

ESCÚCHAME SI PUEDES: EL ESTRECHO MARGEN PARA LAS VOCES DISIDENTES.

Del litigio contra la participación pública a la moderación de contenidos por actores privados

Damián Loreti

Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires
dloreti@gmail.com

Luis Lozano

Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires
lozanodoporto@gmail.com

Recibido: 15 de Julio de 2022

Aceptado: 05 de Octubre de 2022

|1|

Identificador permanente (ARK): <http://id.caicyt.gov.ar/ark:/s18535925/326bhake6>

Resumen

Las condiciones para el ejercicio de la libertad de expresión enfrentan nuevas amenazas de la mano de renovadas estrategias de silenciamiento a las que apelan actores públicos y privados para acallar voces críticas. El artículo describe las características de dos fenómenos particulares: las demandas estratégicas contra la participación pública (conocido como SLAPP por sus siglas en inglés), protagonizadas en general por actores estatales, y la moderación de contenidos, ejercida por los grandes actores privados propietarios de las principales plataformas digitales. En este contexto, se presentan herramientas concretas para la incidencia y el litigio, así como argumentos destinados a superar la tensión entre los marcos normativos y las políticas públicas respetuosas de los derechos humanos, orientadas a fomentar el pluralismo y la diversidad, y aquellas que buscan instaurar mecanismos de censura o restricción a la circulación de contenidos.

Palabras clave: plataformas, medios de comunicación, SLAPP, moderación de contenidos, silenciamiento, libertad de expresión.

HEAR ME IF YOU CAN: THE NARROW MARGIN FOR DISSENTING VOICES.

From litigation against public participation to content moderation by private actors

Abstract

Freedom of expression faces new threats from the hand of renewed silencing strategies to which public and private actors appeal to silence critical voices. The article describes the characteristics of two particular phenomena: the strategic demands against public participation (known as SLAPP for its acronym in English), carried out in general by state actors, and content moderation, exercised by the large private actors who own the main digital platforms. In this context, specific tools for advocacy and litigation are presented, as well as arguments aimed at overcoming the tension between regulatory frameworks and public policies that are respectful of human rights, aimed at promoting pluralism and diversity, and those that seek to establish mechanisms of censorship or restriction to the circulation of content.

I. Introducción

El ejercicio de la libertad de expresión encuentra en la actualidad nuevos límites y amenazas, a partir de renovadas estrategias de silenciamiento puestas en práctica por actores públicos y privados. A los desafíos históricos en los que estuvo enfocada la defensa del derecho a comunicar –que abarcaba desde la persecución y asesinato de periodistas y personas que toman la voz pública en América Latina hasta la imposición de sanciones penales o reparaciones económicas desproporcionadas–, se suman en la actualidad las demandas estratégicas contra la participación pública (conocidas como SLAPP por sus siglas en inglés), protagonizadas en general por actores estatales, y los cada vez más sofisticados mecanismos de moderación y etiquetamiento de contenidos y voceros por parte de las plataformas digitales. Así, mientras la antigua agenda de amenazas sigue vigente, el abordaje de estos nuevos fenómenos desde una perspectiva de derechos humanos, y particularmente desde el derecho a la comunicación, aparece como cada vez más urgente.

Como veremos a lo largo del artículo, tanto las SLAPP como las actividades de moderación no son, en realidad, dispositivos por completo novedosos (Pring y Canan, 1996). Más bien se presentan como una versión multiplicada, y en algunos casos perfeccionada de estrategias de silenciamiento históricas utilizadas por los actores públicos y privados. Desde la persecución judicial por parte de funcionarios y figuras públicas hasta la censura por gerenciamiento (Fiss, 1999), ejercida por los medios privados audiovisuales mucho antes de la existencia de las plataformas, es posible rastrear denominadores comunes con estas nuevas amenazas (Loreti y Lozano, 2014). Sin embargo, existen también particularidades de los nuevos fenómenos vinculadas particularmente a su extensión global (Wells, 1998), la inmediatez con la que han logrado ponerse en práctica y la potencia de las restricciones que implican en un escenario de enorme concentración de la propiedad mediática.

En este contexto, la actividad de quienes toman la voz pública –activistas, militantes sociales y políticos, defensoras/es de derechos humanos, periodistas, representantes sindicales, etcétera– fluye por un desfiladero cada vez más estrecho acuciada por estas nuevas estrategias de silenciamiento, tanto públicas como privadas. De la mano de un

enorme caudal de casos registrado en los últimos 10 años, ambas problemáticas concentraron la atención de los tribunales locales en diversos países de la región. En el caso de las SLAPP, además, entre fines de 2021 y principios de 2022 un fallo de la Corte interamericana, en primer término, y otro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, llamaron la atención sobre esta problemática. En función de ello, además, en la primera mitad de 2022 la UE comenzó a evaluar la posibilidad de elaborar una directiva “anti-SLAPP”.

A continuación veremos en detalle algunos de los planteos teóricos que se han conjugado con herramientas concretas para la incidencia y el litigio, así como los incipientes argumentos destinados a superar la tensión entre los marcos normativos y las políticas públicas respetuosas de los derechos humanos, orientadas a fomentar el pluralismo y la diversidad, y aquellas que buscan instaurar mecanismos de censura o restricción a la circulación de contenidos.

II. Una cachetada al debate público

|3|

La sentencia “Palacio” emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en noviembre de 2021 y el fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de marzo de 2022 en el caso “OOO Memo contra Rusia” introdujeron la cuestión del litigio estratégico contra la participación pública como un problema que enfrenta la libertad de expresión.

Este tipo de litigio, conocido como “SLAPP” (Strategic Lawsuit Against Public Participation) ya ha sido objeto de preocupación por diversos actores no estatales concernidos por la defensa de la libertad de expresión, así como algunos estados federados en Estados Unidos y Canadá han comenzado a dictar leyes “anti SLAPP”.

En su sentencia en el mencionado caso “Palacio”, la Corte IDH afirma que “la recurrencia de funcionarios públicos ante instancias judiciales para presentar demandas por delitos de calumnia o injuria, no con el objetivo de obtener una rectificación, sino de silenciar las críticas realizadas respecto a sus actuaciones en la esfera pública, constituye una amenaza a la libertad de expresión. Este tipo de procesos, conocidos como ‘SLAPP’ (demanda estratégica contra la participación pública), constituye un uso abusivo de los mecanismos judiciales que debe ser regulado y controlado por los Estados, con el objetivo de permitir el ejercicio efectivo de la libertad de expresión”.

En virtud de ello la Corte IDH ordena “considerando que el pluralismo y la diversidad de medios constituyen requisitos sustanciales para un debate democrático, la Corte decide que, dentro de un plazo razonable, y como garantía de no repetición, el Estado debe adoptar medidas legislativas para lograr la plena efectividad del ejercicio de la libertad de expresión, a efectos de compatibilizarlo con la obligación del Estado de prevenir que funcionarios públicos acudan ante instancias judiciales para presentar demandas por calumnias e injurias con el objetivo de silenciar críticas a su actuación en la esfera pública, conforme a los parámetros establecidos en la presente Sentencia. Como parte del cumplimiento de esta medida, el Estado deberá establecer vías alternativas al proceso penal para la protección del honor de los funcionarios públicos respecto de opiniones relacionadas con su actuación en la esfera pública”.

Por su parte, en la sentencia de 15 de marzo de 2022 en el caso OOO Memo contra Rusia, el TEDH expresa su preocupación por el riesgo que suponen para la democracia los procedimientos judiciales iniciados con el fin de limitar la participación pública, interfiriendo en la libertad de expresión de los medios de comunicación, los periodistas u otros actores que toman la voz pública.

El caso se refiere a una demanda civil por difamación interpuesta por un organismo estatal regional ruso contra un medio de comunicación. Se ordenó a la empresa de medios de comunicación que publicara en su sitio web una retractación por haber publicado declaraciones falsas que empañaban la reputación comercial del demandante.

El TEDH consideró que, si bien las empresas privadas o públicas podían entablar procedimientos civiles por difamación para proteger su reputación, no podía ser el caso de un gran organismo ejecutivo financiado por los contribuyentes como el demandante en este caso. Decidió que la injerencia en el derecho a la libertad de expresión de la empresa de medios de comunicación, garantizado por el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), no estaba justificada por una “finalidad legítima”, ya que el organismo estatal regional ruso no podía invocar la “protección de la reputación y de los derechos de los demás”, enumerada en el artículo 10, apartado 2, del CEDH.

|4|

El tribunal europeo consideró que permitir a los organismos ejecutivos entablar procedimientos por difamación contra miembros de los medios de comunicación supone una carga excesiva y desproporcionada para los medios de comunicación y podría tener un efecto inevitablemente amedrentador sobre los medios de comunicación en el desempeño de su tarea de proveedor de información y vigilante público.

La sentencia en el caso de “OOO Memo contra Rusia” es una nueva señal de alerta de que los SLAPP, como forma de litigio abusivo, están poniendo en peligro el derecho a la libertad de expresión en una sociedad democrática, como se ha puesto de manifiesto recientemente en documentos políticos, planes de acción y recomendaciones de la Comisión Europea y del Parlamento Europeo. Los SLAPPs se producen en varios tipos de acciones legales, siendo la difamación la principal ley elegida por los demandantes, seguida de las demandas tomadas bajo las leyes de privacidad y protección de datos.

El informe anual de la Plataforma del Consejo de Europa para promover la protección del periodismo y la seguridad de los periodistas pone de relieve las acciones legales infundadas de personas o empresas poderosas que pretenden intimidar a los periodistas para que abandonen sus investigaciones. En algunos casos, la amenaza de interponer una demanda de este tipo, incluso a través de cartas enviadas por poderosos estudios de abogados, fue suficiente para provocar el efecto deseado de detener la investigación y la información periodística.

Este problema va más allá del periodismo. Los organismos de control público en general se ven afectados. Los activistas, las ONG, los académicos, los defensores de los derechos humanos, de hecho, todos los que se manifiestan en favor del interés público y piden cuentas a los poderosos, pueden ser el objetivo. Las SLAPP suelen disfrazarse de demandas civiles o penales, como la difamación o la calumnia, y tienen varias características comunes.

En primer lugar, son de naturaleza puramente vejatoria. El objetivo no es ganar el caso, sino desviar el tiempo y la energía, como táctica para sofocar las críticas legítimas, en particular en los momentos de mayor exposición del tema que se busca silenciar en la agenda pública, como por ejemplo en casos graves de contaminación y delitos ambientales (Wilts, Brandes y Roganchevsky, 2002). Los litigantes suelen estar más interesados en el propio proceso de litigación que en el resultado del caso. El objetivo de distraer o intimidar se consigue a menudo haciendo que el proceso judicial sea caro y lleve mucho tiempo (Reyes, 2020). Las demandas por daños y perjuicios suelen ser exageradas.

El TEDH se refiere a “la creciente conciencia de los riesgos que entrañan para la democracia los procedimientos judiciales incoados con el fin de limitar la participación pública” (par. 43). En combinación con el desequilibrio de poder entre el demandante y el demandado en este caso, el TEDH encontró en ello la razón para evaluar a fondo si el demandante en el procedimiento interno tenía una reclamación justificada sobre el derecho a proteger su reputación como órgano ejecutivo.

En función de lo dicho, y en virtud de las obligaciones de los estados en materia de control de convencionalidad en América Latina, debería haber una creciente tendencia a la modificación de legislación de fondo y procesal destinada a desalentar este tipo de procesos, vía excepciones previas, exigencias de prueba como cuestión de admisibilidad o determinación de reglas sobre daños efectivos y no presuntos.

|5|

III. Términos y condiciones

La otra cara de la moneda de estos recientes litigios contra la participación pública aparece desde hace ya más de una década bajo los mecanismos de moderación de contenidos impuestos por las plataformas digitales. De tal modo, la actividad de quienes toman la voz pública –activistas, militantes sociales y políticos, defensoras/es de derechos humanos, periodistas, representantes sindicales, etcétera– fluye por un desfiladero cada vez más estrecho entre las nuevas estrategias de silenciamiento, tanto públicas como privadas.

El debate sobre la regulación de la circulación de contenidos en nuevas plataformas digitales resulta atinado, toda vez que las prácticas de producción, distribución, monetización y uso social de videos, imágenes y textos se encuentran ya instaladas y masificadas. El asunto se enmarca también en Argentina a partir de diversa jurisprudencia de la Corte Suprema (en particular, el caso Belén Rodríguez c/ Google de 2014) y se presenta, en general, alineado a los denominados Principios de Manila y otros estándares internacionales de derechos humanos.

Sin embargo, en el debate suele primar una perspectiva basada en una concepción tradicional de la libertad de expresión entendida como libertad de circulación de contenidos, valorable pero insuficiente dada la complejidad del tema. Hay una notable ausencia de la voz de los grupos en situación de vulnerabilidad que suelen ver avasallados sus derechos en las plataformas digitales.

La práctica litigiosa de nuestro país demuestra que las tramitaciones de acciones judiciales varían ampliamente en su procedimiento, plazos y eficacia y en todos los casos requieren un patrocinio jurídico. Entonces, mientras se libera de responsabilidades a las grandes empresas –concentradoras de los usos cotidianos de las redes sociales, indexadores, buscadores y alojamiento de contenidos– no se resuelven aspectos básicos de acceso a la Justicia.

Esta privatización en el establecimiento de normativas constituye una “paralegalidad corporativa” que no debería ser consagrada sin parámetros más que la presunta transparencia y eficiencia de las empresas ejecutoras. Tampoco debería ser este mecanismo la única vía extrajudicial habilitada para garantizar el ejercicio de la libertad de expresión y la tutela de otros derechos (De Charras, Lozano y Rossi, 2017). En la actualidad, la posibilidad de accionar ante la Justicia como persona usuaria de una plataforma para defender un derecho afectado por ésta, encuentra un primer escollo referido a la jurisdicción. Es decir, lo primero a dilucidar es si la persona puede ejercer la facultad de demandar en su propio lugar de residencia. La advertencia resulta del contenido de las previsiones obrantes en los Términos de Servicios (TdS) cuando las plataformas son destinatarias de reclamos judiciales. Estas reglas pueden tener la forma de un contrato privado aceptado y suelen establecer condiciones como las que se citan más adelante.

|6|

En particular, en Argentina, si se optara por la vía de una acción basada en las reglas generales del proceso civil (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación - CPCCN) las normas a tomar en cuenta son:

CARÁCTER

Art. 1° - La competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable.

Sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales y por el artículo 12, inciso 4, de la Ley 48, exceptuase la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de partes. Si estos asuntos son de índole internacional, la prórroga podrá admitirse aún a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por Ley.

PRÓRROGA EXPRESA O TÁCITA

Art. 2° - La prórroga se operará si surgiere de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiesten explícitamente su decisión de someterse a la competencia del juez a quien acuden. Asimismo, para el actor, por el hecho de entablar la demanda; y respecto del demandado, cuando la contestare, dejare de hacerlo u opusiere excepciones previas sin articular la declinatoria.

Es decir, como primera medida, será necesario impugnar en los tribunales nacionales el hipotético acuerdo emergente de los TdS o de las aceptaciones que resultan de las contranotificaciones en el proceso interno de las plataformas. Sin perjuicio de ello, aplican también previsiones generales incorporadas en el mencionado Código:

REGLAS GENERALES

Art. 5° - La competencia se determinará por la naturaleza de las pretensiones deducidas en la demanda y no por las defensas opuestas por el demandado. Con excepción de los casos de prórroga expresa o tácita, cuando procediere, y sin perjuicio de las reglas especiales contenidas en este Código y en otras leyes, será juez competente:

3) Cuando se ejerciten acciones personales, el del lugar en que deba cumplirse la obligación expresa o implícitamente establecido conforme a los elementos aportados en el juicio y, en su defecto, a elección del actor, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, siempre que el demandado se encuentre en él, aunque sea accidentalmente, en el momento de la notificación.

El que no tuviere domicilio fijo podrá ser demandado en el lugar en que se encuentre o en el de su última residencia.

4) En las acciones personales derivadas de delitos o cuasidelitos, el lugar del hecho o el del domicilio del demandado, a elección del actor.

Si se requiriera invocando condición de usuario/a, habrá que remitirse a la ley específica 24240¹, que equipara a tal persona con los consumidores/as a efectos del amparo de sus derechos. Las previsiones normativas expuestas previamente son relevantes en la medida en que las plataformas o buscadores tienen sus reglas insertas de modo diferente. Por ejemplo, Facebook establece:

4. Disputas

Intentamos establecer reglas claras para reducir y, a ser posible, evitar las disputas entre tú y nosotros. No obstante, si surge alguna, es útil saber con antelación dónde se puede resolver y qué leyes se aplican.

¹ ARTICULO 1° —Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Si eres consumidor, las leyes del país donde resides se aplicarán a cualquier reclamación, causa o conflicto que inicies contra nosotros y que surja como consecuencia de estas Condiciones o los Productos de Facebook, o en relación con ellos. Asimismo, puedes resolver la reclamación en cualquier tribunal competente del país que tenga jurisdicción. En el resto de los casos, aceptas que las reclamaciones se resuelvan de forma exclusiva en el Tribunal Federal del Distrito Norte de California de los Estados Unidos o en un tribunal estatal ubicado en el condado de San Mateo. Asimismo, aceptas someterte a la jurisdicción personal de cualquiera de estos tribunales con el propósito de litigar cualquier reclamación, y aceptas que estas Condiciones, así como cualquier reclamación, se regirán por las leyes del estado de California (independientemente de las disposiciones relativas a conflictos de derecho).

También Google posee similares contemplaciones (por ejemplo, para su plataforma YouTube) para las relaciones de contrato con personas usuarias de sus servicios. Veamos:

|8|

Solucionar disputas, legislación aplicable y tribunales

Las leyes del estado de California (Estados Unidos) rigen cualquier disputa que se derive de estos términos o esté relacionada con ellos, los términos adicionales específicos de los servicios u otros servicios relacionados, con independencia de las normas de conflicto de leyes. Tanto Google como tú aceptáis someteros a la jurisdicción exclusiva de los tribunales federales o estatales del condado de Santa Clara (California) para solucionar estas disputas.

En la medida en que la legislación local aplicable prohíba resolver ciertas disputas en un tribunal de California, puedes presentarlas ante tus tribunales locales. Asimismo, si la legislación local aplicable prohíbe a tus tribunales locales aplicar la ley de California para resolver las disputas, estas se regirán por la legislación local aplicable de tu país, estado u otro lugar de residencia.²

En caso de servicios de Google donde su uso no requiere forma de contrato previo (como los buscadores de información en Internet), la empresa exige iguales condiciones de aceptar legislación y competencia de Estados Unidos al mismo momento que la persona usuaria presente una apelación contra una decisión de desindexación.³

² Véase, <https://policies.google.com/terms?hl=es#toc-problems> Última consulta, 30 de mayo de 2022.

³ Declaraciones juradas: "Doy mi consentimiento a la jurisdicción del Tribunal Federal de Distrito para el distrito judicial en el que resido (o el Distrito Norte de California si mi dirección está fuera de los Estados Unidos), y aceptaré la notificación de la persona que proporcionó la notificación en virtud de la subsección (c)(1)(C) o un

De igual modo, Twitter establece:

Si usted reside fuera de la Unión Europea, de los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA) o del Reino Unido, incluyendo si reside en los Estados Unidos, las leyes del Estado de California, excluyendo sus disposiciones en materia de elección de legislación, regirán estos Términos y cualquier conflicto que surja entre usted y Twitter. Todos los conflictos relativos a estos Términos o a los Servicios se presentarán únicamente ante los tribunales federales o estatales del Condado de San Francisco, California, Estados Unidos, y usted acepta la jurisdicción personal y renuncia a cualquier objeción de foro inapropiado.

Corresponde tener en cuenta que la suscripción que efectúa cualquier persona con una plataforma de Internet, constituye un contrato de adhesión en el cual una de las partes fija los términos, condiciones de uso y disposiciones que regirán el contrato y la otra, “usuario/a”, mediante el ingreso de ciertos datos —“nickname” y “correo electrónico”— accede al sistema del sitio y de esa manera con un simple “clic” perfecciona la celebración del contrato de suscripción a esa plataforma.

Así, en principio, según la empresa demandada, al aceptar las condiciones de uso del sitio —en su caso quien resulte ser el reclamante por una desindexación— consiente la parte con quien suscribe, lo que acarrea consigo una “prórroga de jurisdicción”.

Respecto de esta cuestión en particular existen ya varios antecedentes por los que dicha “cláusula” debe tenerse por “no escrita” o en los cuales se ha hecho lugar al pedido de nulidad de esa prórroga de jurisdicción tácita⁴.

Cabe destacar que la UCITA (Uniform Computer Information Transaction Act), normativa uniforme para regular el comercio electrónico en los Estados Unidos, que fuera promovida por las empresas de software, en su sección 109 dispone en materia

agente de dicha persona” * (el asterisco significa que es un campo requerido para poder avanzar en la petición ofrecida por el sistema).

Véase,

https://support.google.com/legal/contact/lr_countersnotice?product=websearch&utm_source=wnc_594600&utm_medium=gamma&utm_campaign=wnc_594600&utm_content=msg_638303&hl=en Última consulta, 30 de mayo de 2022.

⁴ Ver, entre otros:

- “L.E.R. c/ Facebook Inc. y otros s/ Incumplimiento de contrato”, Expte. 4913/2013). Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de Argentina
- “Quinteros, H.A. c/ F. Argentina SRL / Amparo Ley 16.986”, FLP 25923/2017, Cámara Federal de Apelaciones en lo Federal de la Ciudad de La Plata. Argentina
- Processo AC 1018154-59.2020.8.26.0451 SP 1018154-59.2020.8.26.0451 Órgão Julgador 34ª Câmara de Direito Privado Publicação 16 de Agosto de 2021
- Processo AC 1110924-91.2019.8.26.0100 SP 1110924-91.2019.8.26.0100 Órgão Julgador 35ª Câmara de Direito Privado Julgamento 22 de Março de 2021
- Processo AC 70076172949 RS Órgão Julgador Nona Câmara Cível Julgamento 21 de Março de 2018.

jurisdiccional que una cláusula de elección de foro no será aplicable si altera una protección obligatoria de los consumidores.

Por otra parte, en los contratos de consumo en los que se requiere entrega física, la jurisdicción será la del lugar de la entrega. En los casos de entrega electrónica, en cambio, se rigen por el lugar donde el licenciante está ubicado al momento de celebrarse el acuerdo. En consecuencia, el principio general es que la jurisdicción es la del consumidor, pero la prórroga será válida si el derecho del foro elegido ofrece las mismas garantías que las concedidas por las del propio juez del domicilio.

Es importante tomar en cuenta las legislaciones locales en materia de defensa del consumidor. En algunos casos se incluye como figuras protegidas tanto a consumidores/as como usuarios/as de productos o servicios, en relaciones onerosas o gratuitas tal como se indicó más arriba. De existir estas previsiones, posiblemente, también haya normas protectorias en materia de elección de jurisdicción y competencia para el ejercicio de las acciones judiciales.

Asimismo, hay que tener particular cuidado con la definición de consumidor/a o usuario/a, en la medida en que las leyes pueden excluir no solo a entidades sino a personas físicas que utilizan los servicios para la prestación o desarrollo de actividades profesionales o liberales.

[10]

IV. ¿A quién llevar a juicio?

Las grandes plataformas no tienen oficinas propias en la mayoría de los países de América Latina, lo que conlleva el problema de a quién notificar o llevar a juicio. En los casos de Facebook o Google, ambas poseen en Argentina empresas subsidiarias locales. Además, se ha constatado judicialmente que tienen también técnicamente “oficinas” de la internacional, junto a otras personas jurídicas, generalmente constituidas por mandato o con licencia de las principales.

Hay antecedentes en las que se ha litigado contra la oficina local y la internacional. Mayormente por cuestiones de responsabilidad por contenidos y daños⁵. En otros casos por litigios laborales, como el caso de Uber en Uruguay en que se anuló una cláusula de obligatoriedad de arbitraje porque frustraba el derecho al recurso judicial efectivo⁶.

En México, en el caso “Richter” llevado contra Google Inc., la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) confirmó una sentencia en contra de Google que da competencia a jueces mexicanos para juzgar a cualquier empresa con domicilio fuera del país y cuyos actos produzcan efectos en su territorio nacional⁷.

⁵ Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. y otros/ daños y perjuicios 28 de octubre de 2014 R.522.XLIX CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (Argentina).

⁶ “Q., E. C/ UBER TECHNOLOGIES URUGUAY S.A. Y OTRO. DEMANDA LABORAL”, IUE: 2-3894/2019.

⁷ Caso Richter Vs Google, Inc. Suprema Corte de Justicia de México - amparo en revisión 587/2017, 06 de diciembre de 2017

Los precedentes mencionados en el apartado anterior sobre jurisdicción también incluyen definiciones respecto de este punto. Del mismo modo, hay registros de sanciones por parte de autoridades administrativas en aspectos ligados al tratamiento de datos personales⁸.

En estos casos se ha admitido la procedencia de los reclamos y acciones judiciales tanto contra la empresa matriz internacional, como a la representante local que explota sus espacios publicitarios. El reclamo de las filiales locales es que no tienen injerencia en las definiciones de políticas o de moderación de contenidos y que su objeto es únicamente de representación comercial.

El principal argumento esgrimido en estos casos frente a la posición de las empresas es el siguiente:

...una interpretación como la propiciada por Facebook Argentina constituiría un importante obstáculo –y en ciertas circunstancias, un impedimento absoluto- para garantizar la efectividad de los derechos tutelados por la Constitución Nacional, los tratados y las convenciones internacionales. Constituye un hecho notorio que la notificación de las demandas a sociedades constituidas en el extranjero está rodeada de dificultades que desde antiguo llaman la atención de los tribunales al encontrarse en tensión el derecho de defensa, de un lado, y el derecho a acudir a los tribunales en procura de justicia, por otro, tal como lo revela la dispar jurisprudencia en torno a los arts. 122 y siguientes de la ley de sociedades.... En síntesis, puede sostenerse que: a) las actividades de Facebook Argentina constituyen un considerable aporte económico para el funcionamiento del servicio a través de la publicidad; b) esta tarea supone, al menos en parte, ingresos y actores locales; c) bajo ciertas circunstancias – literalmente, expresan las condiciones del servicio, para combatir las conductas perjudiciales o inapropiadas- ambas sociedades Facebook Argentina y Facebook Inc. intercambian información y d) los usuarios que reclamasen protección judicial para hacer valer sus derechos y, eventualmente, reclamar reparación en caso de violación, enfrentarían las costosas consecuencias d promover un litigio contra una empresa radicada en el extranjero. A la luz de lo expuesto, entonces, cabe rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandad”⁹.

[11]

De no existir ninguna de estas eventualidades –no todas las plataformas tienen las mismas formas de actuar– será necesario indagar sobre si las empresas dueñas de las

⁸ Resolución Giolito c. Google Argentina SRL y Google LLC - EX-2019-84609512- -APNDNPD# AAIP (Agencia de Acceso a la Información Pública de la Argentina)

⁹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal de la Plata - Argentina -expediente FLP 7640/2019/CA1 caratulado “C., F. c/ Facebook Argentina SRL s/ Habeas data”,

plataformas se han registrado para algún fin ante la administración pública nacional, provinciales o si se han acreditado ante la Cámara Nacional Electoral por los acuerdos a los que han arribado sobre información en época de elecciones.

También es posible indagar por oficinas en las cuales las plataformas hayan constituido domicilio para efectos marcarios, que casi seguramente existen, puesto que es norma que estas empresas registren sus marcas en todas sus jurisdicciones. Ello podría permitir, eventualmente, superar la excepción de legitimación por la cual solo tendría legitimación la empresa internacional para ser convocada a juicio¹⁰.

Lo afirmado tiene posiciones encontradas en Argentina entre la Jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y en la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal¹¹.

En algunos casos, la cuestión de la imposibilidad de determinar contra quién se diriga una demanda ha tornado inadmisibile el trámite en casos, como ocurrió en la causa “Werner” (Sudestada) tramitada ante los tribunales de Uruguay¹².

|12|

¹⁰ La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de Argentina hizo lugar a un recurso de apelación interpuesto por la actora (“L.E.R. c/ Facebook Inc. y otros s/ Incumplimiento de contrato”, Expte. 4913/2013).

La Cámara se apartó de lo dispuesto por el artículo 122 de la Ley General de Sociedades N°19.550 (la “Ley General de Sociedades”), permitiendo correr traslado de la demanda a las sociedades extranjeras – que no poseen un domicilio en Argentina- en un domicilio comercial de su subsidiaria local Facebook Argentina S.R.L., el cual, a su vez, es distinto del de su sede social.

¹¹ 470258/09 - “Consult Latina SRL c/Bergamo Ambiente e Servizi S.P.A s/ diligencia preliminar” – CNCOM – SALA C - 15/03/2012. En oposición: *La ratio de la regulación del régimen de las sociedades extranjeras al permitir que su emplazamiento se realice en la persona del apoderado o representante -según cuál sea su actuación en el país-, ha sido efectivizar la citación en juicio de las sociedades extranjeras que de cualquier forma ejercen el comercio en la Argentina y, de esa forma, evitar elusiones o dilaciones formales o procesales basadas en la dificultad práctica y mayores costos de notificar a la sociedad extranjera fuera del país (arg. art. 122 de la ley citada; Allende, Lisandro A. y Miglino, Mariana A., “Sociedad constituida en el extranjero. Domicilio apto para la notificación de la demanda”, La Ley 27/08/2010, La Ley 2010-E, 83).* Causa n° 4913/2013 – “L. E. R. c/ Facebook INC y otros s/ incumplimiento de contrato” – CNCIV Y COMFED – SALA II – 08/07/2015, ídem: “A., M. I. M. c/ GOOGLE INC Y OTROS s/AMPARO –REVOCATORIA” - JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL N° 11 - 11/2015. “*La ratio de la regulación del régimen de las sociedades extranjeras al permitir que su emplazamiento se realice en la persona del apoderado o representante -según cuál sea su actuación en el país-, ha sido efectivizar la citación en juicio de aquéllas que de cualquier forma ejercen el comercio en la Argentina y de esa forma evitar elusiones o dilaciones formales o procesales basadas en la dificultad práctica y mayores costos de notificar a la sociedad extranjera fuera del país (CNCCFed., Sala 2, causa 4.913/13 del 08.07.15 y sus citas; Sala 1, doc. causa 6.941/01 del 19.06.08).*”

¹² Hemos visto que GOOGLE LLC, quien sería la responsable por la cuestionada indexación, no tendría domicilio con ánimo de permanecer en el Uruguay al momento de la demanda (no hay contractualidad que habilite notificarle en un domicilio convencional); no alcanzando la mera conveniencia de emplazarle en un Estudio Jurídico a su elección en el Uruguay. GOOGLE LLC tiene su administración principal en los Estados Unidos (arts. 34 inc. 1° y 38 Ley No. 19.920, arts. 13, 197 y 198 Ley No. 16.060), no poseyendo en nuestro país ningún establecimiento, sucursal ni forma de representación comercial, agregándose que no se hubo practicado en el Uruguay la desindexación dubitada (arts. 34 inc. 2° y 38 Ley No. 19.920; arts. 13, 197 y 198 Ley No. 16.060), y eso descarta la intervención de la justicia uruguaya”. C. N 1049/2021 Tribunal Apelaciones Civil 7 T Montevideo: WERNER, FABIAN y otro c/ GOOGLE LLC y otros – AMPARO 21/12/2021

V. ¿Con qué ley?

Una vez resuelto dónde iniciar el caso y cuál es la empresa demandada, los casos registrados a lo largo de la última década demuestran que es necesario fundar la aplicación de la ley y la jurisdicción con antecedentes locales, en tanto existan, para reafirmar la pertinencia de la jurisdicción local y la legislación aplicable. Esto no tiene que ver meramente a una cuestión de soberanía o de costos de litigio que haría difícil o imposible la defensa efectiva de derechos; es importante, además, para que los procesos no queden sujetos a doctrinas legales o reglas de jurisprudencia que dificultan el reclamo contra las plataformas en EEUU a la luz de los antecedentes en la aplicación de reglas de Primera Enmienda o la Sección 230 de la CDA.

a. En materia de procedimiento

|13|

Si se entiende pertinente, cuando se utilicen las medidas procesales más protectoras de consumidores, la propia ley 24240 establece en su artículo 53 que se desarrollará para el proceso el mecanismo más rápido disponible en la jurisdicción salvo que el juez fundadamente entendiera que corresponde la vía ordinaria para mejor protección de derechos. Entre otras razones, porque es posible que tengan reglas probatorias que pongan las obligaciones procesales de demostrar la pertinencia de lo actuado bajo la responsabilidad del proveedor del servicio. En las citadas, existe una presunción en favor de la parte más débil de la relación entre individuo y empresa.

En otros casos, se ha definido como pertinente ir –dentro de las vías procesales del CPCCN– por acción de juicio sumarísimo, dado que no hay ley especial de amparo para particulares.

b. ¿Juicio individual o colectivo?

En Argentina a nivel nacional y federal se ha comenzado a recibir cada vez más casos de litigio de intereses de incidencia colectiva. Incluso con previsiones concretas en la ley de defensa del consumidor.

Dada la naturaleza de la actuación de las plataformas en la moderación de contenidos, sin embargo, la acción individual parecería ser la más habitual dado que el “caso a caso” se referencia con el tipo de contenidos afectados por la acción de la plataforma en cada moderación particular. Esto no inhibe, sin embargo, la posibilidad de pensar acciones

colectivas en función de determinados patrones de actuación que se verifiquen de manera idéntica en un colectivo de casos.

La mayoría de las acciones emprendidas apuntan a denunciar la incompatibilidad de los términos y condiciones, las normas comunitarias o políticas de moderación de contenidos y/o la aplicación de esas reglas por parte de la plataforma de que se trate, con las reglas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (con énfasis en el artículo 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus estándares de aplicación, jurisprudencia y en general documentos o instrumentos que tornen aplicables los principios de la Convención. También recurren al Informe 2018 del Relator de Naciones Unidas en la materia, a los principios de responsabilidad de las Empresas en Materia de Derechos Humanos de la ONU, y al Informe sobre empresas de la Relatoría de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la CIDH.

Otro grupo de argumentos se concentra en las incompatibilidades con las Constituciones Nacionales referidas al caso concreto y las legislaciones pertinentes en materia de libertad de expresión y derechos de información, códigos civiles, leyes de hábeas data o de acceso a la información o de propiedad intelectual, si resultaran necesarias por la naturaleza del caso y el derecho comprometido.

|14|

Esto se complementa con la formulación de análisis de contexto para remarcar las diferencias en la moderación para América Latina frente a los criterios y recursos utilizados en Estados Unidos.

Para el caso del litigio en Argentina es habitual el recurso a las siguientes normas

- Pactos Internacionales e Instrumentos incorporados a la Constitución. (art. 75, inc 22). Particularmente la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 13 y 8). Y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19 y 14). (Libertad de expresión y debido proceso)
- Constitución Nacional: Arts. 18, 14, 32 y 75 inc 22. (Debido proceso, Libertad de Prensa y expresión y prevalencia de los instrumentos ratificados).
- Ley de libertad de expresión en internet (ley 26032)
- Ley de derechos del consumidor (ley 24240)
- Ley de protección de datos personales (eventualmente) (ley 25326) por la exposición argumental de las contrapartes
- Ley de propiedad intelectual (eventualmente) (ley 11723) por la exposición argumental de las contrapartes

No hay que perder de vista que, aún no siendo leyes, las interpretaciones de los órganos de los sistemas de derechos humanos son una fuente muy relevante. (Informes de la CIDH, Declaraciones e Informes de los Relatores Especiales de Libertad de Expresión, entre otros).

Más específicamente, en materia de libertad de expresión aparece una impugnación sustantiva al efecto que genera la moderación de contenidos respecto del derecho a recibir, difundir e investigar informaciones, ideas u opiniones por cualquier medio. También en su faz de garantías contra la censura o restricciones indebidas. Esto conlleva el derecho a ser amparado genéricamente por el test tripartito de legalidad, necesidad y fin legítimo, aun cuando quien toma las decisiones es un operador privado y no el Estado.

En este sentido, se evalúa el contenido de los TdS o las normas comunitarias de la plataforma (su formulación en términos precisos y previos en términos del principio de legalidad). En segundo lugar, se plantea qué fin legítimo se habría querido proteger con la moderación, si está específicamente previsto y si es compatible con los estándares de libertad de expresión del Sistema Interamericano. Finalmente, si las condiciones son abusivas, discriminatorias o no respetan las previsiones del artículo 13.2 de la Convención Americana, no serán “legítimas” las finalidades perseguidas.

A esto se suma la evaluación de la proporcionalidad de la medida adoptada por la plataforma, sea que se trate de eliminación de contenidos, eliminación o suspensión de cuentas. La proporcionalidad de la medida además debería estar relacionada la naturaleza del discurso expuesto y si este es o no discurso protegido de acuerdo con los estándares de derechos humanos (apología de la guerra o pornografía infantil son casos que se consideran discurso no protegido).

|15|

Por otra parte, a la luz de los derechos del consumidor en relación al contrato y definición de términos y condiciones: información veraz, adecuada, oportuna, mantenimiento del servicio, protección frente a cláusulas predispuestas, posición frente a proveedor oligopólico, protección frente a cláusulas abusivas, cambios unilaterales condiciones, principios aplicables en caso de duda y otros

Existe también un aspecto a tener en cuenta en cuanto al derecho al trato digno en la prestación del servicio. En la medida en que no es una demanda contra el Estado, es probable que los operadores judiciales rechacen la idea de la obligación de un privado de cumplir estándares de “debido proceso”¹³ en los términos en los que las Constituciones o la Convención Americana sobre Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo hacen. La pretensión es la misma, es decir que se debe contemplar la calidad del procedimiento utilizado para la remoción o sanción (cancelación de la cuenta). Es decir: notificación previa, explicación clara, identificación del solicitante y si se informó sobre la posibilidad de contradecir, entre otros.

Pueden darse también situaciones de concernimiento de otros derechos: no discriminación a la persona usuaria respecto a las medidas que pudiera adoptar la

¹³ Si bien en el entorno del activismo de los derechos digitales se menciona el debido proceso como un principio aceptado, inclusive explícitamente en el Informe del año 2018 al Consejo de Derechos Humanos de ONU por parte del Relator Especial de Libertad de Expresión no hay precedentes jurisprudenciales (por ej. en derechos de consumidores) en el ámbito continental que den cuenta de tal reconocimiento cuando se trata de relación entre particulares

plataforma o motor de búsqueda, así como el derecho a la información en su concepción de recibir e investigar informaciones, opiniones e ideas.

A propósito del conflicto por la guerra en Ucrania, Twitter procedió a aplicar a periodistas individuales una regla prevista solo para etiquetar entidades que en sus mismas políticas se definen como “*Las etiquetas contienen información sobre el país al que está afiliada la cuenta y si es operada por un representante gubernamental o una entidad de medios afiliada al Estado*”. Es claro que en estos casos existen perjuicios de orden personal, de afectación al trabajo periodístico y hasta se puede poner en riesgo la seguridad del profesional.

VI. Palabras finales

La multiplicación de la expresión en los entornos digitales sumada a los medios de comunicación tradicionales, así como los llamados a la movilización y la protesta, han motivado actuaciones de actores estatales y no estatales que resultan incompatibles con las obligaciones en materia de derechos humanos y, en particular, con los compromisos asumidos por los estados en materia de protección y promoción del derecho a comunicar.. La vigilancia digital y ciertas formas de desarrollar la moderación de contenidos por parte de las plataformas, sumadas a la acción judicial bajo la modalidad de litigios orientados exclusivamente a silenciar voces disidentes son cuestiones a observar y debatir en una agenda urgente de libertad de expresión en América Latina. Nuevas formas de afectación de derechos humanos se verifican y los estados deben necesariamente cumplir con sus obligaciones de prevención y protección.

[16]

Como hemos visto a lo largo de este artículo, resulta indudable que existen derechos humanos concernidos en la actividad de las plataformas. Por citar los más notorios: privacidad, protección de datos personales, libertad de expresión, acceso a la información, honor, no discriminación. También, por cierto, existen derechos culturales muchas veces expoliados por las empresas. De tal modo, aparece bastante claro que no es necesario pensar que las compañías requieran leyes específicas que garanticen estos derechos por fuera de las regulaciones generales para concebir que tienen obligaciones. Quizás sea precisa la estipulación de prácticas y procesos, pero entre los derechos de las personas que hay que resguardar está el de recurso judicial efectivo y el acceso a la justicia, independientemente de que exista una norma procesal *ad hoc*.

En síntesis, si hay que regular no es por la necesidad de reconocer derechos de las personas, u obligaciones de las empresas. Aun así, ya hay teóricos que se enrolan en estas posiciones presentadas bajo un aspecto de novedad, cuando en realidad remiten a los más antiguos principios del derecho internacional de los derechos humanos. La inconsistencia entre esos principios y los términos y condiciones impuestos por los contratos de las plataformas es uno de los grandes puntos sobre los cuales es necesario echar luz.

En definitiva, el creciente debate en nuestras sociedades en torno a estos temas —en especial con la proliferación de discursos discriminatorios a través de las redes sociales—, obliga a repensar los mecanismos para proteger a aquellos colectivos que se han encontrado históricamente en situaciones de vulnerabilidad y hoy son objeto de estos nuevos dispositivos, los cuales muchas veces son acompañadas por instigaciones de grupos violentos. Algunos de los interrogantes que hemos ido planteando a lo largo de este artículo pueden ser pensados como aportes para el abordaje del tema. Estamos convencidos de que las respuestas a esas preguntas deberían orientarse en función de principios de derechos humanos, entendidos como paradigmas comunes, que revaloricen la expresión plural como elemento insustituible para alcanzar un Estado de derecho más justo y democrático.

Referencias bibliográficas

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (2017). Libertad de expresión: a 30 años de la Opinión Consultiva sobre la colegiación obligatoria de periodistas: Estudios sobre el derecho a la libertad de expresión en la doctrina del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

|17|

De Charras, D., Lozano, L. y Rossi, D. (29 de noviembre de 2017). “Términos y condiciones”, *Página/12*.

European Parliamentary Research Service (EPRS) (2022). Briefing EU Legislation in Progress - Digital services act. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/689357/EPRS_BRI\(2021\)689357_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/689357/EPRS_BRI(2021)689357_EN.pdf) Fecha de última consulta: 10 de mayo de 2022.

Fiss, O. (1999). *La ironía de la libertad de expresión*. Gedisa.

Loreti, D. y Lozano, L. (2014). *El derecho a comunicar. Los conflictos en torno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas*. Siglo XXI.

Organización de las Naciones Unidas (2011). Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. A-HRC-17-31.

Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (RELE), 2019, Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales.

Reyes, O. (2020). *Sued Into Silence: How the rich and powerful use legal tactics to shut critics up*. Greenpeace European Unit.

West Coast Environmental Law (1996). *SLAPPs. Getting sued for speaking out*. Temple University Press

Wells, J. (1998). *Exporting SLAPPs: international use of the U.S. 'SLAPP' to suppress dissent and critical speech*. Temple International and Comparative Law Journal, 12(2), 457-502.

Wilts, R., Brandes, O. y Roganchevsky, B. (2002). *The West Coast Environmental Law SLAPP Handbook*. West Coast Environmental Law.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Palacio Urrutia y otros vs. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia. 24 de noviembre de 2021

European Court of Human Rights. OOO Memo v. Russia, Application no. 2840/10. Sentencia. 15 de marzo de 2022.