mediante sus plataformas. Recordemos que son sus programadores/as quienes estipulan la forma de registro, las normas que regulan el uso de las cuentas y la forma en que se masifican o no los mensajes allí introducidos. Esto se encuentra lejos de ser neutral y parece diseñado específicamente para asegurar la mayor difusión de los mensajes de quienes por razones económicas o estructura se encuentran en situación privilegiada, y nos obliga a encarar un debate sincero acerca de las reglas que deberían imponerse a estos foros.

Sin embargo, como regla general se ha rechazado la atribución de responsabilidad objetiva por la difusión de información agravante por medio de los intermediarios y establecido que las plataformas *no deberían ser legalmente responsables en ningún caso por contenidos de terceros relacionados con esos servicios*.⁵⁴ Por otra parte, también se ha dicho que la responsabilidad no será procedente *a menos que inter-*

⁵³ En R. para la L. de E. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*, cit. se explica: “(l) os intermediarios son generalmente definidos como ‘cualquier entidad que permita la comunicación de información de una parte hacia otra’... Como destacó el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de Naciones Unidas son intermediarios desde los proveedores de servicios de internet a los motores de búsqueda, y desde los servicios de blogs a las plataformas de comunidades en línea, las plataformas de comercio electrónico, servidores web, redes sociales, entre otros”, punto 102. Con cita de los Antecedentes de los principios de Manila sobre Responsabilidad de los Intermediarios y del informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/HRC/17/27.

⁵⁴ OAS, OSCE, UN y CADHP, *Declaración conjunta sobre libertad de expresión y “noticias falsas” (“Fake News”), desinformación y propaganda*, 2017, punto 1.d), disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1056&lID=2>. Ver también artículo 19, *Intermediarios de internet: Disyuntiva por la atribución de responsabilidad civil y penal*, 2013, p. 23-24. Además, se trata de un principio receptada en los Principios de Manila (principio N°1), un conjunto de buenas prácticas creadas por organizaciones de la sociedad civil en materia de intermediarios, libertad de expresión e internet.

vengan específicamente en esos contenidos...⁵⁵ De esta manera, la única forma que habilitaría el análisis de la atribución de responsabilidad es que pueda demostrarse que la plataforma deliberadamente decidió darle mayor divulgación a una noticia falsa en particular, con conocimiento de su falsedad y para generar daño.

Por ello, ante la falta de una ley que regule el asunto de forma diversa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación fijó la regla, analógicamente aplicable a nuestro caso, según la cual:

*...en los casos en que el contenido dañoso que importe eventuales lesiones al honor o de otra naturaleza, pero que exijan un esclarecimiento que deba debatirse o precisarse en sede judicial o administrativa para su efectiva determinación, cabe entender que no puede exigirse al “buscador” que supla la función de la autoridad competente ni menos aún la de los jueces. Por tales razones, en estos casos corresponde exigir la notificación judicial o administrativa competente, no bastando la simple comunicación del particular que se considere perjudicado y menos la de cualquier persona interesada.*⁵⁶

Esta postura fue mantenida en fallos posteriores y se encuentra vigente a la fecha.⁵⁷

⁵⁵ OAS, OSCE, UN y CADHP, *Declaración conjunta sobre libertad de expresión y “noticias falsas” (“fake news”), desinformación y propaganda*, 2017, punto 1.d), disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1056&lID=2>. También: UN, OAS, OSCE, “Declaración conjunta sobre libertad de expresión y elecciones en la era digital”, 30/4/2020, iv. C. iv, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1174&lID=2>. En este sentido se entiende que está prohibida la “responsabilidad objetiva” de los intermediarios Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*, CIDH, 2016, párr. 161.

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios (Fallos 337:1174) considerando 18 del voto de la mayoría.

⁵⁷ Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Gimbutas, Carolina Valeria cl Google Inc. s/ daños y perjuicios”, y CIV 114474/2006/CSI Gimbutas, Carolina Valeria cl Google Inc. si hábeas data y Paquez, José c/ Google Inc. s/ medidas precautorias, 2019.

Este criterio es, en lo esencial, idéntico al de los órganos de aplicación del Sistema Interamericano, aunque estos remarcan la exigencia de que cualquier orden de cesar con el daño sea dictada *en consonancia con garantías de debido proceso por un órgano de supervisión independiente, imparcial y autorizado (como un tribunal)*⁵⁸, intentando de esta forma asegurar que no existan órganos administrativos que puedan intentar silenciar voces por esta vía. Es decir que, al menos en nuestro ejemplo, los estándares vigentes consideran que los titulares de la red social mediante la que se difundió el mensaje no tienen a su cargo ningún deber especial de vigilancia sobre las noticias falsas que las obligue a responder por los daños causados.

Finalmente queda la pregunta por la hipotética responsabilidad de quienes, sin ser parte de la campaña de desinformación, participan de la divulgación. En este sentido, la Corte Suprema ha fijado un estándar claro, del que se ha apartado en muy escasas ocasiones, rechazando la responsabilidad de quien imprudentemente comparte información falsa producida por otro (en nuestro supuesto, mediante el uso de alguna de las formas de compartir existentes en las diversas aplicaciones de redes sociales).

Así, en el célebre caso “Campillay”, dispuso: *un enfoque adecuado a la seriedad que debe privar en la misión de difundir noticias que puedan rozar la reputación de las personas [...] 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...*⁵⁹ El primero de ello, que responde a nuestro interrogante, tiene un fundamento muy claro. El acto de divulgar un mensaje con expresa indicación de la fuente convierte al emisor en responsable solo de la veracidad de la cita, ya que su enunciado es “la persona X emitió el mensaje Y”, sin que esté haciendo propio de ninguna forma lo que X haya dicho, por lo que su veracidad o falsedad resulta indiferente.

⁵⁸ Relator E. de la ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión y otros, *Declaración conjunta sobre libertad de expresión y “noticias falsas” (“fake news”), desinformación y propaganda*, cit. punto 1.D.

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Campillay, Julio César c/ La Razón y otros (Fallos: 308:789), cit. considerando 7°.

Distinta es la situación de quien agrega o modifica ese mensaje, que deberá responder por los daños causados exclusivamente en aquellos casos en los que *obró con notoria despreocupación por su veracidad*, cuya prueba en juicio se encontrará, como ya dijimos, en cabeza del reclamante, lo que incluye, además de a quienes difunden un mensaje cuya falsedad conocían a quienes agregan información falsa cuya veracidad no chequearon mínimamente. Esto es algo que ocurre muy habitualmente en redes, en las que quienes quieren bienintencionadamente respaldar la denuncia de alguien a quien consideran víctima de un hecho grave suman calificativos o datos que recibieron de fuentes dudosas, por lo que deberán terminar respondiendo.

En síntesis, el sistema vigente en materia de libertad de expresión nos brinda respuestas claras para todos los posibles casos en que exista una campaña de desinformación en asuntos de interés público que incluya afectaciones al honor, por lo que no bastará una mera alegación respecto de su inconveniencia o las dificultades existentes para su aplicación, sino que deberá demostrarse una verdadera necesidad de modificarlos para proteger los restantes derechos en juego y asegurarse que estas modificaciones no impactan negativamente en el debate público, todo ello en los términos del test tripartito que ya desarrolláramos.

Pero esto no agota los inconvenientes, porque nos queda preguntarnos si existe una vía reparatoria para las campañas de desinformación que no afectan directamente el honor de ninguna persona. ¿Existe un derecho ciudadano a la verdad que justifique un reclamo por daños colectivos? Aquí la respuesta parece ser negativa: como vimos, uno de los requisitos fijados por la Corte Interamericana es que exista un daño cierto a un derecho subjetivo⁶⁰ y nuestro sistema afortunadamente no reconoce la existencia de una tutela a la verdad en abstracto, desvinculado de otros derechos violados.

Pero existe una situación intermedia que mencionaremos a pesar de que se encuentra trabajada en extenso en otro capítulo de esta obra.⁶¹ Se trata de la posible fijación de responsabilidad patrimonial por

⁶⁰ Puede verse en R. para la L. de E. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, cit. punto 107.

⁶¹ Véase el capítulo VII “Explorando la responsabilidad por daños colectivos

aquellas campañas de desinformación que afectan la efectividad de las políticas públicas que llevamos adelante como comunidad. Así como el Código Penal prevé una pena para aquel que realiza acciones *para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes* (desarrollaremos este punto en el siguiente apartado), no luce disparatado pensar que quien los provoca mediante una campaña de desinformación deba responder por los daños causados, en caso de que se pudieran superar los problemas prácticos asociados a un proceso de este tipo.

Sin embargo, esta situación intermedia trae varios conflictos. En primer lugar, existe un evidente problema de legitimación activa, ya que no queda claro quién podría accionar en un proceso de este tipo. Quizás a alguno de los Defensores del Pueblo o un organismo de la Administración Pública Nacional le sea reconocida esta facultad, pero esto no luce claro. Tampoco parece sencillo definir el destino que se podría dar a una indemnización de este tipo. Frente a la ausencia de normas específicas estaríamos en el marco de un proceso estrictamente experimental, con un marco de discrecionalidad judicial bastante mayor del ordinario y cuyos resultados no lucen especialmente previsibles. Si a ello sumamos las especiales dificultades probatorias que se sumarían a la hora de acreditar los daños efectivamente causados y su relación de causalidad con la campaña entendemos que esta es una vía posible, pero que debería abordarse con especial prudencia y, de ser posible, luego del dictado de una ley que le dé un marco específico.

4. ¿Derecho penal? Sí, pero con cuidado

Si los estándares para atribuir responsabilidad civil en los casos de desinformación resultan estrictos, no debería sorprendernos que sean aún más severos para atribuir responsabilidad penal. En efecto, la propia Corte IDH ha dicho: *el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta lícita*.⁶² Así, la RELE ha desalentado el uso del derecho penal para

causados por la desinformación”.

⁶² Corte IDH, Ricardo Canese vs. Paraguay (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 31 de agosto de 2004, párr. 104; Ver también Corte Interamericana

criminalizar discursos, más aún cuando se trata de aquellos revestidos de presunción de legitimidad por versar sobre cuestiones de interés público.⁶³ En el caso particular de las campañas de desinformación, en la “Declaración Conjunta Sobre Libertad de Expresión y ‘noticias falsas’ (*fake news*), desinformación y propaganda” se ha establecido que el uso del derecho penal constituye una respuesta desproporcionada para combatir esta problemática.⁶⁴

Esta regla general que considera al derecho penal como una mala herramienta para hacer frente a la desinformación está asociada, en primer lugar, al principio de mínima intervención del derecho penal en una sociedad democrática (el derecho penal como *ultima ratio*).⁶⁵ Pero, además, las responsabilidades ulteriores de carácter penal conducen a una criminalización de discursos sobre cuestiones de interés público que tiene un efecto disuasorio e inhibitorio para la circulación de expresiones que integran a la deliberación pública.⁶⁶ El miedo a ser sometido/a a un proceso penal por expresarse afecta la posibilidad de ejercer un control público sobre el Estado, y debilita fuertemente a nuestro “pluralismo democrático” de voces.⁶⁷ Por esa razón diversas organizaciones de la sociedad civil, expertos/as y académicos/as han sido muy críticos/as con las iniciativas legislativas tendientes a la criminalización de este fenómeno, sobre todo durante el último tiempo.⁶⁸

de Derechos Humanos, Herrera Ulloa vs. Costa Rica (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), cit.

⁶³ R. para la L. de E. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*, cit., párr. 75.

⁶⁴ Relator E. de la ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión y otros, *Declaración conjunta sobre libertad de expresión y “noticias falsas” (“fake news”), desinformación y propaganda*, cit., sec. 2.B.

⁶⁵ CORTE IDH, *Kimel vs. Argentina (Fondo, reparaciones y costas)*, sentencia del 2 de mayo de 2008, párr. 77.

⁶⁶ Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión, “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales”, cit., p. 23.

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Álvarez Ramos vs. Venezuela* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), 2019, párr. 121/22.

⁶⁸ Ver: A. Del Campo, “¿La desinformación en democracia o la democracia de la desinformación?”, cit.

Este desincentivo generalizado al uso del derecho penal como respuesta a un daño producido en ejercicio de la libertad de expresión no es, sin embargo, una prohibición absoluta.⁶⁹ De hecho, si bien se ha establecido que los Estados deberían abstenerse de privilegiar el uso del derecho penal, también ha sido dicho que no es *contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela*.⁷⁰ En resumen, por tratarse de una herramienta ampliamente restrictiva de derechos que puede afectar gravemente a nuestra calidad democrática, el derecho penal no es una vía idónea para combatir la desinformación. Sin embargo, ello no obsta a que –de forma muy restringida– la atribución de responsabilidad penal resulte útil en estos casos y esté permitida por la CADH.⁷¹ En este apartado analizaremos los requisitos y estándares aplicables para la determinación de la responsabilidad ulterior de carácter penal en casos de desinformación. Además, estudiaremos los requisitos particulares aplicables al caso de los/as ejecutores/as de las noticias falsas, a aquellas personas que las difunden –conscientes de su falsedad o no– y a los intermediarios, tal como lo hicimos en el apartado anterior sobre la atribución de responsabilidad civil.

La Corte IDH nos dice, entonces, que la posibilidad de utilizar al derecho penal debe analizarse “con especial cautela”. Pero ¿cuál es el contenido de esa cautela?, ¿qué debe tenerse en consideración para poder atribuir responsabilidad penal a alguien que deliberada y maliciosamente crea o difunde una noticia falsa? Aquí deberemos analizar, por lo menos, cuatro elementos.⁷² Por un lado, el cumplimiento de los

⁶⁹ Es necesario señalar que no es una prohibición absoluta *para la Corte IDH*. Para la CIDH la imposición de sanciones penales cuando las expresiones revisten interés público es en sí misma una violación al art. 13 de la CADH. Ver: Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, 2009, párr. 115.

⁷⁰ Corte IDH, *Kimel vs. Argentina* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 2 de mayo de 2008, cit., párr. 78.

⁷¹ De hecho, existe una creciente tendencia a la criminalización de las campañas de desinformación. Ver: A. Del Campo, “¿La desinformación en democracia o la democracia de la desinformación?”, cit., p. 5.

⁷² Se seleccionan estos tres porque son los que más claramente han quedado

tres elementos del ya mencionado *test* tripartito para cualquier restricción del derecho a la libertad de expresión, a lo que se agrega la exigencia del *dolo* como elemento subjetivo, por tratarse de expresiones que versan sobre cuestiones de interés público. Veamos.⁷³

El primer requisito es aquel vinculado con la tipificación penal de las conductas que implican las campañas de desinformación. Como hemos visto, el análisis de la legalidad en sentido formal y material supone que la atribución de responsabilidad (civil o penal) de esta expresión debe estar prevista por la ley en términos claros y precisos.⁷⁴ En este sentido, *las normas legales vagas o ambiguas que por esta vía otorgan facultades discrecionales muy amplias a las autoridades son incompatibles con la Convención Americana*.⁷⁵ Pero, además, para el caso específico de la limitación del derecho a la libertad de expresión de carácter penal, la Corte IDH ha establecido que también deben se deben satisfacer las exigencias propias del *principio de estricta legalidad*.⁷⁶ Ello implica que se deben *utilizar términos estrictos y unívocos*,

determinados como exigibles por la Corte IDH y la CIDH. No obstante, en el caso “Kimel” la Corte ha dicho que otros datos y elementos deben y pueden ser ponderados. En este sentido, ha establecido que la responsabilidad penal debe establecerse “ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquellas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales”. Ver: Corte IDH, *Kimel vs. Argentina* (Fondo, reparaciones y costas), sentencia del 2 de mayo de 2008, cit., párr. 78.

⁷³ Estos elementos fueron reafirmados por la CIDH en el marco de la emergencia por la pandemia del COVID-19. En particular, ha señalado que los Estados miembros deben: “Asegurar que cualquier responsabilidad ulterior que se pretenda imponer por la difusión de información u opiniones, basada en la protección de los intereses de salud pública –aun de manera temporal–, se establezca por ley, de modo proporcional al interés imperioso que la justifica y se ajuste estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Resolución 1/20”, párr. 33.

⁷⁴ R. para la L. de E. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Libertad de expresión e internet*, vol. OEA/Ser.L/V/II., 2013, párr. 122.

⁷⁵ R. para la L. de E. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, cit., párr. 71.

⁷⁶ Corte IDH, *Usón Ramírez Vs Venezuela* (excepción preliminar, fondo, repa-

que acoten claramente las conductas punibles⁷⁷, de modo que la tipificación del delito quede establecida “en forma expresa, precisa, taxativa y previa”.⁷⁸

Para el caso de las campañas de desinformación esto presenta algunos problemas. En primer lugar, en la ya mencionada “Declaración Conjunta...” se estableció: *las prohibiciones generales de difusión de información basadas en conceptos imprecisos y ambiguos, incluidos “noticias falsas” (“fake news”) o “información no objetiva”, son incompatibles con los estándares internacionales sobre restricciones a la libertad de expresión, [...] y deberían ser derogadas.*⁷⁹ En este sentido, la problemática terminológica asociada al fenómeno de la desinformación trae un problema para la satisfacción del principio de legalidad tal como fue explicado. En sí misma la tipificación penal de este fenómeno constituiría una violación a la CADH porque no detalla de manera clara y precisa la conducta prohibida.⁸⁰ En efecto, entre las críticas que diversos organismos de la sociedad civil realizaron a la tendencia “criminalizante” de las campañas de desinformación se encontraba el problema de la definición de las noticias falsas, como un campo excesivamente amplio que permite la restricción ilegítima de otros discursos (¡junto con una condena penal!).⁸¹ Tales también fueron las interpretaciones de esta clase de tipos penales por diversos tribunales a la lo largo del mundo.⁸²

raiones y costas), cit., párr. 55.

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ *Ibíd.*, párr. 63.

⁷⁹ Relator E. de la ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión y otros, *Declaración conjunta sobre libertad de expresión y “noticias falsas” (“fake news”), desinformación y propaganda*, cit., sec. 2.A.

⁸⁰ En palabras de la RELE: “Introducir tipos penales, que por la naturaleza del fenómeno serían vagos o ambiguos, podría retrotraer a la región a una lógica de criminalizar expresiones sobre funcionarios o personas involucradas en asuntos de interés público y establecer una herramienta con un fuerte efecto inhibitorio de la difusión de ideas, críticas e información”. Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión, “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales”, cit., p. 23.

⁸¹ A. Del Campo, “¿La desinformación en democracia o la democracia de la desinformación?”, cit., p. 5.

⁸² C. Botero Marino, “La regulación estatal de las llamadas “noticias falsas”

En nuestro país ha habido una creciente tendencia a encuadrar este tipo de conductas en el artículo 211 del Código Penal.⁸³ Se trata del tipo penal de “intimidación pública” bajo el título de “delitos contra el orden público” que establece: *será reprimido con prisión de dos a seis años, el que, para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes, hiciere señales, diere voces de alarma, amenazare con la comisión de un delito de peligro común, o empleare otros medios materiales normalmente idóneos para producir tales efectos*. Si bien la norma, como es obvio, no fue específicamente redactada para regular la clase de conductas de las que nos ocupamos, una prudente y limitada aplicación podría eventualmente resultar admisible. En este sentido, la generación y difusión de noticias falsas a gran escala luce en principio como un *medio normalmente idóneo para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes*.⁸⁴ Si a ello sumamos que se trata de una figura dolosa que solo admite el dolo directo, este artículo no parecería oponerse a los estándares interamericanos.⁸⁵ No obstante, también es cierto que aún queda pendiente realizar un análisis del principio de estricta legalidad de este tipo penal (que no realizaremos dado que no es el objeto específico de este trabajo). Aquí nos limitaremos a decir que se trata de un tipo penal cuya redacción es amplia y que su utilización en casos de “desinformación” ha sido reputada “peligrosa” por muchos/as expertos/

desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión”, cit., p. 76.

⁸³ A. Del Campo, “¿La desinformación en democracia o la democracia de la desinformación?”, cit., p. 6; véase por ejemplo Ministerio Público Fiscal, “Indagarán a un acusado de alertar falsamente por YouTube sobre una situación de colapso en el Hospital Posadas”, cit.

⁸⁴ E. A. Donna, *Derecho penal, parte especial*, cit., vol. Vol. II-C, p. 341.

⁸⁵ En este sentido nos opondremos al criterio según el cuál se trata de “...un delito de acción peligrosa por cuanto no hay ningún bien jurídico en estado de peligro, ni menos aún se exige la producción de resultado” expresado en *Ibíd.*, p. 335 De esta forma, si bien la adopción estricta del principio de lesividad liberal podría ser discutible en algunos casos, las exigencias de la Corte Interamericana en materia de libertad de expresión son claras. Si pretendemos penar una conducta es imprescindible que exista un daño efectivo, es decir, que pueda observarse y acreditarse en el proceso la ocurrencia de un temor público, tumultos o desórdenes, ya que lo que aquí se pretende garantizar no es el acceso público a información veraz sino la protección de la vida comunitaria.

as.⁸⁶ Además, se trata de un tipo penal que ha sido asociado a la práctica de “ciberpatrullaje” en la Argentina: una práctica de “vigilancia masiva de información en fuentes abiertas”. Es decir, prácticas abiertamente violatorias del derecho a la libertad de expresión.

Más allá de todas estas vicisitudes para cumplir el requisito analizado en los casos de desinformación (tipos penales ambiguos, vagos, amplios y asociados con prácticas violatorias del derecho a la libertad de expresión), nada obsta a que pueda encontrarse una redacción útil que satisfaga el principio de legalidad. La problemática de “definición” de las noticias falsas no convierte a la vía penal en sí misma en una violación a los estándares de derechos humanos, sino un obstáculo (difícil de sortear, por cierto). En este sentido, creemos que no cabría descartar la vía penal por la imposibilidad actual de encontrar formas adecuadas de normativizar penalmente esta problemática. Tampoco es objeto de este trabajo resolver este problema, sino tan solo puntualizar los requisitos que debería satisfacer un eventual tipo penal que, de ser correctamente receptado, no sería contrario a la CADH.

Un segundo elemento que debemos analizar para la atribución de responsabilidad penal en los casos de desinformación es debe estar “orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana”. En particular, la CADH nos indica dos razones/finalidades que permiten la limitación del derecho a la libertad de expresión en forma de responsabilidades ulteriores: 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. Como vemos, se trata de dos clases de “daño” que habilitan la restricción a la libertad de expresión.⁸⁷ Nos centraremos en el segundo, toda vez que el objeto de

⁸⁶ A. Del Campo, “¿La desinformación en democracia o la democracia de la desinformación?”, cit., p. 6; Ver también Centro de Estudios Legales y Sociales, “Sobre el proyecto de ‘Protocolo de ciberpatrullaje’”. Los casos que analiza el informe del CELS están lejos de constituir intimidación pública en los términos del artículo del CP, y también están lejos de constituir desinformación en los términos expresados por la RELE; Ver Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión, “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales”, cit., p. 13.

⁸⁷ Recordemos que el elemento “daño” es inherente a la protección de la libertad de expresión. Es decir que la dañosidad de un discurso no habilita en sí

este trabajo son las campañas de desinformación sobre cuestiones de interés público y no aquellas que resultan “difamatorias”.

Sobre este punto, la RELE ha dicho que la invocación de razones de orden público para restringir un discurso (atribuyendo, por ejemplo, responsabilidad penal) requiere comprobar la existencia *de causas reales y objetivamente verificables que planteen, cuando menos, una amenaza cierta y creíble de una perturbación potencialmente grave de las condiciones básicas para el funcionamiento de las instituciones democráticas*.⁸⁸ En este sentido, las meras afectaciones hipotéticas o potenciales no habilitan la limitación de la libertad de expresión.⁸⁹ En efecto, una de las críticas que se ha esgrimido contra el uso del derecho penal para combatir la desinformación es la dificultad para la determinación del daño que producen.⁹⁰ En gran medida, este problema está asociado a que, en el caso de la diseminación de desinformación, la gran mayoría de las veces “se busca afectar un interés más difuso como el orden público democrático”.⁹¹ En el caso de la pandemia por COVID-19 también estuvo fuertemente afectada, por ejemplo, la discusión sobre salud pública.⁹² En este sentido, la atribución de la responsabilidad penal en casos de desinformación está obstaculizada por la dificultad de determinar que esta restricción está orientada a la protección de uno de los fines señalados por la CADH⁹³: ¿cómo sabemos

misma la restricción del derecho a la libertad de expresión. La limitación a la libertad de expresión en forma de responsabilidad civil o penal sólo se habilita en los dos supuestos mencionados. Ver: J. C. Rua, “Libertad de expresión, igualdad y discursos discriminatorios”, cit.

⁸⁸ R. para la L. de E. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Libertad de expresión e internet*, cit., vol. OEA/Ser.L/V/II., párr. 62; Ver también: *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, cit.

⁸⁹ R. para la L. de E. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Libertad de expresión e internet*, cit., vol. OEA/Ser.L/V/II., p. 62.

⁹⁰ A. Del Campo, “¿La desinformación en democracia o la democracia de la desinformación?”, cit., p. 5.

⁹¹ Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión, “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales”, cit., p. 24.

⁹² Ver R. Álvarez Ugarte, “La desinformación y la pandemia. Una perspectiva de Derechos Humanos”, cit.

⁹³ En resumen, y en palabras de Botero: “En suma, desde la perspectiva del

que una expresión falsa difundida en redes sociales realmente afecta, por ejemplo, al orden público?, ¿cómo es posible determinar este daño cierto que permite habilitar la vía penal?

Sin embargo, también es cierto que la dificultad para demostrar el cumplimiento de este requisito varía en función de los casos. Por ejemplo, es más probable demostrar el daño en el caso de desinformación asociada a la salud pública que en cuestiones electorales en que el daño puede llegar a ser más “especulativo”.⁹⁴ En este sentido, las dificultades prácticas a la hora de determinar la existencia de un daño cierto que permitan atribuir responsabilidad penal no impiden, en términos generales, la utilización del derecho penal para combatir la desinformación. En todo caso, será un ejercicio casuístico el que nos permita determinar la utilización de la vía penal como un mecanismo contrario (o no) a la Convención.⁹⁵

derecho interamericano, resulta incompatible con la libertad de expresión (i) prohibir o sancionar la publicación de información falsa por el simple hecho de su falsedad, así como (ii) prohibir o sancionar la publicación de ‘información falsa’ con el argumento de la presunta protección de categorías indeterminadas como el orden o la moralidad pública. Cuando quiera que se intente una prohibición de esta naturaleza, la misma deberá estar sometida a un estricto juicio de proporcionalidad en el que se demuestre la imprescindible necesidad de restringir cierto tipo concreto y específico de información (principio de legalidad de la norma restrictiva), como un medio necesario para evitar un daño irreparable, mucho mayor, sobre un bien jurídico tutelado por el derecho interamericano”. C. Botero Marino, “La regulación estatal de las llamadas “noticias falsas” desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión”, cit., p. 74.

⁹⁴ Por ejemplo, Álvarez Ugarte nos dice: “mientras el daño en cuestiones electorales puede pensarse como meramente especulativo o difícil de demostrar en casos concretos, en materia de salud pública ese estándar podría ser más fácil de satisfacer. Si uno pudiese demostrar el vínculo causal entre la difusión de cierta información falsa y daños concretos a la salud de al menos una persona, podría justificarse algún tipo de restricción de derechos con base en el test tripartito”. Ver: R. Álvarez Ugarte, “La desinformación y la pandemia. Una perspectiva de Derechos Humanos”, cit.

⁹⁵ Lo que queda claro de esta afirmación es que la atribución de responsabilidad penal sobre la base de, por ejemplo, “cláusulas genéricas que prohíban la difusión de “información falsa” para proteger el “orden público”. Ver: C. Botero Marino, “La regulación estatal de las llamadas “noticias falsas” desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión”, cit., p. 97.

El último elemento del *test* tripartito es la necesidad de la medida restrictiva de la libertad de expresión (en este caso la responsabilidad ulterior de carácter penal). En palabras de la CIDH: *para que la restricción sea legítima, debe establecerse claramente la necesidad cierta e imperiosa de efectuar la limitación, es decir, que tal objetivo legítimo e imperativo no pueda alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo de los derechos humanos.*⁹⁶ En este punto cobra mucha relevancia la característica dañosa específica de las campañas de desinformación sobre interés público: la afectación que generan es al orden público y al correcto funcionamiento de las instituciones democráticas y, por ello, muchas veces resulta difícil encontrar sujetos concretos e identificables sobre los que recaiga el daño. En este sentido es que la respuesta civil pierde relevancia y se hace lugar a la respuesta penal.⁹⁷ No hay, en muchos casos de desinformación grave, un/a damnificado/a directo/a que haga la demanda y que cobre finalmente la indemnización correspondiente por los daños y perjuicios causados por la expresión falsa (aunque podría haberlo y eso simplificaría bastante la cuestión, a la vez que impediría en algún punto la vía penal). Así, cuando un fenómeno daña –como la desinformación– (y el daño, cabe la pena reiterar, debe ser cierto y estar probado) el funcionamiento de nuestra democracia, nuestras instituciones, la salud pública, entre otras, la respuesta penal aparece como una herramienta *necesaria* para su limitación. En otras palabras, cuando la censura no es una posibilidad, y la respuesta civil no tiene lugar por su ineficacia, la respuesta penal se vuelve necesaria para evitar los daños graves provenientes de las campañas de desinformación sobre cuestiones de interés público.

En este sentido, además de tratarse de un instrumento idóneo para los objetivos establecidos en la CADH, la responsabilidad ulterior (de carácter civil o penal) debe ser *proporcional* a los fines legítimos que justifican la restricción.⁹⁸ Así, la Corte IDH ha dicho que la determinación de la proporcionalidad implica evaluar tres factores: (i) el grado

⁹⁶ R. para la L. de E. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, cit., párr. 86.

⁹⁷ Porque la censura, recordemos, está prohibida.

⁹⁸ R. para la L. de E. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, cit., párr. 88/89.

de afectación del derecho contrario –grave, intermedia, moderada–; (ii) la importancia de satisfacer el derecho contrario y (iii) si la satisfacción del derecho contrario justifica la restricción de la libertad de expresión.⁹⁹ Esto implica que no existen reglas que *a priori* permitan dictaminar acerca de la proporcionalidad de la medida: siempre se requerirá, incluso en los casos de desinformación, un análisis casuístico. De este modo, la vía penal en los casos de desinformación no es una medida violatoria de este elemento del *test* tripartito sino hasta que un/a juez/a determina la necesidad y proporcionalidad de la restricción del derecho a la libertad de expresión.

Llegado este punto queda analizar el elemento “adicional” que se requiere para restringir una expresión que reviste interés público, a través de una sanción de carácter penal: el *dolo*.¹⁰⁰ Este elemento cobra relevancia toda vez que el daño producto de discursos que versan sobre la cosa pública es más tolerado. Como vimos, esto sucede también en el caso de la responsabilidad ulterior de carácter civil: el estándar de la real malicia es más exigente, justamente porque las expresiones relevantes en la deliberación democrática están especialmente protegidas, por dañosas que resulten. En este sentido, la Corte IDH ha dicho, como ya hemos mencionado, que las medidas de carácter penal para restringir el derecho a la libertad de expresión no son contrarios a la CADH, pero se debe tener en consideración, además de los requisitos detallados, “el dolo con que actuó”¹⁰¹ quien emitió la expresión dañosa. En estos casos, el dolo está vinculado a la intención de engañar a las personas y de influir en el debate público a través de información deliberadamente falsa.

⁹⁹ *Ibíd.*, párr. 90; Corte IDH, *Kimel vs. Argentina* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 2 de mayo de 2008, cit., párr. 84.

¹⁰⁰ En palabras de la Corte IDH, se debe ponderar “la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquellas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales Corte IDH, *Tristán Donoso Vs. Panamá* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), cit., párr. 120.

¹⁰¹ Corte IDH, *Kimel vs. Argentina* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 2 de mayo de 2008, cit., párr. 78.

Este punto, además, tiene mucha relación con la definición que la RELE ha desarrollado para las campañas de desinformación: recordemos que se trata de la difusión masiva de información falsa “con la intención de engañar al público y a sabiendas de su falsedad”.¹⁰² En este sentido, por su definición, al tachar de “desinformación” a una conducta determinada ya estamos, en rigor, hablando de una conducta dolosa. Esto tiene efectos particulares, por ejemplo, para analizar la responsabilidad penal de terceros difusores de la noticia: si quien divulga, por ejemplo, una publicación falsa creada por alguien más sin conocer su falsedad, incluso considerando que está generando un daño en los términos detallados –o está contribuyendo a su producción–, no podría ser reprochado/a penalmente. Tampoco le cabe responsabilidad a quien crea una historia, y aun conociendo la falsedad de su contenido, no tiene la intención de generar un daño (por ejemplo, si se trata de un chiste o una sátira). Ello es así porque falta el elemento doloso (requerido por los estándares interamericanos para una restricción penal a la libertad de expresión), y el elemento volitivo que, por definición, requiere la desinformación.¹⁰³

Hasta aquí los requisitos necesarios para habilitar la vía penal como restricción a las campañas de desinformación: que las noticias falsas generen deliberadamente (con dolo) un daño a las finalidades legítimas que establece la CADH para establecer una limitación a la libertad de expresión y la responsabilidad penal resulte necesaria y proporcional para evitarlo. A la vez, la restricción tiene que cumplir con el principio

¹⁰² Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión, “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales”, cit., p. 13.

¹⁰³ En palabras de Botero, la desinformación requiere la “intención de engañar al público o a un sector del mismo (elemento volitivo) por razones políticas, comerciales o de cualquier otra índole. Una sátira, una novela, un juego de computador, puede dar, conscientemente, una determinada información que no corresponde con la realidad, pero sin la voluntad de manipular o engañar a la población para efectos de lograr que adopten una decisión sin conocimiento informado de la misma”. Ver: C. Botero Marino, “La regulación estatal de las llamadas “noticias falsas” desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión”, cit., p. 70.

de legalidad, que en este caso además es estricta por tratarse de una limitación de carácter penal.

Ahora bien, estos requisitos –tal como los hemos abordado hasta ahora– son aplicables principalmente para los y las ejecutores/as de la desinformación. Es decir, para aquellas personas que *crean* las noticias falsas y las difunden con el dolo mencionado de generar un daño al funcionamiento de las instituciones democráticas. En estos casos el análisis debe incluir a todos los elementos mencionados. Pero ¿qué pasa con las plataformas que permiten que estos discursos circulen sin limitación?, ¿qué responsabilidad les cabe a todas aquellas personas que difunden estas noticias falsas y que le dan dimensión al daño?¹⁰⁴

Con relación a aquellas personas que se limitan a la *difusión* de la noticia falsa o del contenido de una campaña de desinformación (compartan, *retwitten* o circulen la información falsa), lo más probable es que no haya lugar para la responsabilidad penal. En particular, sostenemos esto porque se trata de una situación en la que –en la mayoría de los casos– la persona está actuando de manera *negligente*: no conoce, no se preocupó por conocer, o no tenía forma de conocer que la noticia era falsa. O bien no tenía intención de dañar (el caso de quien comparte para reírse de su contenido, por ejemplo). Así, más allá de que podamos creer que cierto grado de alfabetización digital nos compele a revisar aquello que difundimos, la responsabilidad penal es para estos casos una reacción desmedida.¹⁰⁵ En este sentido, debemos decir que quien difunde

¹⁰⁴ Un caso aparte es aquel en que el Estado mismo crea y difunde las noticias falsas. La “Declaración...” ha advertido que la propagación de noticias falsas es un fenómeno que alcanza a actores estatales y no estatales (considerando 3). Sin embargo, como indica Botero, hay una diferencia radical: en tanto en el caso de la difusión por particulares la desinformación puede estar alcanzada (y a priori lo está) por la protección del derecho a la libertad de expresión; en el caso de los Estados la difusión de noticias falsas está prohibida por el derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido se ha establecido que “Los actores estatales no deberían efectuar, avalar, fomentar ni difundir de otro modo declaraciones que saben o deberían saber razonablemente que son falsas (desinformación) o que muestran un menosprecio manifiesto por la información verificable (propaganda)” Relator E. de la ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión y otros, *Declaración conjunta sobre libertad de expresión y “noticias falsas” (“fake news”), desinformación y propaganda*, cit., sec. 2.C.

¹⁰⁵ En efecto la declaración conjunta establece: “Se deberá considerar la nece-

una noticia falsa sin intención de generar daño (por ejemplo, la comparte para reírse de la publicación), o la difunde sin conocer su falsedad (incluso cuando podría haberla conocido), actúa sin dolo. La exclusión del dolo en esta conducta particular, como sabemos, impide responsabilizar penalmente a una persona que difunde información falsa.¹⁰⁶

Distinta es la situación de quien, sin haber *creado* la noticia, la difunde con la intención de generar un daño y a sabiendas de su falsedad. En este caso, la intención maliciosa de quien difunde es equiparable a la conducta de quien crea la noticia falsa para generar un daño. En cualquiera de estos dos casos, más allá de cuál haya sido la imaginativa mente que pensó la historia falsa, la responsabilidad penal opera del mismo modo. De esta forma, el análisis para atribuir responsabilidad penal a quien difunde una noticia falsa creada por un tercero –a sabiendas de su falsedad y con la intención de generar un daño– es equivalente al caso de los/as *ejecutores*.¹⁰⁷

sidad de proteger a las personas de la imposición de responsabilidad legal por el simple hecho de haber redistribuido o promocionado, a través de intermediarios, contenidos que no sean de su autoría y que ellas no hayan modificado *Ibíd.*, sec. 1.E.

¹⁰⁶ Este análisis prescinde de la distinción realizada en el apartado sobre responsabilidad ulterior de carácter civil entre difusores particulares, medios de comunicación, difusores que “agregan” información a la noticia falsa, etc. En cualquier caso, la determinación de la responsabilidad debe hacerse de la misma forma: si se actuó con dolo prospera la vía penal, si no se actuó con dolo (incluso habiendo negligencia grave) se excluye la responsabilidad penal. De esta forma, no hay estándares diferenciados: un medio de comunicación tuvo que haber actuado con dolo de generar un daño para pensar en la respuesta penal, del mismo modo que un “difusor” particular. Sin embargo, es indudable que, para el caso de los medios de comunicación es preciso contar con medidas profesionales y éticas expresas para que no generen ni amplifiquen noticias falsas ni amplificarlas “pues la información de los medios es un motor de la discusión en las redes sociales”. Ver ADC y otras, “Desinformación en internet en contextos electorales de América Latina y el Caribe. Contribución regional de organizaciones de la sociedad civil ligadas a los Derechos Humanos en el entorno digital”, p. 16.

¹⁰⁷ Desde ya, la dimensión probatoria de estos casos es compleja. Demostrar que una persona difundió con dolo y no con mera negligencia es una operación peligrosa que requiere el máximo de los recaudos por parte de los/as magistrados/as.

Para el caso de las *plataformas intermediarias* la manera de pensar los requisitos para la atribución de responsabilidad penal varía ligeramente. Es decir: no varían los elementos, sino la forma que requerida para la determinación de su responsabilidad. Sobre este tema diremos varias cosas. La primera de ellas es que, como ya fue mencionado en el apartado precedente, la regla general es que los intermediarios no son responsables (civil ni penalmente) por los contenidos de terceros. Sin embargo, sí podría atribuirse responsabilidad en un caso en que la plataforma intermediaria interviniera activamente en esos contenidos (producción o especial difusión, por ejemplo). Es decir que, para el caso de los intermediarios, al estudio acerca del cumplimiento de los elementos del *test* tripartito, debe adicionarse la obligación de demostrar que la plataforma de la que se trate deliberadamente decidió darle mayor divulgación a una noticia falsa. Pero, además, para el caso de la responsabilidad de carácter penal, debemos demostrar que la vía civil está vedada por resultar inidónea (el requisito de la necesidad). Esto implica, fundamentalmente, la demostración de que no existe una vía menos lesiva que la penal para proteger a la comunidad del daño proveniente de las noticias falsas. En este sentido, la determinación de la responsabilidad penal de las plataformas intermediarias en casos de desinformación se daría en casos muy excepcionales por sus estrictos requisitos, pero también por las dificultades probatorias que conlleva (más aun considerando las problemáticas asociadas a la falta de transparencia en los algoritmos de estas plataformas, que no permite evaluar las medidas adoptadas por ellas).

De esta manera, a lo largo de este apartado hemos analizado cuáles son los requisitos y elementos que deben ser analizados para posibilitar la vía penal en casos de campañas de desinformación. Además, estudiamos las particularidades que reviste este estudio para los diversos agentes que pueden verse involucrados en la difusión de noticias falsas. Así, hemos advertido que –con muchos problemas, y bajo estrictos recaudos– la vía penal *podría* presentarse como una vía idónea permitida por los estándares en materia de derecho a la libertad de expresión para combatir el fenómeno de la desinformación.

5. A modo de conclusión

En este trabajo hemos intentado estudiar cuáles son las respuestas que el ordenamiento jurídico argentino, a la luz de los estándares internacionales en materia de libertad de expresión, trae para combatir la problemática de las campañas de desinformación masiva en redes sociales. Para ello, hemos partido de un entendimiento del derecho a la libertad de expresión que toma en consideración sus características y su rol en una democracia deliberativa y asentada en la idea del autogobierno colectivo. En este sentido, hemos analizado las razones que inhabilitan la respuesta estatal en forma de censura de las noticias falsas, así como los requisitos que se demandan para la eventual determinación de la responsabilidad civil y penal.

Para el caso de la responsabilidad civil hemos estudiado la aplicación del *test* tripartito a las campañas de desinformación sobre cuestiones de interés público, tal como se ha desarrollado en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. También abordamos la aplicación del estándar de la real malicia y el carácter indispensable de su análisis en casos de noticias falsas que revisten interés público. Además, hemos trabajado las implicancias de estos requisitos para el caso de la eventual responsabilidad civil de quienes crean las noticias falsas, quienes las difunden (añadiendo o no información adicional) y para las plataformas intermediarias en las que la desinformación circula. Por último, hemos dedicado unas palabras a la problemática de la indemnización en los casos en que pueda adjudicarse efectivamente la responsabilidad patrimonial.

Por otra parte, hemos analizado detenidamente los estándares interamericanos en materia de atribución de responsabilidad penal y su aplicación para este tipo de campañas de desinformación. Aquí también hemos hecho hincapié en la aplicación del *test* tripartito, con sus especificidades en casos de responsabilidad penal (la estricta legalidad y los problemas para la redacción del tipo penal, la problemática de la determinación del daño, la importancia del derecho penal como *ultima ratio*, entre otras) y hemos estudiado la importancia del dolo como un elemento indispensable en el análisis de la atribución de este tipo de responsabilidad. Exploramos, también en este caso, las particularidades para el caso de intermediarios, creadores/as y difusores/as de las noticias falsas. En este sentido, hemos presentado no solo los elementos necesarios para atribuir responsabilidad penal en estos

casos, sino también las principales discusiones y problemáticas que ha presentado la criminalización de la desinformación en la región y en nuestro país.

Es evidente que la problemática de la desinformación en redes sociales está lejos de ser resuelta. A lo largo de este trabajo hemos intentado sostener que la imposibilidad fáctica o pragmática de utilizar las respuestas “tradicionales” –tanto la civil como la penal– en materia de libertad de expresión no implica que esas respuestas sean contrarias a los derechos humanos. En este sentido, ambas son respuestas posibles cuya lógica debe ser repensada para adaptarse a las demandas y problemas actuales, como las campañas de desinformación. Es nuestro desafío, en todo caso, buscar formas respetuosas de los derechos humanos que permitan combatir una problemática que erosiona poderosamente nuestra deliberación pública, sin caer en tendencias que, pretendiendo dar una respuesta práctica y ágil, compromete los derechos más esenciales para el ejercicio de nuestras prácticas democráticas.

Bibliografía

ADC y otras., “Desinformación en internet en contextos electorales de América Latina y el Caribe. Contribución regional de organizaciones de la sociedad civil ligadas a los Derechos Humanos en el entorno digital”, ADC y otras, Disponible en https://adc.org.ar/wp-content/uploads/2019/06/Consulta-publica-desinformacion-en-contextos-electorales_contribucion-regional-ALSur.pdf.

Álvarez Ugarte, R., “La desinformación y la pandemia. Una perspectiva de Derechos Humanos”. Disponible en https://www.alsur.lat/sites/default/files/2021-01/Desinformacion_y_pandemia_ALSUR.pdf.

- Bertoni, E. A., *Libertad de expresión en el Estado de derecho: doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.
- Botero Marino, C., “La regulación estatal de las llamadas ‘noticias falsas’ desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión”, en *Libertad de expresión: a 30 años de la Opinión Consultiva sobre colegiación obligatoria de periodistas*, Bogotá, Colombia, Comisión Americana de Derechos Humanos, Relatoría para la Libertad de Expresión, 2017.
- Centro de Estudios Legales y Sociales, “Sobre el proyecto de ‘Protocolo de ciberpatrullaje’”, Centro de Estudios Legales y Sociales, Disponible en <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2020/04/CELS-sobre-protocolo-ciberpatrullaje.pdf>.
- Comisión Americana de Derechos Humanos, R. para la L. de E., *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*, 2017.
- Comisión Americana de Derechos Humanos, R. para la L. de E., *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, 2009.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Resolución 1/20”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, R. para la L. de E., *Libertad de expresión e internet*, vol. OEA/Ser.L/V/II., 2013.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Álvarez Ramos vs. Venezuela* (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), 2019.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión consultiva 5/85. La colegiación obligatoria de periodistas*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1985.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Campillay, Julio César c/ La Razón y otros (Fallos: 308:789).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Gimbutas, Carolina Valeria cl Google Inc. s/ daños y perjuicios”, y CIV 114474/2006/CSI Gimbutas, Carolina Valeria cl Google Inc. s/ *habeas data*.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Grupo Clarín S.A. y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional (Fallos: 336:1774).

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Paquez, José c/ Google Inc. s/ medidas precautorias, 2019.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Patitó, José Ángel y otro c/ diario *La Nación* y otros.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios (Fallos 337:1174).
- Corte IDH, Kimel vs. Argentina (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 2 de mayo de 2008.
- Corte IDH, Ricardo Canese vs. Paraguay (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 31 de agosto de 2004.
- Corte IDH, Tristán Donoso vs. Panamá (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), 2009.
- Corte IDH, Usón Ramírez vs Venezuela (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), 2009.
- Cortes, C.; Isaza, L., “Noticias falsas en internet: la estrategia para combatir la desinformación”, en Agustina del Campo (comp.), *Internet y derechos humanos III: aportes para la discusión en América Latina*. CELE, 2019.
- Del Campo, A., “¿La desinformación en democracia o la democracia de la desinformación?”. Disponible en https://www.palermo.edu/Archivos_content/2020/derecho/agosto/nueva-investigacion-agustina-del-campo/desinformacion-en-democracia.pdf.
- Departamento de Evidencia e inteligencia para la Acción en Salud; Organización Panamericana de la Salud, “Entender la infodemia y la desinformación en la lucha contra la COVID-19”, Departamento de Evidencia e inteligencia para la Acción en Salud y Organización Panamericana de la Salud.
- Donna, E. A., *Derecho penal, parte especial*, vol. II-C, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.
- Feinberg, J., *The moral limits of the criminal law*, Nueva York, Oxford University Press, 1984.
- Fiss, O., *Libertad de expresión y estructura social*, México DF, Distribuciones Fontamara, 1997.
- Gargarella, R., “La concepción constitucional de la libertad de expresión”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, Nº 1, 2013.
- INADI, “Informe Técnico del Observatorio de la Discriminación en Radio y Televisión. Referencia: *fake news* sobre protesta en Villa Azul Quilmes”, Ciudad de Buenos Aires, 2020, Disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/informefakenews_o.pdf.

- Ministerio Público Fiscal, “Indagarán a un acusado de alertar falsamente por YouTube sobre una situación de colapso en el Hospital Posadas”, Ministerio Público Fiscal, *Fiscales*, Disponible en <https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/indagaran-a-un-acusado-de-alertar-falsamente-por-youtube-sobre-una-situacion-de-colapso-en-el-hospital-posadas/>.
- Nino, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2005.
- Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión, “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales”, Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión.
- Relator E. de la ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión; Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la OSCE; Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión; Relatora E. sobre Libertad de Expresión de la CADHP, “Declaración conjunta sobre libertad de expresión y “Noticias Falsas” (“fake news”), desinformación y propaganda”, 2017.
- Rua, J. C., “¿Está verdaderamente prohibida la censura previa?”, en Enrique Regueira (ed.) *El control de la actividad estatal*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2016.
- Rua, J.C., “Libertad de expresión, igualdad y discursos discriminatorios”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Thomson & Reuters, 2018.
- Saba, R., “Censura Indirecta, Publicidad Oficial y Diversidad”, en AA. VV. *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, UNESCO, Quito, Oficina en Quito, y Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2011.
- Schuster, A., “¿Derecho al escrache? Consideraciones acerca del derecho a la libertad de expresión en caso de escraches en materia de género”, en *Géneros, derechos y justicia. Tomo Derecho constitucional y derechos humanos*, (en prensa), Santa Fe, Rubinzal Culzoni.
- Sunstein, C. R., *Democracy and the problem of free speech: with a new afterword*, 1. Nueva York, Free Press paperback ed., 1995.
- Supreme Court of the United States, *New York Times Co. v. Sullivan* (376 U.S. 254), 1964.

“The Cambridge Analytica Files”, *The Guardian*, Disponible en <https://www.theguardian.com/news/series/cambridge-analytica-files>.

Campañas de desinformación: algunos apuntes sobre la responsabilidad de las redes sociales

Santiago Ghiglione

1. Introducción

Según un reporte elaborado para la UNESCO, en el entorno de internet los intermediarios son aquellos que *median en la comunicación online y facilitan distintas formas de expresión online*.¹ Para ponerlo en términos más sencillos, y a riesgo de simplificar un poco por demás y ser algo redundantes, los intermediarios son aquellos que intermedian entre quienes producen el contenido que circula en internet y los que lo consumen.

Intermedian los motores de búsqueda cuando indexan contenido para facilitarles el acceso a sus usuarios e intermedian también las redes sociales cuando facilitan a sus usuarios una plataforma en la que alojar y difundir el contenido que producen.

¹ R. Mackinnon, *Fostering Freedom Online. The Role of Internet Intermediaries*. Última consulta: 14 de marzo de 2021, disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000231162>.

Como cualquier actividad humana, la intermediación en internet puede derivar en daños a terceras personas no involucradas en la relación entre el proveedor del servicio y el usuario.

Puede ser, por ejemplo, que algunas de las páginas web indexadas por los motores de búsqueda contengan información de una persona que ella prefería que no fuera pública, o que a través de una red social se hagan circular datos falsos o inexactos de la biografía de otra persona, o que en una plataforma de *streaming* se suba material protegido por derechos de autor cuyo titular no autorizó a difundir.

Por supuesto que lo obvio sería responsabilizar a quien produjo o publicó el contenido por los daños ocasionados. Pero hay muchas, y muy buenas razones, para intentarlo también con los intermediarios.

En primer lugar, en estos casos no suele ser difícil reconstruir el nexo de causalidad entre la actividad desarrollada por el intermediario y el daño ocasionado.

En segundo lugar, a diferencia de los productores de contenidos, la intermediación puede ser una actividad muy rentable, y las empresas cuentan con los recursos económicos para responder por esos daños.²

Finalmente, con relación al funcionamiento de internet los intermediarios se encuentran en una posición ideal para cumplir las funciones de lo que se conoce como “gatekeeper”, traducido generalmente como “guardián” o “ama de llaves”. Se trata de privados de los que los Estados se valen, por la posición en la que se encuentran respecto de determinada actividad, para ejercer funciones de control. Ejemplos de esto pueden ser las aerolíneas con relación a los papeles migratorios o los bancos con relación a actividades de lavado o de evasión de impuestos. Algunas veces las funciones de control van en línea con los propios intereses de la organización que cumple el rol de guardián o ama de llaves, y otras veces se encuentran enfrentados.³

² M. Levy Daniel; C. Aguerre, *Intermediarios en internet. Consideraciones para reflexionar en el contexto de Argentina*, CETYS, 2019, p. 4. Última consulta: 19 de marzo de 2021, disponible en <https://repositorio.udesa.edu.ar/jspui/bitstream/10908/16475/1/%5BP%5D%5BW%5D%20DT2019-2%20Aguerre%20-%20Levy.pdf>.

³ En este sentido, C. Cortés Castillo, “Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en internet y el impacto en el entorno digital”, en Bertoni, Eduardo (comp.), *Internet y Derechos Humanos. Aportes para la dis-*

No es difícil advertir que, dado que prácticamente todo el flujo de contenidos en internet pasa de uno u otro modo por los intermediarios, se encuentran en una posición ideal para filtrar aquel que pueda ser considerado indeseado por el motivo que fuera.

Ante estas circunstancias, no sorprende que en los tribunales, tanto nacionales como extranjeros, se hayan sustanciado una gran cantidad de demandas en contra de las empresas que proveen esos servicios. Tampoco sorprende que esas empresas hayan resistido esas pretensiones y que tanto en esos litigios, como fuera de ellos, se haya discutido qué régimen de responsabilidad civil les resulta aplicable.

Esta discusión tiene una dificultad adicional. A diferencia de otras actividades, la intermediación en internet está íntimamente relacionada con la circulación de información y opiniones, y por ello, se encuentra comprometido el derecho a la libertad de expresión.

A continuación haremos un repaso general por el estado actual de esta discusión en nuestro país, para luego hacer foco en la situación particular de las redes sociales y del fenómeno de las denominadas *fake news*.

2. La responsabilidad de los intermediarios por daños causados por terceros

2.A Distintos modelos

Siguiendo la clasificación propuesta por una parte de la doctrina⁴, podemos decir que existen tres modelos de responsabilidad de los intermediarios: el de responsabilidad estricta, el de inmunidad condicionada y el de inmunidad absoluta.

En el modelo de responsabilidad estricta, el intermediario es siempre responsable por el contenido dañoso que es producido o difundido por su intermedio. De esta manera, el intermediario se encuentra ante la

ción en América Latina, CELE, 2014.

⁴ R. Mackinnon, *Fostering Freedom Online. The Role of Internet Intermediaries*, cit.; AAVV, “Papeles de trabajo de los principios de Manila”.

necesidad de monitorear y, eventualmente, censurar cualquier contenido potencialmente dañoso.

En el otro extremo se ubica el sistema de inmunidad absoluta, en el que el intermediario nunca es responsable por los daños ocasionados por los usuarios. En aquellos sistemas jurídicos en los que se aplica este criterio, generalmente está establecido expresamente por ley, y esa protección no se extiende a cualquier tipo de contenido ni a cualquier tipo de intermediario.

En el medio, como no podía ser de otra manera, se encuentra el de inmunidad condicionada que, por qué no, también podría haber sido denominado de responsabilidad condicionada. En este caso, también conocido como de “Safe Harbour” (“puerto seguro”), el intermediario puede ser eximido de responsabilidad en la medida que cumpla con ciertas condiciones. Según qué tan laxas o estrictas sean estas condiciones, la regla podría ser traducida como “es responsable salvo que...” o “tiene inmunidad salvo que...”.

Las reglas más usualmente utilizadas en este tipo de sistemas son las conocidas como “notice and notice” y “notice and takedown”. De acuerdo con la primera regla, el intermediario mantiene su inmunidad en la medida en que notificado de la existencia de contenido dañoso, cumpla con notificar al usuario productor de dicho contenido de que este puede estar ocasionando daños a derechos de terceros. En el sistema de “notice and take down”, el intermediario, para eludir la responsabilidad, una vez notificado de la existencia de material potencialmente dañoso debe directamente darlo de baja o filtrarlo.

Para parte de la doctrina, en especial la latinoamericana, se pueden identificar cuatro modelos de responsabilidad.⁵ A los ya descritos, agregan los modelos de “responsabilidad subjetiva”, en los que, como sabemos, para determinar si el agente es responsable por el daño

⁵ V. Ferrari; D. Shcnidrig, *Responsabilidad de los intermediarios y derecho al olvido. Aportes para la discusión legislativa en Argentina*, CELE, p. 5. Disponible en https://www.palermo.edu/cele/pdf/Policy_Paper_Derecho_al_Olvido.pdf; H. A. Meléndez Juárez, “Intermediarios y libertad de expresión: apuntes para una conversación”, en Bertoni Eduardo (comp.), *Hacia una internet libre de censura. Propuestas para América Latina*, CELE, p. 116. Última consulta: 4 de junio de 2021, disponible en https://www.palermo.edu/cele/pdf/internet_libre_de_censura_libro.pdf.

causado se debe analizar si hubo dolo o culpa en su accionar. Sin ánimo de entrar en una polémica, esta categoría podría ser subsumida en la de “inmunidad o responsabilidad condicionada”. Es que, por ejemplo, el sistema de “notice and notice”, puede ser pensado como uno de responsabilidad subjetiva, en el que la conducta diligente que le permite al intermediario eximirse de responsabilidad por un obrar culposo es, justamente, cumplir con la notificación al usuario cuando es informado de la existencia de un contenido dañoso. En este sentido, también debe prestarse atención a que en estos sistemas uno de los requisitos para que el intermediario pueda ser responsabilizado por el contenido dañoso es que sea notificado de la existencia del contenido que puede estar generándolo. Esta exigencia parece estar dirigida a configurar uno de los requisitos de los factores subjetivos de atribución de responsabilidad que es el conocimiento.

Otra manera de pensar los sistemas de responsabilidad de los intermediarios es en función al modo en que se encuentran regulados. Es decir, si están expresamente consagrados en normas especiales o si están sometidos a la normativa general cuyos contornos son luego definidos por la jurisprudencia.

Este aspecto interesa particularmente a las empresas intermediarias, pues entienden que la consagración legal del modelo de responsabilidad les otorga mayor certidumbre respecto del tipo de protección que van a recibir. De hecho, uno de los denominados “Principios de Manila”⁶ –el primero– es que los intermediarios deben estar protegidos por ley de la responsabilidad por el contenido de terceros.

2.B El sistema argentino

La regulación normativa

En nuestro sistema jurídico no existe una norma específica que regule la responsabilidad de los intermediarios por los daños causados a terceros, razón por la cual están sometidos a las previsiones generales del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de responsabilidad civil.

⁶ Electronic Frontier Foundation; Asociación por los Derechos Civiles; artículo 19; The Center for Internet & Society, “Principios de Manila”.

Es importante tener en consideración que cuando comenzó la discusión en torno al tipo de responsabilidad bajo el cual correspondía juzgar la conducta de los intermediarios, aún se encontraba vigente el Código Civil de la Nación. La jurisprudencia a la que se hará referencia a continuación fue producida en casos en los que esa era la norma aplicable y no el Código vigente en la actualidad. Sin embargo, como reconoce la doctrina⁷, en términos generales la nueva ley ha seguido las previsiones de su predecesora y de la jurisprudencia que interpretó y aplicó esa norma, razón por la cual las conclusiones de los precedentes que repasaremos parecen aplicables también al nuevo Código.

En lo que aquí nos interesa, el Código reconoce dos tipos de factores de atribución de un daño al responsable: objetivos o subjetivos (art. 1721).

El factor es objetivo *cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad* y el código agrega que *en tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario* (art. 1722).

Uno de los supuestos de responsabilidad objetiva es el daño causado por cosas o actividades riesgosas. Este era el supuesto que el viejo Código Civil regulaba en el art. 1113.

En estos casos la persona dueña de la cosa o que realiza la actividad responde siempre por los daños ocasionados, y *no son eximentes de responsabilidad la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención* (art. 1757).

Cuando se trata de daños causados por las cosas la excepción a esta regla es que la cosa haya sido usada en contra de la voluntad del dueño o guardián; y en el caso de los daños causados por actividades riesgosas el Código se remite a las excepciones que puedan establecerse en leyes especiales (art. 1758).

Por otra parte, los factores subjetivos de responsabilidad reconocidos por el Código son la culpa y el dolo. La culpa es definida como *la*

⁷ P. S. Carducci, “Responsabilidad de los intermediarios por los contenidos vinculados. Reflexiones para la era digital”, *En Letra*, vol. 4, 2015, (Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación), p. 2. Última consulta: 1° de julio de 2020, disponible en <https://enletra.files.wordpress.com/2015/09/el-4-i-carducci.pdf>.

omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar, y explica que comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. Por su parte, establece: el dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (art. 1724).

En términos generales, en los casos que se fueron suscitando a raíz de daños provocados por contenido que circulaba en internet, la pretensión de quienes accionaban contra los intermediarios era que su responsabilidad fuera evaluada a partir de un factor de atribución objetivo. Pretendían que la intermediación fuera considerada una actividad riesgosa y que, por lo tanto, la sola acreditación del nexo causal fuera suficiente para responsabilizar a las empresas que la realizaban.

Los intermediarios, por su parte, pretendían, de máxima, ser eximidos de toda responsabilidad por daños provocados por contenidos generados por los usuarios de sus servicios, y, de mínima, que su responsabilidad sea juzgada a partir de un factor subjetivo.

La jurisprudencia de la CSJN

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante la Corte) se expidió por primera vez al respecto en el caso “Belén Rodríguez”.⁸

Se trata de una demanda iniciada por una modelo y actriz contra Google y Yahoo, en la que reclamaba una indemnización por los daños ocasionados a su imagen y honor, en tanto en los motores de búsqueda de las demandadas, su nombre y su imagen aparecían asociadas a páginas web de contenido sexual, pornográfico y relacionadas con el tráfico sexual. Según la reseña del voto de la disidencia parcial la demandante argumentó: *si no fuera por la posibilidad que dichos buscadores brindan a los titulares de esas páginas web de difundir su actividad a través de sus motores de búsqueda, el daño provocado sería sensiblemente menor, o prácticamente nulo ya que, en dicho caso, pocos la vincularían con dichos sitios y contenidos.*⁹

⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios (Fallos 337:1174), cit.

⁹ *Ibíd.* considerando 1 de la disidencia parcial de los ministros Lorenzetti y Maqueda.

Si bien, tanto en primera como en segunda instancia, la demanda fue parcialmente admitida, en ambos casos la conducta de las demandadas fue evaluada a partir de los parámetros de la denominada responsabilidad subjetiva (art. 1109 del entonces Código Civil de la Nación), en contra de la pretensión de la actora de que se apliquen los parámetros de la responsabilidad objetiva (art. 1113 del CCN). Este aspecto de la sentencia, entre otros, fue cuestionado por la demandante a través del recurso extraordinario interpuesto para someter el caso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Al resolver, el máximo tribunal decidió por unanimidad que la responsabilidad de los motores de búsqueda por los daños ocasionados por el contenido publicado en las páginas web que indexan no debe ser evaluada bajo los parámetros de los factores objetivos de atribución.

En línea con lo señalado por Carducci¹⁰, hay que reconocer que no es sencillo encontrar los argumentos que explican la decisión, y pueden advertirse diferencias entre el voto de la mayoría, compuesta por los jueces Highton, Fayt y Zaffaroni, y el de la disidencia parcial de los ministros Lorenzetti y Maqueda.

Veamos.

Hay una primera conclusión que marca la cancha y ayuda a comprender la decisión en lo que se refiere al modelo de responsabilidad aplicable al caso: la Corte concluye rápidamente que la actividad que realizan los motores de búsqueda se encuentra protegida por el derecho a la libertad de expresión consagrado por los arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En los considerandos 10/12 el voto de la mayoría, luego de explicar que la libre expresión comprende *el derecho a transmitir ideas, hechos y opiniones difundidos a través de internet*, afirma que *la importancia del rol que desempeñan los motores de búsqueda en el funcionamiento de internet resulta indudable*, con cita de lo resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso “Google Spain c. Agencia española de protección de datos”.¹¹

¹⁰ P. S. Carducci, “Responsabilidad de los intermediarios por los contenidos vinculados. Reflexiones para la era digital”, cit., p. 9.

¹¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Google Spain c. Agencia española de protección de datos* (EUR-Lex - 62012CJ0131). Última consulta: 24 de

Pero luego la Corte da mayores explicaciones y señala: *el derecho de expresarse a través de internet fomenta la libertad de expresión tanto desde su dimensión individual como colectiva, que a través de la red se puede concretizar el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar –o no hacerlo– sus ideas, opiniones, creencias, críticas, etc., y que desde el aspecto colectivo, internet constituye un instrumento para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública.* Asimismo, con cita de la “Declaración Conjunta de Internet y Libertad de Expresión” del 1º de junio de 2011¹², agrega: *se ha subrayado el carácter transformador de internet, como medio que permite que miles de millones de personas en todo el mundo expresen sus opiniones, a la vez que incrementa significativamente su capacidad de acceder a la información y fomenta el pluralismo y la divulgación de información y, finalmente, haciéndose eco del informe “Libertad de Expresión e internet” de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹³, afirma: el acceso a internet, debido a su naturaleza multidireccional e interactiva, su velocidad y alcance global a un relativo bajo costo y sus principios de diseño descentralizado y abierto, posee un potencial inédito para la realización efectiva del derecho a buscar, recibir y difundir información en su doble dimensión, individual y colectiva.*

Similares argumentos pueden encontrarse en la disidencia parcial de los ministros Maqueda y Lorenzetti, quienes además recordaron: *la ley 26.032 dispone 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 (art. 10), lo que constituye una calificación ineludible del legislador.*¹⁴

marzo de 2021, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=CELEX:62012CJ0131>.

¹² Relator E. de la ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión y otros, *Declaración conjunta sobre libertad de expresión y “noticias falsas” (“fake news”), desinformación y propaganda*, cit.

¹³ R. para la L. de E. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Libertad de expresión e internet*, cit., vol. OEA/Ser.L/V/II.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rodríguez, María Belén c/ Google

En definitiva, el razonamiento parece ser el siguiente: la difusión y búsqueda de información, ideas y opiniones a través de internet están protegidas por el derecho a la libre expresión, los motores de búsqueda son indispensables para el ejercicio de esa actividad, por lo tanto, también están protegidos.

De hecho, en la disidencia parcial este razonamiento es bastante explícito cuando en el considerando 13 afirman: *del conjunto de las consideraciones precedentes se desprende que, en primer lugar, la actividad de la demandada en tanto proveedora del servicio de motores de búsqueda constituye una actividad lícita basada en el ejercicio de la libertad de expresión constitucionalmente protegida y, en segundo, que la libertad de expresión es un principio fundamental del ordenamiento constitucional, y que corresponde la carga argumentativa y probatoria a quien invoca una eventual restricción.*

Tratando de reconstruir la lógica del razonamiento de la decisión de la Corte en este aspecto, es posible pensar que marcada de este modo la cancha, no hacía falta mucho más para concluir que la aplicación de un sistema de responsabilidad objetiva para evaluar la actividad de los motores de búsqueda no resultaba admisible.

Es que desde una interpretación sistémica de los derechos consagrados por nuestro sistema constitucional, es posible afirmar que las acciones inocuas, es decir, aquellas que no causan un daño a terceros, se encuentran protegidas por el art. 19 de la CN, y que los otros derechos consagrados en nuestro sistema, para no ser interpretados en un sentido redundante, reconocen alguna protección a aquellas acciones que sí generan algún daño.¹⁵ Es decir, para restringir válidamente los otros derechos no alcanza con demostrar que a través de su ejercicio se ha ocasionado un daño.

De tal modo, el solo reconocimiento de que la actividad de los motores de búsqueda está protegida adicionalmente por el derecho a la libertad de expresión, prácticamente descarta la posibilidad de aplicar un sistema de responsabilidad basado únicamente en el nexo causal entre la actividad

Inc. s/ daños y perjuicios (Fallos 337:1174), cit. considerando 10.

¹⁵ J. C. Rua, "Libertad de expresión, igualdad y discursos discriminatorios", cit., p. 3.

y el daño, parece que es necesario algún argumento adicional para que la restricción resulte constitucionalmente admisible.

Más allá del reconocimiento de la protección constitucional de la que goza la actividad, el voto de la mayoría no da mayores argumentos para justificar su decisión. Luego de hacer un repaso por la legislación extranjera que limita la posibilidad de responsabilizar a los motores de búsqueda por los daños ocasionados por contenido generado por terceros, simplemente afirma: *la pretensión de aplicar responsabilidad “objetiva” en este tema, es de una llamativa insustancialidad*, y ejemplifica su argumento del siguiente modo: *si a la vera de un camino se desarrolla una actividad ilícita –que, por hipótesis, debe ser condenada– no por eso puede sancionarse al responsable de la ruta que permite acceder al lugar, con el peregrino argumento de que hizo más fácil la llegada a aquel.*

Finalmente, vuelve al comienzo, *la libertad de expresión sería mellada de admitirse una responsabilidad objetiva que –por definición– prescinde de toda idea de culpa y, consiguientemente, de juicio de reproche a aquel a quien se endilga responsabilidad.*¹⁶

En definitiva, más allá del intento (a mi juicio fallido) de dejar en ridículo el planteo de la demandante, la Corte, en el voto de la mayoría, vuelve al principio con el que enmarcó la cuestión, la actividad está protegida por el derecho a la libre expresión, y por eso, un sistema de responsabilidad objetiva es inaplicable.

Algunos argumentos adicionales pueden encontrarse en el voto de la disidencia parcial. En efecto, en el considerando 19 ensaya tres razones por las cuales entiende que no puede ser aplicable un régimen de responsabilidad objetiva. Por un lado, considera: *el riesgo es un factor de atribución, es decir, un elemento que requiere, en caso de existir, de los otros presupuestos del deber de responder que no se dan en el caso, y estima que no resulta posible afirmarlo en nuestro ordenamiento, toda vez que la mera conexión o indexación no produce, por sí misma, ningún riesgo para terceros y los daños que puedan causarse son específicos y determinados, como se verá más adelante.* Por otro lado, señala que ni en el nuevo Código Civil y Comercial ni en ninguna otra fuente existen

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios (Fallos 337:1174), cit. considerando 16 del voto de la mayoría.

elementos como para proceder a una calificación de este tipo que avale el agravio de la accionante. Y, finalmente, concluye: establecer un régimen de responsabilidad objetiva en esta actividad conduciría, en definitiva, a desincentivar la existencia de los “motores de búsqueda”, que cumplen un rol esencial en el derecho a buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente en internet.

En coincidencia con lo señalado por Carducci¹⁷, el único argumento verdaderamente persuasivo parece ser este último, pero a diferencia de lo postulado por él no creo que no sea un argumento jurídico. Lo es en la medida en que el argumento sea enlazado con el principio con el que habían enmarcado el caso. Es que también los ministros Maqueda y Lorenzetti terminan recayendo en el principio con el que habían marcado la cancha. La de los motores de búsqueda es una actividad esencial para el ejercicio del derecho a la libre expresión, la aplicación de un régimen de responsabilidad objetiva pondría en riesgo su existencia (pues los obligaría a supervisar todo el contenido que indexan, lo que es, o bien imposible, o lo suficientemente costoso para hacerlo económicamente inviable), lo que redundaría en una restricción en el ejercicio de ese derecho, por lo tanto la aplicación de ese régimen es inadmisibile.

No se trata este de un razonamiento ajeno a la jurisprudencia de la Corte en materia de libertad de expresión. En efecto, no difiere demasiado de las razones a partir de las cuales decidió que correspondía aplicar estándares especiales para evaluar la responsabilidad de los periodistas y de las empresas para las que trabajan, por dar a conocer noticias falsas. Me refiero a la doctrina conocida como del reporte fiel¹⁸ (Fallos 308:789; 319:2965) y particularmente a la de la real malicia.¹⁹

Así, por ejemplo, en *Patitó* la Corte sostuvo:

¹⁷ P. S. Carducci, “Responsabilidad de los intermediarios por los contenidos vinculados. Reflexiones para la era digital”, cit., p. 9.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Campillay, Julio César c/ La Razón y otros* (Fallos: 308:789), cit.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Patitó, José Ángel y otro c/ diario La Nación y otros* (Fallos: 331:1530), cit.

La investigación periodística sobre los asuntos públicos desempeña un rol importante en la transparencia que exige un sistema republicano. El excesivo rigor y la intolerancia del error llevarían a la autocensura lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes.²⁰

Se puede advertir las similitudes en los razonamientos. La actividad periodística es esencial para el adecuado funcionamiento del sistema republicano, la aplicación de un estándar de responsabilidad desincentivaría su existencia, por lo tanto resulta inadmisibile.

Ahora bien, descartada la aplicación de un sistema de responsabilidad objetiva (lo que en la clasificación propuesta en el apartado anterior sería un modelo de responsabilidad estricta), falta determinar cuál es el modelo constitucionalmente aplicable al caso. Y aquí es cuando comienzan las disidencias entre los votos.

Para el voto de la mayoría, el motor de búsqueda tendrá obligación de responder *cuando haya tomado efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente* (Cdo. 17). Luego explica que a los efectos de determinar cuándo existe ese efectivo conocimiento es necesario distinguir entre dos situaciones (Cdo. 18).

Cuando el daño o la ilicitud son manifiestos o groseros, alcanza con una notificación sobre la existencia del contenido por parte del damnificado.

Por el contrario, cuando la ilicitud o el daño no resulten palmarios, y sean debatibles, será necesaria una notificación judicial o administrativa, instancias en las que –se entiende– se habrá zanjado –al menos *a priori*– ese debate.

Aun cuando no hay en el fallo una definición explícita de cuál sería el *actuar diligente* que le permitiría al buscador eximirse de responsabilidad, algunas referencias y el hecho de que se haya confirmado la decisión en ese sentido de las instancias anteriores, parece indicar que está obligado a bloquear o desindexar el contenido dañoso. El modelo

²⁰ *Ibíd.* considerando 9.

propuesto por la Corte, al menos por el voto de la mayoría, se trata entonces del conocido como de “notice and takedown”. Es decir, una vez notificado fehacientemente de la existencia de un contenido ilícito o dañino, el buscador se exime de responsabilidad si bloquea el acceso a este desde su plataforma.

El voto de la minoría propuso un estándar similar, aunque –según parece– más exigente para los motores de búsqueda. Al igual que para la mayoría, para los jueces Lorenzetti y Maqueda, la regla es que para que se configure la responsabilidad de los buscadores es necesario que *tenga efectivo conocimiento de la ilicitud de la vinculación que un tercero efectúa respecto del nombre o imagen de una persona en una página web* y que, pese a ello, *omita eliminar el enlace que asocia al nombre o la imagen del damnificado con la página en cuestión*. Hasta ahí el estándar parece similar al fijado por la mayoría. Sin embargo, en el párrafo siguiente, si bien en principio parece establecer la misma diferencia entre contenido manifiestamente ilícito y el que no lo es, las consecuencias que se derivan de uno y otro supuesto son sustancialmente distintas.

En efecto, allí se establece:

*excepto que el contenido de la publicación sea expresamente prohibido o resulte una palmaria ilicitud (por ej. la incitación directa y pública al genocidio, la pornografía infantil), en los demás casos, el proveedor de servicios de búsqueda resulta responsable cuando, teniendo un conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remite o recomienda causa un perjuicio individualizado, no actúa con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.*²¹

Es decir, para la disidencia, la manifiesta ilicitud obliga al buscador a un actuar diligente para evitar el perjuicio, aun cuando no haya una notificación expresa por parte del damnificado o de un tercero interesado.

²¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios (Fallos 337:1174), cit., considerando 21.

Esta solución parece, en principio, entrar en contradicción con algunos de los argumentos expuestos en el voto.²² Sin embargo, ya en las consideraciones previas se había insinuado esta posibilidad. En efecto, en el considerando 17 el voto de la disidencia parcial postula:

basta con atender al funcionamiento de los motores de búsqueda antes referido... como para descartar que la demandada se encuentre en condiciones técnica y jurídica de evitar, de forma generalizada y anticipadamente, eventuales resultados lesivos... ello es así porque, aun en el supuesto de que por hipótesis fuera técnicamente viable ..., subsistiría no obstante una imposibilidad de orden jurídico para determinar, prima facie, la ilicitud de la publicación de la información que realizan terceros (con excepción de aquellos supuestos de palmaria ilicitud).²³

De esta manera, con una mirada a mi juicio un poco más realista, el foco no se pone en la imposibilidad de los buscadores de revisar el contenido que indexan en función de su volumen²⁴, sino en la dificultad para determinar la ilicitud del contenido y, me gustaría pensar, en los costos que, el ejercicio de ese filtro en casos dudosos, podría tener para la libre circulación de información, ideas u opiniones. En este sentido, pareciera que, para estos ministros, no sería tan costoso en esos términos en los casos en los que la ilicitud es *palmaria* o haya una *prohibición expresa*. De tal modo, a través de esta regla, lo que en definitiva parece proponerse es constituir a los motores de búsqueda

²² Así, por ejemplo, en el considerando 17 afirma: “Que, en las condiciones actuales del desarrollo tecnológico expuestas en este caso, esa actividad no permite prevenir, de manera genérica y sin una notificación o reclamo previo del interesado, eventuales daños a terceros... resulta imposible determinar a priori, mecánicamente, si la vinculación a una información o a un determinado contenido reúne, en el caso concreto, los requisitos de un comportamiento lesivo”.

²³ El destacado es propio.

²⁴ El volumen puede ser inimaginable, pero no hay dudas de que los sistemas de inteligencia artificial que aplican puede revisarlo y analizarlo, porque, de hecho, lo hacen para poder personalizar el contenido que surge como respuesta de una búsqueda en función del perfil del usuario.

en “gatekeepers” o “guardianes” del contenido manifiestamente ilícito que circula en la web.

En definitiva, en lo que aquí nos interesa, el caso “Belén Rodríguez” dejó establecidos dos principios. Uno sólido (porque fue dispuesto por unanimidad): la responsabilidad de los motores de búsqueda debe ser analizado a través de un modelo de atribución subjetivo (o de inmunidad condicionada, en la modelización que expusimos antes). El segundo, más endeble, es la constitución de un sistema de “notice and takedown” con dos supuestos diferenciados, el de la ilicitud manifiesta, en el que alcanza con una notificación por parte del damnificado para obligar al buscador, y el de la ilicitud no manifiesta, en el que es necesaria una notificación judicial o administrativa.

Con el fallecimiento del juez Fayt y la renuncia del ministro Zaffaroni, se abrió una incógnita sobre la estabilidad del criterio que hizo mayoría en “Belén Rodríguez”. Sin embargo, esa incógnita fue resuelta con relativa rapidez. En 2017, la Corte se expidió en el precedente “Gimbutas”²⁵, en el que se discutían cuestiones sustancialmente análogas, y los nuevos miembros, los Dres. Rosenkrantz y Rosatti, adhirieron a la solución de la mayoría en aquel precedente, con lo cual su doctrina parece haber adquirido relativa estabilidad.

Si bien la Corte no ha vuelto a pronunciarse en un caso idéntico, lo resuelto recientemente en “Paquez”²⁶, parece indicar que tanto la mayoría como la disidencia parcial se mantienen en sus posturas.

3. Las redes sociales como intermediarios

Hasta el momento la Corte no se ha expedido en un caso en el que se discutiera la responsabilidad civil de alguna red social²⁷ por contenido generados por sus usuarios. De tal modo, subiste la duda respecto de si

²⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios y Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ *hábeas data* (Fallos: 340:1236).

²⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Paquez, José c/ Google Inc. s/ medidas precautorias, 2019.

²⁷ Nos referimos a plataformas como Facebook, Twitter, Instagram, WhatsApp o Tik-Tok, por poner algunos ejemplos.

el máximo tribunal hará extensiva la doctrina de “Belén Rodríguez” a la situación de las redes sociales.

Por supuesto, hay muy buenas razones para pensar que así será.

Por un lado, como ya explicamos, las redes sociales, al igual que los motores de búsqueda, son considerados intermediarios en el entorno de internet. En efecto, en términos generales, no producen ni modifican el contenido que circula en sus plataformas, sino que se limitan a ponerlas a disposición de sus usuarios para que ellos compartan el contenido que generan.

Por otra parte, no parece haber demasiadas dudas de que, la de las redes sociales, es una actividad íntimamente vinculada con la circulación de información, ideas y opiniones, y que por ello debería gozar de la protección que brinda el derecho a la libre expresión.

Sin perjuicio de ello, entiendo que los argumentos –tanto los del voto de la mayoría como de la disidencia parcial– dejan margen para pensar que la solución podría no ser exactamente la misma.

En efecto, como vimos, uno de los argumentos centrales estaba relacionado con el rol que cumplen los motores de búsqueda en el funcionamiento de internet, y la importancia de la web en el ejercicio de la libertad de expresión, en particular en lo relacionado con la posibilidad de difundir y buscar información. No hay dudas de que el gran volumen de contenidos que circula por la web solo resulta asible para los usuarios comunes, gracias al trabajo de indexación que realizan los motores de búsqueda.

Este argumento difícilmente pueda ser trasladado a la actividad que realizan las redes sociales. Cualquiera sea la valoración que se pueda tener de ellas, el funcionamiento de internet es perfectamente imaginable sin su existencia.

Por otra parte, uno de los requisitos que la Corte estableció en su jurisprudencia respecto de la responsabilidad de los motores de búsqueda, es que para eximirse de ella, no deben haber intervenido en la producción del contenido. Así lo sostiene la disidencia parcial en “Belén Rodríguez” (Cdo. 22) y la mayoría en Gimbutas (Cdo. 3).

En efecto, allí se afirmó que la inmunidad de los motores de búsqueda cesa cuando *deja de actuar como un mero intermediario del conteni-*

*do proveniente de un tercero y adopta una postura activa con relación a él, ya sea modificándolo, editándolo o, directamente, creándolo.*²⁸

En este sentido debe señalarse que la relación de las redes sociales con los contenidos que generan sus usuarios no es exactamente igual que la de los motores de búsqueda con los suyos. En efecto, salvo tal vez en lo relacionado con el servicio de publicidad, en términos generales, los motores de búsqueda no tienen ninguna intervención en el proceso de producción de los contenidos de las páginas web que indexan.

En cambio, en muchos casos, las redes sociales, a través de sus plataformas, proveen herramientas a sus usuarios para generar, editar o maximizar la difusión de sus contenidos. Por otra parte, tienen reglas respecto del tipo de contenido que puede ser compartido en sus plataformas y ejercen funciones de vigilancia sobre el cumplimiento de esas reglas.

Haciendo un ejercicio similar al que hicimos antes, es difícil imaginar el contenido que circula en las redes sin la plataforma que ellas mismas proveen. Es decir, es difícil escindir la existencia del contenido y de la red social misma, lo que no sucede con los motores de búsqueda.

Finalmente, y esto también puede ser dicho respecto de los motores de búsqueda, hay una alta personalización en el contenido al cual el usuario es expuesto, ya sea a través de los sistemas de recomendación o sugerencia, o de la propia lógica de funcionamiento de la plataforma.

Todas estas particularidades acercan a las redes sociales –o a algunas de ellas– a un rol de editor –semejante al de una empresa periodística– y los aleja de un rol de simple intermediario.

Aun cuando parece poco probable que vaya a ser así, hay margen para pensar que estas diferencias podrían influir en la Corte, y llevarla a optar por una solución distinta.

De todos modos, parece que la aplicación de un sistema de responsabilidad objetiva o estricta podría ser descartado, porque no hay demasiadas dudas de que el derecho a la libre expresión algún grado de protección otorga a la actividad, pero no parece imposible que se establezcan algunas diferencias en el detalle de las reglas a partir de las cuales se determine la responsabilidad en un modelo de atribución

²⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios y Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ *habeas data* (Fallos: 340:1236), cit., considerando 3.

subjetivo. Pienso puntualmente que puede haber algunas diferencias en los supuestos en los que sería necesaria una notificación expresa del damnificado o de una autoridad judicial o administrativa, y en la conducta diligente que le permitiría a las redes sociales eximirse de responsabilidad.

4. Las campañas de desinformación como fuentes de daño

Un desafío especial, a la hora de pensar la responsabilidad civil de los intermediarios en general y los motores de búsqueda y las redes sociales en particular, lo genera el fenómeno de las campañas de desinformación.

Para no caer en confusiones, aun cuando todos estemos pensando en él, evitaremos el uso del término *fake news*. Más allá del uso con intencionalidad política que se ha extendido en el último tiempo, lo cierto es que con ese término se identifica una multiplicidad de problemas vinculados con la circulación de información total o parcialmente falsa, o que pretende manipular de un modo u otro al receptor del mensaje, y aquí solo nos interesan algunos. Así, por ejemplo, Cortes e Isaza²⁹, distinguen cuatro fenómenos a los que comúnmente nos referimos con ese término: noticias falsas, propaganda, teorías conspirativas y las cadenas de información falsa/rumores/memes.

Retomando esta nomenclatura, la noción de “campaña de desinformación” que aquí utilizamos se emparenta con el de noticias falsas, que para los autores mencionados hace referencia a *contenidos deliberadamente falsos que se publican en sitios web cuya apariencia intenta ser formal y auténtica*.³⁰ En una línea similar, y para agregar alguna precisión, la “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación en contextos electorales” elaborada por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante RELE), define a la “desinformación”

²⁹ C. Cortes; L. Isaza, “Noticias falsas en internet: la estrategia para combatir la desinformación”, en Agustina del Campo (comp.), *Internet y derechos humanos III: aportes para la discusión en América Latina*. CELE, 2019, p. 40.

³⁰ *Ibíd.*, p. 70.

como *difusión masiva de información falsa (a) con la intención de engañar al público y (b) a sabiendas de su falsedad*.³¹

Aunque ya sea un lugar común, es necesario reconocer, por un lado, que no se trata de un problema nuevo creado a partir de la invención de internet y, por otro, que la dimensión que el fenómeno ha adquirido en la actualidad está íntimamente vinculada con el modo en que la información circula en la web.³²

En este sentido, es necesario tener en cuenta que, según señalan Calvo y Aruguete, *las encuestas muestran que las redes sociales son en la actualidad la principal vía de acceso a noticias y la forma más habitual de consumir información política*³³, y que otros estudios indican que, en el entorno de internet, es mucho más probable que se viralice una noticia falsa que una verdadera.³⁴

En rigor, como explican Calvo y Aruguete, la velocidad de propagación de un mensaje, en particular en las redes sociales, no necesariamente está asociada a su verdad o falsedad, sino más bien con que resulte congruente con las creencias previas o cosmovisión de una determinada comunidad.³⁵ Sin embargo, como sabemos, la realidad suele ser compleja, y difícilmente se alinee tan bien con los prejuicios de una comunidad, como una ficción específicamente diseñada para hacerlo.

De tal modo, aun cuando no se trate de un problema que hayan generado, parece posible concluir que algunos rasgos en la lógica de funcionamiento de las redes sociales y de los motores de búsqueda

³¹ Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión, “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales”, cit., p. 13.

³² Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión, “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales”, cit. ver pág. 13.

³³ E. Calvo; N. Aruguete, *Fake news, trolls y otros encantos*, 2da, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2020, p. 12.

³⁴ ADC y otras, “Desinformación en internet en contextos electorales de América Latina y el Caribe Contribución regional de organizaciones de la sociedad civil ligadas a los Derechos Humanos en el entorno digital”, ver página 4, con cita de *The spread of true and false news online*. Soroush Vosoughi, Deb Roy, Sinan Aral. 9 de marzo 2018.

³⁵ E. Calvo; N. Aruguete, *Fake news, trolls y otros encantos*, cit., p. 69.

facilitan la propagación de información falsa.³⁶ A partir de aquí no es difícil imaginar una argumentación tendiente a demostrar la relación de causalidad entre ambos, a fin de fundar una eventual responsabilidad civil por los daños.

Al pensar en los efectos que puede tener una campaña de desinformación, es posible identificar, al menos dos tipos de daños. Por un lado, daños individuales, como podría ser una afectación al honor o reputación de una persona, y, por otro, daños a intereses colectivos como el adecuado funcionamiento del sistema democrático o el desarrollo del debate público.

En cuanto al primer grupo, no advierto mayores razones para que la Corte se aparte demasiado de la doctrina de “Belén Rodríguez”. Es que, más allá de la diferencia en la magnitud o intensidad del daño que puede haber entre un puñado de contenidos agraviantes y una campaña masiva y coordinada de difamación, las situaciones son suficientemente similares. Sigue siendo el derecho a la honra contra el derecho a la libertad de expresión, y el costo que para este último tiene la adopción de una estándar más estricto, parece ser demasiado elevado como para que el máximo tribunal esté dispuesto a pagarlo.

Distinta podría ser la situación cuando el foco es puesto en el daño a derechos, bienes o intereses colectivos, como podría ser el funcionamiento de las instituciones políticas, el desarrollo del debate público o la salud pública. Aquí la ponderación es entre la libertad de expresión y derechos o intereses que tienen una jerarquía comparable. Así, como vimos, uno de los argumentos frecuentemente utilizados para jerarquizar el derecho a la libre expresión está relacionado con la importancia que tiene la libre circulación de información y opiniones para el adecuado funcionamiento de las instituciones democráticas. Cuando del otro lado está el honor o la intimidad, el argumento funciona muy bien. Estamos dispuestos a otorgarle menos protección a esos derechos, para mejorar el funcionamiento de nuestras instituciones políticas.

Pero no estoy seguro de que el argumento funcione tan bien, cuando el interés que se pone en juego es, por ejemplo, el normal de-

³⁶ ADC y otras, “Desinformación en internet en contextos electorales de América Latina y el Caribe Contribución regional de organizaciones de la sociedad civil ligadas a los Derechos Humanos en el entorno digital”, cit., ver pág. 9.

sarrollo de una elección o de un debate en el congreso. Es que sería un argumento poco persuasivo, pues de los dos lados el interés que se pretende tutelar es el mismo o muy similar. En efecto, el argumento parece quedar en ridículo si lo que propone es que le concedemos una protección adicional al ejercicio de la libre expresión para favorecer el adecuado funcionamiento del sistema democrático a expensas del adecuado funcionamiento del sistema democrático.

5. Los límites de la responsabilidad civil para prevenirlos o reparar los daños que ocasionan

Ahora bien, más allá de que puedan pensarse razones para no extender, al menos en su totalidad, la doctrina de “Belén Rodríguez” al rol de las redes sociales o los motores de búsqueda en las campañas de desinformación, en particular en lo que hace a la afectación de bienes o intereses colectivos, hay una pregunta, que es incluso previa, que debemos hacernos, ¿es la de la responsabilidad civil una vía idónea para reparar o prevenir esos perjuicios?

Me inclino a pensar que la respuesta es negativa.

Por un lado, se advierte una dificultad para determinar en los casos concretos la existencia de un daño tangible a los bienes o intereses en juego, y luego para cuantificarlo. En efecto, más allá de nuestras intuiciones al respecto, no parece sencillo establecer si una campaña de desinformación influyó, por ejemplo, en el desarrollo de una elección y cuál fue el perjuicio concreto.

En este sentido, lo cierto es que, aun en casos tan resonantes como los de las elecciones presidenciales en Estados Unidos en el año 2016 o el referéndum británico de ese mismo año, en los que la opinión dominante es que las campañas sucias en redes sociales jugaron un rol importante, hasta el momento no hay estudios que concluyan que esas campañas efectivamente influyeron en los resultados de esos comicios.³⁷

³⁷ *Ibíd.*; C. Cortes; L. Isaza, “Noticias falsas en internet: la estrategia para combatir la desinformación”, *cit.*, p. 66.

Pero incluso si pudiera demostrarse la existencia de un daño concreto y la relación causal con una campaña de desinformación determinada, aún subsistiría el problema de cómo cuantificarlo económicamente para establecer el monto a indemnizar. En este sentido debe recordarse que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no incorporó los denominados “daños punitivos”, lo que podría solucionar el problema. Tal vez se podría pensar en utilizar la *función preventiva* de la responsabilidad civil, sí prevista expresamente en el Código (arts. 1710/1713), y la imposición como condena de obligaciones no dinerarias.

También pueden advertirse dificultades procesales, relacionadas puntualmente con la legitimación activa para llevar adelante una demanda de este tipo. Aquí pareciera que, aun con cierta dificultad, los avances normativos (por ejemplo, el art. 43 de la CN) y jurisprudenciales (por ejemplo, CSJN “Halabi”³⁸), que han ampliado los alcances de la legitimación para litigar por daños a intereses o derechos colectivos, podrían proveer una solución para el problema.

Pero aun cuando pudieran solucionarse todas estas dificultades, la pregunta que subyace es si responsabilizar civilmente a los motores de búsqueda o a las redes sociales puede ayudar a prevenir las campañas de desinformación o, al menos, a evitar los perjuicios que se derivan de ellas.

El consenso parece inclinarse porque no. Por el contrario, esto agregaría problemas al funcionamiento de nuestras instituciones políticas. Es que mientras no es claro que recurriendo a la responsabilidad civil las campañas vayan a disminuir, lo que sí parece ser claro es que de ese modo se incluye un incentivo extra para que los actores censuren una mayor cantidad de contenido, abriendo la posibilidad a que se restrinja la circulación de discursos que deben ser especialmente protegidos (como el vinculado con cuestiones de interés público), sobre todo cuando las decisiones se toman a partir de categorías tan vagas como el de “noticias falsas”.

Así, por ejemplo, la Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación en contextos electorales señala que cuando las empresas de internet por las que circula la información se ven ante la amenaza de responder económicamente por el contenido de los

³⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Halabi, Ernesto c/ P.E.N. Ley 25873-Dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986 (Fallos 332:111).

usuarios, el incentivo económico controla sus acciones y su respuesta suele ser *más amplia y abarcativa que el mandato que reciben y termina silenciando mucho más contenido del verdaderamente necesario*, y destaca que esta dinámica se denunció *en Alemania tras la aprobación a fines de 2017 de una ley que ordena a las plataformas dar de baja el contenido “manifiestamente ilegal”, una vez tengan “noticia” de este contenido por cualquier vía, incluso sin la intervención de una autoridad pública.*³⁹

De tal modo, el saldo de responsabilizar civilmente a los motores de búsqueda y redes sociales por campañas de desinformación generadas por sus usuarios o a través de sus plataformas, bien podría ser que el problema para el funcionamiento institucional se mantenga y se agregue un costo adicional por las censuras “injustificadas”.

Por estos motivos, las recomendaciones de la RELE a los Estados de la OEA van en la línea de *evitar establecer marcos regulatorios que responsabilicen a intermediarios por contenidos producidos por terceros* y, en cambio, *realizar acciones positivas de educación, capacitación y concientización sobre el fenómeno de la desinformación o resguardar el principio de la neutralidad de la red*, por ejemplo.⁴⁰

De todos modos, para que sea un camino virtuoso, que maximice las capacidades de expresión que brinda la red y al mismo tiempo minimice sus perjuicios en el funcionamiento de las instituciones políticas, es necesario que se involucren las empresas intermediarias, en especial las redes sociales, y es por ello que la RELE también emitió recomendaciones para ellas, a fin de que adopten medidas en ese sentido.⁴¹

De hecho, ya hace tiempo que esas empresas están adoptando medidas para evitar la propagación de información falsas en sus plataformas. Estas medidas están focalizadas tanto en campañas de alfabetización digital como en retoques en sus políticas de moderación de contenidos. Estas últimas van desde alianzas con organismos de la sociedad civil dedicados a la verificación de hechos (*fact checking*) y la

³⁹ Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión, “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales”, cit., ver pág. 27.

⁴⁰ *Ibíd.*, ver pág. 34 y ss.

⁴¹ *Ibíd.*, ver pág. 44 y ss.

implementación de un etiquetado (*flagging*) de ciertos contenidos, a la adopción de medidas más extremas como bloquear ciertos contenidos o la suspensión o baja de cuentas.⁴²

De todos modos, es esperable que sea un camino que las empresas intermediarias transiten con cierto cuidado. Es que más allá de los problemas que podrían traer para el éxito de sus plataformas, abre la puerta a nuevos intentos por responsabilizarlas civilmente. Por un lado, más obvio, por parte de los usuarios que se vean perjudicados por estas prácticas. Pero, por otra parte, el empleo más intensivo de sus facultades de moderación de contenidos reactualiza el debate sobre el rol que desempeñan en el ecosistema digital, pues podría acercarlos aún más a una función de editorialización y alejarlos de un rol de mero anfitrión o moderador.

De este modo, paradójicamente, la evolución de esta discusión podría llevarnos exactamente al punto de partida.

Bibliografía

- AA. VV., “Papeles de trabajo de los principios de Manila”. Última consulta: 16 de marzo de 2021, disponible en <https://www.eff.org/document/manila-principles-background-paper-10>.
- ADC y otras, “Desinformación en internet en contextos electorales de América Latina y el Caribe Contribución regional de organizaciones de la sociedad civil ligadas a los Derechos Humanos en el entorno digital”. Última consulta: 4 de marzo de 2021, disponible en <https://adc.org.ar/wp-content/>

⁴² Para un desarrollo detallado de las medidas adoptadas por Facebook, Google y Twitter ver C. Cortes; L. Isaza, “Noticias falsas en internet: la estrategia para combatir la desinformación”, cit., pp. 80 y Ss.

- uploads/2019/06/Consulta-publica-desinformacion-en-contextos-electorales_contribucion-regional-ALSur.pdf.
- Calvo, E.; Aruguete, N., *Fake news, trolls y otros encantos*, 2da, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2020.
- Carducci, P. S., “Responsabilidad de los intermediarios por los contenidos vinculados. Reflexiones para la era digital”, *En Letra*, vol. 4, 2015, (Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación). Última consulta: 1º de julio de 2020, disponible en <https://enletra.files.wordpress.com/2015/09/el-4-i-carducci.pdf>.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios y Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ *habeas data* (Fallos: 340:1236).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Halabi, Ernesto c/ P.E.N.- Ley 25873-Dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986 (Fallos 332:111).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Paquez, José c/ Google Inc. s/ medidas precautorias, 2019.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Patitó, José Ángel y otro c/ diario *La Nación* y otros (Fallos: 331:1530).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios (Fallos 337:1174).
- Cortes, C.; Isaza, L., “Noticias falsas en internet: la estrategia para combatir la desinformación”, en Agustina del Campo (comp.), *Internet y derechos humanos III: aportes para la discusión en América Latina*. CELE, 2019.
- Cortés Castillo, C., “Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en internet y el impacto en el entorno digital”, en Bertoni, Eduardo (comp.), *Internet y Derechos Humanos. Aportes para la discusión en América Latina*, CELE, 2014.
- Ferrari, V.; Shcnidrig, D., *Responsabilidad de los intermediarios y derecho al olvido. Aportes para la discusión legislativa en Argentina*, CELE. Disponible en https://www.palermo.edu/cele/pdf/Policy_Paper_Derecho_al_Olvido.pdf.
- Levy Daniel, M.; Aguerre, C., *Intermediarios en internet. Consideraciones para reflexionar en el contexto de Argentina*, CETYS, 2019. Última consulta: 19 de marzo de 2021, disponible en <https://repositorio.udes.edu.ar/jspui/bitstream/10908/16475/1/%5BP%5D%5BW%5D%20DT2019-2%20Aguerre%20-%20Levy.pdf>.

- Mackinnon, R., *Fostering Freedom Online. The Role of Internet Intermediaries*. Última consulta: 14 de marzo de 2021, disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000231162>.
- Meléndez Juárez, H. A., “Intermediarios y libertad de expresión: apuntes para una conversación”, en Bertoni Eduardo (comp.), *Hacia una internet libre de censura. Propuestas para América Latina*, CELE. Última consulta: 4 de junio de 2021, disponible en https://www.palermo.edu/cele/pdf/internet_libre_de_censura_libro.pdf.
- Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión, “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales”.
- Rua, J. C., “Libertad de expresión, igualdad y discursos discriminatorios”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Thomson & Reuters, 2018.

La persecución penal de la divulgación de fake news. Problemas teóricos y prácticos

Ignacio Calvi, Luciana Cánepa y Natalia Varela

1. Introducción

Durante el presente trabajo se desarrollará el rol del derecho penal como *ultima ratio* y como limitante del poder punitivo, para lo que analizaremos de modo muy liminar las teorías de Eugenio Zaffaroni y Luigi Ferrajoli.

Para un correcto relato, haremos eje en el concepto de bien jurídico y su importancia en el sistema penal, analizando las posibles afectaciones a diversos bienes jurídicos que implica el uso y la proliferación de *fake news*.

A su vez, se analizará el fenómeno de las noticias falsas y lo que ello impacta en el sistema democrático, por otro lado se desarrollará la respuesta penal hasta el momento dada por el sistema: la intimidación pública.

En función de eso, se trabajará sobre el tipo penal en cuestión, bien jurídico que pretende tutelar, su composición, sus elementos y la interpretación posible desde los tribunales de justicia.

Por último, emprenderemos el estudio sobre la necesidad o no de la creación de un tipo penal sobre la materia, sus alcances y problemas que ello significa para la libertad de expresión.

2. Derecho penal y *fake news*: tensiones y desafíos

Como sucede con casi todas las cuestiones vinculadas con las ciencias sociales en general y el derecho en particular, siempre que se intenta explicar o teorizar sobre un tema con cierta honestidad intelectual es menester comenzar aclarando desde qué lugar o bajo qué paradigmas se está abordando la cuestión.

Este capítulo nos convoca a analizar si la propagación de cierto tipo de noticias falsas o *fake news* debe ser criminalizada. Es por ello que previo a adentrarnos a responder dicho interrogante resulta necesario aclarar qué entendemos por derecho penal, ya que en gran medida de eso dependerá la respuesta que podamos brindar.

Si un lector desentendido totalmente del derecho pero interesado en la temática que cohesiona este libro, las *fake news*, busca en Wikipedia qué es el derecho penal le va a aparecer: *es la rama del derecho público que regula la potestad punitiva (ius puniendi) del Estado y que se trata de una rama del derecho que se encarga de normar y concebir las capacidades punitivas, es decir, de castigo, que se reserva el Estado para aquellos que violentan las normas de convivencia o de conducta.*¹

Si bien eso es estrictamente cierto, lo que verdaderamente interesa es qué se va a ponderar al momento de regular conductas y posteriormente qué tratamiento se les va a dar a estas, ya que es a partir de ello que podremos dar respuesta al interrogante planteado al comienzo de este capítulo.

Sin extendernos demasiado, ¡alerta *spoilers!*, entendemos que el derecho penal lejos de servir para ampliar el espectro de criminalización y de aplicación del poder punitivo tiene, debería tener, una función limitante de este. En palabras del profesor Eugenio Raúl Zaffaroni, el derecho penal es *la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho.*²

¹ Wikipedia, “Derecho penal”. Última consulta: 18 de marzo de 2021, disponible en https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_penal.

² E. R. Zaffaroni; A. Alagia; A. Slokar, *Derecho penal: parte general*, 2. ed, Buenos Aires, EDIAR, 2002, p. 5.

Cuando se habla de criminalizar conductas como la creación y/o divulgación de noticias falsas, no debe perderse de vista que el acento está puesto en el empleo de violencia como respuesta al conflicto que genera dicha conducta y no en solucionarlo.

Es por ello que numerosos doctrinarios coinciden en entender al derecho penal como *ultima ratio*. Así, por ejemplo, Alberto Binder entiende que se trata de un límite a la política criminal y advierte que existe una innegable debilidad en la consagración normativa de este principio. No obstante, entiende que la vigencia de aquel y su aplicación práctica le vienen dadas por su propio carácter de límite a la política criminal.³

En este sentido, el autor aclara que no es una restricción o límite externo al ejercicio del poder penal –como es, por ejemplo, el sistema de garantías–, sino un límite interno, una condición de eficiencia de la política criminal:

el conjunto de reglas y principios que se expresan con ese nombre (ultima ratio) son los grandes reguladores de una política criminal de base democrática (...) este conjunto de límites, propios de la política criminal, no funcionan como restricciones, es decir, como límites que, de algún modo y por razones más que justificadas, dificultan obtener resultados propios de la política criminal, como, por ejemplo, podríamos ser más ´eficaces´ si torturamos a las personas. Estos límites funcionan de una manera distinta: ellos son condiciones positivas de la eficacia de la política criminal.⁴

Continuando con el análisis, afirma que, en función de este principio, *si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se debe utilizar esto.⁵*

³ A. M. Binder, *Derecho procesal penal*. Tomo II, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014, p. 223.

⁴ *Ibíd.*

⁵ *Ibíd.*, p. 213.

Tal como añade el propio autor, se trata de un principio relacional ya que se refiere a la *primacía de otros instrumentos de intervención*. No existe ultima ratio sino en referencia a otros instrumentos que deben ser utilizados antes que la intervención violenta. No se trata de “poca violencia” sino de otros instrumentos de gestión del conflicto siempre y antes del instrumento violento.⁶

En suma, la respuesta penal es por definición punitiva. Aun en aquellos supuestos en los que se busca una forma alternativa a la prisión, la amenaza coercitiva para el caso en que el método alternativo de resolver el conflicto falle, persiste. Por ende, al momento de analizar si deben sumarse al espectro de conductas pasibles de ser sancionadas penalmente debe tenerse en cuenta, que no solo no se resolverá el conflicto sino que se ampliará el alcance del poder punitivo del Estado.

Cabe agregar las palabras de Ferrajoli al respecto: *El primero y más elemental criterio es el de justificar las prohibiciones solo cuando se dirigen a impedir ataques concretos a bienes fundamentales de tipo individual o social y, en todo caso, externos al derecho mismo.*⁷

Ahora, ¿qué son las *fake news* y por qué nos interesa analizar si su uso amerita una respuesta penal? Las reglas de juego de la democracia se ven amenazadas por el uso de las redes sociales, lo que acontece en un mundo virtual cada vez más creciente, con influencia directa como fuente de información que gana adeptos en la sociedad, la información que se reproduce en las redes sociales se ha transformado en una herramienta para la construcción de núcleos duros.⁸

La regulación de internet, en este sentido, parece encontrar algunos escollos en tanto

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,

⁶ *Ibíd.*, p. 231.

⁷ L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9^o edición, Madrid, Trotta, 2009, p. 472.

⁸ Mediante el uso de noticias que reafirman las convicciones del lector-militante.

*atendiendo sus particularidades; y la CIDH ha afirmado que internet se ha desarrollado a partir de determinados principios de diseño, cuya aplicación ha propiciado y permitido que el ambiente en línea sea un espacio descentralizado, abierto y neutral. Es importante que cualquier regulación que se produzca [...] mantenga las características básicas del entorno original, potenciando su capacidad democratizadora e impulsando el acceso universal y sin discriminación.*⁹

Cuando pensamos en *fake news* debiéramos preguntarnos: ¿por qué creemos en cosas que son obviamente falsas?, porque pocas cosas en el mundo son realmente obvias, la mayoría de nuestras certezas están mediadas por sujetos, comunidades e instituciones en las que confiamos.¹⁰

Con cita a Silvio Waisbord, Calvo y Argurete explican: *cuando no hay consenso, las news se convierten en fake news. Mientras la polarización avance, los pilares que sostienen nuestras creencias serán distintos a los que sostienen las convicciones de nuestros vecinos.*¹¹

Este fenómeno moderno ha llamado la atención de diversas ramas de las ciencias sociales por su complejidad y por la pluralidad de efectos en la vida cotidiana. El derecho no puede ser ajeno y el derecho penal en particular se exige un debate al respecto. ¿Podemos penar la producción, la divulgación o la masificación de las *fake news*? ¿Hay un límite a la libertad de expresión bajo la amenaza penal?

Se podría llegar a sostener que la divulgación de una noticia falsa puede generar inseguridad, temor, desconcierto, desinformación en la sociedad que recibe esa noticia. Ejemplo de esto fue lo que vivimos en el inicio y transcurso de la pandemia ocasionada por el COVID-19, cuando en diferentes oportunidades periodistas, funcionarios judiciales, políticos, hasta *influencers* colapsaron la televisión, radio y redes sociales dando información incorrecta sobre lo que estaba ocurrien-

⁹ R. para la L. de Expresión. CIDH, *Libertad de expresión e internet*, 2013.

¹⁰ E. Calvo; N. Aruguete, *Fake news, trolls y otros encantos: cómo funcionan (para bien y para mal) las redes sociales*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2020, p. 39.

¹¹ *Ibíd.*, p. 41.

do, poniendo en duda las medidas tomadas por el gobierno nacional en el marco de la cuarentena, impactando directamente en la vida de los ciudadanos.

Como señalamos anteriormente, una perspectiva de derecho penal mínimo –con la que comulgamos– nos lleva a responder de modo negativo a esas preguntas, pero lo cierto es que se han observado intentos por reglar estas prácticas en otros países y, en el nuestro, se ha optado por “echar mano” al tipo penal de la intimidación pública.

Nos adentraremos en esas cuestiones en el siguiente apartado.

3. Un análisis dogmático de la persecución penal de la divulgación

Ha existido (y existe) una tendencia a querer regular la información circulante en internet y, en especial, lo referente a las *fake news*. Un caso interesante por su cercanía normativa, resulta la reforma introducida al Código Penal del Estado de Veracruz que sanciona la emisión de expresiones “falsas” cuyo contenido “perturbe el orden público”.

Allí, el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos promovió una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 373 del Código Penal del Estado de Veracruz, y la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México accedió a la solicitud por ser aquella una medida que no satisface la exigencia de necesidad y resulta desproporcionada conforme a los estándares internacionales y mexicanos sobre restricciones a la libertad de expresión.

Cabe señalar que el artículo 373 del Código Penal de Veracruz establecía lo siguiente: *A quien, por cualquier medio, afirme falsamente la existencia de aparatos explosivos u otros; de ataques con armas de fuego; o de sustancias químicas, biológicas o tóxicas que puedan causar daño a la salud; ocasionando la perturbación del orden público, se le impondrá prisión de uno a cuatro años 218 módulo 4 y multa de quinientos a mil días de salario, atendiendo a la alarma o perturbación del orden efectivamente producida.*

Para el demandante, el tipo penal transcrito apareja una restricción arbitraria del derecho a la libertad de expresión. En su criterio, si bien la norma tiene como fin mantener el orden público, la imposición de una sanción penal restrictiva de la libertad personal como consecuencia de la conducta establecida en el tipo penal, no resulta ser una medida

necesaria en una sociedad democrática. Al respecto, señala que solo está permitido acudir al Derecho Penal como límite a la libertad de expresión cuando se está frente a conductas, precisamente descritas, que revistan una extrema gravedad. Considera que la norma demandada no es proporcional, pues no “guarda un equilibrio entre los beneficios y los daños que la misma genera” e indica que la redacción de la norma demandada viola el principio de legalidad penal y afecta la seguridad jurídica.

La Suprema Corte de Justicia declaró la inconstitucionalidad de la norma demanda. A su juicio, dicha disposición es violatoria de la libertad de expresión dado que, por su ambigüedad permite que una persona que actúe de buena fe y con suficiente diligencia termine siendo condenada por “difundir información falsa” que cause una perturbación al orden público. Esto es así, por que la disposición no establece los parámetros que permiten calificar lo expresado como “falso”, por lo que esta cuestión resultaría siendo decidida discrecionalmente por cada operador judicial. En estas condiciones, las personas en general, y en particular los periodistas, tendrían que enfrentarse al riesgo de ser sancionados penalmente por informar sobre amenazas a la seguridad, pese a haber actuado de manera diligente y de buena fe.

En su análisis, la Corte indica que el derecho a la libertad de expresión tiene una doble dimensión: por un lado, es expresión de la autonomía personal y, por el otro, tienen una “vertiente pública” o social, esencial para el adecuado funcionamiento de una democracia representativa.

En este contexto, indicó la Corte que el ejercicio de la libertad de expresión mediante las redes sociales tiene una marcada importancia para la realización de las libertades políticas. Por esta razón, los límites a este derecho deben ser cuidadosamente definidos.

La Suprema Corte recordó, que en virtud de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), los límites a la libertad de expresión deben:

1. fundarse en las causales autorizadas por el derecho internacional, relacionadas con conductas de extrema gravedad;
2. estar definidos de manera detallada y previa en la ley;
3. perseguir un fin legítimo;
4. ser necesarios para asegurar ese fin, lo que implica escoger la medida que procure aquel fin al menor costo para la libertad de expresión, y
5. la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.

Empleando los criterios mencionados, la Corte indicó que una de las finalidades en virtud de las cuales la Constitución mexicana y la Convención Americana de Derechos Humanos permiten la restricción de la libertad de expresión es la defensa del orden público. Esa restricción puede hacerse a través del Derecho Penal cuando se afecten las condiciones básicas para el funcionamiento de las instituciones democráticas.

Sin embargo, a juicio de la Corte, esta última condición no se cumple en la hipótesis consagrada en la norma demandada, pues aunque persigue un fin legítimo, por su ambigüedad y falta de precisión, no se edifica como el mecanismo menos restrictivo de las libertades de expresión y de información para alcanzar dicha finalidad. En este sentido, afirma que la protección del orden público puede alcanzarse razonablemente por un medio menos restrictivo a la libertad de expresión.

Para la Corte, dada su ambigüedad, la norma demandada limita no solo expresiones protegidas por no poner en riesgo la institucionalidad democrática, sino que, incluso establece límites a expresiones de interés público que el derecho internacional ha catalogado como expresiones especialmente protegidas. Recuerda la Corte que frente a los límites impuestos a este tipo de expresiones, es indispensable emplear un juicio estricto de constitucionalidad, el cual formula exigencias que la norma no satisface.¹²

En efecto, en su análisis la Corte encontró que la norma no se ajusta a los mandatos del principio de estricta legalidad pues:

1. su verbo rector permite la sanción, no solo de expresiones dolosas sino de cualquier expresión que no se ajuste a la veracidad de los hechos con independencia de la voluntad de quien se expresa, y
2. la voz u otros pudiera representar tanto aparatos análogos a los explosivos como otros distintos a estos que resultan indeterminados.

Esta última situación representa una vaguedad potencial y abre la puerta a la imposición de penas de manera analógica.

¹² Suprema Corte de México, *Acción de inconstitucionalidad. Reforma del artículo 373 del código penal del Estado de Veracruz*, 2013. Disponible en <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=132774>.

Por las razones anteriores, la Corte llegó a la conclusión de que el tipo penal demandado no establece un límite legítimo a la libertad de expresión, dado que no es lo suficientemente preciso ni establece como condición la intención dolosa de mentir y generar un daño.

Asimismo, la Corte indicó que la norma no tiene en cuenta la necesaria protección del reporte fiel, pues conduce a sancionar a quien, de buena fe, reproduce exactamente lo expresado por su fuente, en caso de que la información resulte inexacta.¹³

Más allá de lo analizado por la Corte mexicana, corresponde adentrarnos en la respuesta posible de nuestro ordenamiento jurídico.¹⁴ Para eso nos preguntamos: ¿se debe criminalizar a los creadores o a los que divulgan noticias falsas? ¿Por qué? ¿Qué perjuicio genera la divulgación de una noticia falsa? ¿El derecho penal debe intervenir en ese conflicto?

Estas son algunas de las tantas preguntas que nos hicimos a la hora de abordar este trabajo y, como ya adelantamos, no creemos tener las respuestas a estos interrogantes, pero corresponde analizar el tipo penal escogido para la criminalización de la divulgación de una noticia falsa.

Tal como lo señalamos anteriormente, el derecho penal es de *ultima ratio* una de las características del Estado de derecho que establece un programa no violento de organización de la sociedad¹⁵, esto significa que ante un conflicto debe utilizarse como última opción, toda vez que posee un alto grado de violencia en su respuesta: la cárcel. El derecho penal aparece cuando existe un conflicto y en el marco de esa situación el Estado decide absorberlo porque tiene como objetivo generar menos violencia de lo que se generaría si quedara en manos de los involucrados, situación que en la realidad no ocurre ya que en la mayoría de los casos la resolución de esos conflictos se lleva a cabo a través del uso del poder punitivo.

Sin embargo, y más allá de los cuestionamientos que podemos hacer a la aplicación del derecho penal los cuales no son objeto de este

¹³ Columbia University, *Banco de jurisprudencia sobre libertad de expresión en español*. *Global Freedom Expression*. Disponible en <http://bit.ly/2p9Ip9w>.

¹⁴ Ministerio Público Fiscal, “Indagarán a un acusado de alertar falsamente por YouTube sobre una situación de colapso en el Hospital Posadas”, cit.

¹⁵ A. M. Binder, *Introducción al derecho penal*, Buenos Aires, AD-HOC, 2004, p. 39.

trabajo, debemos señalar por otra parte que uno de los objetivos de creación de los tipos penales es establecer reglas generales que sirvan para imputar cualquier hecho punible a determinadas personas a las que se atribuye responsabilidad por haberlo cometido. En esta línea, se caracterizó al delito como un daño social considerando al bien jurídico como un punto de partida para la creación de una norma que prohíbe un determinado comportamiento. La existencia de los bienes jurídicos no surge de las normas sino de la vida social.¹⁶

Entonces, si hasta el momento tenemos que en el marco de la aplicación del derecho penal debe existir un conflicto y una afectación a un bien jurídico, debemos analizar qué conflicto genera una falsa noticia. Y, en ese caso, qué bien jurídico afecta. Veamos si logramos responder estas preguntas.

Una noticia falsa tiene como significado informar algo que es incierto o contrario a la verdad, pero esto por sí solo no genera efectos, a lo sumo producirá indignación, bronca y hasta podrá llegar a tener algún reclamo en el ámbito en el que se dice, pero para que sea captada por el derecho penal en principio debe afectar algún bien jurídico. Entonces nos tendríamos que repreguntar: ¿cuándo una noticia falsa se convierte en delito? ¿Nuestro ordenamiento jurídico tiene alguna figura penal que englobe esta acción? ¿Qué bien jurídico afecta una noticia falsa?

Entonces es aquí la cuestión, para que pueda ser perseguido penalmente el que cree, produzca, divulgue o difunda una noticia falsa debe generar una afectación al bien jurídico y a partir de esto tenemos que estudiar si existe hoy en nuestro código penal alguna norma que encuadre con este accionar.

En la actualidad del listado de delitos que tenemos, la creación y/o divulgación de noticias falsas podría llegar a encuadrar en el delito de intimidación pública. Veamos.

En el art. 211 del Código Penal se regula el delito de intimidación pública: *Será reprimido con prisión de dos a seis años, el que, para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes, hiciere señales, diere voces de alarma, amenazare con la comisión de un delito*

¹⁶ E. Righi, *Derecho penal. Parte general*, Segunda edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2018, pp. 117-123.

de peligro común, o empleare otros medios materiales normalmente idóneos para producir tales efectos.

Cuando para ello se empleare explosivos, agresivos químicos o materias afines, siempre que el hecho no constituya delito contra la seguridad pública la pena será de prisión de tres a 10 años.

Esta figura penal se encuentra, junto a otras, dentro del título VIII identificado como “delitos contra el orden público”, en el cual se configuran hechos que perturban la vida colectiva por los efectos que producen, como ser miedo, temor e intranquilidad en los individuos frente a la incertidumbre de que esos hechos se lleven a cabo. A partir de esto, la doctrina mayoritaria afirma que el bien jurídico afectado es la tranquilidad pública.¹⁷

En esta línea, los autores penalistas Carlos Creus y Ricardo Nuñez definieron a la tranquilidad pública como *la sensación o la situación subjetiva de sosiego de las personas integrantes de la sociedad, nacida de la confianza de que puedan vivir en una atmósfera de paz social, puesto que sus individuos ajustarán sus conductas a las reglas fundamentales de la convivencia.*¹⁸

En el caso puntual del delito de intimidación pública se penan conductas que tengan la aptitud de quebrar la tranquilidad, en este sentido lo que se reprime o se castiga es el hecho de alarmar, de infundir temor o miedo público. Vale señalar que, si bien este delito no exige para consumarse el logro de los resultados propuestos, sí es necesario que la acción haya creado la posibilidad de alarma, del tumulto o del desorden, como peligro que haya existido.¹⁹

Ahora bien, en el propio artículo se establece cuáles son las acciones típicas que se consideran como constitutivas de esta figura: *hacer señales, dar voces de alarma, amenazar con la comisión de un delito de peligro común o emplear otros medios materiales normalmente idóneos para producir tales efectos*, pero lo importante de estas acciones es que deben trascender para que se logre ser configurado el delito. En este sentido, algunos autores consideran: *la comunicación masiva e indis-*

¹⁷ J. E. Buompadre, *Derecho penal: parte especial doctrina y gráficos*, 2019, p. 503.

¹⁸ A. J. D'Alessio; M. Divito, *Código penal de la nación: comentado y anotado*, 2014, p. 1018.

¹⁹ *Ibíd.*, pp. 1055-1056.

*criminada por medio de internet de la existencia de una falsa enfermedad contagiosa y mortal constituye el delito de intimidación pública, en cambio, si el autor de dicha información solo envía mensajes a un número de personas determinadas, no habrá delito...es útil observar que el autor debe tener la finalidad de crear una alarma social o una situación de intranquilidad pública para generar desórdenes o suscitar tumultos o desordenes.*²⁰

Estas acciones típicas pueden ser llevadas a cabo por cualquiera, por lo que se considera un delito común al no ser exigido cualidad alguna en la persona del autor. Ahora bien, respecto al sujeto pasivo de este delito²¹ se considera que la acción o conducta influya sobre un número indeterminado de personas o una comunidad determinada, lo trascendente de esto es que la acción de infundir temor abarque a un colectivo importante de personas.²² El autor del hecho no solo debe tener conocimiento y voluntad de realizar los elementos que integran esta figura, sino que además debe existir en él la ultra intención de infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes.²³

Entonces, luego de haber analizado brevemente los elementos que deben existir para que se configure el delito de intimidación pública, creemos que no estamos a la altura de afirmar o de sostener que divulgar o crear noticias falsas encuadre tal como está ahora redactado en el delito de intimidación pública. Asimismo nos debemos preguntar si aplicando el derecho penal en estos casos no se vería afectado el derecho a la libertad de expresión.

Retomando el estudio comparado algunos gobiernos tomaron medidas concretas respecto al fenómeno de las *fake news*, porque se consideran una amenaza para la democracia. Un ejemplo de ello es Alemania que en 2017 aprobó una ley para mejorar la aplicación de

²⁰ G. Aboso, *Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia.*, 5a, Bdef, 2018, p. 1263.

²¹ En el derecho penal se distingue al sujeto activo como aquel que realiza la acción delictual y sujeto pasivo aquel que es el receptor de esa acción.

²² G. Aboso, *Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia.*, cit., p. 1263.

²³ A. J. D'Alessio; M. Divito, *Código penal de la nación*, cit., p. 1057.

las normas penales que regulan los delitos de expresión en las redes sociales.²⁴

Sin embargo, se considera que tantos esfuerzos para regular este fenómeno puede fallar, así lo sostienen Javier De Luca y Yamila Linares al señalar : *se llega a la conclusión de que estamos frente a fenómenos que no es posible combatir a través de prohibiciones legales que actúe de manera preventiva.*²⁵

En este sentido, los autores hacen referencia a:

*los parámetros y estándares internacionales en la materia aconsejan circunscribir el uso del derecho penal a casos graves y excepcionales. Como regla general, en base al principio de intervención mínima o de ultima ratio del derecho penal, la intervención del aparato estatal con relación a expresiones consideradas adecuadas o dañinas resulta una forma de reacción desproporcionada.*²⁶

Otro ejemplo es España que, durante 2020 en pleno pico de la pandemia, tomó cartas en el asunto de la divulgación de noticias falsas y desde el Ministerio Público iniciaron varias investigaciones penales por la difusión masiva de estas noticias en las redes sociales. En esta línea, se señaló que las noticias falsas no estaban contempladas como delito en el Código Penal de España y sostuvieron que criminalizarlas como tal atentaría a la libertad de expresión por lo que se centraron en las consecuencias penales que puedan derivarse de esas noticias.²⁷

Como adelantamos, la sanción y regulación de las *fake news* posee una serie de inconvenientes en función de que su regulación encontraría una tensión con la libertad de expresión, tal como desarrolló de modo correcto la Suprema Corte de México al analizar el caso de

²⁴ J. De Luca; Y. Lizza, “Fake new: cibercriminalidad y libertad de expresión en internet”, en *Sistema penal e informática. Cibercrimitos. Evidencia digital. Tics. 1*, vol. Tomo 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2019, p. 55.

²⁵ *Ibíd.*, p. 56.

²⁶ J. De Luca; Y. Lizza, “Fake new: cibercriminalidad y libertad de expresión en internet”, cit.

²⁷ C. M. Joly, “Las fake news y el derecho penal. ¿Mentir es delito?”, *Hay Derecho*.

Veracruz. Cualquier norma penal que no se limite a penar conductas dolosas y de extrema gravedad, definidas expresamente de manera detallada y previa en la ley y que persiga un fin legítimo se transforma en una normativa incompatible con el sistema interamericano.²⁸

Por tanto, entendemos que de tipificarse a las *fake news* como delito, estas deben afectar a un bien jurídico tutelado para que se aplique el derecho penal, pero mientras que eso no suceda y no establezcamos qué bien jurídico se afecta, el poder punitivo no puede ni debe actuar.

4. Conclusiones

Escapa a los fines de este capítulo, y del libro en general, analizar las intenciones de la pena y la utilidad de la prisión. Sin embargo, consideramos sumamente necesario hacer un análisis profundo de la cuestión que permita desentrañar los motivos por los cuales, a nuestro criterio, no es conveniente criminalizar la divulgación de noticias falsas.

No desconocemos los efectos que pueden llegar a generar ese tipo de noticias, lo hemos vivido antes y durante esta pandemia y probablemente, se intensifique con el correr del tiempo, pero lo cierto es que entendemos que las bases del derecho penal que rige hoy en día en nuestro país no permiten su intromisión en ese conflicto.

Sin perjuicio de algunos avances en la materia, generalmente el derecho penal no soluciona conflictos, sino que su función es expropiarlos de la sociedad y devolverlos a esta con el menor contenido de violencia posible. Dice Ferrajoli:

(...) un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal, el modelo de “estricta legalidad” (...) propio del estado de derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de víncu-

²⁸ Corte IDH, *Usón Ramírez vs. Venezuela (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas)*, cit., párr. 55.

*los impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es garantista, todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.*²⁹

En este caso la criminalización de la difusión de noticias falsas no solo no soluciona problema que ellas generan, sino que provocaría aún más violencia e incertidumbre en la ciudadanía respecto de hasta dónde ejercer su derecho a la libertad de expresión, ya que nadie se encuentra exento de creer genuinamente que lo que postea es verdadero cuando en realidad no lo es.

El hecho de que la difusión de *fake news* genere un daño no tiene por qué ser abordado por el derecho penal. Son infinitos los ejemplos de acciones que producen daño y no se encuentran bajo la red del derecho penal.

No obstante ello, no es un tema que deba subestimarse, los daños que pueden generar en el desarrollo de la vida en sociedad son incommensurables, por lo que consideramos que deben implementarse de manera urgente medidas que colaboren con que la sociedad en su conjunto tenga acceso a la información que afecta de manera directa o indirecta sus derechos, así como también poner a disposición de la ciudadanía herramientas que le permitan discernir entre contenidos real del que no lo es.

Para finalizar, entendemos que para el caso que se considere que la creación y difusión de noticias falsas sí es pasible de ser perseguidas penalmente, la cuestión debe abordarse con figuras penales diseñadas tomando en consideración los tiempos que corren, la lógica y arquitectura de las redes sociales y páginas web, en tratar de maquillar o remozar figuras que fueron diseñadas para otras circunstancias en un mundo del que ya poco queda. Para ello, los legisladores deberán poner especial atención en que la figura penal diseñada no sirva para limitar la libertad de expresión y censurar a quienes deciden participar del debate público en la red, que hoy por hoy es el equivalente al espacio público. En este sentido, será de suma importancia definir de manera clara, precisa y taxativa bajo qué circunstancias se considerará delito la

²⁹ L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, cit., pp. 851-852.

creación y difusión de noticias falsas. Al tiempo que se deberá dar un debate en torno a quiénes serían los sujetos activos de ese tipo penal.

Bibliografía

- Aboso, G., Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia, 5° edición, Bdef, 2018.
- Binder, A. M., *Derecho procesal penal*. Tomo II, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2014.
- Binder, A. M., *Introducción al derecho penal*, Buenos Aires, AD-HOC, 2004.
- Buompadre, J. E., *Derecho penal: parte especial doctrina y gráficos*, 2019.
- Calvo, E.; Aruguete, N., *Fake news, trolls y otros encantos: cómo funcionan (para bien y para mal) las redes sociales*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2020.
- CIDH, R. para la L. de Expresión., “Libertad de expresión e internet”, 2013.
- Columbia University, “Banco de Jurisprudencia sobre Libertad de Expresión en español. *Global Freedom Expression*”. Disponible en <http://bit.ly/2p9Ip9w>.
- D’Alessio, A. J.; Divito, M., *Código penal de la nación: comentado y anotado*, 2014.
- De Luca, J.; Luzza, Y., “*Fake new: cibercriminalidad y libertad de expresión en internet*”, en *Sistema penal e informática. Ciberdelitos. Evidencia digital*. Tic. 1, vol. Tomo 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2019.
- Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9°, Madrid, Trotta, 2009.
- Joly, C. M., “*Las fake news y el derecho penal. ¿Mentir es delito?*”, Cristina Molíns Joly, *Hay Derecho*. Disponible en <https://hayderecho.expansion.com/2020/05/11/las-fake-news-y-el-derecho-penal-mentir-es-delito/>.
- Ministerio Público Fiscal, “Indagarán a un acusado de alertar falsamente por YouTube sobre una situación de colapso en el Hospital Posadas”, Ministerio Público Fiscal, Fiscales. Disponible en <https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/indagaran-a-un-acusado->

de-alertar-falsamente-por-youtube-sobre-una-situacion-de-colapso-en-el-hospital-posadas/.

Righi, E., *Derecho penal. Parte general*, Segunda edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2018.

Suprema Corte de México, Acción de Inconstitucionalidad. Reforma del artículo 373 del Código Penal del estado de Veracruz, 2013, Disponible en <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=132774>.

Wikipedia, "Derecho penal". Disponible en https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_penal.

Zaffaroni, E. R.; Alagia, A.; Slokar, A., *Derecho penal: parte general*, 2° ed., Buenos Aires, EDIAR, 2002.

Explorando la responsabilidad por daños colectivos causados por la desinformación

Ignacio Calvi

1. Introducción

Este capítulo pretende presentar el estado actual de los procesos colectivos, su clasificación dogmática, los problemas derivados de la legitimación y su función en relación con el derecho de daños a partir del nuevo Código Civil y Comercial.

A su vez, se abordará la protección que emana del sistema normativo respecto a las *fake news* y su posible respuesta en un proceso colectivo, con los interrogantes derivados del tipo de resarcimiento posible.

Las nuevas tecnologías han modificado de modo significativo nuestra cotidianeidad y las redes sociales, especialmente, de modo paulatino se convirtieron en parte determinante de nuestras vidas. ¿Cuántas horas pasamos en redes sociales al día, a la semana o al mes? En mi caso, en un análisis muy simple realizado hace unos meses, casi tres horas diarias.

Gran parte de nuestro tiempo se canaliza a través de las redes sociales: Instagram, WhatsApp, Facebook o Twitter son plataformas en las que no solo saludamos a la “Tía Pocha” que vive en Ranelagh, sino que se han constituido como una fuente de información. Una parte importante de la sociedad recurre a ellas para saber el estado del tránsito o

“qué está pasando” en función de las tendencias que esas mismas plataformas generan. Las *fake news* deben ser entendidas en ese contexto.

La red social pretende que cada uno de nosotros pase la mayor parte del tiempo en ellas, para ello se genera un algoritmo personal que identifica nuestros intereses y nos va dando esa información de modo recurrente para que sigamos allí.

Esta forma de presentar los datos nos genera cierta sensación de confort y, a su vez, una reafirmación de nuestros principios: si entendemos que la Tierra es plana y vemos noticias sobre ello, pasaremos más tiempo en la red, a su vez “ratificaremos” nuestro convencimiento.

Así planteado, si bien el problema pareciera ser un conjunto de jóvenes que desaprobó geografía hasta el hartazgo y hará banderazos en la 9 de Julio exigiendo el cambio del libro de Kapelusz de 5to. Grado sin demasiada influencia en la vida de la mayoría de nosotros, lo cierto es que en ciertos casos las noticias falsas tienen el potencial para afectar el normal desempeño de una política pública y su viralización alcanza niveles extremos.

2. Las acciones colectivas en el derecho argentino

Si bien la reforma de la Constitución Nacional de 1994 habilitó la tutela procesal de los derechos de incidencia colectiva, no se elaboró una ley específica y desde entonces no hay una normativa clara que regule esta herramienta.

La Corte en diversos fallos, pero en especial al analizar el caso “Halabi”¹ en el que declaró la inconstitucionalidad de la ley que permitía la grabación de conversaciones telefónicas en beneficio de todos los usuarios del servicio de telecomunicaciones del país, reclamó al Poder Legislativo la sanción de una ley que regule este tipo de procesos.

En particular dicho reclamo se encuentra pendiente pero ha sido objeto de diversos proyectos sin trámite parlamentario, lo que sí existe es una regulación de orden local su desarrollo general en el ámbito nacional resulta una materia pendiente pese a los avances que significa su

¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Halabi, Ernesto c/ P.E.N.- Ley 25873-Dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986 (Fallos 332:111), cit.

abordaje en el Código Civil y Comercial, tema sobre el que volveré en el próximo apartado.

Los procesos colectivos configuran una herramienta relativamente nueva en el derecho argentino: si existe un número importante de personas con cuestiones similares para resolver en un pleito judicial, el juez puede permitirles integrarse dentro de una “clase”. Es una alternativa eficiente para muchos juicios individuales, ya que se concentran múltiples demandas similares en un solo juicio, y de esa manera se simplifica la administración de justicia y se reducen los costos del proceso. El problema radica en las decisiones de los tribunales, mayores costos administrativos y una sensación general de incertidumbre.

En “Halabi”, la Corte Suprema de Justicia definió los alcances del término “derechos de incidencia colectiva” del artículo 43, 2º párrafo, de la Constitución Nacional y fijó los requisitos de procedencia de lo que se dio en llamar *acción colectiva en tutela de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos*. Además, estableció distintas pautas de trámite que resultan fundamentales para un correcto desarrollo del debate dentro de esta clase de procesos.

Podríamos decir que existen dos grandes elementos que deben estar presentes: por un lado, que el representante que promueve la acción judicial no es elegido por el grupo ni por sus integrantes, sino que se *autodesigna* como tal. Por el otro, es que los resultados de su accionar beneficiarán al grupo que eligió representar.

Si bien existen ciertas normas que disciplinan algunos aspectos de los procesos colectivos (la Ley de Defensa del Consumidor, 24.240, y la Ley General del Ambiente, 25.675), estas son insuficientes. Estas normas se basan en un enfoque parcial del fenómeno, ya que se ocupan principalmente de regular la entrada y la salida del proceso (la legitimación y la cosa juzgada de los efectos de la sentencia). Uno de los puntos más destacados en materia de procesos colectivos es la publicidad y las notificaciones: cómo se da conocimiento de la existencia de un proceso colectivo.

Es una cuestión de relevancia porque hace a la legitimación del sistema frente a la sociedad y a la posibilidad de ejercitar derechos constitucionales por parte de quienes no están presentes en el debate y serán afectados por la sentencia. En este sentido, la jurisprudencia propuso mecanismos innovadores para lograr una comunicación efectiva. Por ejemplo, el uso de las nuevas tecnologías para que los tribunales tengan otras formas de dar a conocer este tipo de procesos.

La legislación sigue manteniendo una tendencia fragmentaria en la materia, circunstancia que la CSJN puso de manifiesto en “Halabi” considerando que existía *mora legislativa* en función de que no existía un cuerpo de reglas fundamentales que permitan dar eficacia al mandato constitucional. Allí también consideró que la falta de tratamiento no podía constituir un obstáculo para reclamar la tutela efectiva de derechos de incidencia colectiva, dado que un criterio opuesto importaría invertir el sistema de prelación normativa y reconocer la supremacía del legislador procesal sobre la propia Constitución.

El déficit señalado por la CSJN en 2009 continúa hasta hoy y ni la sentencia mencionada ni la jurisprudencia posterior *han remediado los serios inconvenientes que produce la necesidad de tramitar y decidir conflictos atípicos y complejos como son los que tramitan en el marco de procesos colectivos, con estructuras judiciales y reglas procesales que no fueron concebidas ni están preparadas para ello.*²

En el caso del daño que un individuo causa al bien colectivo ambiente se lo está causando a sí mismo la mejora o la degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y trasindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.

Pero no todos los casos de lesiones colectivas se tratan del ambiente o del consumo cuyas características propias no solo poseen especial legislación, sino una serie de elementos comunes en cuanto a la posibilidad de legitimación que no es tan simple en los demás casos, como el que aquí se pretende abordar.

3. Funciones del derecho de daños en el nuevo Código Civil y Comercial

En primer lugar, cabe decir que la determinación de lo que se entiende por daño constituye una cuestión de fundamental importancia, sus límites cualitativos y cuantitativos del derecho de quién se encuentra

² L. J. Giannini; F. Verbic, *Los procesos colectivos y acciones de clase en el derecho público argentino*, Santa Fe, Rubizal Culzoni, 2017, p. 91.

alcanzado por la protección y la obligación del responsable pasan por la cuestión conceptual. Mientras algunos autores identifican el daño con la lesión a un derecho subjetivo (patrimonial o extrapatrimonial), otros lo consideran una lesión a un interés legítimo.

También se ha propuesto para definir el daño tomar en cuenta el resultado o consecuencia de la acción que causa el detrimento, distinguiendo la lesión (o daño en sentido amplio), del daño resarcible. El nuevo Código, que adopta una fórmula amplia y lo más clara posible, define al daño en el art. 1737. Ese artículo dispone: *Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva.*

Y el art. 1744 establece, en cuanto a la prueba del daño, que este debe ser acreditado por quien lo invoca, excepto que la ley lo impute, o que surja notorio de los propios hechos. En los Fundamentos se aclara que el Proyecto remitido por el Poder Ejecutivo

(...) distingue entre “daño” e “indemnización” sobre la base de los siguientes criterios: el daño causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento. Cuando ese derecho o interés recae sobre la persona o el patrimonio, esto significa que los derechos tienen un objeto, como se señala en el Título Preliminar. También están incluidos los de incidencia colectiva. Esta caracterización hace que distingamos entre la definición del daño-lesión y la indemnización, lo que aporta más claridad en la redacción. La responsabilidad es uno de los instrumentos de protección de los mencionados derechos, siendo una de sus funciones la reposición al estado anterior al hecho generador o la indemnización. Por lo tanto, la indemnización es una consecuencia de la lesión. En síntesis, hay daño cuando se causa una lesión a un derecho o a un interés que no sea contrario al ordenamiento, que comprende: a) el interés individual del legitimado sobre su

*persona o su patrimonio; b) el interés respecto de los derechos de incidencia colectiva.*³

Este punto es de vital importancia en lo que aquí pretendo abordar, en tanto en su antecesor (¿o antecesores?) no existía este reconocimiento expreso, más allá de la regulación de las leyes especiales en materia de derechos ambientales o del consumidor.

Como se ha dicho, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de este trabajo. Este aspecto resulta de gran importancia porque de existir una ley, esta determinaría con claridad la forma en que se conformaría el frente activo, cómo se define la clase homogénea, quiénes serían los legitimados para interponerle una acción de este tipo, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos.

Frente a esa falta de regulación, que constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes, para facilitar el acceso a la justicia que la Constitución ha instituido, cabe señalar que es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida la evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular.

La Corte ha dicho que donde hay derecho, hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio que del que ha nacido la acción de amparo; pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias⁴, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías.⁵

La eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución

³ Citado en G. Iturbide, “El daño resarcible en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, *DPI Diario*, 2015. Última consulta: 29 de marzo de 2021, disponible en <https://dpicuantico.com/sitio/wp-content/uploads/2015/01/Consumidor-Doctrina-2015-02-02.pdf>.

⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Siri, Ángel S/*habeas corpus* (Fallos 239:459), 1957.

⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 315:1492, cit.

protege como derivación de la tutela de la propiedad, del contrato, de la libertad de comercio, del derecho a trabajar, y la esfera privada, todos derechos de ejercicio privado. Por otro lado, también debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado.⁶ En la búsqueda de efectividad no cabe recurrir a criterios excesivamente indeterminados alejados de la prudencia que dicho balance exige.

Todos los individuos tienen derechos fundamentales con un contenido mínimo para que puedan desplegar plenamente su valor eminente como agentes morales autónomos, que constituyen la base de la dignidad humana y que el Poder Judicial debe proteger.

4. *Fake news* y bienes jurídicos protegidos

¿Por qué creemos en cosas que son obviamente falsas? Porque pocas cosas en el mundo son realmente obvias, en líneas generales nuestras certezas están mediadas por sujetos, comunidades e instituciones en las que confiamos.⁷

¿Qué bienes jurídicos están en juego cuando abordamos esta problemática? Esencialmente, el honor de la persona agraviada, pero no será objeto de este trabajo. El juego democrático, en tanto esas prácticas junto a la utilización *bot* para su difusión, puede causar el silencio de ciertos actores, dañando de este modo el debate público, quitándole peso.

La regulación de internet, en este sentido, parece encontrar algunos escollos en tanto

(...) 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 sus particularidades; y la CIDH ha afirmado

⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rojo, Luis César (Fallos 215:357), 1949.

⁷ E. Calvo; N. Aruguete, *Fake news, trolls y otros encantos: cómo funcionan (para bien y para mal) las redes sociales*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2020, p. 39.

*que internet se ha desarrollado a partir de determinados principios de diseño, cuya aplicación ha propiciado y permitido que el ambiente en línea sea un espacio descentralizado, abierto y neutral. Es importante que cualquier regulación que se produzca [...] mantenga las características básicas del entorno original, potenciando su capacidad democratizadora e impulsando el acceso universal y sin discriminación.*⁸

En lo que sí me detendré es en analizar el daño que dichas acciones pueden causar en el desarrollo de una política pública. Como ejemplo más claro, en el contexto actual, resulta la afectación que estas pueden ocasionar a un plan de vacunación de la envergadura del que se está llevando a cabo.

La creación, publicación y reproducción de una noticia falsa que ponga en juego la efectividad o seguridad de una vacuna o que afirme cualidades de un tratamiento que carece de aprobación de los organismos correspondientes pone en juego no solo el normal desarrollo de una tarea inédita, sino que pone en riesgo a un número indeterminado de personas que opten por no vacunarse con una vacuna por su origen o que ingieran cloro de piletta bajo la creencia que eso les salvará la vida.

En definitiva, la decisión de elaborar esa información no veraz persigue una intención muy clara: generar confusión o falsas creencias sobre la efectividad de la política pública o accionar revelador sobre otras y afectar a un conjunto indeterminado de la población.

Pensemos en qué pasaría si un conjunto de personas con comorbilidades decide no vacunarse contra el COVID-19 por considerar —en función de las noticias falsas generadas al respecto— que aquella no es segura o que no ha cumplido con los protocolos necesarios para sus aprobación y que el país funciona como un lugar de ensayo. Parte de aquellos contraen la enfermedad y, conforme a la tasa de letalidad evidenciada por el virus, fallecen. ¿Existe responsabilidad? ¿Se podría iniciar una demanda contra los portales, periodistas o generadores de esas noticias? ¿Quién podría iniciar una demanda? ¿Cómo se podría

⁸ R. para la L. de E. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Libertad de expresión e internet*, cit., vol. OEA/Ser.L/V/II.

gestionar ese conflicto y de qué modo se llevarían adelante las eventuales indemnizaciones?

5. Acción colectiva para enjuiciar la responsabilidad civil derivada de la difusión de noticias falsas

El análisis de la legitimidad en estos procesos es el primer escollo a sortear, ya que implica superar una concepción clásica para entender que existe un sujeto novedoso: la clase. Que no se trata de una idea abstracta, sino que nace con el conflicto y debe ser definida con la mayor precisión posible a efectos de determinar su contorno. Es necesario determinar los sujetos pasivos y activos de la relación jurídica sustancial que va a dirimir el proceso.

Cabe señalar que esas fronteras son permeables por lo que permiten la entrada y salida de sus integrantes, por lo que comprende actores del pasado o del futuro.⁹

Resulta evidente la legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación para su intervención en este tipo de casos pese a que ello llevó una serie de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁰, con la única salvedad de la consideración que merecen los derechos individuales homogéneos como especie, o no, de los derechos de incidencia colectiva.

A su vez, la asociaciones *deben estar autorizadas a iniciar acciones colectiva no porque representen los intereses de sus miembros, sino porque ellas a menudo pueden conservar aquellos derechos de grupos más efectivamente que los propios individuos*¹¹, cabe señalar que se prevé un registro (aún no creado) a esos fines, pero impedir su operatividad sería privar del derecho a peticionar concedido por la Constitución, con las limitaciones de su objeto social.

⁹ A. B. Bianchi, *Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala*, Buenos Aires, Ábaco, 1998.

¹⁰ L. J. Giannini; F. Verbic, *Los procesos colectivos y acciones de clase en el derecho público argentino*, cit., pp. 163-164.

¹¹ A. Gidi, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de Derecho Civil*, UNAM, 2004, pág. 81.

El problema siguiente será la existencia de “caso” colectivo y esto tiende a presentar dificultades, pero lo que debe preguntarse el Juez es: *de acuerdo al interés alegado ¿las normas habilitan a la persona que se presenta a efectuar el presente reclamo, o es el sujeto demandado aquel que estaría obligado a satisfacer la pretensión? Si ello es así, el litigio seguirá su curso: si no, deberá rechazarse el planteo por ausencia de legitimación activa o pasiva.*¹²

Ahora, debemos analizar un poco sobre los daños, la acción preventiva que procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. Es requisito para la procedencia de esta acción, la antijuridicidad de la acción u omisión que previsiblemente ocasionará un daño o su continuación.

Basta por lo tanto que la acción u omisión no esté justificada y que previsiblemente ocasione un daño para que proceda esta acción preventiva, que condensa cualquier pretensión de prevenir un daño, su continuación o agravamiento, sin mayores exigencias. Con respecto a la legitimación para reclamar esta acción, basta que se acredite un *interés razonable en la prevención del daño*, art. 1712 del CCyC. A su vez, se establece que la sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, obligaciones de dar, hacer o no hacer, y ponderar los criterios de menor restricción posible, art. 1713 CCyC.

La advertencia que impone el artículo 1713 al juzgador, respecto de considerar la menor restricción posible, es una inclusión feliz, ya que utilizar esta acción preventiva con criterio amplio puede conducir a resultados irrazonables con la consecuente prohibición o limitación de actividades que son lícitas e incluso necesarias para la sociedad, pero que generalmente ocasionan daños. En tales circunstancias, el juez deberá ponderar los intereses en juego, y en caso de disponer una medida que restrinja o limite dicha actividad, debe hacerlo con la menor restricción posible, y como agrega la misma norma al final: *teniendo en cuenta el medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.*

¹² J. M. Salgado, *Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Santa Fe, Rubizal Culzoni, 2010, pp. 66-67.

Lo antedicho cobra mayor fuerza, si consideramos la importancia que también se está dando a la función sancionatoria en el régimen de responsabilidad civil. La redacción original del Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 no dejaba dudas al respecto, y en el artículo 1708 relativo a las funciones de la responsabilidad civil establecía: *Las disposiciones de este título son aplicables a la prevención del daño, a su reparación, y a los supuestos en que sea admisible la sanción pecuniaria disuasiva.*

Sin embargo, luego de las modificaciones introducidas por la Comisión Bicameral, el artículo 1708 quedó redactado de la siguiente forma: *Funciones de la responsabilidad. Las disposiciones de este título son aplicables a la prevención del daño y a su reparación,* eliminándose de tal modo la figura de la “sanción pecuniaria disuasiva”. No obstante, la nueva redacción de dicho artículo, la función punitiva es parte del régimen de responsabilidad por daños, tal como veremos en adelante.

De las tres funciones de la responsabilidad civil, esta ha sido la más controvertida en la doctrina argentina. Algunos autores consideran que es una función propia del derecho penal y extraña al derecho privado.¹³ En tal sentido, entienden que al incorporar los llamados daños punitivos a nuestro derecho privado *se mezcla ridículamente lo civil con lo penal y lo administrativo.*

Sin embargo, la regulación de la función sancionadora en sede civil se apoya en buenos motivos. Si el derecho civil, mediante su régimen de responsabilidad por daños puede cumplir con funciones que el derecho penal no puede realizar eficazmente, debe darse vía libre a la regulación de estos vacíos en el ámbito civil. Ello redundaría en un beneficio al aparato judicial, dado el alto costo económico que significa el despliegue de la represión penal, el abarrotamiento de causas que se articulan y la estigmatización que un proceso penal genera en el sindicado responsable. Como bien señala Vignale: *La renovada atención de la doctrina civilística respecto de la pena privada responde a una exigencia de nuestro tiempo, cual es la moderna tendencia de la política criminal que auspicia una drástica reducción del área penalmente relevante y mira con particular favor la búsqueda de alternativas a la tutela penal.*¹⁴

¹³ E. Lopez Herrera, *Los daños punitivos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, p. 100.

¹⁴ A. Kemelmajer de Carlucci, *¿Conviene la introducción de los llamados daños*

Los daños punitivos fueron previstos por primera vez en el Proyecto de Código Civil de 1998, en su art. 1587, bajo la denominación “multa civil”. En el año 2008, se incorporaron de *lege lata* a nuestro derecho positivo en la ley de Defensa del Consumidor; y el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012 los incorporó bajo el nombre de “sanción pecuniaria disuasiva”, en el art. 1714 para castigar a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva, artículo que fue eliminado en la redacción final del CCyC. No obstante lo cual, los daños punitivos continúan regulados en la Ley de Defensa del Consumidor.

La función de la responsabilidad civil ya no es solamente la “resarcitoria” sino que, además y en primer lugar la función esencial es la “preventiva”. Dispone que toda persona tiene el deber de prevenir un daño, aunque limitándolo a que de dicha persona dependa (prevenirlo o evitarlo, lo que resulta tautológico). Es decir, que la posibilidad de prevenir se encuentre en su esfera de control, para evitar que el deber sea tan amplio que alcance a todos. Conforme al art. 1711, esta función preventiva procede siempre que exista la posibilidad de que se ocasione un daño por medio de una acción u omisión antijurídica, no siendo necesario la presencia de ningún factor de atribución que califique esa conducta activa u omisiva.

Es así que se incorpora el *deber de prevenir todo daño* en cuanto de la persona dependa, y de adoptar medidas de buena fe para la evitación del perjuicio. La prevención podrá ser dictada por el juez de oficio o también a pedido de parte, admitiéndose la resolución provisoria o definitiva, la que hemos visto consagrada en innumerables sentencias protegiendo la salud de las personas: adjudicando medicamentos, tratamientos, cirugías, aparatos ortopédicos, etc.

En cuanto a la función resarcitoria consiste en el deber de reparar un daño causado por un hecho ilícito o por el incumplimiento de una obligación. En principio todo daño es antijurídico salvo que se encuentre justificado. El nuevo Código regula expresamente varias causales de justificación (legítima defensa, estado de necesidad, ejercicio regular de un derecho, asunción de riesgo, consentimiento del damnificado) respondiendo a lo que es la doctrina y jurisprudencia tradicionales.

punitivos en el derecho argentino?, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1993.

Regula la responsabilidad colectiva y anónima, es así que los daños cometidos por individuos anónimos de grupos determinados, producen la responsabilidad de todos sus miembros, salvo de quienes prueben no haber contribuido a la producción del daño, o si el grupo realizaba actividades peligrosas, no se eximirán sus integrantes, salvo aquel que demuestre que no integraba el grupo.

En cuanto a la indemnización de las consecuencias denominadas “no patrimoniales” por el nuevo Código, el art. 1741, establece: *Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible. La acción solo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por este. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas.* A la luz de los precedentes jurisprudenciales que acogen la visión constitucional del acceso a la reparación y la protección de la familia, existe una ampliación de los sujetos legitimados para reclamar indemnización por las consecuencias no patrimoniales, aunque las expresiones *gran discapacidad* y *quienes convivían con aquel recibiendo trato familiar ostensible* pueden dar lugar a interpretaciones dispares.

Lo que nos importa analizar, más allá de la importancia de recordar el concepto de daño y sus particulares, es la especial situación en materia de aquellos que derivan de un proceso de información falsa y cuáles son las posibilidades de exigir, legal o jurisprudencialmente, respuestas específicas a los problemas de la desinformación.

Especialmente, si cabe algún tipo de responsabilidad y si es posible un proceso colectivo estructural contra el titular de cada cuenta de Twitter, Facebook o Instagram que publica una información falsa o utiliza una etiqueta dudosa, en tanto que por su intermedio se causan daños sobre nuestra práctica institucional.¹⁵

¹⁵ Este punto recibe análisis particularizado en el capítulo V “Campañas de desinformación: algunos apuntes sobre la responsabilidad de las redes sociales”.

Pero más allá de esto, lo cierto es que las acciones resarcitorias deberían estar dirigidas contra el creador de las noticias falsas, puesto que en este caso la limitación resultaría tolerable a la libertad de prensa, en función de estar comprometidos intereses públicos con afectación concreta de ciudadanos que se ven incorporados al colectivo desinformado y adoptan medidas en consecuencia.¹⁶

Tanto el Defensor del Pueblo como el Estado por intermedio de la Defensoría del Público podrían estar legitimados para dar inicio a este tipo de procesos complejos y estructurales que demandan una inversión al momento de litigar que, primariamente, parece estar alejada de la posibilidad de un “ciudadano común”.

Superado ello, iniciado el proceso y establecida la “clase”, nos encontramos con el primer análisis de los estándares de la doctrina de la real malicia¹⁷ y la dificultad de encontrar una reparación efectiva dentro de un proceso de estas características.

En función de lo analizado con antelación, debe tratarse de un daño cierto contra un conjunto, que podría darse en aquellos casos en que la lesión se produce contra una porción de la población al atacarse por medio de noticias falsas la aplicación de una política pública destinada a la prevención o mejora de la salud.

¿Cómo se podría resarcir? Quizás condenando a los creadores de las noticias a costear publicidad destinada a corregir el daño causado, pero lo que corresponde preguntarse es si realmente este tipo de procesos estructurales, complejos, de multiplicidad de actores es el remedio más eficaz para construir una respuesta al problema planteado.

6. Conclusiones

Los actos de desinformación masiva, la mentira multiplicada que crea su propia realidad, utilizada para dañar imágenes de políticos, deportistas, o personas públicas, también puede poner en jaque la imple-

¹⁶ Un desarrollo completo de los estándares aplicables puede verse en el capítulo IV “Responsabilidades ulteriores y desinformación”.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Patitó, José Ángel y otro c/ diario *La Nación* y otros (Fallos: 331:1530), cit.

mentación de políticas públicas que busquen la protección de la salud de los habitantes.

Desde lo analizado el nuevo Código Civil y Comercial nos brinda nuevos y mejores elementos que sus antecesor en materia de derechos colectivos, nos brinda nuevos elementos a los ya existentes de la protección al ambiente y a los consumidores, siendo una deuda legislativa una regulación para el proceso que permita ciertas reglas del juego necesarias, pese a eso la jurisprudencia lo ha incorpora y ha generado respuestas *ad hoc* a los casos llevados a tribunales.

La Corte, en su proceso experimental modelo sobre la reparación de los daños derivados de la contaminación del Riachuelo¹⁸, optó por la creación de un micro sistema, con reglas propias y la designación de un juez que se ocupe de su ejecución –recordemos que se trata de un proceso originario–, estableciendo una serie de objetivos a cumplir con obligación de los condenados (la Autoridad de la Cuenca Matanza-Riachuelo y el Estado Nacional, de la provincia y de la Ciudad de Buenos Aires) de la presentación de un plan integral que persiga esos fines.

Esta estructura, compleja en su control, ejecución y en el delicado equilibrio que debe existir entre poderes dentro de un estado republicano, no aparece replicable para casos como los aquí analizados por cuanto el paso del tiempo tornaría inocuo el resultado de las acciones positivas pretendidas y, a su vez, porque el demandado (o demandados) serían actores que pertenecen a un área tan sensible para la democracia como es la prensa o medios de difusión masiva.

En este estado de cosas, incluso sorteados los problemas derivados de la legitimación –no sin esfuerzo–, estructurar un proceso colectivo a efectos de recomponer los daños que pudieran derivar del uso malicioso de noticias falsas, demandaría plazos que tornarían ilusoria una reparación del daño que no sea por medio de dinero que serviría, eventualmente, para costear las campañas oficiales que se hubieren dispuesto a fin de reafirmar las políticas públicas iniciadas.

Pero no debe obviarse: *para garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información, resulta esencial que los sujetos obli-*

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Mendoza, Beatriz y Otros c/Estado Nacional y Otros s/daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza-Riachuelo (Fallos 331:1622), 2008.

gados por este derecho actúen de buena fe, es decir, que interpreten la ley de manera tal que sirva para cumplir los fines perseguidos por el derecho de acceso a la información, que aseguren la estricta aplicación del derecho, brinden los medios de asistencia necesarios a los solicitantes, promuevan una cultura de transparencia, coadyuven a transparentar la gestión pública, y actúen con diligencia, profesionalidad y lealtad institucional¹⁹, por lo que la obligación recae, principalmente, en el Estado en aplicación de los principio de máxima difusión y buena fe.

Bibliografía

- Bianchi, A. B., *Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala*, Buenos Aires, Ábaco, 1998.
- Calvo, E.; Aruguete, N., *Fake news, trolls y otros encantos: cómo funcionan (para bien y para mal) las redes sociales*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2020.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, R. para la L. de E., *Libertad de expresión e internet*, vol. OEA/Ser.L/V/II., 2013.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, 2009.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Campillay, Julio César c/ *La Razón* y otros (Fallos: 308:789).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo (Fallos 315:1492).

¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, 2009.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Halabi, Ernesto c/ P.E.N.- Ley 25873-Dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986 (Fallos 332:111).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Mendoza, Beatriz y Otros c/ Estado Nacional y Otros s/daños derivados de la contaminación ambiental del río Matanza-Riachuelo (Fallos 331:1622), 2008.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Patitó, José Ángel y otro c/ diario *La Nación* y otros.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rojo, Luis César (Fallos 215:357), 1949.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Siri, Ángel S/*habeas corpus* (Fallos 239:459), 1957.
- Giannini, L. J.; Verbic, F., *Los procesos colectivos y acciones de clase en el derecho público argentino*, Santa Fe, Rubizal Culzoni, 2017.
- Gidi, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de Derecho Civil*, México, UNAM, 2004.
- Kemelmajer de Carlucci, A., *¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el derecho argentino?*, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1993.
- Lopez Herrera, E., *Los daños punitivos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008.
- Salgado, J. M., *Los derechos de incidencia colectiva en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Santa Fe, Rubizal Culzoni, 2010.

Capítulo 8

Enfrentando el daño donde ocurre: una nueva mirada a la rectificación

Juan Carlos Rua

*Non, La cocaïne NE protege PAS contre le #COVID19
Ministère des Solidarités et de la Santé.¹*

Todos reíamos un poco leyendo la cuenta de Twitter que caricaturizaba burlonamente a Guillermo Andino. No porque haya sido especialmente graciosa, realmente no lo era, sino por las respuestas indignadas de quienes ingenuamente creían que las tonterías que se publicaban eran escritas por el periodista. Es que a pesar de que no estaba verificada² y expresamente se identificaba como la *cuenta de un admirador*, decenas de usuarios y usuarias poco avezados respondían vehementemente a cada comentario.

¹ Publicación realizada en Twitter por la cuenta oficial verificada del *Ministère des Solidarités et de la Santé* de Francia (@MilSoliSante) el 8 de marzo de 2020, última consulta: 31 de marzo de 2020.

² La sección de ayuda de Twitter explica: *(u)na cuenta se puede verificar si se determina que es de interés público. Generalmente, se trata de cuentas de usuarios que pertenecen al ámbito de la música, la actuación, la moda, el gobierno, la política, la religión, el periodismo, los medios de comunicación, los deportes, los negocios y otras áreas de interés clave* en <https://help.twitter.com/es/managing-your-account/about-twitter-verified-accounts>. Última consulta: 18 de junio de 2020.

Lejos de preocuparnos, los usuarios algo más informados sentíamos una cierta superioridad por nuestra capacidad de detectar estas provocaciones (más bien obvias, es cierto), que desembocaron en denuncias del propio Andino y la creación de una nueva cuenta bajo el nombre NO SOY GUILLE ANIDINO (@NoSoyAndino), en la que se siguen cosechando iracundas respuestas.

Pero además de estas tonterías vimos a usuarios intensivos de la red caer en provocaciones antifeministas de un supuesto militante de la agrupación *Varones Antipatriarcales* y las señales de alerta comenzaron a encenderse en nuestras cabezas. ¿Cómo no verificaron quién escribió esa barbaridad?, ¿cómo no miraron el contexto del tuit? En ese momento recordamos algunas lecturas sobre sesgos y seguimos trabajando.

Luego llegó el coronavirus y tanto los medios como nuestras más confiables fuentes nos contaron que nació por un caldo de murciélago en China, que es un plan de un oculto poder mundial para resolver el generalizado problema previsional del envejecimiento de la población, que es un proyecto del gobierno chino para mostrar la superioridad de su sociedad, que es la primera guerra mundial que se ganó sin disparar una sola bala y que existía un decreto de Schrödinger, que fijaba y no fijaba un Estado de sitio desde el día jueves y viernes a la vez (esto último probablemente se deba a que nadie entiende que los días comienzan a las cero horas).

Sumamos a eso una proliferación de audios de WhatsApp enviados por supuestas infectólogas, líderes religiosos, familiares de funcionarios, pacientes en estado crítico o el propio COVID-19 advirtiéndonos sobre la probable ocurrencia de diversas catástrofes y aconsejándonos medidas disparatadas para conjurar esos peligros que obligaron a la OMS y los estados nacionales a destinar buena parte de sus esfuerzos a enfrentar estas oleadas de desinformación.

En paralelo, sucesivos escándalos por el uso de sus redes sociales llevado a cabo por el presidente Trump y, sobre todo, las diversas respuestas surgidas de los propios intermediarios y sus repercusiones³ nos

³ Los comunicados oficiales pueden verse en Twitter, “Suspensión permanente a @realDonaldTrump” y en M. Zuckerberg, “Facebook”. Última consulta: 4 de marzo de 2021, disponible en <https://www.facebook.com/story>.

llamaron la atención y mostraron una demanda social de respuestas que quizás no nos encontremos en condiciones de brindar.

De esta forma, la circulación de noticias falsas se ha convertido en un desafío central para aquellos que estamos comprometidos con la maximización de los espacios de discusión democrática y los alcances de la libertad de expresión. ¿Podemos usar nuestras herramientas para enfrentar este problema con alguna razonable posibilidad de éxito? ¿Tenemos que hacerlo? ¿Será acaso momento de abandonar nuestro sistema teórico y diseñar nuevas herramientas acordes para enfrentar estos nuevos desafíos?, ¿deberemos hacer caso al maestro Silver⁴ y aceptar que situaciones extremas requieren medidas extremas?

Cabe en este punto aclarar que en estas líneas no me ocuparé de la *propaganda*, es decir, de la difusión de mensajes que *muestran un menosprecio manifiesto por la información verificable*, sino exclusivamente de los actos de *desinformación*, es decir, la generación o distribución de noticias falsas.⁵ Y, dentro de este marco, intentaré concentrar mi reflexión en aquellas relativas a asuntos de interés público⁶ y que son masivamente distribuidas en redes sociales, sea por la acción de una red de distribución (automatizada o no) o por la mera negligencia de los usuarios.

Es, en ese esquema, que intentaré dar algunas respuestas, de carácter eminentemente provisional, a los interrogantes formulados. Para ello, se evaluarán soluciones sistemáticas y coherentes, acordes no solo al sistema jurídico sino a las pautas interpretativas que sostenemos para la generalidad de los casos. En este sentido, este trabajo es un esfuerzo por hallar soluciones válidas y útiles desde la tradición vigente en materia de libertad de expresión.

php?story_fbid=10112681480907401&id=4.

⁴ Dueño del dojo Cobra Kai y amigo del villano maestro John Kreese en la célebre saga cinematográfica *Karate Kid*.

⁵ Pueden consultarse los fundamentos y alcances de esta distinción en Relator E. de la ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión y otros, *Declaración conjunta sobre libertad de expresión y “noticias falsas” (“fake news”), desinformación y propaganda*, cit., punto II.C.

⁶ Es interesante la asimilación realizada en C. Botero Marino, “La regulación estatal de las llamadas “noticias falsas” desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión”, cit., p. 70.

1. La desinformación como un problema estructural

Con este objetivo en mente, partiré de la idea de que la libertad de expresión es un derecho que trasciende la esfera individual y hace a una práctica democrática virtuosa, por lo que asuntos como los que nos ocupan no pueden ser abordados sin tener en cuenta los potenciales efectos comunitarios de cada posible restricción a la circulación de los discursos.

Recordemos que nuestras máximas instancias judiciales y los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos conceptualizan a la democracia como algo que va mucho más allá del voto, que requiere de un debate robusto, vigoroso y desinhibido sobre los asuntos públicos en los que deben participar todos los potencialmente afectados por las decisiones a tomarse.⁷

En consecuencia, para que este esquema tenga alguna probabilidad de éxito resulta imprescindible un compromiso sustancial con la maximización de la autonomía personal –parece obvio que para que el debate funcione adecuadamente cada ciudadano debe intervenir libre del temor a interferencias u opresiones arbitrarias de terceros– y con un modelo estructural de la igualdad, puesto que la deliberación tiene por prerequisite una razonable equiparación, no solo en el acceso a beneficios materiales sino a bienes culturales que maximicen la capacidad de influencia de cada uno de los intervinientes.

El profesor Martí lo explicó de la siguiente manera:

...aunque el principio de igualdad sustantiva que opera como precondition del procedimiento deliberativo no implica una igualación absoluta de los participantes de dicho proceso, sí requiere que las desigualdades no alteren significativamente la igual capacidad de influir en la determinación de las decisiones políticas. La influencia política, en el modelo de la democracia deliberativista, se mide por la capacidad de participar efectivamente en el

⁷ Algunas de mis reflexiones sobre el tema pueden verse en J. C. Rua, “La democracia no tiene sentido. Salvo que usted sea un demócrata, claro”, *Lecciones y Ensayos*, 99, 2017.

proceso argumentativo. Esto es, por la posibilidad de determinar la agenda de discusión, de presentar los propios argumentos y que estos sean tomados en consideración, de criticar los argumentos de los demás y de gozar de la misma oportunidad de convencer racionalmente a los demás de la corrección de las propias propuestas. Así, la igualdad política de la democracia deliberativa requiere igualdad de al menos dos tipos: igualdad de recursos materiales e igualdad de capacidades. Con respecto al primer tipo, la igualdad de recursos, influye en la capacidad de influencia política al menos de dos formas. Por una parte, las personas que no acceden a un mínimo de recursos materiales no pueden conformar libremente sus planes de vida ni sus preferencias políticas, y pueden incluso estar en una situación personal muy precaria que prácticamente las expulsa de cualquier proceso político. Por la otra, una sociedad que reparte muy desigualmente sus recursos materiales, como cuestión de hecho, difícilmente puede garantizar una igual.⁸

Si aceptamos que las desigualdades existentes en nuestras sociedades impactan directamente en las potencialidades epistémicas de nuestra ciudadanía, permitir a las noticias falsas circular libremente y que sea el propio *mercado de las ideas*⁹ el que actúe regulándolas se muestra como un riesgo directo para nuestra práctica democrática y, sobre todo, como una decisión que repercute en la probabilidad de éxito de decenas de políticas públicas fundamentales para mantener el bienestar de la ciudadanía.

¿Para qué servirá que se inviertan los recursos comunitarios en asegurar la generalizada provisión de vacunas si nuestra inmunidad de grupo se ve afectada por algunos miles de personas que deciden no

⁸ J. L. Martí, *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, cit., p. 111/12.

⁹ En O. Fiss, *Libertad de expresión y estructura social*, México DF, Distribuciones Fontamara, 1997 se fija el origen de esta noción en el voto del juez Holmes en *Abrams v. United States*, (250 U.S. 616).

aplicárselas a sus hijos por el temor irracional a que *contraigan autismo*? Tampoco tendrán sentido los cuidados colectivos durante la pandemia de COVID-19 si unos cuantos miles de personas descreen de la *gripezinha*¹⁰, o consideran que los tapabocas son inefectivos o producen cáncer. Lo mismo ocurre en este contexto con los resultados del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (luego DISPO) puesto en riesgo por personas que genuinamente creen las versiones que dicen que los diversos Ministerios de Salud magnifican o minimizan la cantidad de casos y el riesgo de contagio¹¹ para mantenernos encerrados en nuestras casas como parte del *plan sionista que define un nuevo orden mundial*.

Por ello, deberemos dejar de lado aquella idea clásica que posicionaba al Estado como enemigo de la libertad de expresión y asumir que debe actuar como *moderador del debate público*¹², asegurando no solo la presencia de todas las voces en los espacios de discusión comunitaria sino que cada persona pueda formar adecuadamente su juicio sobre los asuntos públicos de relevancia, lo que incluye la potestad de acallar parcialmente algunas voces y dar preeminencia a otras insuficientemente representadas.

Recuérdese la insistencia de la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos en leer los alcances de la libertad de expresión a la luz de los verbos *buscar, recibir y difundir* que la definen en el artículo 13 de la Convención Americana y de esta forma remarcar su carácter bidimensional, en cuanto protege en igual medida a quien difunde un mensaje como a aquellas personas que buscan o reciben informaciones e ideas de toda índole.¹³

Será desde este punto de vista que intentaré mostrar la escasa utilidad de las respuestas tradicionales para enfrentar los problemas

¹⁰ “‘Gripezinha’: el día que Bolsonaro se burló del coronavirus en una conferencia oficial - La Nación”, Buenos Aires, *La Nación*. Última consulta: 17 de febrero de 2021, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/gripezinha-dia-bolsonaro-se-burlo-del-coronavirus-nid2392758/>.

¹¹ Incluso según parece podrían estar magnificando y minimizando los datos a la vez, puesto que los principios de la lógica aristotélica no serían de aplicación a las noticias falsas.

¹² O. Fiss, *Libertad de expresión y estructura social*, cit., cap. 1.II.

¹³ Corte IDH, *Opinión Consultiva 5/85 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas*, párr. 33 a 33.

estructurales producidos por las campañas de desinformación, para finalmente presentar mi lectura (algo particular) del derecho de rectificación o respuesta como una alternativa modestamente superadora.

Pero cabe una aclaración. No buscaré respuestas que satisfagan los intereses individuales en juego, cosa prácticamente imposible de lograr en este humilde trabajo y que corresponde a otra de las líneas de la investigación¹⁴, sino que intentaré analizar el potencial que tiene cada una de las herramientas para remediar los efectos negativos producidos por las noticias falsas sobre el debate público que hace a nuestra práctica democrática y sobre todo en el éxito de las grandes políticas públicas llevadas adelante por nuestra comunidad.

2. La insuficiencia de las respuestas tradicionales

Si bien las respuestas tradicionales son trabajadas extensamente en otro de los capítulos de esta obra, debemos formularnos una pregunta clave: ¿tiene alguna de ellas sentido para responder al problema de las *fake news*?

Recordemos que no estamos enfrentando a un periodista negligente o malintencionado que falsea información para perjudicar a un rival circunstancial u obtener más televidentes con un escándalo, sino a campañas difusas pero masivas, diseñadas específicamente para licuar responsabilidades. Mensajes pensados en un barrio cercano, pero emitidos desde un país con más consonantes de las que podemos pronunciar, reproducidos automáticamente por medio de *bots*¹⁵ con la suficiente inteligencia como para modificarlos sutilmente y dificultar aún más su vinculación con el autor. Si a ello sumamos la dudosamente voluntaria colaboración de quienes hacen propio el mensaje y

¹⁴ Ver Cap. IV “Responsabilidades ulteriores y desinformación”.

¹⁵ Entiendo por *bot* a un *software* o programa informático de inteligencia artificial que funciona de manera autónoma. Una somera explicación en “*Bots: la inteligencia artificial que ya nos toca*”, *Start Point*, 2018. Última consulta: 19 de febrero de 2021, disponible en <https://startpoint.cise.es/bots-la-inteligencia-artificial-que-ya-nos-toca/>.

lo reproducen, el problema luce suficientemente complejo como para preocuparnos.

Pero sin adelantarnos demasiado en la exposición, corresponde recordar que cualquier respuesta jurídica que pretendamos fijar, más allá de su potencial efectividad, debe ser compatible con los estándares generales que nos imponen nuestra Constitución Nacional y los Tratado de Derechos Humanos y que generaron la copiosa jurisprudencia que nos servirá como guía para evaluar cada propuesta.

A. Por ello, preliminarmente cabe rechazar la posibilidad de impedir preventivamente la circulación de las noticias falsas. Así, al artículo 14 de la Constitución Nacional se suma la clara prohibición existente en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo alcance fue definido por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que ha dejado claro:

Es importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos pero únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión.¹⁶

A su vez, a este criterio general en contra de la regulación preventiva de los discursos¹⁷ debe sumarse la vehemente recomendación de los órganos del sistema Interamericano de no acudir a las restricciones previas o bloques en la circulación de noticias presuntamente falsas. Sobre ello se ha dicho:

La adopción de este tipo de medidas para combatir la desinformación podría ser, sin embargo, desproporciona-

¹⁶ Corte IDH, Ricardo Canese vs. Paraguay (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 31 de agosto de 2004, cit., párr. 82.

¹⁷ Algunas ideas particulares sobre el asunto pueden verse en J. C. Rúa, “¿Está verdaderamente prohibida la censura previa?”, cit.

da. Por un lado, la desinformación no entra claramente en la categoría de discursos “abiertamente ilícitos o discursos no resguardados” que las justifican. La información sobre asuntos de interés público goza de cierta presunción de legitimidad, ya que se trata de un discurso especialmente protegido...¹⁸

Frente a este marco, el sistema vigente solo nos permite pensar en la fijación de responsabilidades ulteriores, civiles o penales, como alternativas posibles para enfrentar este problema. Para ello, nuevamente deberemos acudir a los criterios expuestos por los órganos del sistema interamericano y la jurisprudencia de nuestras máximas instancias judiciales, que han delimitado con razonable claridad los criterios de procedencia y sus límites.

En este sentido es que redefiniré a la libertad de expresión como el derecho de *buscar, recibir y difundir* informaciones e ideas de toda índole, siempre que en alguna medida perjudiquen a terceros. Es decir que, apropiándome de las lecturas más virtuosas de nuestra Constitución Nacional¹⁹, consideraré que las acciones que no trascienden sobre terceros e interfieren con sus intereses se encuentran exentas de control estatal y que por ello, este requisito de lesividad es el que dará sentido a la protección específica de la libertad de expresión.

No debe olvidarse que uno de los pilares fundamentales de nuestra práctica constitucional es la protección de un extendido ámbito de autonomía individual, que encontrará libre de toda interferencia estatal todas las conductas autorreferentes y permitirá límites exclusivamente sobre que aquellas que trascienden a terceros, es decir, que interfieren de algún modo con la libertad de otras personas.²⁰

Este amplio marco de indemnidad nos obliga a pensar a la libertad de expresión como algo diferente a este primer círculo de protección.

¹⁸ Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión, “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales”, cit., p. 26.

¹⁹ Que pueden verse sistematizadas en C. S. Nino, *Fundamentos de derecho constitucional*, cit., cap. II.C.

²⁰ J. Feinberg, *The moral limits of the criminal law*, Nueva York, Oxford University Press, 1984, p. 33-34.

¿Para qué regular exhaustivamente la protección de un derecho que no necesitaremos, puesto que frente a la pretensión de interferencia estatal podremos utilizar el artículo 19 de la Constitución Nacional como una carta de triunfo que nos permitirá repeler cada intento de limitar nuestras libertades por fuera de los estrictos supuestos en los que esto se encuentra permitido? No necesitamos de la libertad de expresión para ejercer nuestra autonomía, esta se ejerce sin necesidad de razones o justificaciones.

Por ello hemos construido la libertad de expresión como una protección suplementaria, un nuevo escudo que permitirá proteger algunas conductas dañosas por su potencial aporte democrático²¹ y para cuya responsabilización se han fijado criterios específicos.

En este sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos en el inciso segundo de su artículo 13 define el *test tripartito* que deben superar todas aquellas normas que pretendan fijar responsabilidades civiles o penales para acciones protegidas por la libertad de expresión. Este exige que cualquier sanción en la materia debe: 1) estar fijada en una ley, en sentido material y formal; 2) tender a uno de los objetivos legítimos previstos por la Convención y 3) ser necesaria y proporcionada para lograr dicha finalidad.

En cuanto al primero de los requisitos, la Corte IDH ha interpretado que el juego sistemático de las opiniones consultivas 5/85 y 6/86 obliga a que toda restricción a la libertad de expresión sea formulada mediante una norma de carácter general, emitida por los órganos legislativos constitucionalmente previstos y elegidos democráticamente.

A ello, la Relatoría para la libertad de expresión agregó:

Las limitaciones impuestas deben perseguir el logro de alguno de los objetivos imperiosos establecidos taxativamente en la Convención Americana, a saber: la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público o de la salud o moral públicas. Son únicamente estos los objetivos autorizados por

²¹ En el mismo sentido véase R. para la L. de E. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, cit., sec. 107.

la Convención Americana, lo cual se explica por el hecho de que las limitaciones deben ser necesarias para lograr intereses públicos imperativos que, por su importancia en casos concretos, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce de la libertad de expresión protegida por el art. 13.²²

En este sentido, el juego de este artículo con nuestro marco institucional determina que solo será posible limitar el ejercicio de este derecho teniendo como fin último la protección de la autonomía de las personas o nuestra práctica democrática y sus precondiciones.

Recuérdese que un Estado comprometido de alguna forma con los ideales del liberalismo político debe resignar la posibilidad de imponer modelos de virtud personal y limitar su rol al aseguramiento y coordinación de los diversos espacios de libertad y a la satisfacción de aquellas necesidades imprescindibles para garantizarla y las precondiciones estructurales que hacen a nuestra práctica democrática. En otras palabras, serán consideradas finalidades legítimas en los términos del *test tripartito*: 1) la protección de las personas de aquellas interferencias provocadas por terceros en el ejercicio de su autonomía y 2) la protección de la práctica democrática y el aseguramiento de la efectividad de las políticas públicas tendientes a asegurar sus precondiciones.

Finalmente, de acuerdo con este estándar no será suficiente una evaluación de pura conveniencia o razonabilidad a la hora de fijar una responsabilidad ulterior, sino que deberá demostrarse que esta restricción es imprescindible para lograr la finalidad legítima esgrimida.

En palabras de la Relatoría para la Libertad de Expresión:

(...) el adjetivo “necesarias” no equivale a “útil”, “razonable” u “oportuna”. Para que la restricción sea legítima, debe establecerse claramente la necesidad cierta e imperiosa de efectuar la limitación, es decir, que tal objetivo legítimo e imperativo no pueda alcanzarse razonablemente

²² R. para la L. de Expresión. Comisión Americana de Derechos Humanos, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, 2009, punto 74.

*por un medio menos restrictivo de los derechos humanos. El requisito de “necesidad” también implica que no debe limitarse más allá de lo estrictamente indispensable para garantizar el pleno ejercicio y alcance del derecho a la libertad de expresión. Este requisito sugiere que el medio restrictivo sea en realidad el medio menos gravoso disponible para “proteger los bienes jurídicos fundamentales (protegidos) de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro”, pues lo contrario llevaría al ejercicio abusivo del poder del Estado. En otras palabras, entre varias opciones para alcanzar el mismo objetivo, debe escogerse la que restrinja en menor escala el derecho protegido por el artículo 13 de la Convención Americana.*²³

Estos estándares nos marcan entonces que no cualquier expresión dañosa puede ser penada o responsabilizada civilmente, sino que se encuentra en cabeza del Estado dictar las normas específicas que recojan las conductas y mostrar la ineludible necesidad de sancionarlás para proteger una de las mencionadas finalidades.

A su vez, en cuanto al objeto de nuestro trabajo, tanto la Corte Interamericana como nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación consideran que por tratarse de asuntos de interés público no basta con la mera reproducción negligente de información falsa, sino que exclusivamente debe responsabilizarse a aquellas personas que dolosamente causaron los daños cuya reparación se exige.

Específicamente se ha construido el estándar de la real malicia²⁴ que hace propio el de *actual malice* de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos²⁵, en cuanto exige que el reclamante pruebe, además de la falsedad de la información, que se actuó con real malicia, es decir que *quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad*

²³ *Ibíd.*, punto 86.

²⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Patitó, José Ángel y otro c/ diario *La Nación* y otros.

²⁵ Supreme Court of the United States, *New York Times Co. v. Sullivan* (376 U.S. 254), 1964.

*de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad.*²⁶

Este instituto evidentemente abarca el dolo, ¿pero esta *notoria despreocupación* es asimilable a nuestra negligencia? Entiendo que para tener sentido este criterio y adecuarlo con la *reckless disregard* utilizada por la Suprema Corte en *New York Times*, debe sostenerse que en asuntos de interés público solo podremos responsabilizar a quienes hayan actuado con dolo eventual.

El profesor Bertoni comparte este criterio y sostiene:

*Actual malice, o real malicia, requiere como mínimo “reckless disregard for the truth” o, como se ha traducido en nuestra lengua, “temeraria despreocupación por la verdad”; para la Corte, aunque este concepto no pueda ser definido acabadamente, lo que resulta claro es que engloba los casos en los que quien hizo la manifestación falsa lo hizo con un alto grado de conocimiento sobre la probabilidad de la falsedad o debió haber tenido serias dudas sobre la verdad de la publicación. Aclara asimismo que se necesita más que una comparación con una conducta razonable de un hombre prudente en ese momento, ya que debe haber suficiente evidencia de que en el caso concreto el enjuiciado tenía en consideración serias dudas sobre la verdad de la información. Y finaliza el juez Stevens diciendo que fallas en la investigación periodística antes de la publicación, aunque una persona razonable y prudente no las hubiera tenido, son insuficientes para establecer reckless disregard. En su lugar, en estos casos, la existencia de recklessness debe fundarse cuando hay obvias razones para dudar la veracidad o la exactitud de lo que se publicará.*²⁷

²⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Patitó, José Ángel y otro c/ diario *La Nación* y otros, cit. considerando 8°.

²⁷ E. A. Bertoni, *Libertad de expresión en el Estado de derecho*, cit., p. 153.

De idéntica forma, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala:

(...) es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que este debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático.²⁸

Es decir que a la hora de pensar en la reparación de los perjuicios causados por las campañas de desinformación nos enfrentaremos con la necesidad de acreditar la falsedad de la noticia, los daños causados y que estos fueron causados dolosamente, lo que nos obligará a intentar desandar las redes de desinformación hasta llegar a sus verdaderos organizadores, omitiendo responsabilizar a todas las personas que de forma negligente pudieran haberla difundido.

En el mismo sentido, nuestra Corte ha estipulado un criterio que rechaza toda clase de responsabilidad objetiva en cabeza de los intermediarios, y en consonancia con la opinión de la Relatoría para la Libertad de Expresión²⁹ determinó:

(...) en los casos en que el contenido dañoso que importe eventuales lesiones al honor o de otra naturaleza, pero que

²⁸ Corte IDH, Herrera Ulloa vs. Costa Rica (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 2004, párr. 128.

²⁹ Relator E. de la ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión y otros, *Declaración conjunta sobre libertad de expresión y “noticias falsas” (“fake news”), desinformación y propaganda*, cit. punto 1.D. Aunque se remarca que la exigencia de que cualquier orden de cesar con el daño sea dictada “en consonancia con garantías de debido proceso por un órgano de supervisión independiente, imparcial y autorizado (como un tribunal).

*exijan un esclarecimiento que deba debatirse o precisarse en sede judicial o administrativa para su efectiva determinación, cabe entender que no puede exigirse al “buscador” que supla la función de la autoridad competente ni menos aún la de los jueces. Por tales razones, en estos casos corresponde exigir la notificación judicial o administrativa competente, no bastando la simple comunicación del particular que se considere perjudicado y menos la de cualquier persona interesada.*³⁰

Es decir que a menos que se trate de un caso manifiesto, como la pornografía infantil, o exista una notificación fehaciente dictada por una autoridad competente (típicamente un juez) no podrá asignarse responsabilidad a los titulares de la red social mediante la que se difunda una campaña de desinformación, ya que no tienen a su cargo ningún deber especial de vigilancia sobre las noticias falsas.

Pero llegados a este punto cabe otra pregunta. ¿Qué pasa cuando no hay un individuo directamente afectado? ¿Cómo funcionarían las responsabilidades ulteriores cuando el daño es más difuso? ¿Puede reclamarse por unos hipotéticos daños colectivos causados?

Esta es una situación realmente compleja, que será evaluada en profundidad en otro apartado de este libro.³¹ Pero recordemos que la estructura tradicional de un proceso de daños requiere un agraviado, un sujeto activo que haya sido efectivamente dañado y pueda reclamar la reparación.

¿Quién es el afectado por la distribución de informaciones meramente falsas, pero que no difaman ni afectan directa o indirectamente el honor o la intimidad de una persona? Si bien no existe un derecho colectivo a la verdad, las campañas de desinformación causan efectos más bien sutiles que quizás podrían admitir una reparación.

³⁰ Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios y Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ *habeas data* (Fallos: 340:1236), cit.; y Paquez, José c/ Google Inc. s/ medidas precautorias, cit.

³¹ Ver Capítulo VII “Explorando la responsabilidad por daños colectivos causados por la desinformación”.

Existen varias preguntas encadenadas que deberemos responder en este punto. ¿Quién tendría legitimación para exigir la reparación de esta clase de daños? No parece surgir de la estructura de la Administración Pública Nacional ningún órgano con facultades para litigar en esta materia.

¿Puede el Defensor del Pueblo de la Nación estar legitimado en un proceso de este tipo? Aun si superáramos la situación de vacancia en que se encuentra el organismo, esto no parece surgir expresamente de las facultades que les otorgan el artículo 86 de la Constitución Nacional y la ley 24.284, pero quizás una interpretación (¿excesivamente amplia?) lo admitiría. ¿Es este, entonces, un derecho colectivo que puedan esgrimir particulares u organizaciones de la sociedad civil? Tampoco parece especialmente claro.

Pero incluso de darse una respuesta afirmativa a este punto, solo es el comienzo las dificultades prácticas, puesto que no existe previsión normativa alguna de qué destino podría darse a una indemnización de esta clase. Y parece demasiado pedir a un juez que diseñe un proceso *sui generis* específico en la materia.

¿Tiene la Defensoría del Público creada por la ley de servicios de comunicación audiovisual facultades para litigar en la materia? Si bien el artículo 19.I. de la ley 26.522 le da la potestad para interponer acciones judiciales contra actores públicos o privados, no parece tan claro que estas le permitan exigir alguna clase de reparación económica, cuyo destino, como vimos, luce completamente difuso.

Así que, al menos mientras nuestros legisladores no regulen la materia, la posibilidad de litigar la cuestión por esta vía parece demasiado problemática a la luz de los beneficios esperados. Un litigio con actores de dudosa legitimación, altísimos requisitos en cuanto al aspecto subjetivo con el que deberían haber actuado los demandados, con un daño extremadamente difícil de medir y calcular económicamente, cuya restitución no luce posible y con un destino no fijado para una hipotética indemnización no lucen como un camino prometedor para enfrentar con seriedad este problema.

Recordemos que no es objeto de este trabajo pensar en la reparación estrictamente individual de los daños que pudieran causar las *fake news*, sino en la corrección de las desviaciones que las grandes campañas de desinformación podrían traer sobre nuestra práctica democrática y, en este sentido, los estrictos estándares en materia de

protección de la libertad de expresión sumados a las dificultades probatorias parecen darnos una imagen pesimista.

Podemos completar este marco sumando a la ecuación los tiempos que insumen esta clase de procesos. Así, conforme surge de los datos actualizados que pone a disposición el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos³², solo el 8,6% de los procesos por daños y perjuicios tienen sentencia en menos de 6 meses, mientras que el 28,3% la obtienen luego de más de dos años.

Es decir que estos procesos de reparación harán frente a inusitadas dificultades probatorias, altísimos estándares de protección fijados por nuestras máximas instancias y problemas de legitimación que aún no se encuentran resueltos. Y si finalmente logran superarlos llegarán tarde, tardísimo si pensamos en la velocidad con la que circulan hoy las falsedades.

B. Ahora bien, visto que el camino de la responsabilidad patrimonial no luce auspicioso, cabe preguntarse si la vía penal tiene mayores posibilidades de éxito.

Para ello deberemos recordar que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera necesario extremar los criterios del *test tripartito* en dos sentidos diferentes a la hora de utilizar las herramientas penales para enfrentar conflictos en materia de libertad de expresión.

El primero de los sentidos tiene que ver con la adopción del principio de estricta legalidad. Es decir, además de que las restricciones deban estar fijadas en una ley en sentido formal y material, es decir, en una norma de carácter general emitida por el parlamento, se exige que los tipos penales se encuentren formulados de manera expresa, taxativa y clara, que permita deslindar las conductas delictivas de conductas no punible o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales.³³

A ello se agregó:

³² Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “Portal de Datos Abiertos de la Justicia Argentina”. Última consulta: 20 de junio de 2020, disponible en <http://datos.jus.gob.ar/pages/justicia-civil>.

³³ Corte IDH, *Kimel vs. Argentina* (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 2 de mayo de 2008, cit., párr. 63.

...(l)a Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquellas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación. En este orden de consideraciones, la Corte observa los movimientos en la jurisprudencia de otros Tribunales encaminados a promover, con racionalidad y equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna, sin mellar las garantías que requiere la libre expresión como baluarte del régimen democrático.³⁴

Es decir, en materia penal exigiremos no solo la existencia de una ley tendiente a proteger uno de los fines mencionados, sino que esta deberá describir con precisión la conducta que se pretende castigar y su aplicación corresponderá exclusivamente para aquellos accionares dolosos que causen un daño efectivamente acreditado.

Tal norma no existe en nuestro país. Nuestro código penal no prevé ninguna pena para aquel que dolosamente se valga de medios digitales para hacer circular noticias falsas con el objeto de lograr el fracaso de alguna política pública o crear una situación de alarma social.

Sin perjuicio de ello, en contexto de pandemia varios magistrados del Ministerio Público y el Poder Judicial han encontrado en el artículo 211 del Código Penal una herramienta idónea para someter a proceso a algunos responsables de esta clase de conductas.³⁵

Esta norma prevé una pena de entre dos y seis años para *el que, para infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes, hiciere señales, diere voces de alarma, amenazare con la comisión de un delito*

³⁴ *Ibíd.*, párr. 78.

³⁵ F. Fassbender, “Las noticias falsas sobre el coronavirus que se viralizan por WhatsApp ahora son un delito con penas de prisión”, *Infobae*.

de peligro común, o empleare otros medios materiales normalmente idóneos para producir tales efectos.

Si bien, como es obvio, la norma no fue específicamente redactada para regular la clase de conductas de las que nos ocupamos, una limitada y prudente aplicación judicial parece admisible.

De esta forma, la generación y difusión de noticias falsas a gran escala luce como un *medio normalmente idóneo* para *infundir un temor público o suscitar tumultos o desórdenes*. Si a ello sumamos que se trata de una figura dolosa que solo admite el dolo directo³⁶, este artículo no parece oponerse a los estándares interamericanos.

Aunque lo cierto es que quedará en cabeza de los intérpretes la aplicación de la figura solo a aquellos casos en los que la conducta cause efectivamente alguno de los efectos allí previstos.

En este sentido, no parece admisible el criterio según el cual se trata de (...) *un delito de acción peligrosa por cuanto no hay ningún bien jurídico en estado de peligro, ni menos aún se exige la producción de un resultado*.³⁷ De esta forma, si bien la adopción estricta del principio de lesividad liberal podría ser discutible en algunos casos, las exigencias de la Corte Interamericana en materia de libertad de expresión son claras. Si pretendemos penar una conducta es imprescindible que exista un daño efectivo, es decir, que pueda observarse y acreditarse en el proceso la ocurrencia de un temor público, tumultos o desórdenes, ya que lo que aquí se pretende garantizar no es el acceso público a información veraz sino la protección de la vida comunitaria.

En palabras de la Relatoría para la Libertad de Expresión:

(...) cualquier afectación del orden público invocada como justificación para limitar la libertad de expresión debe obedecer a causas reales y objetivamente verificables, que planteen una amenaza cierta y creíble de una perturbación potencialmente grave de las condiciones básicas para el funcionamiento de las instituciones democráticas. En consecuencia, no resulta suficiente invocar meras con-

³⁶ E. A. Donna, *Derecho penal, parte especial*, vol. Vol. II-C, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2002, p. 341.

³⁷ *Ibíd.*, p. 335.

jeturas sobre eventuales afectaciones del orden, ni circunstancias hipotéticas derivadas de interpretaciones de las autoridades frente a hechos que no planteen claramente un riesgo razonable de disturbios graves (“violencia anárquica”). Una interpretación más amplia o indeterminada abriría un campo inadmisiblemente a la arbitrariedad y restringiría de raíz la libertad de expresión que forma parte integral del orden público protegido por la Convención Americana.³⁸

Definidos estos límites, bien vale preguntarse si realmente el derecho penal es la herramienta más idónea para lograr los fines propuestos. Sin una respuesta definitiva sobre este punto, creo que existen tres factores que conspiran fuertemente contra sus probabilidades de éxito para combatir la gran cantidad de noticias falsas que permanentemente circulan por sistemas de mensajería, redes sociales y medios de comunicación.

El primero de ellos es que, como vimos, en cada proceso penal que se instruya deberá acreditarse de manera adecuada los graves efectos causados. Este requisito, que puede ser de sencilla prueba cuando se trata de amenazas claras y concretas, puede convertirse en una tragedia al enfrentar formas más sutiles de desinformación. ¿Cómo saber de qué forma afectó la provisión de mercadería en supermercados una noticia falsa sobre desabastecimiento? ¿Cómo medir el impacto sobre la inscripción en escuelas de una o varias noticias diversas sobre sus requisitos? ¿Cómo saber cuántas personas comenzaron a tomar cocaína por haber recibido un mensaje que lo recomendaba para prevenir el contagio de COVID-19?

Esta dificultad de relacionar causalmente los discursos falsos, discriminatorios o maliciosos con los daños efectivamente causados ha sido un problema histórico en materia de libertad de expresión. Desde la clásica discusión del feminismo contra la pornografía, hasta los modernos discursos contra migrantes, disidencias sexuales u otras mi-

³⁸ R. para la L. de Expresión. Comisión Americana de Derechos Humanos, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, cit., punto 82.

norías, esta ha sido una objeción que, salvo en casos muy puntuales, el derecho penal no ha podido sortear.

Por otro lado, como puede observarse de la nota periodística citada, los procesos llevados adelante fueron con motivo de hechos modestos, más bien simples, cuyos responsables fueron fácilmente individualizados. Pero lo cierto es que las redes de noticias falsas suelen ser bastante más complejas que ello.

Una noticia falsa generada por una cuenta anónima, cuya ubicación se encuentra protegida, es reproducida de forma automática por otras cuentas igualmente difíciles de identificar y se entremezclan con los primeros usuarios que inocentemente caen en el engaño y lo divulgan negligentemente. Esto, a su vez, dispara los algoritmos de las redes sociales y provoca que la falsedad llegue a muchas más personas que pueden seguirla divulgando o, eventualmente, responder individualmente tratando de difundir la verdad. Y así la noticia falsa se convierte en una voz, un masivo tema de interés sobre el que debe tomarse posición y cuyos efectos serán, como vimos, imposibles de medir.

Desanudar esta madeja, en aquellos casos en que esto sea posible, requerirá de un considerable esfuerzo técnico, con peritajes informáticos de muy dificultosa realización y, a su vez, una serie de infinitos y engorrosos trámites burocráticos necesarios para obtener la información por parte de las empresas y servidores cuyas sedes se encuentran fuera del país.

Esto nos lleva a la tercera de las objeciones: el tiempo que insumirá un proceso de este tipo. En el 86,4 % de los casos penales recibidos por los poderes judiciales locales el tiempo para el dictado de una sentencia condenatoria supera los 90 días.³⁹ Aun asumiendo que a diferencia de la práctica habitual se divulgará adecuadamente una sentencia de este tipo, podemos asumir que por tratarse de casos de dificultosa probanza en cuanto a la forma en que ocurren los hechos y sus efectos, cualquier hipotética resolución será menor y llegará tarde para minimizar los efectos que estas noticias falsas pueden tener sobre nuestra vida comunitaria.

³⁹ “Portal de Datos Abiertos de la Justicia Argentina”, *Portal de Datos Abiertos de la Justicia Argentina*. Última consulta: 20 de junio de 2020, disponible en <http://datos.jus.gob.ar/pages/justicia-penal>.

3. Rectificación y tecnología. Algoritmos que sí

Este breve recorrido confirma nuestros temores: nuestro escaso repertorio de respuestas jurídicas no tiene utilidad para enfrentar a las oleadas de desinformación entre las que vivimos. Pero frente a la posible pregunta de Kent Brockman⁴⁰ yo diría que aún no es momento de entrar en pánico. Este camino de sinceramiento permite investigar nuevas alternativas que, sin abandonar los principios por los que tradicionalmente regimos nuestras prácticas en la materia, sean idóneas para conjurar el problema.

En este sentido, existe una vía por el momento inexplorada y que por su inmediatez parece mejor orientada para los fines propuestos: el derecho de rectificación o respuesta previsto por el artículo 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Este derecho, que tanto estudiamos en la universidad con los célebres fallos dictados por la Corte Suprema en los amparos iniciados por el profesor Miguel Ángel Ekmekdjian, ha tenido poca vigencia en nuestro medio y entiendo merece una nueva oportunidad a la luz de estas dificultades recientemente surgidas.

Piénsese que el derecho de rectificación, a diferencia de las acciones resarcitorias o penales que eventualmente se ejerzan, tiene la virtualidad de reparar los daños en el mismo espacio en que fueron causados, esto es, en la arena pública.

Esta acción, cuya operatividad fue garantizada hace casi treinta años por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otro”⁴¹, requiere para su procedencia la existencia de una información inexacta, que esta cause algún agravio y que sea dirigida al público en general.

Esta delimitación del contenido resulta central y fue destacada por la Corte Suprema al subrayar que el derecho de rectificación o respuesta se circunscribe a las

(...) informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio [del afectado]”. Puesto que informar es, según

⁴⁰ Célebre periodista de *Los Simpson*.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 315:1492, cit.

el Diccionario de la Real Academia Española, “enterar, dar noticia de una cosa”, la clara terminología del precepto limita el derecho al ámbito de lo fáctico, lo relativo a hechos cuya existencia (o inexistencia) puede ser objeto de prueba judicial. Queda así excluido el amplio sector en el cual lo decisivo no es atinente a los hechos, sino más bien a su interpretación: es el campo de las ideas y creencias, las conjeturas, las opiniones, los juicios críticos y de valor. En este último campo también existen –es cierto– elementos de hecho, pero lo esencial es la aceptación o repulsa que la base fáctica provoca en el autor de la expresión.⁴²

Pero además, no podremos pretender utilizar este instituto para simplemente asegurar la veracidad de toda información circulante, sino que deberemos demostrar el perjuicio causado por aquellos actos de desinformación masivos que perjudiquen nuestra práctica institucional.

Este límite es central, puesto que no bastará una mera inexactitud, error o dato escasamente verificado para habilitar esta herramienta, sino (...) *una ofensa de gravedad sustancial, es decir, no una mera opinión disidente sino una verdadera ofensa generada en una superficial afirmación sin siquiera razonable apariencia de sustento argumental (...).*⁴³

Pero no parece este el principal de los problemas, como profesionales del derecho sabemos que para que toda acción proceda deberemos demostrar un agravio y que en materia de libertad de expresión las restricciones deben cumplir con el estándar de necesidad del *test tripartito*, sino que las dificultades más obvias tienen que ver con quién podrá ejercer esta acción y, sobre todo, con las dificultades prácticas de rectificar cada *tweet*, posteo o mensaje que reproduce, sea negligentemente o en forma dolosa, estas falsedades.

En cuanto a la primera de las cuestiones, si bien es cierto que anteriormente mostramos las dificultades asociadas con la legitimación

⁴² Corte Suprema de Justicia de la Nación, Petric Domagoj Antonio c/ diario *Página 12* (Fallos 321:885), considerando 9° del voto de la mayoría.

⁴³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 315:1492, cit., considerando 25.

de los organismos estatales para litigar en materia de noticias falsas, lo cierto es que un análisis más detallado de esta herramienta nos podría conducir a respuestas diferentes.

Así, ha de tenerse en mente que lo que se pretende con un proceso de estas características no es responsabilizar a los intermediarios o difusores de los mensajes sino asegurar el adecuado acceso de los ciudadanos a información pública de relevancia. Esta es una función esencial del estado y cada uno de sus órganos tiene obligaciones específicas en la materia. De esta forma, un litigio en la materia podría encuadrarse dentro de sus potestades en materia de dar a publicidad información pública de relevancia.⁴⁴

Más allá de las facultades específicas de cada Ministerio, el artículo 16 de la ley 22.520 pone en cabeza del Jefe de Gabinete de Ministros la obligación de *garantizar el efectivo derecho de acceso a la información pública*, que no se agota en su faz pasiva de dar respuesta a los requerimientos formulados por los miembros de la sociedad civil, sino que incluye un deber positivo de transparencia activa, consistente en asegurar el efectivo acceso de la ciudadanía a información de relevancia en materia de ejercicio de derechos.

La Relatoría para la Libertad de Expresión ha señalado sobre el punto que los estados:

*(...) deben utilizar la pauta o publicidad oficial para comunicarse con la población e informar a través de los medios de comunicación social sobre los servicios que prestan y las políticas públicas que impulsan, con la finalidad de cumplir sus cometidos y garantizar el derecho a la información y el ejercicio de los derechos de los beneficiarios de las mismas o de la comunidad.*⁴⁵

De esta forma, si pesa sobre el Estado la obligación de hacer llegar a sus ciudadanos información pública clara, precisa y comprensible sobre

⁴⁴ Conf. Art. 32 de la ley 27.275.

⁴⁵ R. para la L. de Expresión. Comisión Americana de Derechos Humanos, *Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión*, 2012, punto 42.

las políticas públicas que los benefician (sea sobre subsidios, campañas de vacunación o prevención de alguna enfermedad o cualquier otro asunto), mal podría exigírseles a sus funcionarios que observen impávidos cómo el éxito de su comunicación se ve entorpecido por una campaña de desinformación a gran escala organizada en redes sociales.

Ello no parece obstar a que algunas organizaciones de la sociedad civil puedan encontrarse activamente legitimadas para interponer una acción de este tipo, aunque la falta de una ley en materia de litigios colectivos pueda obstar a su celeridad y efectividad.

Llegados a este punto, las dificultades de implementación con las que se encontrarán nuestros bienintencionados funcionarios son bastante obvias. ¿Tendrán que iniciar una acción judicial contra el titular de cada cuenta de Twitter, Facebook o Instagram que publica una información falsa o utiliza una etiqueta dudosa? ¿Deberán obtener una declaración testimonial de cada una de las decenas de miles de personas que las recibieron y compartieron para detectar la red de difusión de la desinformación y, ya que asistieron a la sede de un juzgado, entregarles una transcripción manuscrita de la rectificación? No parece la solución más sensata.

Pero quizás un poco de creatividad nos permita salir del atolladero en que nos encontramos. Esta deberá comenzar por un cambio en el punto de vista del objeto de nuestras demandas. No deberemos pensar ya esta clase de acciones en función de culpables (bien podemos dejar esa tarea a la laboriosa, pero algo más lenta, justicia penal), sino exclusivamente centradas en garantizar que la mayor parte de destinatarios accedan a la verdad de los hechos. Para ello, el litigio deberá estar dirigido contra los intermediarios.⁴⁶

⁴⁶ En R. para la L. de Expresión. Comisión Americana de Derechos Humanos, *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*, cit. se explica: "(l) os intermediarios son generalmente definidos como 'cualquier entidad que permita la comunicación de información de una parte hacia otra'... Como destacó el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de Naciones Unidas son intermediarios desde los proveedores de servicios de internet a los motores de búsqueda, y desde los servicios de blogs a las plataformas de comunidades en línea, las plataformas de comercio electrónico, servidores web, redes sociales, entre otros", punto 102. Con cita de los Antecedentes de los principios de Manila

Así, de acuerdo con los estándares trabajados anteriormente, estos no serán traídos a proceso como culpables de ninguna clase de falta, ni siquiera como imprudentes causantes de daño, sino como titulares y custodios de un espacio de naturaleza mixta que los obliga a corregir, de esta forma particular, los daños que por su intermedio se causan sobre nuestra práctica institucional.⁴⁷ Sea por una atribución de responsabilidad o por encontrarse en condiciones ideales para enfrentar esta clase de daños, lo cierto es que frente a una intimación adecuada los intermediarios serán responsables por las publicaciones dañosas realizadas en el ámbito virtual que administran.⁴⁸

Téngase en mente que los intermediarios son, además del espacio en que buena parte del debate público transcurre, grandes agencias de publicidad que monetizan nuestra vida pública, comercializando nuestros datos. Parece algo obvio, en una vida mercantilizada, que si estos prestan gratuitamente un servicio, el usuario es el producto, y los clientes las agencias de *marketing* que luego dirigirán sus ventas con una precisión que hubiera resultado inconcebible solo unos pocos años atrás.

La heladera que necesitamos por una reciente rotura, el paseo por *Campo Calígine* del que hablamos con nuestros conocidos en redes o el barril de *Grog* cuya imagen *faveamos*, todo eso nos será ofrecido directamente, gracias al tratamiento que hacen las redes sociales de nuestros datos.

sobre Responsabilidad de los Intermediarios y del informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/HRC/17/27.

⁴⁷ Una interesante aproximación a esta idea puede verse en C. Castillo, “Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en internet y el impacto en el entorno digital”. Última consulta: 29 de junio de 2020, disponible en <https://www.palermo.edu/cele/pdf/LasLlavesDelAmaDeLlaves.pdf>.

⁴⁸ Frente a la falta de reglamentación específica, existen diversos fundamentos posibles para este factor de atribución que pueden verse sintetizados en A. N. Martínez; A. M. Percello, “Alcances de la Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP) y de los Proveedores de Servicios Online (OSP) a nivel internacional, regional y nacional. Las disposiciones de Puerto Seguro, notificación y deshabilitación”, *Pensar en derecho*, vol. 6, 2015 y en P. S. Carducci, “Responsabilidad de los intermediarios por los contenidos vinculados. Reflexiones para la era digital”, cit.

Un estudio sobre el tema nos explica:

Toda esa información que se recolecta cuando damos un like, publicamos un video o hacemos clic en un enlace, a menudo incluye la ubicación (barrio o provincia), muchas veces sin que nos demos cuenta. Esto se complementa con información de nuestro perfil, que abarca desde los grupos de los que formamos parte hasta los lugares que visitamos y los eventos en los que participamos. Estos datos y otros que publicamos en las redes permiten armar un perfil complejo de cada usuario (tanto de LA TÍA NORMA QUE FIRMA TODO CON MAYÚSCULAS como del 92 % de la población argentina, sin ir más lejos) y luego grupos de usuarios a partir de perfiles similares. Ese proceso se llama “segmentación” y se puede usar para distribuir la publicidad de forma personalizada. A pedido de sus clientes, los vendedores de nuestra información definen segmentos, por ejemplo, según nivel de ingresos, zona de residencia y temas de interés (tanto de la persona analizada como del perfil más cercano afectivamente que tiene), y luego con todos los datos obtenidos a partir de los likes, le hacen llegar a cada grupo (segmento) fotos y videos específicos que apunten a su tema de interés. Los datos pueden cruzarse de muchas maneras. El límite termina marcándolo la creatividad.⁴⁹

Esta intromisión en nuestra intimidad, aceptada en un largo contrato de adhesión que jamás ningún usuario leyó y que probablemente nos haya comprometido a entregar a cualquier séptimo hijo varón a *Umbrella Corporation* para el estudio de una hipotética licantropía, puede resultar ventajosa para enfrentar la epidemia de desinformación en que vivimos.

Piénsese que los intermediaron *saben*. Conocen nuestros intereses, aficiones o vínculos. También nuestras necesidades u objetos de consumo. Saben qué leemos, con qué publicaciones interactuamos,

⁴⁹ N. Tokman; D. D´Ippolito, “Los dueños de la información”, cit.

cuáles respondemos o difundimos públicamente o en privado. Y tomar conciencia de que esta información existe en su poder facilita muchísimo el trabajo de rastreo y segmentación necesario para la corrección de las falsedades.

Es que uno de los grandes problemas es que la difusión de noticias falsas por medios automatizados en redes sociales ha avanzado de forma tal que las cuentas específicamente creadas a este fin no se limitan a repetir la misma frase (aunque muchas veces sea esta la modalidad), sino que la reformulan y reversionan de forma de minimizar la obviedad de la campaña.

Si bien el caso de las *caricias significativas* que envió por Twitter Lavonne Smythorsmith desde Hurlingham al presidente Mauricio Macri bajo la consigna #YoVotoMM parece de detección más bien obvia⁵⁰, existen campañas mucho mejor diseñadas e indetectables.

Pero un juez que confirmara la existencia de una divulgación sistemática de falsedades por esta clase de vías no necesitará ya rastrear cada una de las publicaciones, demostrar la relación entre los miles de cuentas involucradas o identificar con precisión los mensajes a rectificar. Por el contrario, bien parecería suficiente identificar etiquetas (en general es una o una cantidad más bien limitada), palabras clave, ámbito geográfico y los días y horarios en que se produjeron las interacciones para acotar un universo de publicaciones que podrían ser susceptibles de aclaración.

¿Pero eso no es impreciso? ¿Cómo vamos a permitir una rectificación con ese grado de vaguedad? Sí, es cierto, esta aproximación puede ser imprecisa, pero eso no la convierte necesariamente en un problema para nuestro intento. Repensemos mejor esta situación con un ejemplo.

Volviendo a nuestro apartado preliminar, supongamos que por alguna misteriosa razón existiese una organización que pretendiera convencernos de que deberíamos consumir una dosis diaria de cocaína para enfrentar la epidemia de COVID-19. Ya sé que no existe esta organización misteriosa, pero mantengamos el pacto ficcional.

⁵⁰ La usuaria de Twitter @malerey_ reconstruyó el camino desde la frase original, como puede verse en J. E. Bonnin, “‘Caricias significativas desde Hurlingham’: los bots y el discurso político”, *TSS / Universidad de San Martín*.

Esta organización de narcotraficantes emprendedores decide contratar un servicio de distribución automatizado para sus mensajes que, para evitar sospechas, no solo recirculará el texto original, sino que lo reversionará, aunque siempre utilizará la etiqueta #cocainaessalud y lo difundirá intensamente por alrededor de 48 horas.

¿Qué clase de orden podría dictar un juez que pretendiera rectificar esta información falsa? Es claramente imposible para un magistrado, o cualquier persona para el caso, buscar uno a uno los mensajes a rectificar. Pero ¿qué ocurriría si este magistrado ordenara al intermediario asegurar que cada persona que interactuó con alguna publicación que contenga la etiqueta, o la combinación de las palabras “cocaína” con “coronavirus” o “COVID-19” en un plazo de 72 horas desde que comenzó la campaña, conozca el mensaje rectificatorio una idéntica cantidad de veces? ¿Qué efectos podría tener? Habrá un grupo de usuarios que vio la publicación y la desechó por su evidente falsedad y otro que la habrá discutido, intentando evitar que sus (des)conocidos de redes creen algo que podría perjudicarlos. Estos solo verán confirmada su idea (verdadera), sin ningún perjuicio posible. En el mismo sentido, quienes para el algoritmo hayan interactuado con la publicación pero simplemente hayan *scrollleado* sobre ella sin leerla podrán, en todo caso, adquirir información pública de relevancia. Ninguno de ellos parece tener razones para sostener que ha sido perjudicado de alguna manera por la medida.

Tampoco existe agravio en quien elige creer esta información falsa. Sea el terraplanismo, la lucha contra las vacunas, la existencia de una conspiración mundial para ocultar la llegada de extraterrestres o los efectos benéficos de la cocaína siempre existirá un grupo de personas dispuesto a creer en alguna idea disparatada. Y por supuesto tendrán el derecho de hacerlo, al menos siempre y cuando sus creencias no los lleven a realizar acciones que perjudiquen a terceros. Pero este derecho a creer no se extiende al derecho a *no oír*. Como en cada cuestión importante, el Estado tiene la potestad de poner en conocimiento de los ciudadanos de información pública de relevancia, que ellos por supuesto podrán elegir no tomar en serio.

Resta entonces pensar si podrán los intermediarios sentirse agraviados por una decisión que los obligue a aclarar, de algún modo, que la información ventilada en la publicación. La primera objeción que podríamos esperar sería una imposibilidad técnica para cumplir con la orden judicial. Recuérdese que, como ya vimos, el límite para sus res-

ponsabilidades en relación con las órdenes judiciales se encuentra en su posibilidad real de cumplirlas.

Pero no solo tienen las herramientas necesarias para identificar las publicaciones y sus interacciones, sino que las principales redes sociales cuentan con la posibilidad de insertar esta clase de rectificaciones y su uso oficioso se encuentra en una intensísima discusión en los Estados Unidos⁵¹, en el que Twitter es el ejemplo más claro de las potencialidades (y límites) de este proceso.⁵²

Pero esto muestra que en efecto las redes pueden insertar aclaraciones como las propuestas y que, en todo caso, es una decisión de política empresarial el hacerlo o no, pero no parece que puedan esgrimir alguna clase de agravio frente a una orden judicial que las disponga. Por el contrario, esto parece bastante más respetuoso de los estándares propuestos por los expertos regionales en libertad de expresión en su declaración, por cuanto *(l)os intermediarios no dejan de ser entidades privadas con intereses económicos, sociales e individuales distintos a los del Estado. Exigirles un ejercicio jurisdiccional que balancee los derechos de sus usuarios excede el ámbito de sus competencias y podría generar e incentivar abusos en detrimento de la libertad de expresión y el acceso a la información.*⁵³ De esta forma, podrán cubrir sus responsabilidades con el mero cumplimiento de cada orden judicial.

Tampoco parece sensato pensar que puedan escudarse en su hipotético derecho a mantenerse neutrales frente al contenido de las publicaciones de sus usuarios. La regla es clara, los intermediarios no tienen la obligación de vigilancia sobre los contenidos (excepto aquellos manifiestamente delictivos), pero una vez conocida la ilicitud de la publicación deberán actuar diligentemente para hacer cesar los daños causados.

Cabe finalmente considerar, como hipótesis, que las redes sociales puedan sufrir una sobrecarga de tareas por un excesivo uso jurisdiccio-

⁵¹ Una breve descripción de lo ocurrido puede verse en M. Becerra, “Trump pateó el hormiguero digital. 29 de mayo de 2020”, *QUIPU*.

⁵² Esta red social etiquetó oficiosamente como información dudosa una publicación realizada por Donald Trump el 26 de mayo de 2020 y prohibió la circulación de otra del 29 del mismo mes, por considerar que glorificaba la violencia.

⁵³ R. para la L. de E. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*, cit., sec. 112.

nal de la herramienta. Ya desde el fallo de Miguel Ángel Ekmekdjian, la Corte Suprema tenía en cuenta el asunto y explicaba:

*(...) el espacio que ocupará la respuesta no debe exceder del adecuado a su finalidad, y en modo alguna debe ser necesariamente de igual extensión y ubicación que el que tuvo la publicación inicial; ello, desde luego, en un contexto de razonabilidad y buena fe, pero evitando una interpretación extensiva del instituto que lo torne jurídicamente indefendible y ponga en peligro el regular ejercicio del derecho a información, pilas básico de las instituciones democráticas (...).*⁵⁴

Si bien esto no luce como probable en un ámbito de redes sociales, es una potencial dificultad que siempre deberán tener en mente los magistrados que resuelvan esta clase de conflictos, sobre todo frente a la ausencia de una ley específica que defina la forma que deberá tomar esta acción, pero de ningún modo podrá detenernos en la búsqueda de respuestas para este asunto.

De esta forma, frente a un planteo muy similar relativo a la *fairness doctrine*, la Corte Suprema de los Estados desechó la posibilidad de limitar la aplicación de la doctrina por un especulativo efecto negativo en el debate público.⁵⁵ Solo los datos pueden justificar restricciones en nuestro camino de mejora de las prácticas democráticas, no la mera presunción de las voces conservadoras.

4. Es la democracia, estúpido

Pero aceptémoslo, todo esto no es más que un juego, un experimento destinado al fracaso. No parece haber en la caja de herramientas con las que actualmente cuenta la teoría general de la libertad de expresión

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 315:1492, cit., considerando 32.

⁵⁵ Supreme Court of the United States, *Red Lion Broadcasting Co., Inc. v. FCC* (395 U.S. 367), 1969, punto III.C.

alguna que luzca idónea para enfrenar el problema de las campañas de desinformación.

Ni siquiera esta lectura algo extraña del derecho de rectificación o respuesta parece promisorio. Por el contrario, como en aquella clásica imagen de dibujos animados, nuestros funcionarios parecen destinados a intentar tapar los agujeros en la represa que, finalmente, caerá y nos arrasará.

Sobre todo porque, debemos reconocerlo, la falta de una regulación que diseñe un procedimiento particular, otorgue competencia a un funcionario específico para actuar en él y le brinde las herramientas jurídicas para ejercer adecuadamente su rol, necesariamente conspiran contra un uso regular y constante de esta vía. Quizás pueda acudirse a ella en casos especialmente problemáticos o escandalosos, pero no parece razonable pensar que pueda traer alguna solución al problema general con el que nos enfrentamos.

Pero esta aceptación de los límites del derecho no debe desanimarnos, al menos no tanto como para abandonar nuestra búsqueda y, muchos menos, nuestras aspiraciones de democratizar los procesos sociales.

Por el contrario, esta asunción de que existen situaciones para las que las respuestas jurídicas son insuficientes nos ayudará a ver que el camino para enfrentar estos actos de desinformación se encuentra en las políticas activas en materia de igualdad que garanticen las precondiciones de la práctica democrática.

Recuérdese que una correcta discusión comunitaria de los asuntos públicos exige que los participantes del debate puedan expresar sus puntos de vista y razones justificatorias con razonable posibilidad de éxito. Para ello, es imprescindible un mínimo piso en materia de igualdad material y, en consecuencia, un equitativo acceso a los bienes culturales que repercutirán en las posibilidades reales de llevar adelante argumentos en su beneficio.⁵⁶

Como expusimos anteriormente, el principio de igualdad sustantiva funciona como precondición de la deliberación y nos obliga a garantizar a todas las personas una capacidad razonablemente igualitaria de participar en el debate público, por lo que deberán tener pleno acceso a

⁵⁶ Algunas de estas ideas fueron expuestas en J. C. Rúa, “La democracia no tiene sentido. Salvo que usted sea un demócrata, claro”, cit.

los bienes culturales necesarios para asegurarles suficiente capacidad de formular razonamientos propios, comprender los ajenos, discutir las bases de hecho que los justifican y presentar sus ideas con razonable posibilidad de éxito.

Así, lejos de garantizar estos estándares, nuestras sociedades están entrecruzadas por situaciones de profunda desigualdad que impactan directamente en las capacidades ciudadanas de participar de los procesos deliberativos adecuadamente. En este sentido, un estudio de UNESCO muestra la forma en que impactan las desigualdades en materia de origen étnico, género, orientación sexual y económico sobre el desempeño académico de las poblaciones latinoamericanas y nos muestra que al llegar a sus 15 años, uno de cada dos niños no alcanzan la capacidad lectora mínima esperable.⁵⁷

A ello debe sumarse el impacto que esas desigualdades, especialmente aquellas de naturaleza económica, tienen sobre la alfabetización digital. En este sentido, un informe de CIPPEC retoma un estudio específico de UNESCO⁵⁸ sobre acceso a infraestructura escolar que muestra que para 2017 entre la mitad y un tercio de los estudiantes de América Latina no tenían acceso a internet nunca, ni en las escuelas ni en los hogares, por lo que concluye:

(...) resulta necesario que las políticas públicas partan de una perspectiva integral para abordar los problemas regionales y locales y, al mismo tiempo, generen un marco regulatorio que atienda los acuerdos internacionales sobre educación digital. La planificación desde un enfoque multisectorial habilita cambios profundos que contribuyan a promover la alfabetización y los aprendizajes para la educación digital del siglo XXI. El diseño de políticas pú-

⁵⁷ Ver UNESCO, *Informe de seguimiento de la educación en el mundo 2020*, París, Francia. Estos indicadores pueden ser consultados en detalle en “World Inequality Database on Education”. Última consulta: 9 de diciembre de 2020, disponible en https://www.education-inequalities.org/indicators/rlevel_upsec#?sort=mean&dimension=all&group=all&age_group=rlevel1_upsec&countries=|ARG|BRA|CHL|COL|CRI|DOM|MEX|PAN|PER|TTO|URY|VEN.

⁵⁸ OREAL; UNESCO, *Suficiencia, equidad y efectividad de la infraestructura escolar en América Latina según el TERCE*, Santiago, Chile, 2017.

*blicas digitales requiere un abordaje integral que atienda a la justicia social, y se base en la democratización de la educación desde una perspectiva de derechos y en el acceso a las TIC y al conocimiento.*⁵⁹

De esta forma, si una parte fundamental de la sociedad cuenta con deficiencias formativas básicas y carece de toda alfabetización digital, se encontrará completamente impedida de detectar una campaña de desinformación como lo que es, lo que maximiza las chances de que estas puedan influir en nuestro proceso de toma de decisiones. Por ello, aceptando que el origen de ello es un incumplimiento estructural de derechos humanos, será urgente retomar las preocupaciones en materia de generalización del acceso a los derechos económicos, sociales y culturales y, en particular, a la mejora de nuestros sistemas educativos y la promoción de una efectiva alfabetización digital, como forma de dar un primer paso para atacar las condiciones de base en las que las campañas de desinformación medran.⁶⁰

Paralelamente, el Estado deberá profundizar sus esfuerzos en materia de información pública, no solo garantizando sistemas de respuesta eficientes a los requerimientos de la sociedad civil, sino maximizando los alcances de sus políticas de transparencia activa, asegurando que la ciudadanía tiene acceso pleno, sencillo y oportuno a la totalidad de la información de relevancia en materia de ejercicio de derechos y políticas públicas.

Finalmente, como comunidad deberemos mejorar nuestros esfuerzos dirigidos a maximizar la presencia de voces diversas en el debate público. La concentración de medios de comunicación en manos de grandes grupos económicos, que fijan la agenda de la discusión y pueden enfocarla⁶¹ y dirigirla, disminuyen nuestras posibilidades de

⁵⁹ M. T. Lugo; L. Delgado, “Hacia una nueva agenda educativa digital en América Latina”, editado por CIPPEC, p. 10.

⁶⁰ Algunos ejemplos interesantísimos de la clase de herramientas necesarias para enfrentar los problemas de desinformación pueden verse en G. Nogués, *Pensar con otros: una guía de supervivencia en tiempos de posverdad*, Buenos Aires, ABRE / *El gato y la caja*, 2018.

⁶¹ En E. Vitaliani, “Las respuestas automatizadas como amenaza para el *framing* de la discusión colectiva”, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos

acceder a fuentes confiables con las que contrastar cualquier campaña de desinformación de la que pudiéramos ser víctimas.

La combinación de políticas exitosas en estos tres frentes mejorará sustancialmente las competencias epistémicas ciudadanas necesarias para enfrentar a las campañas de desinformación y permitirá que los esfuerzos jurídicos se concentren exclusivamente en aquellos pocos casos que por su naturaleza y gravedad sobrepasen los carriles democráticos normales.

Bibliografía

Becerra, M., “Trump pateó el hormiguero digital. 29 de mayo de 2020”, *QUIPU*. Última consulta: 27 de julio de 2020, disponible en <https://martinbecerra.wordpress.com/2020/05/29/trump-pateo-el-hormiguero-digital/>.

Bertoni, E. A., *Libertad de expresión en el Estado de derecho: doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.

Bonnin, J. E., “Caricias significativas desde Hurlingham’: Los bots y el discurso político”, *TSS / Universidad de San Martín*. Última consulta: 31 de mayo de 2020, disponible en <http://www.unsam.edu.ar/tss/caricias-significativas-desde-hurlingham-los-bots-y-el-discurso-politico/>.

Aires, 2020 (en prensa), se explica: “En tanto la deliberación colectiva es un proceso comunicativo en el que diferentes ciudadanos intercambian razones y experiencias, resulta central cómo esta deliberación es enmarcada. Las afirmaciones que discutimos cuando abordamos una determinada cuestión, los términos utilizados en el debate y el eje en torno a cual gira una determinada discusión afectan la forma en la que ella transcurre. Por lo tanto, una teoría preocupada por la deliberación colectiva debe preocuparse también por su *framing*”.

- Botero Marino, C., “La regulación estatal de las llamadas ‘noticias falsas’ desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión”, en *Libertad de expresión: a 30 años de la Opinión Consultiva sobre colegiación obligatoria de periodistas*, Bogotá, Colombia, Comisión Americana de Derechos Humanos, Relatoría para la Libertad de Expresión, 2017.
- “Bots: la inteligencia artificial que ya nos toca”, *Start Point*, 2018. Última consulta: 19 de febrero de 2021, disponible en <https://startpoint.cise.es/bots-la-inteligencia-artificial-que-ya-nos-toca/>.
- Carducci, P. S., “Responsabilidad de los intermediarios por los contenidos vinculados. Reflexiones para la era digital”, *En Letra*, vol. 4, 2015, (Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación). Última consulta: 1° de julio de 2020, disponible en <https://enletra.files.wordpress.com/2015/09/el-4-i-carducci.pdf>.
- Castillo, C., “Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en internet y el impacto en el entorno digital”. Última consulta: 29 de junio de 2020, disponible en <https://www.palermo.edu/cele/pdf/LasLlavesDelAmaDeLlaves.pdf>.
- Comisión Americana de Derechos Humanos, R. para la L. de E., *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*, 2017.
- Comisión Americana de Derechos Humanos, R. para la L. de E., *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, 2009.
- Comisión Americana de Derechos Humanos, R. para la L. de Expresión., *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*, 2017.
- Comisión Americana de Derechos Humanos, R. para la L. de Expresión., *Principios sobre regulación de la publicidad oficial y libertad de expresión*, 2012.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo (Fallos 315:1492).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios y Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ *habeas data*.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Paquez, José c/ Google Inc. s/ medidas precautorias, 2019.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Patitó, José Ángel y otro c/ diario *La Nación* y otros.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Petric Domagoj Antonio c/ diario *Página 12* (Fallos 321:885).

- Corte IDH, Herrera Ulloa vs. Costa Rica (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 2004.
- Corte IDH, Kimel vs. Argentina (fondo, reparaciones y costas), sentencia del 2 de mayo de 2008.
- Corte IDH, *Opinión Consultiva 5/85 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas.*
- Corte IDH, Ricardo Canese vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 31 de agosto de 2004.
- Feinberg, J., *The moral limits of the criminal law*, Nueva York, Oxford University Press, 1984.
- Fiss, O., *Libertad de expresión y estructura social*, México DF, Distribuciones Fontamara, 1997.
- “Gripezinha”: el día que Bolsonaro se burló del coronavirus en una conferencia oficial - LA NACION”, Buenos Aires *La Nación* . Última consulta: 17 de febrero de 2021, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/gripezinha-dia-bolsonaro-se-burlo-del-coronavirus-nid2392758/>.
- Lugo, M. T.; Delgado, L., “Hacia una nueva agenda educativa digital en América Latina”, editado por CIPPEC. Última consulta: 9 de diciembre de 2020, disponible en <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2020/03/188-DT-EDU-Hacia-una-nueva-agenda-digital-educativa-en-Am%C3%A9rica-Latina-L...pdf>.
- Martí, J. L., *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Madrid, Marcial Pons, 2006.
- Martínez, A. N.; Percello, A. M., “Alcances de la Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP) y de los Proveedores de Servicios Online (OSP) a nivel internacional, regional y nacional. Las disposiciones de Puerto Seguro, Notificación y Deshabilitación”, *Pensar en derecho*, vol. 6, 2015, p. 55.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, “Portal de Datos Abiertos de la Justicia Argentina”. Última consulta: 20 de junio de 2020, disponible en <http://datos.jus.gob.ar/pages/justicia-civil>.
- Nino, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2005.
- OREAL; UNESCO, *Suficiencia, equidad y efectividad de la infraestructura escolar en América Latina según el TERCE*, Santiago, Chile, 2017.

- Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión, “Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales”.
- Relator E. de la ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión; Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la OSCE; Relator E. de la OEA para la Libertad de Expresión; Relatora E. sobre Libertad de Expresión de la CADHP, *Declaración conjunta sobre libertad de expresión y “Noticias Falsas” (“fake news”), desinformación y propaganda*, 2017.
- Rua, J. C., “¿Está verdaderamente prohibida la censura previa?”, en Enrique Regueira (ed.) *El control de la actividad estatal*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2016.
- Rua, J. C., “La democracia no tiene sentido. Salvo que usted sea un demócrata, claro”, *Lecciones y Ensayos*, n.º 99, 2017.
- Supreme Court of the United States, *New York Times Co. v. Sullivan* (376 U.S. 254), 1964.
- Supreme Court of the United States, *Red Lion Broadcasting Co., Inc. v. FCC* (395 U.S. 367), 1969.
- Tokman, N.; D’Ippolito, D., “Los dueños de la información”, *El gato y la caja*, 2018. Última consulta: 19 de mayo de 2020, disponible en <https://elgatoylacaja.com/los-duenos-de-la-informacion/>.
- Twitter, “Suspensión permanente a @realDonaldTrump”. Última consulta: 4 de marzo de 2021, disponible en https://blog.twitter.com/es_la/topics/company/2020/suspension-permanente-a-realdonaldtrump.html.
- UNESCO, *Informe de seguimiento de la educación en el mundo 2020*, París, Francia.
- UNESCO, “World Inequality Database on Education”. Última consulta: 9 de diciembre de 2020, disponible en https://www.education-inequalities.org/indicators/rlevel_upsec#?sort=-mean&dimension=all&group=all&age_group=rlevel1_upsec&countries=|ARG|BRA|CHL|COL|CRI|DOM|MEX|PAN|PER|TTO|URY|VEN.
- Zuckerberg, M., “Facebook”. Última consulta: 4 de marzo de 2021, disponible en https://www.facebook.com/story.php?story_fbid=10112681480907401&id=4.

Difusión de escraches por violencia de género en redes sociales: el caso de los/as niños, niñas y adolescentes

Andrea Schuster

1. Introducción

Luego de una serie de denuncias públicas realizadas por redes sociales y medios de comunicación masivos conocidos como “escraches” hemos vivenciado una explosión de estas expresiones a lo largo de todo el país.¹ Si bien buena parte de estos casos involucraban a personas mayores de edad, múltiples escraches fueron realizados y estuvieron dirigidos a niños, niñas y adolescentes (en adelante “NNyA”). Esta investigación surge como continuación del artículo “¿Derecho al escrache? Consideraciones acerca del derecho a la libertad de expresión en casos de escraches en materia de género”², en el que fue abordado

¹ Por ejemplo: *Página 12*, “Juicio al escrache”, 2018. Última consulta: 19 de marzo de 2021, disponible en <https://www.pagina12.com.ar/147673-juicio-al-escrache>.

² A. Schuster, “¿Derecho al escrache? Consideraciones acerca del derecho a la libertad de expresión en caso de escraches en materia de género”, en *Géneros, derechos y justicia. Tomo Derecho constitucional y derechos humanos*, (en prensa), Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

el alcance de la protección que el derecho a la libertad de expresión otorga a los escraches sobre violencia de género.

A lo largo de este trabajo se pretende analizar si el derecho humano a la libertad de expresión protege, y en qué medida, a los escraches sobre violencia de género dirigidos a NNyA. Para ello, será importante realizar una caracterización del derecho a la libertad de expresión a la luz de su rol en el debate público y democrático. Se reconstruirán los estándares desarrollados para el entendimiento del derecho a la libertad de expresión y se analizará si pueden ser aplicables al caso de los escraches. Por otro lado, se estudiará la específica protección en materia de derechos humanos otorgada a los NNyA, principalmente en materia de protección al honor, la intimidad y la imagen. Se analizarán los fundamentos de esta especial protección, así como las obligaciones de los Estados y los estándares aplicables.

En este sentido, se buscará estudiar si el del derecho a la libertad de expresión puede sufrir limitaciones para el caso de los escraches por hechos de violencia de género cuando están dirigidos a NNyA. Me interesaré, en particular, indagar en los fundamentos de las restricciones al derecho a la libertad de expresión por afectación a derechos de NNyA. Luego analizaré las herramientas jurídicas que existen para afrontar esta problemática. Para ello utilizaré como modelo de análisis el caso de la pornografía infantil, y el supuesto del artículo 13 inciso 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos³, por sus paralelismos con el caso de los escraches por hechos de violencia de género. Así, se concluirá que existen actualmente herramientas jurídicas idóneas y compatibles con los estándares internacionales de derechos humanos para sortear esta problemática.

2. Libertad de expresión y escraches por hechos de violencia de género

El derecho a la libertad de expresión es profundamente contraintuitivo. Si bien resultaría difícil encontrar detractores/as de este derecho que pretendan llamarse democráticos/as, lo cierto es que muchas veces

³ “Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica”.

el compromiso formal que se tiene con él no logra abarcarlo en toda su amplitud. Eso se debe a que, lejos de lo que podríamos inicialmente pensar, sus efectos nos pueden parecer profundamente injustos. La vocación democrática de la libertad de expresión muchas veces tiene como efecto proteger algunas expresiones⁴ que generan daño: por ejemplo, pueden afectar el honor, la imagen⁵ o la intimidad⁶ de las personas de manera considerable.⁷

En este sentido, la concepción moderna del derecho entiende que aquel es un prerequisite fundamental para una democracia robusta: no se trata solo de un derecho individual tendiente a proteger a una persona que se expresa frente a la amenaza externa de la censura (principalmente del Estado), sino de un derecho tendiente a la autodeterminación colectiva.⁸ Es una forma de garantizar que una amplia pluralidad de voces se exprese en el debate público, de modo tal que nos permita deliberar y

⁴ La voz “expresiones” es usada en sentido amplio, no solo para las expresiones verbales. Así lo establece el artículo 13 de la Convención de los Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión [...] ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

⁵ Ver también: Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. y otros s/daños y perjuicios (Fallos 337:1174), 2014; Además, en el reciente fallo “Pando c/ Barcelona” se analiza el rol de la sátira política en la afectación al derecho a la honor y la imagen: se abordó el derecho a la libertad de expresión en el caso en que una revista de humor había publicado un fotomontaje de una defensora de represores de la última dictadura cívico-militar, hipersexualizada y atada. Ver: Pando de Mercado, María Cecilia c/ Gente Grossa SRL s/daños y perjuicios, 2020; ver también: Patitó, José Ángel y otros c/ diario *La Nación* y otros (Fallos: 331:1530), cit.

⁶ Por ejemplo: Corte Suprema de Justicia de la Nación, Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil y otros s/daños y perjuicios (Fallos: 324:2895), 2001.

⁷ Otro tipo de potencial “daño” es aquel que afecta a la sociedad toda y sus condiciones de igualdad: la pornografía, los discursos de odio, el negacionismo, entre otros. En el mencionado fallo “Pando c/Barcelona” también se hace referencia a la posible reproducción de estereotipos de género del fotomontaje. Ver: Corte Suprema de Justicia de la Nación, Pando de Mercado, María Cecilia c/ Gente Grossa SRL s/daños y perjuicios, cit., párr. 24.

⁸ O. Fiss, *Libertad de expresión y estructura social*, México DF, Distribuciones Fontamara, 1997.

tomar decisiones democráticas con los mejores argumentos posibles (y habiendo permitido la participación de todos/as).

Este entendimiento de la libertad de expresión tiene, desde ya, varias consecuencias. En particular, se ha caracterizado como un derecho “bidimensional”⁹: la libertad de expresión no solo protege a quien se expresa, sino también a todos/as quienes podemos estar expuestos/as a esa expresión. Tal es el sentido que se le otorga, en efecto, en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH): “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...”. Tenemos derecho a saber qué dice y qué opina el resto. Por otro lado, esta concepción social de la libertad de expresión¹⁰ tiene como efecto la modificación sustancial del rol del Estado, que se posiciona como garante de cierto grado de igualdad necesaria para el ejercicio de este derecho.¹¹ Así, debe asegurarse que todos los sectores de la sociedad puedan participar del debate público (principalmente de aquellos que, por su situación de desigualdad estructural, corren el riesgo de ser *negativamente afectados/as* por decisiones que no los/as toman en consideración).¹²

Asumir que el derecho a la libertad de expresión tiene estas características amplía necesariamente su ámbito de protección. En primer lugar, permite proteger muchos discursos que pueden, en alguna medida, resultar dañosos, pero que hacen a la calidad nuestra práctica democrática. En efecto, podría incluso decirse que el objetivo de este derecho es, principalmente, proteger aquellas expresiones que resultan dañosas.¹³ De hecho, el derecho a la libertad de expresión es mucho

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Colegiación obligatoria de periodistas. Opinión Consultiva solicitada por el Gobierno de Costa Rica OC-5/85*, 1985.

¹⁰ *Ibíd.*, pp. 30 y 70; Asimismo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La Última Tentación de Cristo”, *Olmedo Bustos y Otros vs. Chile* (Fondo, Reparaciones y Costas), 2001, pp. 64 y 67 y *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 2004, pp. 107 y 108; *Ricardo Canese vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), 2004, pp. 79, 80 y 82.

¹¹ O. Fiss, *Libertad de expresión y estructura social*, cit.

¹² *Ibíd.*

¹³ J. C. Rua, “Libertad de expresión, igualdad y discursos discriminatorios”,

más amplio que el principio de autonomía que en nuestra Constitución Nacional (CN) establece el artículo 19: este protege al individuo siempre y cuando aquello que realice no genere daño¹⁴, en tanto el derecho a la libertad de expresión protege también las expresiones que, por fuera del ámbito de protección del artículo 19, lo producen (o pueden hacerlo).¹⁵ Y así lo hace justamente por la importancia democrática que implica expresarse y participar en el debate público aun cuando se afecte a terceros. Esto es relevante para el caso que nos convoca: es indudable que los escraches realizados en redes sociales por casos de violencia de género producen daño en “los escrachados”: pierden sus trabajos, a su familia, sus parejas, entre otras consecuencias posibles. Ello supone necesariamente que los escraches están muy por fuera del ámbito de protección del principio de autonomía personal. También, hasta aquí, el derecho a la libertad de expresión podría habilitar acciones de “responsabilidad ulterior”¹⁶ (como las llama la CADH) como demandas civiles por daños y perjuicios, o denuncias penales por calumnias o injurias (según corresponda). Sin embargo, a continuación señalaré algunas razones adicionales que justifican por qué los escraches por violencia de género ameritan una protección mayor del derecho a la libertad de expresión.

Revista de Derecho Penal y Criminología, Thomson & Reuters, 2018.

¹⁴ En palabras de Nino a la hora de explicar el artículo 19 de la CN: “[...] las acciones son privadas en la medida en que solo ofendan una moral privada compuesta por pautas que valoran tales acciones por sus efectos en la vida y el carácter moral del propio agente, y no ofendan en cambio una moral pública constituida por pautas que valoran a tales acciones por sus efectos dañinos o beneficiosos sobre terceros”. C. Nino, *Fundamentos del derecho constitucional*, 3º, Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 305.

¹⁵ Rua, “Libertad de expresión, igualdad y discursos discriminatorios”. Es decir, el artículo 19 es el “núcleo básico de la libertad de expresión” porque protege también expresiones, pero sólo aquellas que no generan daño.

¹⁶ Como veremos, la CADH prohíbe en todos casos la censura.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁷ e incluso la jurisprudencia local¹⁸ han admitido una protección mayor a aquellas expresiones que versan sobre *cuestiones de interés público*. Esto está íntimamente relacionado con las características democráticas del derecho: no podemos condenar (civil o penalmente) a las personas por participar en el debate público cuando sus expresiones tienen un contenido importante para nuestra práctica democrática, aun si son dañosas. Además, eso podría desalentar la participación en la deliberación pública.¹⁹ Por ello, el ordenamiento jurídico tolera expresiones que versan sobre cuestiones de interés público y limita las posibilidades de respuestas jurídicas negativas para quien se expresa.²⁰ Para

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), cit.; *Kimel vs. Argentina* (fondo, reparaciones y costas), cit.; *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina* (fondo, reparaciones y costas), 2011.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa "Pandolfi, Oscar Raúl c/Rajneri, Julio Raúl"* (Fallos: 320:1272), 1997; *Di Salvo, Miguel Ángel c/ diario La Mañana s/ Daños y Perjuicios* (Fallos: 314:1517), 2010, entre otros.

¹⁹ Las características deliberativas y democráticas del derecho a la libertad de expresión han sido reafirmadas por la Corte Suprema de nuestro país en un emblemático caso "Clarín". Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Grupo Clarín S.A. y otros c/Poder Ejecutivo Nacional* (Fallos: 336:1774), cit.

²⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa "Pandolfi, Oscar Raúl c/Rajneri, Julio Raúl"* (Fallos: 320:1272), cit.; *Di Salvo, Miguel Ángel c/ diario La Mañana s/ Daños y Perjuicios* (Fallos: 314:1517), cit.; la CADH dice en su artículo 11 inciso 2: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación". En este sentido, pareciera entenderse que el elemento fundamental es la cuestión de la arbitrariedad en los casos de la intimidad y la ilegalidad en los casos de la afectación a la honra y la reputación. El criterio del aporte al debate público implica que una injerencia resulte arbitraria cuando la difusión no contribuya ni enriquezca el debate político. De este modo, la injerencia existe, pero no es arbitraria en los términos de la CADH. Por otro lado, la CADH se refiere a los "ataques ilegales a la honra o reputación". En este caso también la CSJN ha entendido que cuando la información que afecta el honor o reputación de una persona es importante para el debate público, no corresponden respuestas jurídicas. Así lo ha dicho la CSJN en el caso "Pandolfi" (un supuesto de reproche penal por afectación al honor): "El punto de partida está

el caso que nos convoca de los escraches sobre violencia de género, entonces, habría que preguntarse en qué medida puede decirse que revisten este interés.

En particular, una de las principales consignas de los feminismos fue el entendimiento de la violencia de género como una problemática de índole pública y de carácter estructural.²¹ Este reconocimiento, que implica también una demanda específica de políticas públicas destinadas a la protección de las mujeres, puede ser un primer paso para considerar a las expresiones que versan sobre violencia de género como cuestión de interés público. Pero, además, ello se ve reforzado en tanto la protección de las mujeres (y nuestro derecho a una vida libre de violencias) es una obligación a la que los Estados se han comprometido en el ámbito internacional a través de diversos tratados de derechos humanos –TIDH– (muchos de ellos sobre derechos humanos de las mujeres en particular).²² En esta misma línea, la propia normativa local reconoce la problemática de la violencia contra las mujeres con gran amplitud.²³ Por otro lado, muchas veces el escrache es utilizado cuando a las mujeres víctimas de violencia de género no les es garantizado y respetado su derecho de acceso a la justicia (intentaron denunciar y

en el valor absoluto que debe tener la noticia en sí, esto es, su relación directa con un interés público y su trascendencia para la vida social, política o institucional”. Asimismo, en el caso “Di Salvo” (sobre responsabilidad civil) establece que “hay casos en que la protección al honor debe ser atenuada cuando se discuten temas de interés público”. Así, pareciera que nuestra Corte ha entendido que la “ilegalidad” de los ataques al honor, en los términos de la CADH, no comprende expresiones que versen sobre el interés público. Ver: A. Schuster, “¿Derecho al escrache? Consideraciones acerca del derecho a la libertad de expresión en caso de escraches en materia de género”, cit.

²¹ Ver, por ejemplo: CEPAL, *Violencia de género: un problema de derechos humanos*, 1996. Última consulta: 19 de marzo de 2021, disponible en <https://www.cepal.org/mujer/noticias/paginas/3/27403/violenciadegenero.pdf>.

²² Principalmente la “Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Belém do Pará)”; la “Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” y su protocolo facultativo.

²³ “Ley N°26.485, Ley de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”.

la causa fue archivada, por ejemplo).²⁴ Estos casos también revisten interés público, porque visibilizan una problemática de violación de derechos humanos (fundamentalmente de acceso a la justicia) a manos del Estado. De este modo, más allá de los juicios morales que podamos realizar sobre los beneficios y problemas de los escraches, es evidente que han visibilizado una problemática de orden estructural sobre la que precisamos debatir. Así, si bien los escraches pueden parecer “individuales” (porque su emisora es una sola) o “individualizados” (porque el escrachado es uno solo) sin dudas forman parte de un debate público general que supone reconocer, en primer lugar, a la violencia de género como un problema real, sistémico y transversal, y también los problemas de nuestras instituciones para poder combatirla.

Tal protección se refuerza si tomamos en consideración que las mujeres son un grupo históricamente vulnerabilizado.²⁵ De este modo, condenar de algún modo (con responsabilidad civil o penal) por los escraches por hechos de violencia de género puede relegar a un grupo que se encuentra en una situación de desigualdad estructural al silencio, y reproducir su desventaja.²⁶ Esto puede, incluso, volver inaudibles sus reclamos (que en sí mismos resultan ya relegados porque la propia estructura social vulnera su derecho a la libertad de expresión).²⁷ En palabras de Fiss,²⁸ los escraches podrían entenderse como parte de aquellas prácticas “suplementarias” a los procesos electorales, que actúan como su correctivo democrático: en la medida en que la desigualdad, la dificultad en el acceso a derechos y su vulneración existan, difícilmente podamos pensar que los procesos tradicionalmente “democráticos” las representen o las tomen en consideración. Así, como en muchos otros casos ha ocurrido con la protesta social para grupos

²⁴ Ver: Dirección General de Políticas de Género del Ministerio Público Fiscal de la Nación, *La violencia contra las mujeres en la justicia penal*, 2018.

²⁵ Comité CEDAW, *Recomendación General N°19 de la CEDAW: la violencia contra la mujer*, 1992.

²⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe Anual 1999 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”, pp. 38-40.

²⁷ R. Gargarella, “La concepción constitucional de la libertad de expresión”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, N° 1, 2013.

²⁸ O. Fiss, “El carácter indócil de la política”, en *Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2010.

privados de sus derechos civiles (las personas afroamericanas en el caso que estudia Fiss, privadas de sus derechos civiles y políticos), los escraches permiten escuchar las voces de un grupo que, si bien se encuentra formalmente representado, no es lo suficientemente oído en sus demandas y reclamos.²⁹

De este modo, el derecho a la libertad de expresión protege los escraches, porque versan sobre cuestiones de interés público (ponen “sobre la mesa” la problemática de la violencia de género) y porque tales expresiones provienen de un grupo al que ya de por sí poco le es permitido participar en el debate democrático. Condenar a las mujeres por repudiar actos de violencia de género puede implicar, sin lugar a duda, un desincentivo para las mujeres a la hora de alzar la voz por sus derechos humanos.

Es importante señalar que las consideraciones vertidas sobre este (alto) grado de protección de los escraches no diferencian entre los escraches que versan sobre conductas que constituyen delito y las que no constituyen delito. Una de las principales críticas que se esgrimió en contra de los escraches por hechos de violencia de género (en la discusión pública) es que eran improcedentes porque correspondía radicar una denuncia en sede judicial (principalmente penal)³⁰ ante hechos de violencia de género.³¹ No se mencionaba demasiado con relación a

²⁹ *Ibíd.*

³⁰ Es importante señalar que, en muchos de los casos de violencia de género (lesiones, abuso sexual, entre otras), la acción penal es dependiente de instancia privada. En este sentido, pretender que la mujer denuncie en sede penal como requisito para su expresión va en contra de la naturaleza propia del régimen de la acción. Ello incluso implicaría un trato desigual, porque no le demandamos a nadie que radique una denuncia en sede penal para participar del debate público. Por otro lado, un proceso penal puede terminar en un sobreseimiento por prescripción o una absolución por inimputabilidad, por ejemplo. En esos casos, la justicia tampoco aclara necesariamente el fondo de la cuestión, pero ello no puede impedir a las mujeres que participen en el debate público.

³¹ Sería injusto no reconocer que quienes sostuvieron esta posición asumen los problemas de la justicia para recibir las denuncias. No se trata de una crítica necesariamente actual, porque se acepta que a las mujeres les es violado el derecho de acceso a la justicia en muchos casos. Sin embargo, esta postura sostiene que la justicia penal *debería* ser la vía idónea, y que ante una justicia

las conductas “escrachadas” que no constituyen delito. Sin embargo, la protección que otorga el derecho a la libertad de expresión no realiza tal diferencia, ni requiere la denuncia en sede penal (en los casos que correspondiere). Ello es así porque el estándar para la protección es el *interés público que revisten las expresiones sobre violencia de género* y, además, porque las conductas que constituyen violencia de género (a la luz principalmente de la Convención Belém do Pará y de la Ley de Protección Integral) no son necesariamente delitos. Por ello, la libertad de expresión protegería las expresiones más allá de tal distinción, sin requerir denuncia en sede penal, en tanto versen sobre conductas jurídicamente consideradas violencia de género.³²

2.A ¿Qué hacemos? Censura previa y responsabilidades ulteriores

Resulta necesario, a los fines de este trabajo, pensar cuáles son las posibles respuestas jurídicas que existen o pueden existir como límites al derecho a la libertad de expresión (si bien algunas ya fueron deslizadas previamente). Como sabemos, los derechos no son absolutos y, parafraseando a nuestro texto constitucional, se ejercen conforme las leyes que reglamentan su ejercicio. En este sentido, cabe señalar cuál es (y puede ser, a la luz de los TIDH) la regulación en nuestro ordenamiento jurídico de este derecho, en particular con relación a la censura, la responsabilidad civil y la responsabilidad penal (las “responsabilidades ulteriores”).

que funciona correctamente y no vulnera derechos de las mujeres, los escraches son ilegítimos.

³² Es claro que en los casos en los que no existe violencia de género a la luz de la Ley de Protección Integral y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, no cabría ese grado de protección (salvo que también revista interés público). Por ejemplo, si escracho a mi expareja porque me fue infiel, probablemente no exista la posibilidad de otorgarle a mi escrache el grado señalado de protección. En este sentido, lo que deberían analizar los/as jueces/as es si la conducta escrachada constituye violencia de género en los términos de la ley y, por lo tanto, reviste interés público; o si reviste interés público por alguna otra razón. Ver: A. Schuster, “¿Derecho al escrache? Consideraciones acerca del derecho a la libertad de expresión en caso de escraches en materia de género”, cit.

Con relación a la censura, el texto del artículo 13 de la CADH ya reseñado es claro cuando indica que la censura *previa* se encuentra prohibida en todos los casos. Sin embargo, ¿cómo debe entenderse la voz “previa” a la luz del carácter bidimensional del derecho a la libertad de expresión? Tomando en consideración que el derecho comprende aquel de recibir información, también se prohíbe la censura una vez que la expresión fue emitida. De este modo, podríamos decir que cualquier clase de censura resulta ilegítima.³³ Por otro lado, cabe señalar que la protección en materia de censura es más amplia aún: no solo está prohibida la censura directa, sino también la indirecta, aquella que se ejerce, como menciona el artículo 13, por el “el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

Este mismo artículo 13 de la CADH establece que las expresiones solo pueden estar sujetas a responsabilidades ulteriores (en los casos de “arbitrariedad” por afectación a la intimidad y de “ilegalidad” en los casos de la afectación a la honra y la reputación). En estos supuestos, podría haber responsabilidad civil o penal. Sobre la responsabilidad penal, recordemos que en el artículo 109 del Código Penal de la Nación encontramos receptado el delito de calumnias, que se define como “imputación falsa de un delito”. Por otro lado, en el artículo 110 se establece el delito de injuria, que es una afectación al honor de un tercero (la diferencia radica en si existe una imputación falsa). Para ambos casos, cabe señalar que el Código Penal aclara que las expresiones que revisten interés público no configuran delito. De este modo, si un escrache aborda una situación de violencia de género, la conducta resultaría en principio atípica. Ello es así puesto que –como hemos señalado– los discursos sobre hechos de violencia de género (a la luz de la normativa correspondiente) revisten interés público. La principal implicancia aquí de entender a la violencia de género como una prob-

³³ J. C. Rua, “¿Está verdaderamente prohibida la censura previa?”, en Enrique Regueira (ed.) *El control de la actividad estatal*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

lemática de interés público es la improcedencia por de la acción penal ante la afectación al honor de quien es escrachado.³⁴

En segundo lugar, cabe analizar la imposición de responsabilidades ulteriores a través de sanciones civiles. En este sentido, corresponde señalar que en el caso “Fontevicchia y D’Amico Vs. Argentina”, la Corte IDH utilizó el mismo estándar del interés público para restringir las limitaciones al derecho a la libertad de expresión.³⁵ De este modo, señaló que “el temor a una sanción civil desproporcionada puede ser a todas luces tan o más intimidante o inhibitor para el ejercicio de la libertad de expresión que una sanción penal” y que puede tener como consecuencia un “resultado evidente y disvalioso de autocensura”.³⁶ Sin embargo, en algunos casos *sí se permite* la responsabilidad civil. En particular, la CSJN ha “importado” de la Corte estadounidense el estándar de la “real malicia”.³⁷ Bajo el prisma de este estándar, una expresión que reviste interés público podrá generar responsabilidad civil de probarse la “real malicia” de la persona que emite una expresión determinada. El estándar, en este sentido, supone que la emisora se exprese con conocimiento de que lo expresa es falso, o con imprudente y notoria despreocupación sobre si era o no falso el contenido de la expresión. Es importante señalar que el estudio de la real malicia para atribuir responsabilidad civil no es un “test de la verdad”³⁸: no se debe analizar que el *contenido* de la expresión sea verdadero o falso. Lo que debe ser probado (por la parte actora) para atribuir responsabilidad civil por expresiones que revisten interés público, es la *real malicia*.

³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Kimel vs. Argentina* (fondo, reparaciones y costas), cit.

³⁵ Cabe señalar que ya lo venía usando, por ejemplo, en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), cit.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina* (fondo, reparaciones y costas), cit., párr. 74.

³⁷ Supreme Court of the United States, *New York Times Co. v. Sullivan* (376 U.S. 254), 1964.

³⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Patitó, José Ángel y otro c/ diario La Nación y otros* (Fallos: 331:1530), cit.

3. El caso de los/as niños, niñas y adolescentes

El caso que me propongo analizar en este trabajo es muy específico: se trata escraches o denuncias públicas en redes sociales, por hechos de violencia de género, y dirigidos a NNyA. Es una situación muy especial porque involucra la protección de derechos humanos de dos grupos especialmente protegidos: las mujeres y los/as niños/as. La importancia de analizar la particularidad de estos casos radica especialmente en que muchos de los escraches ocurrieron entre jóvenes y niños/as por estar muy presentes en la discusión pública sobre violencia de género, y porque tienen un manejo y acceso a las redes sociales muy alto.³⁹ Tras haber analizado el derecho a la libertad de expresión de las mujeres, ahora deberemos analizar cuál es la protección que nuestro ordenamiento jurídico les otorga a los/as NNyA y sus derechos.

En primer lugar, cabe señalar que la protección específica de los derechos de NNyA se encuentra consagrada en el artículo 19 de la CADH. Sin embargo, la CADH no define la categoría de “niño/a”. Para ello, la Corte IDH ha recurrido a la Convención sobre Derechos del Niño, determinando que se entiende como tal a todos/as los/as menores de 18 años.⁴⁰ Es por esta extensión que podemos referirnos conjuntamente a derechos de niños/as y derechos de los y las adolescentes. Para este último caso, muchos Estados (entre ellos la Argentina) han optado por establecer en su derecho interno regímenes diferenciados.⁴¹

Pero no es solo esta Convención la que establece una protección específica a este grupo. Como señala Beloff⁴², esta es muy amplia y se

³⁹ El caso de un joven que se suicidó tras un escrache por violencia de género implicó una gran conmoción y generó una gran discusión en torno a los escraches: diario *Perfil*, “Un joven se suicidó en Bariloche tras recibir una falsa denuncia de abuso sexual”, 2018. Última consulta: 21 de marzo de 2021, disponible en <https://www.perfil.com/noticias/sociedad/un-joven-se-suicido-luego-de-que-su-amiga-le-hiciera-una-denuncia-falsa-por-abuso.phtml>.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (Fondo), 1999.

⁴¹ M. Beloff, “Comentario al artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*, 2º, Fundación Konrad Adenauer, 2019.

⁴² *Ibíd.*

encuentra receptada de forma especial en el sistema interamericano y universal de derechos humanos.⁴³ En nuestro país, por otra parte, se ha sancionado la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (“Ley de Protección Integral de NNyA”).⁴⁴ En ella se establece la protección particular de los/as NNyA junto con específicas medidas para ello, criterios para el dictado de políticas públicas; establece derechos, determina obligaciones particulares para el Estado y procedimientos especiales en casos de vulneraciones. A continuación, desarrollaré algunos de los principales elementos comunes de estos instrumentos para luego pensar la posible vulneración de derechos de NNyA en el caso que estudiamos.

Estudiar los derechos de NNyA con un enfoque de derechos humanos supone, desde la entrada en vigor y ratificación de la Convención de Derechos del Niño 1989, reconocerlos/as como sujetos titulares de derechos. Esta simple afirmación no es menor porque es la característica del cambio de paradigma que introdujeron los TIDH para la protección de derechos de NNyA. Refiere al pasaje de su consideración como objeto de asistencia, compasión y control⁴⁵ a sujetos titulares de derechos a quienes, además, se les reconoce “una protección especial, adaptada y reforzada, debido a su condición de personas en desarrollo y crecimiento”.⁴⁶ De esta manera, la primera característica que debe ser tomada en consideración a la hora de pensar los derechos de NNyA es:

Los NNA son sujetos plenos de derechos, cuyos derechos deben ser reconocidos, respetados, protegidos y garantizados. Hoy los NNA no son considerados ni menores, ni incapaces, ni carentes sino personas totales, seres humanos

⁴³ También la “Convención de los Derechos del Niño” y sus protocolos facultativos. Es posible mencionar, por ejemplo, a la “Declaración Universal de Derechos del Niño”.

⁴⁴ “Ley N°26.062, Ley de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes”.

⁴⁵ En el que el Estado sólo intervenía ante “hechos irregulares”. Ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección”, párr. 39.

⁴⁶ *Ibíd.*, párr. 38.

*completos y con dignidad, poseedores de facultades y potencialidades a desarrollar y titulares de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales que les deben ser reconocidos por el solo hecho de existir.*⁴⁷

Es importante tener presente que una de las principales características de este cambio de perspectiva es el entendimiento de los derechos de los y las NNyA desde un enfoque holístico.⁴⁸ Así, en la medida en que se considera al *desarrollo integral*⁴⁹ como un pilar básico en materia de derechos de NNyA, la protección demandada a los Estados también debe ser integral (“doctrina de la protección integral”⁵⁰), y debe tener en consideración la interconexión y complementariedad de sus derechos.⁵¹ En el próximo apartado analizaré si en los casos de escraches por hechos de violencia de género existe vulneración de derechos de los y las niños/as y adolescentes (y cuáles, en particular); pero es fundamental tener en consideración que este enfoque nos compele a pensar a sus derechos como un todo y no desde una perspectiva individual y aislada.

Sin embargo, ¿en qué se asienta el reconocimiento de los y las niños, niñas y adolescentes como un grupo especialmente protegido? En particular, nos dice la CIDH, al hecho de que cada NNyA “debido a su desarrollo progresivo en todas sus facetas personales –a nivel físico, cognitivo, emotivo, psicológico y social–, depende de los adultos para el efectivo acceso y disfrute de todos sus derechos, así como para el

⁴⁷ *Ibíd.*, párr. 276.

⁴⁸ El Comité de los Derechos del Niño de la ONU concluyó que el desarrollo del niño “es un concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social”. Ver: Comité de los Derechos del Niño, “Observación general N°5 Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”, párr. 12.

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ S. T. Pedroza de la Llave; R. Gutiérrez Rivas, “Los niños y niñas como grupo vulnerable: una perspectiva constitucional”, en *Derechos humanos: memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, 2001 (Doctrina Jurídica), p. 109.

⁵¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección”, *cit.*, párr. 47.

ejercicio de las acciones jurídicas tendientes a exigir los mismos”.⁵² En términos más abstractos y, en palabras de Beloff, está “basada en el reconocimiento normativo de la vulnerabilidad esencial de los niños, dato fenomenológico reconocido por todas las culturas humanas a lo largo de la historia”.⁵³ Así, se trata de una protección fundada principalmente en el principio de autonomía personal, y en la posibilidad de que los/as NNYA puedan *ejercer* su autonomía, entendida como la posibilidad de elegir y materializar sus propios planes de vida.⁵⁴ Se sostiene entonces que los/as NNYA se encuentran en una situación de vulnerabilidad *absoluta*⁵⁵ temporal (hasta que cumple 18 años) que amerita, para que puedan ejercer su autonomía personal, la existencia de medidas de ayuda (incluso de índole paternalista).⁵⁶ Este elemento que fundamenta la consideración de los/as NNYA como un grupo protegido será esencial a la hora de estudiar las posibles limitaciones al derecho a la libertad de expresión, puesto que la afectación al pleno desarrollo del ejercicio de la autonomía de la/el niño/a parecería indicar una vulneración a sus derechos y el establecimiento de medidas específicas de protección.

Sin embargo, es importante reconocer que uno de los principios fundamentales tras el “cambio de paradigma” que trajo la Convención de Derechos del Niño es el de *autonomía progresiva*. En este sentido, se reconoce que las limitaciones para el ejercicio de su plena autonomía no son idénticas en el tiempo o para todos/as los/as NNYA. Por el contrario, “se ve modificada de acuerdo con la evolución de las capacidades del niño y grado de madurez”.⁵⁷ Así, este principio reconoce la

⁵² *Ibíd.*, párr. 337.

⁵³ M. Beloff, “Comentario al artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos”, *cit.*, p. 548.

⁵⁴ E. Garzón Valdéz, “Desde la ‘modesta propuesta’ de J. Swift hasta las ‘casas de engorde’. Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. II, 15-16, 1994.

⁵⁵ Como contraposición a la vulnerabilidad relativa, que implica que quien está en esta situación puede ejercer plenamente su autonomía si se eliminan las barreras de explotación o discriminación existentes. Ver: *Ibíd.*

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de

calidad de sujetos de derechos de los/as NNyA, que pueden ejercerlos progresivamente “en consonancia con la adquisición de habilidades y competencias”.⁵⁸ Teniendo en consideración que los escraches por hechos de violencia de género pueden afectar más a los y las adolescentes que a los/as niños/as, también resulta relevante señalar que la CIDH y el Comité de Derechos del Niño han reconocido que “los factores de riesgo en la adolescencia no son los mismos que los que existen durante la infancia, como tampoco lo son los factores de protección, y por tanto las intervenciones debe ajustarse acorde con ello”.⁵⁹

Con fundamento en lo relatado, se define “una esfera de protección de los derechos humanos de los niños que reconoce la existencia de obligaciones adicionales de protección a cargo de los Estados”.⁶⁰ En efecto, con relación a la protección de las infancias se ha reconocido

Protección”, cit., párr. 338; Se trata del reconocimiento de la capacidad de tomar decisiones sobre su propia vida. En palabras de la CIDH: “Este principio reconoce la condición especial y única de los NNA basada en su crecimiento y desarrollo. Pone de relieve la función de cada niño, niña y adolescente como participantes activos en la promoción, protección, vigilancia y exigibilidad de sus derechos, hacedores y decisores de sus propias vidas, a la vez que reconoce su derecho a medidas especiales y adaptadas para garantizar sus derechos”, ver: *Ibíd.*, párr. 340.

⁵⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección”, cit., párr. 341. También se diferencia de modelos asistencialistas o tutelares, porque estos últimos niegan la autonomía de los/as niños/as y los consideran como propiedad de los padres o familiares *Ibíd.*, párr. 339.

⁵⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección”, cit., párr. 365; Comité de los Derechos del Niño, “Observación General No. 20 Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”, párr. 2 y 3.

⁶⁰ M. Beloff, “Comentario al artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos”, cit., p. 548; Además, señala la autora: “Concretamente, en el caso ‘Niños de la Calle’ vs. Guatemala, la Corte IDH consideró que todo menoscabo a los derechos humanos es imputable al Estado si puede ser atribuido, según las reglas de derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de modo de comprometer la responsabilidad del Estado en los términos previstos por la CADH”. *Ibíd.*

la existencia de un verdadero “derecho adicional”.⁶¹ Además, esta especial protección a los/as NNyA se proyecta de tres maneras distintas: por un lado, el deber de respetarlos/as, entendida como la eliminación de normas y prácticas que supongan alguna violación a las garantías previstas en la CADH. Por otro lado, el deber de protegerlos/as, entendida como la obligación de que los Estados “tomen las medidas razonables y necesarias para prevenir e impedir las violaciones a sus derechos por parte de terceros, impidiendo los abusos y las intromisiones ilegítimas cuando el Estado conoce o debería conocer de la existencia de un riesgo identificable”.⁶² Por último, la obligación de garantizar, que implica que los Estados deban adoptar todas las medidas necesarias y adecuadas para que los/as NNyA puedan ejercer y disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones.⁶³

Una especial característica de la protección otorgada a los derechos de NNyA es que la responsabilidad del Estado por vulneraciones a los derechos de NNyA no se limita a sus agentes, sino también a *actos de terceros particulares que, en principio, no parecen atribuibles al Estado*.⁶⁴ Es decir que la obligación de protección especial del Estado implica la efectiva garantía de sus derechos también en relaciones inter-individuales y privadas.⁶⁵ En palabras de la propia Corte IDH:

[L]a obligación general [de proteger] impone a los Estados Partes el deber de garantizar el ejercicio y el disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder del Estado, y también en relación con actuaciones de

⁶¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección”, cit., párr. 43; J. M. Ibáñez Rivas, “Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, N°51, 2010, p. 25.

⁶² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección”, cit., párr. 50.

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ M. Beloff, “Comentario al artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos”, cit.

⁶⁵ *Ibíd.*

*terceros particulares. En este sentido, y para efectos de esta Opinión, los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber [...] de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales.*⁶⁶

La relevancia de este párrafo es evidente: el hecho de que los escraches por hechos de violencia de género se susciten entre particulares no implica que los Estados se encuentren exentos de cumplir con sus obligaciones de protección. Ello hace que resulte urgente para los Estados contar con medidas que prevengan o contrarresten la posible vulneración de derechos que podría acarrear un escrache de estas características.

Por último, no es posible realizar un análisis sobre la tensión de derechos en el caso de escraches por hechos de violencia de género sin hacer referencia al principio del *interés superior del niño/a*. Se trata de una noción consagrada expresamente tanto en la Declaración Universal de Derechos del Niño (art. 2), como en la Convención de Derechos del Niño (art. 16). También se encuentra expresamente consagrado en la Ley de Protección Integral de NNyA (art. 1 y art. 3). Este principio también ha sido una de las manifestaciones más claras del cambio de paradigma referido porque es una herramienta sumamente relevante para el programa de protección integral de la infancia.⁶⁷ Así, se trata de un concepto que implica: “el desarrollo integral de los NNyA y el ejercicio pleno de todos sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y políticas y la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida de niños y niñas”.⁶⁸ Se trata de un principio dinámico que debe evaluarse en

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 17/2002 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, 2002, párr. 87.

⁶⁷ L. Lora, “Discurso jurídico sobre el interés superior del niño”, *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios*, 2006.

⁶⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección”, cit., párr. 327; Corte Interamericana de Derechos Humanos,

cada contexto particular⁶⁹ y que tiene tres dimensiones: se trata de derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento⁷⁰. Me interesa, para evaluar la tensión de derechos entre NNyA y mujeres en el caso de escraches por hechos de violencia de género, resaltar la segunda dimensión. En palabras de la CIDH, el *interés superior del niño/a* debe entenderse: “Como principio jurídico fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño, considerando todos los derechos contenidos en la CDN”.⁷¹ En efecto, la propia CIDH establece que es un principio que no implica la exclusión de los derechos de otras personas, sino que *prioriza* “las intervenciones que favorezcan la realización de los derechos de los NNA”.⁷² En resumen, atender al interés superior del niño es un mandato convencional sumamente útil para pensar cómo analizar tensiones de derechos entre grupos, incluso entre grupos vulnerables o especialmente protegidos. Veamos entonces cómo se pone en juego este principio en el caso que nos convoca.

3.A *Libertad de expresión y derechos de niños, niñas y adolescentes*

Hasta aquí he trabajado la amplia protección al derecho a la libertad de expresión bajo el estándar democrático que ha desarrollado la Corte

Opinión Consultiva OC 17/2002 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, cit., párr. 56-61.

⁶⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección”, cit., párr. 328.

⁷⁰ Comité de los Derechos del Niño, “Observación General N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, párr. 6.

⁷¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección”, cit., párr. 329.

⁷² *Ibíd.*, párr. 326.

Interamericana de Derechos Humanos.⁷³ De este modo, he dicho que la libertad de expresión parece proteger a los escraches por violencia de género, tanto de la censura previa (en todas sus formas) como de las responsabilidades ulteriores, civiles o penales. Sin embargo, se permite la responsabilidad civil cuando media *real malicia* del emisor/a de la expresión. En este sentido, podríamos decir que esta limitación a la libertad de expresión no depende del destinatario/a del mensaje sino de la conducta de su emisor/a y los elementos subjetivos que construyen su voluntad.

Sin embargo, el caso de los/as NNyA puede variar tales consideraciones. La protección especial que los TIDH le otorgan específicamente a este grupo pone en tensión la amplitud del derecho a la libertad de expresión. Así, parecerían *en principio* enfrentados el derecho a la libertad expresión de las mujeres (y su amplia protección referida); y por otro lado el derecho al honor, la imagen e incluso la intimidad de los/as niños, niñas o adolescentes “escrachados”.⁷⁴

En el ámbito nacional la protección de estos derechos de los y las NNyA se encuentra consagrada en la Ley de Protección Integral de NNyA. En su artículo 22 establece: “Se prohíbe exponer, difundir o divulgar datos, informaciones o imágenes que permitan identificar, directa o indirectamente a los sujetos de esta ley, a través de cualquier medio de comunicación o publicación en contra de su voluntad y la de sus padres, representantes legales o responsables, *cuando se lesionen su dignidad o la reputación de las niñas, niños y adolescentes o que constituyan injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada o intimidad familiar*” (el resaltado es mío). La relevancia particular de este artículo es que en sí mismo ya establece una prohibición generalizada que podría afectar (mucho más allá de los escraches, que son objeto de este trabajo) el ejercicio de la libertad de expresión de quien pretenda,

⁷³ E. Bertoni; D. Salazar; C. Zelada, “Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*, 2º, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2019.

⁷⁴ Con la consideración especial de que, en el caso de los/as NNyA la interrelación y complementariedad de los derechos tiene un lugar especial y no pueden tomarse aisladamente. Ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección”, cit., párr. 74.

por ejemplo, difundir una imagen de un/a niño/a sin su consentimiento o el de sus representantes legales. Así, en términos generales existe una tendencia especial a la protección de los derechos de NNyA sobre la libertad de expresión, porque se establece una limitación *previa* para la circulación de discursos relacionados con ellos.

Ahora bien, podríamos decir que el artículo contempla dos supuestos para la prohibición de un discurso sobre NNyA. El primer supuesto establece la prohibición cuando un discurso constituye una “injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada y familiar”. En este caso, las razones de interés público que existen detrás de la circulación de un escrache por hechos de violencia de género eliminan el posible carácter “arbitrario” o “ilegal” de la “injerencia” (y estaría por fuera de la prohibición del artículo).⁷⁵ Por otro lado, el artículo contempla la prohibición de la difusión de un discurso cuando lesione su dignidad o reputación, *más allá de la arbitrariedad o ilegalidad de la injerencia*. Aquí entonces la cuestión radica en el análisis de la lesividad a la dignidad o reputación de un/a niño o adolescente en casos de un escrache. Desde ya, hacer este estudio en abstracto no tendría ningún sentido, porque el abanico de casos posibles es prácticamente inabarcable. Sin embargo, cabría pensar que es altamente probable que un escrache en que se denuncia a un niño o adolescente por cometer un hecho de violencia de género podría ser lesivo de su reputación o dignidad. Eso supone, a la luz de la norma citada, que los escraches entrarían en la categoría de discursos *prohibidos*.

Es importante recordar cuáles son las *razones* que motivan la protección especial de los/as NNyA.⁷⁶ Lo que se pretende, en todos los casos, es permitir el desarrollo de una autonomía que, para la ley, aún no puede ser plenamente *ejercida*.⁷⁷ De este modo, la difusión sin consen-

⁷⁵ Esta es la típica restricción a la libertad de expresión que permite la CADH y que analicé previamente con consideraciones similares.

⁷⁶ Señalo este aspecto porque entiendo que son las razones que motivan la específica protección de NNyA las que hacen “ceder” al derecho a la libertad de expresión en casos de escraches por violencia de género. No considero que lo expuesto pueda trasladarse a otros grupos vulnerados en lugar de los/as NNyA (por ejemplo, migrantes o miembros de pueblos indígenas).

⁷⁷ Desde ya la ley argentina prevé esta evolución en el ejercicio de la autonomía y diferencia, como he dicho, entre “adolescentes” y “niños/as”. Sin embargo, a la luz de los TIDH y por las razones que motivan su protección especial, consi-

timiento de imágenes o información lesiva de su dignidad o reputación puede afectar el desarrollo de la autonomía personal de los/as NNyA (e incluso de forma grave). Así parecería suceder con los escraches. En línea con este fundamento, la tensión entre libertad de expresión de las mujeres y los derechos de NNyA debe estudiarse, como mencioné, a la luz del principio del interés superior del niño/a. En este sentido, debe *priorizarse*⁷⁸ –incluso cuando existen dos grupos especialmente protegidos, como en el caso– la interpretación normativa más favorable a la realización de los derechos de las/os NNyA. Sin embargo, ¿qué implican estas afirmaciones?, ¿desaparece la amplia protección del derecho de las mujeres a expresarse libremente como fue desarrollada en el inicio de este trabajo?, ¿cuáles son las consecuencias de esta tendencia a la limitación del derecho a la libertad de expresión?

Sería una respuesta reduccionista decir que todas las hipótesis de conflicto de derechos que involucran a NNyA deben y pueden ser resueltas de forma sencilla por el principio del interés superior del niño/a, a su “favor” y contra el/la otro/a afectado/a. Lo que resulta evidente en este caso particular es que el principio del interés superior del niño/a nos obliga a que la cuestión se resuelva de modo tal que cese el daño y la vulneración de los derechos proveniente de los escraches. Pero, por el contrario, esto no implica que la “contienda” deba resolverse totalmente *en contra* de quien puso en circulación el escrache: como veremos, para el caso de los escraches la interpretación de este principio –y la obligación de proteger a los/as niños/as y adolescentes– es armónica con el reconocimiento de la vulnerabilidad de las mujeres y la importancia de su especial protección. En todo caso, el interés superior del niño nos requiere que, en estas hipótesis particulares de conflicto, *lo que debe procurarse es la evitación del daño producto de la circulación de un discurso que vulnera derechos de niños, niñas y adolescentes*.⁷⁹ Ello no supone necesariamente que exista una obligación de, por ejemplo, condenar civil o penalmente a las mujeres.

dero que es indistinto en el caso de los escraches.

⁷⁸ Subrayo la expresión “priorizarse” porque la disposición no implica obviar o desproteger los derechos de aquel otro/a que pueda resultar afectado/a (como en este caso las mujeres y su derecho a expresarse libremente).

⁷⁹ La importancia de esto radica en que las razones de interés público y de

En resumen, la propia Ley de Protección Integral de NNyA ya establece limitaciones claras para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión cuando se encuentran involucrados algunos derechos de NNyA. Esta limitación del derecho a la libertad de expresión se ve confirmada en casos de conflicto de derechos, justamente por mandato del principio del interés superior del niño/a. De este modo, en el próximo apartado analizaré cuáles son las consecuencias jurídicas de esta restricción, tanto para los y las NNyA como para las mujeres que los emiten.

3.B Tensiones, herramientas jurídicas y modelos de análisis

Hasta aquí hemos asumido que el derecho de las mujeres a expresarse libremente –aun cuando lo hagan sobre cuestiones de interés público, como la violencia de género– se ve limitado por la especial protección a los y las NNyA. Entonces, ¿qué podemos hacer con los escraches por hechos de violencia de género dirigidos a NNyA?

Corriendo el riesgo de sonar reiterativa, considero importante recordar cuáles son las tres posibilidades de restringir el derecho a la libertad de expresión. Por un lado, la censura que, como he señalado más arriba, se encuentra totalmente prohibida por la CADH. Por otro lado, las responsabilidades ulteriores, en forma civil o penal según corresponda. Como ya adelanté, la respuesta deseable a la pregunta formulada no necesariamente tiene por qué implicar la condena de las mujeres que escrachan. El mandato de protección de los y las NNyA no supone la condena sino la priorización de la protección de sus intereses: en este caso, la prioridad es evitar el daño que generan los escraches. Veamos entonces qué sucede con las respuestas que mencionamos.

Las responsabilidades ulteriores (civiles o penales), que son en principio las dos limitaciones permitidas a la libertad de expresión, aparecen como respuestas poco deseables por al menos dos motivos. El primero es que siguen constituyendo una limitación a la libertad de

valor democrático de la libertad de expresión como un derecho bidimensional y colectivo deben ser atenuadas cuando las expresiones vulneran los derechos subjetivos de este grupo protegido en particular (por las razones específicas que hemos explicado).

expresión de las mujeres que están participando del debate público en ejercicio de sus derechos (en la medida en que lo hagan sin real malicia). Pero, además, la responsabilidad ulterior a un escrache implica un proceso de revictimización (¡ni más ni menos que una condena judicial!) de una persona que integra un grupo especialmente protegido, en estado de vulnerabilidad y que está exponiendo su situación de violencia de género. En segundo lugar, las responsabilidades ulteriores no son una respuesta deseable porque en definitiva no protegen a los/as NNyA: en la medida en que el escrache esté disponible en la esfera pública, seguirá afectando sus derechos más allá de cualquier condena civil o penal a la mujer que lo emitió. De este modo, esta forma de limitación del derecho a la libertad de expresión no cumplimenta el deber de protección al que está obligado el Estado y, por ello, podría incluso ser responsable internacionalmente.⁸⁰ En definitiva, la respuesta que nos ofrece *prima facie* el sistema jurídico pretende proteger a ambos y termina por no proteger a ninguno de los dos grupos con los que tiene obligaciones especiales.⁸¹

De modo que la censura –que, como regla general, está prohibida– aparece como la única respuesta deseable: quitar de circulación los escraches por violencia de género dirigidos a NNyA. En definitiva, restringe en una medida razonable el derecho a la libertad de expresión de las mujeres, pero no las condena civil ni penalmente; y protege adecuadamente a los/as NNyA. Digo que “como regla general” está prohibida justamente porque el ordenamiento jurídico nos ofrece algunas excepciones que pueden resultar especialmente útiles para pensar esta problemática. Veamos.

En primer lugar, la propia Convención Americana establece una restricción de esta índole al derecho a la libertad de expresión: en su

⁸⁰ M. Beloff, “Comentario al artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos”, cit.

⁸¹ Eso no implica que para el caso de la afectación a la autonomía de los NNyA no pueda aparecer la posibilidad de atribuir responsabilidad civil. Entiendo que el caso de la atribución de la responsabilidad penal continúa siendo imposibilitada porque sigue revistiendo interés público la expresión. Como mucho podría pretenderse en sede civil la reparación del daño que produjo el escrache, pero no aparece deseable al menos como respuesta única a la problemática.

artículo 13 inciso 4 establece: “Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia...”. Justamente, se trata también de la protección de la infancia que habilita la censura. Aquí también está presente la motivación de la protección especial: la exposición a ciertos espectáculos tiene un impacto en su desarrollo integral y el progresivo ejercicio de su autonomía.

En segundo lugar, aún más interesante para el caso que nos convoca, la censura ha sido una herramienta permitida en los casos de pornografía infantil. Es importante señalar que la pornografía infantil está absolutamente prohibida en el derecho internacional y también constituye delito en la amplia mayoría de los ordenamientos jurídicos, incluida la Argentina (art. 128 CP). Esto diferencia las consecuencias –penales– de la pornografía infantil de las consecuencias de los escraches por hechos de violencia de género. Sin embargo, sí puede trazarse un paralelismo desde que la pornografía infantil⁸² es una de las excepciones de la protección a la libertad de expresión, justamente por su afectación a los derechos de NNyA, y por la obstaculización de su desarrollo integral.⁸³ Así, la Relatoría Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de las

⁸² No así la pornografía de mayores de edad. La discusión sobre libertad de expresión, pornografía y derechos de las mujeres es también una cuenta pendiente de los feminismos. Ver: R. Dworkin; C. MacKinnon, “Pornography: An Exchange”, *The New York Review of Books*, 1993.

⁸³ La pornografía infantil, prohibida en términos absolutos por la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 34.c), por el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y por el Convenio No. 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil (artículo 3.b). Esta prohibición, leída en conjunto con el artículo 19 de la Convención Americana, en virtud de la cual, “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”, implica necesariamente que la pornografía infantil, en tanto forma discursiva violentamente lesiva de los derechos prevalecientes de los niños y de su interés superior, ha de estar excluida del rango de la protección provisto por la libertad de expresión. Ver: R. para la L. de E. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, cit., párr. 60.

Naciones Unidas⁸⁴ y la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH⁸⁵ han permitido para el caso de la pornografía infantil el *bloqueo* del contenido. Desde ya “siempre que la legislación nacional sea suficientemente precisa y se disponga de salvaguardias eficaces frente a su abuso o uso indebido”.⁸⁶ El punto es que permite que tal contenido sea dado de baja y *desaparezca*.⁸⁷

En estas dos circunstancias (la pornografía infantil y el supuesto del inciso 4 del artículo 13), la censura ha sido una herramienta permitida porque está involucrada justamente la protección al desarrollo integral y al ejercicio de la autonomía de NNyA.⁸⁸ En este sentido, el *fundamento* que existe tras estas restricciones en forma de censura, bloqueo o filtrado, pareciera ser el mismo que aquel que desarrollamos sobre los escraches por hechos de violencia de género. En definitiva, se trata de problemáticas vinculadas a expresiones que producen una grave afectación al desarrollo de su autonomía. En este sentido, la censura no solo aparece como la mejor herramienta posible para proteger simultáneamente los derechos de las mujeres y de los/as NNyA en los casos

⁸⁴ Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Frank La Rue, 2011, párr. 32.

⁸⁵ R. para la L. de E. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*, cit., párr. 88.

⁸⁶ Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, Frank La Rue, cit., párr. 32.

⁸⁷ La posibilidad de bloquear o filtrar un contenido no está exento de problemas. Es relevante considerar la facilidad con que estos discursos pueden esparcirse y difundirse en redes sociales. Desde ya, no es el objetivo de este trabajo analizar las posibilidades *de hecho* de realización de estas alternativas jurídicas, sino justamente aquello que –bajo el estado de cosas normativo actual– aparecen como repuestas posibles.

⁸⁸ De hecho, para el caso del artículo 13 inciso 4 se establece que es una “excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos únicamente con el fin de regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión”. Ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La Última Tentación de Cristo”, Olmedo Bustos y Otros Vs. Chile (fondo, reparaciones y costas), cit., párr. 70.

de escraches, sino que también existen buenas razones para pensar que la censura en estos casos podría ser una respuesta *permitida* en nuestro ordenamiento jurídico, con los mismos fundamentos que se permite la censura de la pornografía infantil o la restricción a ciertos espectáculos.⁸⁹

Así, si entendemos que los escraches por violencia de género dirigidos a niños y adolescentes pueden afectar el desarrollo integral de su plan de vida –como en el caso de la pornografía o la exposición a ciertas imágenes– también cabría habilitar la respuesta “censura” para estos casos. Es decir, que en circunstancias en que puede acreditarse este daño cierto vinculado a la vulnerabilidad de NNyA, los estándares en materia de libertad de expresión parecerían permitir una respuesta genéricamente prohibida: la baja o la censura de aquellas expresiones que vulneran derechos de este grupo especialmente protegido y vulnerable. De esta forma, además, podrá evitarse la condena civil o penal de las mujeres que emiten estos escraches y quienes también deben ser especialmente protegidas.

4. Consideraciones finales

A lo largo de este trabajo he intentado analizar cuáles son las alternativas que nuestro ordenamiento jurídico, a la luz de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, permite para un caso en que se conjugan los derechos fundamentales de dos grupos especialmente protegidos como los son los niños, niñas y adolescentes, y las mujeres: los escraches por hechos de violencia de género. A tal fin, he analizado la protección de los escraches a la luz del derecho a la libertad de expresión, y he concluido que se trata de una protección amplia y robusta. Sin embargo, tal protección cede en casos en que el “escrachado” es un niño o un adolescente, por su vulnerabilidad específica, a la luz de la normativa especial y del principio del interés supe-

⁸⁹ En cualquier caso, estos argumentos son herramientas para la regulación legislativa. Como hemos visto, no es posible pensar en ninguna restricción que no satisfaga el test tripartito. No alcanza con los argumentos aquí esgrimidos para pensar en censurar un discurso.

rior del niño/a. De esta forma, abordé las posibles respuestas jurídicas que se ofrecen a esta problemática. Para eso, utilicé como modelo de análisis el caso de la pornografía infantil y la excepción a prohibición de la censura del art. 13 inciso 4 de la CADH, con el objetivo de encontrar herramientas para la protección de las infancias, pero también de las mujeres víctimas de violencia de género. Así, concluí que existen mecanismos jurídicos para armonizar las tensiones de derechos que presentan este tipo de casos.

Desde ya, la discusión en los feminismos actuales sobre los escraches es una cuenta pendiente. No es objetivo de este trabajo justificar o reprochar esta herramienta. Sin embargo, la decisión estratégica e ideológica acerca de si es o no el escrache una vía idónea y querida ante casos de violencia de género no puede implicar la revictimización de las mujeres que hacen uso o han hecho uso de esta herramienta (condenándolas civil o penalmente). Tampoco puede la discusión sobre los derechos humanos de ciertos grupos históricamente oprimidos, olvidar los derechos de otros grupos también vulnerabilizados. De este modo, en este trabajo intenté analizar algunas de las herramientas que el derecho de los derechos humanos pone a disposición en una discusión abierta sobre cómo y a quiénes protege el Derecho, que no es sino una problemática vinculada con la calidad de nuestra democracia y la justicia de nuestras (desiguales) sociedades.

Bibliografía

- Beloff, M., “Comentario al artículo 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*, 2º, Fundación Konrad Adenauer, 2019, pp. 538-556.
- Bertoni, E.; Salazar, D.; Zelada, C., “Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión”, en *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*, 2º, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2019, pp. 405-430.
- CEPAL, *Violencia de género: un problema de derechos humanos*, 1996. Última consulta: 19 de marzo de 2021, disponible en <https://www.cepal.org/mujer/noticias/paginas/3/27403/violenciadegenero.pdf>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Hacia la garantía efectiva de los derechos de niñas, niños y adolescentes: Sistemas Nacionales de Protección”.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Informe Anual 1999 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión”.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, R. para la L. de E., *Estándares para una internet libre, abierta e incluyente*, 2017.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, R. para la L. de E., *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*, 2009.
- Comité CEDAW, *Recomendación General N°19 de la CEDAW: La violencia contra la mujer*, 1992.
- Comité de los Derechos del Niño, “Observación general N°5 Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”.
- Comité de los Derechos del Niño, “Observación General N°14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”.
- Comité de los Derechos del Niño, “Observación General No. 20 Sobre la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia”.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Colegiación obligatoria de periodistas. Opinión Consultiva solicitada por el Gobierno de Costa Rica OC-5/85*, 1985.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina (fondo, reparaciones y costas)*, 2011.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Herrera Ulloa vs. Costa Rica (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Kimel vs. Argentina (fondo, reparaciones y costas), 2008.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “La Última Tentación de Cristo”, Olmedo Bustos y Otros vs. Chile (fondo, reparaciones y costas), 2001.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (fondo), 1999.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 17/2002 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, 2002.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ricardo Canese vs. Paraguay (fondo, reparaciones y costas), 2004.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Di Salvo, Miguel Ángel c/ diario *La Mañana* s/ Daños y Perjuicios (Fallos: 314:1517), 2010.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional, vol. Fallos: 336:1774, 2013.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Menem, Carlos Saúl c/Editorial Perfil y otros s/daños y perjuicios (Fallos: 324:2895), 2001.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Pando de Mercado, María Cecilia c/ Gente Grossa SRL s/daños y perjuicios, 2020.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Patitó, José Ángel y otro c/ diario *La Nación* y otros (Fallos: 331:1530).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Recurso de hecho deducido por la defensa en la causa “Pandolfi, Oscar Raúl c/Rajneri, Julio Raúl” (Fallos: 320:1272), 1997.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. y otro s/daños y perjuicios (Fallos 337:1174), 2014.
- Dirección General de Políticas de Género del Ministerio Público Fiscal de la Nación, *La violencia contra las mujeres en la justicia penal*, 2018.
- Dworkin, R.; MacKinnon, C., “Pornography: An Exchange”, *The New York Review of Books*, 1993.
- Fiss, O., “El carácter indócil de la política”, en *Democracia y disenso. Una teoría de la libertad de expresión.*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.
- Fiss, O., *Libertad de expresión y estructura social*, México DF, Distribuciones Fontamara, 1997.
- Gargarella, R., “La concepción constitucional de la libertad de expresión”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, vol. 14, N° 1, 2013.

- Garzón Valdéz, E., “Desde la ‘modesta propuesta’ de J. Swift hasta las ‘casas de engorde’. Algunas consideraciones acerca de los derechos de los niños”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. II, n.º 15-16, 1994, pp. 731-743.
- Ibáñez Rivas, J. M., “Los derechos de los niños, niñas y adolescentes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, n.º N°51, 2010, pp. 13-54.
- Lora, L., “Discurso jurídico sobre el interés superior del niño”, *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales, X Jornadas de Investigadores y Becarios*, 2006, pp. 479-488.
- Nino, C. S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2005.
- Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue*, 2011. *Página 12*, “Juicio al escrache”, 2018. Última consulta: 19 de marzo de 2021, disponible en <https://www.pagina12.com.ar/147673-juicio-al-escrache>.
- Pedroza de la Llave, S. T.; Gutiérrez Rivas, R., “Los niños y niñas como grupo vulnerable: una perspectiva constitucional”, en *Derechos humanos: memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, 2001 (Doctrina Jurídica), pp. 103-127.
- Perfil*, “Un joven se suicidó en Bariloche tras recibir una falsa denuncia de abuso sexual”, 2018. Disponible en <https://www.perfil.com/noticias/sociedad/un-joven-se-suicido-luego-de-que-su-amiga-le-hiciera-una-denuncia-falsa-por-abuso.phtml>.
- Rua, J. C., “¿Está verdaderamente prohibida la censura previa?”, en Enrique Regueira (ed.) *El control de la actividad estatal*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2016.
- Rua, J. C., “Libertad de expresión, igualdad y discursos discriminatorios”, *Revista de Derecho Penal y Criminología, Thomson & Reuters*, 2018.
- Schuster, A., “¿Derecho al escrache? Consideraciones acerca del derecho a la libertad de expresión en caso de escraches en materia de género”, en *Géneros, derechos y justicia. Tomo Derecho constitucional y derechos humanos*, (en prensa), Santa Fe, Rubinzal Culzoni.
- Supreme Court of the United States, *New York Times Co. v. Sullivan* (376 U.S. 254), 1964.

Los autores y las autoras

Ignacio Calvi es abogado, graduado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y especialista en Derecho Penal y maestrando por la Universidad Torcuato Di Tella (UTDT). Además es funcionario del Poder Judicial de la Nación, docente de la materia *Derecho Penal III* de la Universidad de Morón, autor de múltiples obras sobre derecho penal. Es investigador de la Universidad Torcuato Di Tella y del Proyecto de Interés Institucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires *Los riesgos democráticos de la inteligencia artificial en espacios virtuales (2019/20)*.

Luciana Cánepa es abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y ha finalizado la cursada la Carrera de Especialización en Derecho Penal de la Universidad Torcuato Di Tella. Es funcionaria del Ministerio Público Fiscal, docente de Derechos Humanos y Garantías (UBA) e investigadora del Proyecto de Interés Institucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires *Los riesgos democráticos de la inteligencia artificial en espacios virtuales (2019/20)*.

Samanta Soledad Catalá es abogada, graduada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Se desempeña en el ejercicio liberal de la profesión, es docente del Centro de Formación Profesional perteneciente a la misma institución e investigadora del Proyecto de Interés Institucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires *Los riesgos democráticos de la inteligencia artificial en espacios virtuales (2019/20)*.

Santiago Ghiglione es abogado, graduado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y especialista en Derecho Penal por la Universidad Tortuato Di Tella. Además se desempeña como funcionario de la Unidad de Causas por Violaciones a los Derechos Humanos de la Procuración General de la Nación y es docente de Derechos Humanos y Garantías (UBA) e investigador del Proyecto de Interés Institucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires *Los riesgos democráticos de la inteligencia artificial en espacios virtuales (2019/20)*.

Juan Carlos Rua es abogado, especialista en Derecho Penal y tesista de la Maestría en Derecho Penal (todo ello en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires). Se desempeña como funcionario del Poder Judicial de la Nación y es Profesor Adjunto a cargo del curso Autonomía, Libertad de Expresión y Democracia y Jefe de Trabajos Prácticos de Derechos Humanos y Garantías, ambos de la currícula de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Es investigador de la Universidad de Buenos Aires, autor de múltiples obras de la especialidad y coordinó el Proyecto de Interés Institucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires *Los riesgos democráticos de la inteligencia artificial en espacios virtuales (2019/20)*.

Andrea Schuster es abogada, egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, donde se desempeña como docente de la asignatura Teoría General del Derecho. También se desempeñó como ayudante alumna del curso *Autonomía, libertad de expresión y democracia*. Es investigadora UBACyT y DeCyT, autora de múltiples publicaciones en materia de libertad de expresión y género y becaria del Proyecto de Interés Institucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires *Los riesgos democráticos de la inteligencia artificial en espacios virtuales (2019/20)*.

Natalia Varela es abogada egresada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, donde se desempeña como docente de Derechos Humanos y Garantías. Además es parte del equipo del Ministerio Público de la Defensa de la provincia de Buenos Aires, investigadora DECyT y del Proyecto de Interés Institucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires *Los riesgos democráticos de la inteligencia artificial en espacios virtuales (2019/20)*.

Emiliano Vitaliani es abogado y estudiante de Ciencia Política (UBA). Es docente de Elementos de Derecho Constitucional y Derechos Humanos y Garantías. A su vez, es becario UBACyT y autor de diversas publicaciones vinculadas con teoría de la democracia y participación ciudadana. Es investigador del Proyecto de Interés Institucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires *Los riesgos democráticos de la inteligencia artificial en espacios virtuales*.

Secretaría de Investigación
Departamento de Publicaciones

