

PLATAFORMAS DE INTERNET
Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Responsabilidad de Actores No Estatales por Violaciones a la Libertad de Expresión

Eduardo Bertoni,
noviembre 2021

Eduardo Bertoni

Doctor en Derecho (UBA). Representante de la Oficina Regional para América del Sur del Instituto Interamericano de Derechos Humanos -IIDH-. Ex Director de la Agencia de Acceso a la Información Argentina. Fundador del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Facultad de Derecho e la Universidad de Palermo (2009-2016). Entre 2002 y 2005, Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la Organización de Estados Americanos (OEA). Profesor de las Facultades de Derecho de las Universidad de Buenos Aires y de la Escuela de Derecho de la Universidad de Nueva York. •

Es una publicación de OBSERVACOM

Observatorio Latinoamericano
de Regulación, Medios
y Convergencia

Gral. César Díaz 1239/101
Montevideo, Uruguay
www.observacom.org

Con el apoyo del Programa de Medios
y Comunicación para América Latina
y El Caribe de la Fundación Fried-
rich-Ebert

FES Comunicación

Calle 71 # 11-90
Bogotá D.C., Colombia
<https://fescomunica.fes.de>

La Fundación Friedrich Ebert no com-
parte necesariamente las opiniones
vertidas por los autores y las autoras.
Este texto puede ser reproducido con
previa autorización de la Fundación
Friedrich Ebert (FES) si es con un ob-
jetivo educativo y sin ánimo de lucro.

Diseño: Valentina Galacio



Sobre licencia CC: https://eva.udelar.edu.uy/pluginfile.php/424842/mod_resource/content/1/licencias_creative_commons.html

INTRODUCCIÓN

En este trabajo se dirige a promover la discusión sobre la responsabilidad por acciones que vulneran el derecho a la libertad de expresión (derecho humano incluido en los tratados internacionales), cuando se trata de actos en los que el Estado no interviene de manera directa o indirecta, sino que tales acciones se desarrollan fundamentalmente por empresas privadas y sus víctimas son personas físicas o, incluso, jurídicas.

Si bien es cierto que ya existe doctrina y jurisprudencia que desarrolla la responsabilidad internacional de los Estados por violaciones a derechos humanos perpetradas por agentes no-estatales, no es menos cierto que esas elaboraciones jurídicas provienen como consecuencia de casos donde la violación está relacionada con hechos aberrantes, que van desde las torturas, los asesinatos o las desapariciones forzadas de personas.

Este breve estudio propone que, dado que no es posible desde una interpretación adecuada de los tratados internacionales de derechos humanos establecer una jerarquía entre ellos, hay razones para que los argumentos esgrimidos en casos que hemos calificado como aberrantes sean aplicables, *mutatis mutandi*, a casos donde la violación se refiere a derechos humanos íntimamente relacionados con la democracia y el desarrollo autónomo de las personas.¹

Es por ello, que decimos que vamos a “plantear” la discusión, aunque el tema ya fue “planteado” para violaciones diversas a las que aquí se apunta.

No pretendemos dar por acabada esa discusión atendiendo a lo que se expone en este trabajo. Antes bien, lo que aquí se trata debe leerse como apuntes que faciliten el intercambio de opiniones fun-

¹ La relación de la libertad de expresión con la democracia surge de manera clara en la [Opinión Consultiva N° 5 \(OC-5\) de la Corte IDH](#); también los artículos 1 y 2 de la [Carta Interamericana Democrática, art. 3](#).

dadas, para establecer a quién le cabe la responsabilidad sobre hechos realizados por empresas privadas que van desde moderaciones excesivas de contenidos, hasta su filtrado o incluso anulación de posibilidad de intervenir en las plataformas, o, incluso, recolección masiva de datos personales y su posterior tratamiento sin consentimiento de los titulares.

Es preciso aclarar que ese tipo de hechos los damos como acciones que vulneran los derechos fundamentales mencionados, aunque también creemos que hay especificidades que podrían concluir en sentido contrario. Por las limitaciones y el objetivo propuesto en el trabajo, esos casos se consideran, sin entrar en su análisis, como violatorios de la libertad de expresión, el acceso a la información y la privacidad.

El trabajo analiza cómo es posible encarar la cuestión tanto en el sistema interamericano de derechos humanos como en el sistema universal. Sobre el final se realizan unas breves conclusiones sobre la posible aplicación de los principios establecidos en distintos países. •

LA RESPONSABILIDAD DE AGENTES NO-ESTATALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (SIDH)

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) trató esta cuestión en un caso que tiene poco más de tres años. La aclaración es importante porque lo que aquí se expone es la jurisprudencia vigente del Tribunal, aunque, como se verá, esa argumentación fue elaborada sobre la base de casos resueltos con mucha anterioridad.

En el caso “López Soto y otros vs Venezuela” del 26 de septiembre de 2018² la Corte IDH estableció que:

Si bien la Corte ha reconocido en su jurisprudencia que la “responsabilidad internacional puede generarse también por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado”³, lo cierto es que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, el carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada frente

² Ver en [Corte IDH](#)

³ *Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134, párr. 111, y *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 77.

a cualquier acto o hecho de particulares⁴. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la vulneración de determinados derechos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía⁵.

Nótese que, en este párrafo, la Corte IDH no hace referencia a la vulneración de algún derecho en particular como consecuencia del acto de un particular. Simplemente dice “hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la vulneración de determinados derechos de otro particular”. Ello es así porque la Corte IDH, si dejara algo diferente señalando algunos derechos en particular, estaría jerarquizando los derechos incluidos en la Convención, cuestión que creemos es incorrecta y cuya profundización escapa los límites de este trabajo.

Pero dice algo más. Dice que para que sea posible responsabilizar al Estado hay que atender a “circunstancias particulares”. ¿Cuáles son? La Corte IDH lo explica:

La fórmula utilizada por esta Corte Interamericana para determinar el alcance de esas obligaciones, y atribuir al Estado responsabilidad por falta en su deber de debida diligencia para prevenir y proteger a personas o a un grupo de personas frente a actos de particulares, fue desarrollada a partir del *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia*. En dicho caso, afirmó que los “deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”⁶.

⁴ Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140, párr. 123, y *Caso Carvajal Carvajal y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352, párr. 161.

⁵ Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, supra*, párr. 123, y *Caso Gutiérrez Hernández y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de agosto de 2017. Serie C No. 339, párr. 140.

⁶ *Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, supra*, párr. 123, citando TEDH, *Caso Kiliç Vs. Turquía*, No. 22492/93. Sentencia de 28 marzo de 2000, párrs. 62 y 63, y *Osman Vs. Reino Unido*, No. 23452/94. Sentencia de 28 octubre de 1998, párrs. 115 y 116.

Resaltamos las dos cuestiones que señala la Corte: conocimiento del riesgo de la vulneración del derecho y posibilidades razonables de prevenir su concreción.

La Corte lo resume de manera terminante:

En suma, para que surja la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de una obligación de debida diligencia para prevenir y proteger los derechos de un individuo o grupo de individuos determinado frente a particulares, es necesario, primeramente, establecer el conocimiento por parte del Estado de un riesgo real e inmediato y, en segundo término, realizar una evaluación respecto de la adopción o no de medidas razonables para prevenir o evitar el riesgo en cuestión. [...]

¿Cómo hizo la Corte IDH para dar por probado el conocimiento del Estado? La respuesta es por el contexto y denuncias de particulares:

Para determinar si el Estado tuvo o debió haber tenido conocimiento del riesgo para una persona o grupo de personas determinado, la Corte ha tenido en cuenta distintos elementos e indicios, de acuerdo a las circunstancias del caso y el contexto en que éste se inscribía. En lo que se refiere a los casos de violencia contra la mujer, la Corte analizó las circunstancias particulares de cada asunto, en cuanto al modo en que el Estado tuvo noticia de los hechos, incluyendo el contexto relevante y centrándose en las denuncias hechas o en la posibilidad de interponer denuncias por parte de personas vinculadas con las víctimas. Así, en el *Caso González y Otras (“Campo Algodonero”)*, la Corte entendió que el Estado había conocido el riesgo específico para las víctimas a partir de las denuncias de su desaparición ante las autoridades estatales, a lo que se sumaba el contexto conocido por el Estado de violencia y discriminación contra la mujer⁷. En el *Caso Véliz Franco*, la Corte estableció el conocimiento estatal desde la interposición de la denuncia formalizada por parte de la madre, en la cual si bien no indicaba explícitamente que María Isabel había sido víctima de un acto ilícito, resultaba razonable desprender que se encontraba en riesgo. La Corte señaló que

⁷ Cfr. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, supra*, párrs. 283 y 284.

un elemento adicional que reforzaba el conocimiento estatal estaba constituido por la impunidad generalizada existente en el país⁸. Finalmente, en el *Caso Velásquez Paiz*, la Corte consideró suficiente prueba la llamada telefónica realizada por los padres de Claudina a la Policía Nacional Civil y la información proporcionada a la patrulla que se acercó en respuesta. Aunado a ello, la Corte tuvo en cuenta el contexto de aumento de la violencia homicida contra las mujeres en Guatemala y agravamiento del grado de violencia y ensañamiento ejercidos contra los cuerpos de muchas de las víctimas⁹.

Obviamente y como puede advertirse por lo expuesto antes estos casos refieren a violaciones gravísimas de derechos fundamentales.¹⁰ La pregunta para este trabajo es si cabe la responsabilidad del Estado ante reiterados reclamos de particulares, hechos públicos en medios de comunicación, o ante informes rigurosos de organizaciones no gubernamentales que son distribuidos ampliamente y que dan cuenta de violaciones al derecho a la libertad de expresión o al acceso a la información por prácticas de bloqueos, filtrados, utilización de datos personales, y otros hechos similares. Si el Estado no reacciona, ya sea a través de los mecanismos de sanción -administrativa o judicial- o iniciando discusiones sobre la regulación de tales hechos, entendemos que la responsabilidad del Estado por la acción de las empresas privadas es evidente a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH. •

⁸ *Cfr. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277, párrs. 141 a 146.

⁹ *Cfr. Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala, supra*, párr. 121.

¹⁰ Sin embargo, hay casos ya decididos por Tribunales Internacionales donde la violación se vincula a otros derechos y los actos provienen de actores privados. Por ejemplo, el caso decidido por la Corte Europea de Derechos Humanos en *Tătar v. Romania* (application no. 67021/01) condena Rumania por no haber tomado las acciones necesarias por la polución de una empresa que provocó daños en la salud de las víctimas. El 11 de junio de 2021, el [Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas recomendó que Alemania](#) intensifique sus esfuerzos para fortalecer el marco jurídico sobre el cambio climático, que, por razones obvias, implica regulaciones sobre actividades de privados. En otras palabras, la obligación de los Estados para establecer marcos regulatorios que prevengan violaciones a derechos humanos que puedan provenir de acciones de entidades privadas se refieren hoy día a otros derechos, por ejemplo, el derecho ambiental, y no solo a las violaciones graves que fueron indicadas. Agradezco esta observación a la Profesora Helen Duffy, Gieskes Professor of International Human Rights and Humanitarian Law en la Universidad de Leiden.

LA RESPONSABILIDAD DE AGENTES NO-ESTATALES EN EL SISTEMA UNIVERSAL

En el ámbito del sistema universal de protección de los derechos humanos, podemos comenzar trayendo a esta discusión el documento elaborado por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. El Representante Especial incluyó los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’” a su informe final al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/17/31), y, el Consejo los hizo suyos en su Resolución 17/4, de 16 de junio de 2011.

Es pertinente aclarar que estos Principios surgen como una interpretación de los tratados existentes en el sistema universal, y que -los Principios- pueden considerarse como “derecho blando” a contrario de la letra de los tratados que son el “derecho duro”. Sin perjuicio de ello, su relevancia no debe ser menguada.

Entre los “Principios Generales” de los Principios Rectores destacamos, a los fines de este trabajo los siguientes, que, bueno es recordarlo, se derivan de estándares asentados en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos:

Estos Principios Rectores se basan en el reconocimiento de:

- a)** Las actuales obligaciones de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales;
- b)** El papel de las empresas como órganos especializados de la sociedad que desempeñan funciones especializadas y que deben cumplir todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos; [...]

Estos Principios Rectores se aplican a todos los Estados y a todas las empresas, tanto transnacionales como de otro tipo, con independencia de su tamaño, sector, ubicación, propietarios y estructura.

Como principio fundacional se establece que

Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.

Teniendo en cuenta estos principios, la pregunta que surge es qué ocurre cuando los Estados incumplen sus obligaciones. La respuesta, al igual que en el SIDH, es obviamente adjudicar la responsabilidad al Estado por actos de agentes no estatales.

Particular importancia adquiere el trabajo del “Grupo de Trabajo Intergubernamental de composición abierta” de las Naciones Unidas (OEIGWG por su sigla en inglés). En junio de 2014, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU una resolución propuesta por Ecuador y Sudáfrica para elaborar un instrumento internacional legalmente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas comerciales con respecto a los derechos humanos. Se estableció un Grupo de Trabajo Intergubernamental (IGWG) con el mandato de elaborar este instrumento. El primer borrador del tratado propuesto se publicó en 2018 y se revisó en 2019. El 6 de agosto de 2020, el IGWG publicó el segundo borrador revisado. El 17 de agosto de 2021, el IGWG publicó el tercer borrador revisado.¹¹

Destacamos los artículos de este borrador de tratado que muestran la interpretación conteste a lo que aquí se explica. Por ejemplo, en la parte Preambular se subraya que:

[...] que la obligación primordial de respetar, proteger, cumplir y promover los derechos humanos y las libertades fundamentales recae en el Estado, y que los Estados deben proteger contra los abusos de los derechos humanos por parte de terceros, incluidas

¹¹ Ver en <https://bit.ly/3cSgNAV>

las empresas comerciales, dentro de su territorio, jurisdicción, o, de otro modo bajo su control, y garantizar el respeto y la aplicación de las normas internacionales de derechos humanos.

Luego, se establecen los siguientes artículos:

1.2. “Abuso de los derechos humanos”: se entenderá como cualquier daño directo o indirecto en el contexto de las actividades empresariales, por actos u omisiones, contra cualquier persona o grupo de personas, que impida el pleno disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales internacionalmente reconocidos, incluido el derecho a un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible.

3.3. El presente (Instrumento Jurídicamente Vinculante) abarcará todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos internacionalmente que sean vinculantes para los Estados Partes de este (Instrumento Jurídicamente Vinculante), incluidos los reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, todos los tratados internacionales básicos de derechos humanos y los convenios fundamentales de la OIT de los que un Estado sea Parte, y el derecho internacional consuetudinario.

4.1. Las víctimas de violaciones de los derechos humanos en el contexto de las actividades empresariales gozarán de todos los derechos humanos y libertades fundamentales internacionalmente reconocidos.

6.2. Los Estados Partes adoptarán las medidas jurídicas y políticas apropiadas para garantizar que las empresas comerciales, incluidas las empresas transnacionales y otras empresas comerciales que realicen actividades de carácter transnacional, dentro de su territorio, jurisdicción o bajo su control, respeten los derechos humanos internacionalmente reconocidos y prevengan y mitiguen las violaciones de los derechos humanos en todas sus actividades y relaciones comerciales.

8.6. Los Estados Partes se asegurarán de que su legislación nacional provea la responsabilidad de las personas jurídicas y/o naturales que realicen actividades empresariales, incluidas las de carácter transnacional, por no haber impedido que otra persona jurídica o natural con la que hayan mantenido una relación comercial cause o contribuya a la violación de los derechos humanos,

cuando la primera controle, dirija o supervise a dicha persona o la actividad pertinente que haya causado o contribuido a la violación de los derechos humanos, o cuando debería haber previsto los riesgos de violaciones de los derechos humanos en la realización de sus actividades empresariales, incluidas las de carácter transnacional, o en sus relaciones comerciales, pero que no hayan adoptado las medidas adecuadas para impedir tal violación.

En un reciente trabajo de Antal Berkes¹² se aborda esta problemática, dando varios ejemplos. Este autor explica que:

En el derecho internacional, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y los tribunales arbitrales aplican sistemáticamente este enfoque gradual a las violaciones cometidas por entidades no estatales: como primer paso, examinan si la conducta del actor no estatal es atribuible al Estado demandado y, de no ser así, como segundo paso, escudriñan la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de su obligación de debida diligencia.¹³

Pero además del ejemplo de la Corte Internacional de Justicia, Berkes trae otros que se acercan más a la argumentación que vimos más arriba:

El Comité contra la Tortura compromete la responsabilidad del Estado territorial en cada caso en el que los demandantes fundamentan que las autoridades no tomaron las medidas adecuadas de protección mientras eran conscientes del riesgo inmediato de tortura o malos tratos por parte de actores no estatales y tenían el poder para reaccionar. Este incumplimiento permite al Comité concluir que el Estado tuvo un ‘consentimiento tácito’ en el sentido del artículo 16 de la Convención, o ‘una forma de estímulo

¹² Ver Berkes, Antal. *International Human Rights Law Beyond State Territorial Control*, Cambridge University Press, Junio 2021.

¹³ Antal Berkes, cit. pag. 251. El autor cita en una nota al pie, entre otros, los siguientes antecedentes: Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Partial Award: Central Front – Eritrea’s Claims 2, 4, 6, 7, 8 & 22*, 28 April 2004, *UNRIAA*, vol. XXVI, 138–139, para 67; *Partial Award: Western Front, Aerial Bombardment and Related Claims – Eritrea’s Claims 1, 3, 5, 9–13, 14, 21, 25 & 26*, 19 December 2005, *UNRIAA*, vol. XXVI, 313–314, paras 46–47. Traducción propia. Versión original: In general international law, the ICJ and arbitral tribunals consistently apply this gradual approach to violations committed by non-state entities: as a first step, they examine whether the conduct of the non-state actor is attributable to the respondent State and, if not, as a second step, they scrutinise the State’s responsibility for the breach of its obligation of due diligence.

lo y / o permiso de facto', o incluso complicidad. Otros órganos de tratados, como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y el Comité de Derechos Humanos confirmaron esta responsabilidad en su práctica cuasi judicial.¹⁴

Por todo lo expuesto hasta aquí, queda claro que los estándares del sistema universal que se vienen elaborando y que, cuanto menos, constituyen derecho blando, nos permiten concluir sobre la responsabilidad de los Estados por actos de los actores privados incluso cuando la violación se refiera, por ejemplo, al art. 19 o al art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹⁵

En ese sentido, el Comité de Derechos Humanos en la Observación General N^o16 estableció que

La obligación de respetar las libertades de opinión y expresión es vinculante en su conjunto para todos y cada uno de los Es-

¹⁴ Antal Berkes, cit. pag. 254. En notas al pie se citan los siguientes antecedentes para dar sustento a su afirmación: Comité Contra La Tortura, *Hajrizi Dzemajl et al. v. Yugoslavia*, Complaint No. 161/2000, UN Doc. CAT/C/29/D/161/ 2000 (2 December 2002), para 9.2. Comité contra la Tortura, General comment No. 2, para 18. *The Vienna Intervention Centre against Domestic Violence et al. v. Austria*, Communication. No. 6/2005, UN Doc. CEDAW/C/39/D/6/2005 (1 October 2007), paras 12.1.1–12.1.4; *The Vienna Intervention Centre against Domestic Violence et al. v. Austria*, Communication No. 5/ 2005, UN Doc. CEDAW/C/39/D/5/2005 (1 October 2007), paras 12.1.1–12.1.4. Comité de Derechos Humanos, *William Eduardo Delgado Paez v. Colombia*, Communication no. 195/85, UN Doc. A/45/ 40(VOL.II) (SUPP) (4 October 1990), 43–49, para 5.6. Traducción propia. Texto original: The Committee against Torture engages the responsibility of the territorial State in each case where the applicants substantiate that the authorities failed to take appropriate measures to protect while they were aware of the immediate risk of torture or ill-treatment by non- state actors and had the power to react to it. This failure allows the Committee to conclude that the State had a 'tacit consent' in the sense of Article 16 of the Convention, or 'a form of encouragement and/or *de facto* permission', or even complicity. Other treaty bodies, such as the Committee on the Elimination of Discrimination against Women and the Human Rights Committee, confirmed this responsibility in their quasi-judicial practice.

¹⁵ Artículo 17 1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques. Artículo 19 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

¹⁶ Ver en https://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs/CCPR.C.GC.34_sp.doc

tados partes. [...] En cumplimiento de esta obligación, los Estados partes deben cerciorarse de que las personas estén protegidas de los actos de particulares o de entidades privadas que obstan al disfrute de las libertades de opinión y expresión en la medida en que esos derechos del Pacto sean susceptibles de aplicación entre particulares o entidades privadas¹⁷.

Creemos que a esta contundente interpretación del Pacto no es necesario agregar mucho más. •

¹⁷ Observación general N° 31, párr. 8; véase la comunicación N° 633/1995, *Gauthier c. el Canadá*, dictamen aprobado el 7 de abril de 1999.

CONCLUSIONES

En este trabajo se ha demostrado que tanto los estándares del SIDH como los que provienen del sistema de Naciones Unidas hacen necesario que los Estados parte de los tratados internacionales a los que se han obligado a cumplir en función del principio *pacta sunt servanda* (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁸) tomen seriamente la situación de posibles violaciones a los ejercicios de los derechos a la libertad de expresión, el acceso a la información o la privacidad.

Esta afirmación es relevante en un momento en el cual, cada vez con mayor frecuencia, se denuncian violaciones a esos derechos por acciones de empresas privadas, de carácter local o internacionales. Como se decía más arriba, las acciones que más preocupación por la posible vulneración de esos derechos merece están relacionadas con filtrados o bloqueos de contenidos, bloqueos de personas para utilización de plataformas, recolección de datos personales o moderación de contenidos de manera abusiva, etc. En estos casos, la inacción de los Estados que se encuentran obligados a cumplir con la Convención Americana de Derechos Humanos o con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) puede llevarlos a tener responsabilidad por la violación a la debida diligencia y prevención que están obligados a cumplir para que las violaciones a los derechos no se produzcan o dejen de producirse.

No se nos escapa que, en países como los Estados Unidos de Norteamérica, la protección de la libertad de expresión y de prensa ha sido uno de los pilares fundamentales de la democracia de ese país a partir de la aplicación de la Primera Enmienda de la Constitución. Tampoco se nos escapa que existen interpretaciones en ese ámbito que abogan por la imposibilidad de aplicar los principios consagrados por esa enmienda a acciones de entes privados, ya que, según se argumenta, ellas fueron diseñadas como un mecanismo de control de acciones de gobierno que pudieran poner en riesgo la libertad de expresarse libremente.

¹⁸ Ver <https://bit.ly/3CUAMtu>

No es objeto de este trabajo ahondar sobre esa interpretación y sobre si ella es o no correcta. Sin embargo, no puede olvidarse que países en las Américas como Estados Unidos o Canadá están obligados a cumplir el PIDCP. Y allí surge otra controversia que entendemos que aún no se encuentra definitivamente resuelta, esto es la aplicabilidad directa de ese tratado en el derecho interno.

Por ejemplo, en el caso *Medellín v. Texas* resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos¹⁹ en 2008 se entendió, por una mayoría de 5-3 que una decisión de la Corte Internacional de Justicia en contra de ese país y un memorándum del Presidente al que hacía referencia sobre la obligatoriedad de cumplimiento de esa sentencia no constituían derecho federal directamente aplicable en los Estados Unidos.

Destacamos que esa no fue una decisión unánime. El Juez Breyer, a quien adhirieron el Juez Soutery y la Jueza Ginsburg entendió que la interpretación de la Constitución norteamericana debía ser diferente:

La Cláusula de Supremacía de la Constitución establece que “todos los Tratados. . . que realizados. . . bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la Ley suprema del Estado; y los Jueces de cada Estado estarán obligados de este modo.” Arte. VI, cl. 2. La Cláusula significa que los “tribunales” deben considerar “un tratado. . . como equivalente a un acto del legislador, siempre que opere por sí mismo sin la ayuda de cualquier disposición legislativa “. [...] En el caso *Avena*, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) (interpretar y aplicar la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares) emitió sentencia que requiere Estados Unidos reexaminar ciertos procesos penales en los casos de 51 ciudadanos mexicanos. [...] La pregunta aquí es si la sentencia *Avena* de la CIJ es ejecutable ahora como una cuestión de derecho interno, es decir, si “opera por sí misma sin la ayuda” de ninguna otra legislación. [...] Específicamente, los Estados Unidos han acordado someterse, en este tipo de casos, a la “jurisdicción obligatoria” de la CIJ [...] El presidente Bush ha determinado que los tribunales deben hacer cumplir esta sentencia particular de la CIJ. Memorando al Fiscal General (28 de febrero de 2005), (en adelante, Memorando del Presidente). Y el Congreso no ha hecho nada para sugerir lo contrario. En estas cir-

¹⁹ Ver <https://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/06-984.pdf>

cunstancias, creo que el tratado obligaciones, y por lo tanto el juicio, decidido como lo hace con el consentimiento de los Estados Unidos a la jurisdicción de la CIJ, obliga a los tribunales no menos de lo que sería “un acto de la legislatura [federal]”.

En conclusión, esta diferencia de criterios en los Estados Unidos impide ser contundente en el sentido que aún en los EEUU donde se asientan numerosas empresas de tecnología, no quepa responsabilidad a ese país si hay violaciones al PIDCP (que asumimos como directamente operativas, aunque ello pueda también discutirse) y no se cumple con el deber de diligencia y prevención.

Para terminar, este es un debate abierto. Incluso para el SIDH donde, a pesar que las decisiones de la Corte son contundentes, ninguna se ha referido específicamente a violaciones a los arts. 10 o 13 de la Convención perpetradas por actores no estatales. Queda, por ejemplo, determinar si cuando el art. 13.3 de la Convención menciona las violaciones a la libertad de expresión por “actores privados” se está refiriendo justamente a lo que en este trabajo se puso como tema de discusión: que las empresas privadas pueden violar derechos fundamentales y cuando ello ocurre y los Estados no actúan, puede caberle responsabilidad. •



OBSERVACOM