

LOS DEBERES DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET EN EL MEDIO AMBIENTE DIGITAL: EL CASO DEL DERECHO DE RÉPLICA EN EL BRASIL*

INTERNET SERVICE PROVIDERS’ DUTIES ON THE DIGITAL ENVIRONMENT: THE CASE FOR THE RIGHT OF REPLY IN BRAZIL

CLÁUDIO DE OLIVEIRA SANTOS COLNAGO**
Faculdade de Direito de Vitória
claudio@colnago.adv.br

ADRIANO SANT’ANA PEDRA***
Faculdade de Direito de Vitória
adrianopedra@fdv.br

RESUMEN: El artículo examina los deberes legales de los proveedores de servicios de Internet de adaptar el código de sus aplicaciones y colaborar para una mayor eficacia del derecho de réplica ejercido en Internet. Se adopta el presupuesto de que no hay forma de asegurar derechos sin tener en cuenta los deberes, identificando en la Constitución brasileña el deber de proteger un medio ambiente equilibrado, construyendo el concepto de un “medio ambiente digital”. Valorando la importancia de la arquitectura en el código de aplicación para la efectividad de los derechos y deberes en el medio digital, se procedió a diferenciar entre tipos de proveedores, buscando asegurar la imposición de deberes proporcionales con vistas a una concordancia práctica entre la protección y los costos inherentes. Se formulan sugerencias como la asunción de compromisos de cambio del código de aplicaciones populares, que podría contribuir a la eficacia del derecho de réplica en Internet.

* Trabajo recibido el 26 de junio de 2015 y aprobado 27 de marzo de 2016.

Artículo elaborado en el contexto del Grupo de Investigación “Estado, Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales”, coordinado por los profesores Daury Cesar Fabríz y Adriano Sant’Ana Pedra, vinculado a los estudios de posgrado (maestría y doctorado) en Derechos y Garantías Fundamentales de la Facultad de Derecho de Vitória (FDV).

** Doctor y Máster en Derechos y Garantías Fundamentales por la Facultad de Derecho de Vitória (FDV). Profesor de la Facultad de Derecho de Vitória (FDV) en los cursos de graduación y especialización. Presidente de la Comisión de Estudios Constitucionales de la Orden de los Abogados de Brasil en el Estado del Espíritu Santo (OAB/ES).

*** Doctor en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Sao Paulo (PUC/SP). Máster en Derechos y Garantías Fundamentales por la Facultad de Derecho de Vitória (FDV). Profesor de la Facultad de Derecho de Vitória (FDV) en los cursos de graduación, especialización, maestría y doctorado. Procurador Federal de Abogacía General de la Unión (Brasil).

ABSTRACT: The article examines the legal obligations of Internet service providers that require them to adapt the code of their applications in a way to collaborate for a greater effectiveness of the right of reply exercised online. The paper adopts the premise by which there is no way to guarantee rights without also considering duties, identifying in the Brazilian 1988 Constitution the duty to protect a balanced environment and construing a “digital environment”. Next, valuing the importance of the code for the effectiveness of rights and duties on the Internet, the paper differentiates among types of providers, seeking the imposition of proportional duties to individuals with a view to practical agreement between the protection and costs attached thereto. Finally, suggestions are formulated as the assumption of commitments for modifications in popular applications code could contribute to enhancing the effectiveness of the right of reply on the Internet.

PALABRAS CLAVE: Deberes Fundamentales, Medio ambiente digital, Derecho de Réplica.

KEYWORDS: Fundamental duties, Digital environment, Right to reply.

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo surge de la necesidad de investigar el siguiente problema: ¿los proveedores de servicios de Internet están generalmente sujetos a la obligación de adaptar el código de sus aplicaciones para la mejor eficacia del derecho de réplica, contribuyendo al mantenimiento de un mayor equilibrio del medio ambiente digital? Hemos tratado de abordar el problema con la contextualización del régimen jurídico de los derechos fundamentales, así como con el análisis del papel que la arquitectura del medio ambiente digital juega en ciertos comportamientos.

Este trabajo se basa principalmente en la combinación de dos marcos jurídicos: el primero, en materia de deberes fundamentales, se une al segundo, relacionado con la arquitectura como una restricción en el comportamiento (basado en la obra de Lawrence Lessig). El contexto de su desarrollo presenta, por tanto, la Constitución del Brasil (que impone expresamente deberes fundamentales) y el Marco Civil Brasileño para Internet, conocido como “Marco da Civil da Internet” (Ley Federal N° 12.965/2014). Aunque el segundo marco tiene una gran cantidad de referencias al sistema brasileño (que estrechamente conocido por los autores), es nuestro entendimiento que sus observaciones y conclusiones pueden ser de relevancia para la mayoría de los sistemas legales occidentales, ya que las premisas fundamentales adoptadas en esta investigación se comparten en la mayoría de los países, como la solidaridad, la protección de las libertades esenciales, la proporcionalidad y la protección del medio ambiente, especialmente en Internet.

2. DEBERES FUNDAMENTALES, MEDIO AMBIENTE DIGITAL Y ARQUITECTURA

Son necesarias unas directrices antes de entrar en la propia pregunta de si los proveedores de servicios de Internet podrían ser obligados a adaptar el código

para sus aplicaciones con el fin de favorecer el derecho de réplica en Internet. El régimen jurídico constitucional de los deberes fundamentales, a su vez, requiere algunas observaciones introductorias.

Mientras que la palabra “deber” se utiliza sólo nueve veces en el texto de la Constitución brasileña de 1988, la expresión “derecho” aparece en noventa y ocho ocasiones. Tal disparidad no es casualidad, ya que el paradigma del constitucionalismo que experimentamos tiene su base en la declaración de derechos y no en la imposición de deberes.

Sin embargo, en una sociedad que ha de ser plural, es esencial entender que las relaciones sociales se dan de forma multilateral: el ser humano no está relacionado sólo con el Estado, sino también con otras personas e instituciones no estatales. De la misma forma, sería inocente dejar todas las apuestas de efectividad de la Constitución en la “mano invisible del mercado”, lo que llevó a una ausencia del Estado, pues también presenta una visión miope centrarse solamente en el Estado en busca del cumplimiento de todas las promesas constitucionales, especialmente en un contexto en el que los legisladores delegan una creciente responsabilidad en el ejecutor de la norma¹.

Es necesario reconocer el carácter indispensable de un constitucionalismo cooperativo², en que colaboran Estado y sociedad, cada uno dentro de sus posibilidades, para dar efecto a los mandamientos constitucionales y las promesas contenidas en la Carta de 1988, entre las que se encuentra la construcción de una sociedad “fraterna, pluralista y sin prejuicios, fundada en la armonía social y comprometida, interna e internacionalmente, con el arreglo pacífico de controversias”.

Como destacó Nabais, detrás de los deberes fundamentales, en cuanto organización estatal y una función de valor de la persona humana, hay un Estado que representa un instrumento para el logro de la dignidad humana³. Este diseño todavía se está ajustando a la doctrina Peces-Barba, en la que los deberes fundamentales se refieren a las dimensiones básicas de la vida social, especialmente en sectores importantes para la organización y funcionamiento de las instituciones públicas y el ejercicio de los derechos fundamentales⁴.

Mientras que, sobre el tema, Pedra señala que, en una gran variedad de casos, la acción del Estado no será suficiente para lograr los derechos humanos, en la

¹ COLNAGO (2007), p. 21.

² COLNAGO y BRASIL (2012), p. 246.

³ NABAIS (2007), p. 247.

⁴ PECES-BARBA (1987). p. 335.

medida en que la eficacia óptima se produce con la asignación de deberes a terceras personas. Por lo tanto, los deberes fundamentales no suponen una función restrictiva, pero sí de promoción de los derechos fundamentales, en clara relación de complementariedad y coordinación⁵. En su aplicación, se observa también una reserva de proporcionalidad, ya que incluso como consecuencia de la idea de la solidaridad no se puede imponer la obligación de someterse a un sacrificio extraordinario –y desproporcional– para salvaguardar ciertos derechos⁶.

Es en este contexto en el que gana énfasis la formulación dogmática de los “deberes fundamentales”, tema generalmente olvidado en la producción doctrinal acerca de los derechos fundamentales que se inició con la segunda posguerra⁷. Los deberes fundamentales están, por tanto, íntimamente relacionados con el ordenamiento jurídico constitucional de los derechos fundamentales, tal como enseña Nabais⁸.

Por lo tanto, es necesario aclarar la ambigüedad de la señal que a veces se vuelve oscura. En un sentido amplio, el campo semántico de la expresión “deberes fundamentales” podría cubrir tanto las prestaciones estatales para ser aplicado como la encarnación de los derechos fundamentales a partir de las acciones a tomar por parte de actores no estatales, como también una forma de cumplir con una ley constitucional. Sin embargo, incluir al Estado como sujeto de deberes fundamentales de nada lo diferenciaría de la mera exigencia de los derechos, tema sobre el cual existe ya una amplia literatura científica en el Derecho Constitucional del Brasil. Para no caer en la “trampa” de desplazamiento sobre un tema ya abordado con la mera modificación de su nombre, el objeto de nuestra investigación consiste en los deberes fundamentales como obligaciones necesariamente basadas en comportamientos de particulares.

Se adopta, por lo tanto, el concepto de “deber fundamental”, construido colectivamente por los miembros del grupo de investigación “Estado, Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales” en la primera mitad de 2013, coordinado por los profesores Dr. Daury Cesar Fabríz y Adriano Sant’Ana Pedra de los estudios de postgrado –maestría y doctorado– de Derechos y Garantías Fundamentales de la Faculdade de Direito de Vitoria (FDV), a saber: “... una categoría jurídico-constitucional, basada en la solidaridad, que impone conductas

⁵ PEDRA (2015), pp. 1133, 1135.

⁶ PEDRA (2013), p. 287.

⁷ NABAIS (2007), p. 205.

⁸ NABAIS (2007), pp. 315-316.

ponderadas a los sometidos a un determinado orden político, sujetos o no a la sanción, con el fin de garantizar los derechos fundamentales relacionados con ella”.

A partir de tal concepto de deberes fundamentales, se destaca que su justificabilidad está sujeta a una reserva constitucional: sólo podemos reconocer la existencia de los derechos fundamentales que le son proporcionados, expresa o implícitamente, en el “bloque de constitucionalidad”⁹. Las cuestiones relacionadas con la constitucionalidad de dicha reserva son la efectividad de los deberes fundamentales. Parte de la doctrina sostiene que tales deberes serían mandamientos dirigidos al legislador, que sería responsable, exclusivamente, por la formulación del régimen jurídico de los deberes. En otras palabras, los deberes fundamentales sin ley carecerían de eficacia. Tal razonamiento se funda en la necesidad de disposición legal expresa para la imposición de sanciones, concluyendo entonces que, sin penalidad, no habría efectividad¹⁰.

Sin embargo, esta línea de razonamiento sufre de incompleta, ya que las normas constitucionales tienden a alejarse de la mera consideración binaria “efectivo/inefectivo”. Es totalmente factible sostener la existencia de grados de consecución de los distintos deberes fundamentales, que dependen, sí, de la actuación del legislador. La ausencia de leyes, sin embargo, no pudo impedir el reconocimiento de una eficacia mínima de los deberes fundamentales, sea por el principio de la máxima eficacia de las normas constitucionales, ya sea por el efecto necesario de la regla de la autoaplicación del § 1 del artículo 5 de la Constitución brasileña. Después de todo, si los deberes fundamentales son “la otra cara” de los derechos, la ausencia de uno sin el otro (“no hay derechos sin deberes, no hay deberes sin derechos”), hace evidente que la regla de autoaplicabilidad alcance tanto derechos y deberes. Como se ha señalado por Pedra¹¹, las normas constitucionales que

⁹ La referencia a un “bloque de constitucionalidad” en el derecho brasileño se convirtió en útil desde el momento en que el Congreso comenzó a admitir la existencia de normas de carácter constitucional, pero que oficialmente no forman parte del texto constitucional. Así, por ejemplo, sucede con los artículos de enmiendas constitucionales que regulan la conducta, pero no modifican expresamente el texto de la Constitución, como los artículos 3 a 15 de la Enmienda Constitucional N° 20/98. Del mismo modo que ocurre con los tratados internacionales adquieren enmienda constitucional fuerza, la redacción del artículo 5 § 3 de la Constitución, como se ejemplifica en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el 30 de marzo de 2007, y se incorporan en la legislación brasileña por el Decreto Legislativo N° 186/2008, reglamentada por el Decreto N° 6.949/2009.

¹⁰ NABAIS (2007), pp. 266, 307. En el mismo sentido: DÍAZ (1982), p. 83; LLORENTE (2001), p. 21; REVORIO (2011), p. 289.

¹¹ PEDRA (2013), pp. 1143, 1144.

expresan deberes fundamentales deben tener aplicación directa, sin la intermediación del legislador ordinario, en la medida de lo posible y razonable, puesto que la pena es importante por su característica coercitiva, pero no es esencial para la efectividad de un deber fundamental.

Existe, pues, un núcleo de lo que puede considerarse como un deber fundamental, que se centra en una reserva de constitucionalidad. Sin embargo, este hecho no excluye la exigibilidad de una serie de otros deberes o conductas instrumentales cuyo *desideratum* es conducido precisamente a la realización de los deberes fundamentales. Así, por ejemplo, el deber fundamental de los padres a educar a sus hijos (art. 229 de la Constitución brasileña¹²), que se puede lograr a través de una serie de deberes diferentes, pues, como señala Pedra, a este derecho se le puede dar eficacia con el cumplimiento de deberes de los padres, así como, los del Estado de proporcionar libros y otros elementos necesarios para la enseñanza¹³.

Por tanto, es necesario entender el Derecho más allá de la mera presencia o ausencia de una sanción del Estado, entendida como castigo por la violación de la conducta adoptada por obligatoria. La lógica detrás del diseño de la Constitución de 1988 es totalmente compatible con el nuevo enfoque constitucional cooperativo, en el que se trata de compartir la responsabilidad de la realización de sus promesas con los individuos. En lo que respecta al medio ambiente, por ejemplo, la Constitución brasileña establece el caso de los bienes cuyo deber de defensa y conservación no sólo es atribuida al gobierno, sino también a la comunidad, como “uso común del pueblo”. El artículo 225 de la Constitución brasileña¹⁴ contiene dicha concepción, por lo que el medio ambiente se ha estudiado a partir de sus aspectos constitutivos, generalmente identificados como: a) patrimonio genético, b) medio ambiente natural, c) medio ambiente artificial, d) el medio ambiente del trabajo y e) medio ambiente cultural. Se pretende, por lo tanto, entender el

¹² “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Em traducción libre: “Art. 229. Los padres tienen el deber de asistir, criar y educar a sus hijos menores de edad, y los hijos adultos tienen el deber de ayudar y asistir a sus padres en la vejez, la necesidad o enfermedad”.

¹³ PEDRA (2015), p. 1136.

¹⁴ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Em traducción libre: “Arte 225. Toda persona tiene derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una sana calidad de vida, y tanto el Gobierno como la comunidad tendrá el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras”.

alcance de la protección del medio ambiente, comprendido como la protección de la vida en sus diversas formas, como destaca Fiorillo¹⁵, en el análisis que toca al medio ambiente digital.

Cabe preguntarse si Internet, como una creación científica de la mayor relevancia para la vida en sociedad, puede ser cubierta por la protección concedida al medio ambiente y por lo tanto no sería un deber inherente a las personas, junto con el gobierno, para preservarla, por lo que siempre se debiera mantener la red equilibrada y saludable. En otras palabras, preguntarse sobre la viabilidad de un concepto de “medio ambiente digital” en todo y para todo similar al concepto de “ciberespacio”, como lugar en que se establecen las relaciones mediadas por la World Wide Web. Fiorillo especifica lo que denomina “medio ambiente digital”, dice que sí a esta pregunta, encluyendo Internet en protecciones del medio ambiente cultural a lo que se refiere el artículo 216 de la Constitución brasileña¹⁶, en particular con respecto a las siguientes características de Internet: a) la naturaleza tanto material como inmaterial (ya que la mera red de ordenadores no es nada sin los usuarios que forman y generan su contenido); b) de forma específica de expresión; c) la creación científica, artística y tecnológica, y d) el espacio que tiene por objeto, entre otras cosas, los eventos artísticos y culturales. Es cierto que el medio ambiente digital se ubica como el medio ambiente adecuado a la sociedad de la información.

Esta dimensión del medio ambiente ayudaría, como destaca Fiorillo, a regular “... los deberes, derechos, obligaciones y responsabilidades inherentes al esquema de pensamiento, manifestación, creación, expresión y de información hecha por el individuo con la ayuda de computadoras (art. 220 de la Constitución Federal)”, en el contexto del “... pleno ejercicio de los derechos culturales otorgados a los brasi-

¹⁵ FIORILLO (2013), p. 3.

¹⁶ “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I. as formas de expressão; II. os modos de criar, fazer e viver; III. as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV. as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V. os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”. Em traducción libre: “Art. 216. Los bienes del patrimonio cultural brasileño de la naturaleza material e inmaterial, considerados individualmente o en conjunto, tienen referencia a la identidad, la acción y la memoria de los distintos grupos de la sociedad brasileña, que incluyen: I. las formas de expresión ; II. formas de crear, hacer y vivir; III. creaciones científicas, artísticas y tecnológicas; IV. las obras, objetos, documentos, edificios y otros espacios destinados a espectáculos artísticos y culturales; V. conjuntos urbanos y sitios de valor histórico, natural, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico y científico”.

leños y los extranjeros residentes en el país (artículos 215 y 5 de la Constitución), guiada por los principios fundamentales de la Constitución Federal (artículos 1 a 4 de CF)¹⁷. En otras palabras, la emergencia de una “cultura digital”, caracterizada por la convergencia de los medios de comunicación que siempre permiten la producción cultural, ahora en una sociedad de la información, la demanda que debemos tener en cuenta es el lugar en el que este tipo de producciones se implementan como una faceta del entorno cultural¹⁸. Por el mismo camino, Morais¹⁹ destaca que la importancia de Internet como medio ambiente digital no se queda solamente en el uso de computadores en las actividades diarias, sino que se trata de una efectiva remodelación de las relaciones humanas, que demanda una nueva perspectiva del medio ambiente: un medio digital.

Por lo tanto, la formulación jurídica de un “medio ambiente digital” es aún más apropiada para la reflexión de los efectos jurídicos de las relaciones que se establecen a través de Internet que el concepto usado en exceso del ciberespacio, que, por lo general, se refiere como un espacio aparte de la “realidad física” que ha sido debilitado por la interconexión permanente entre los llamados “mundos” *online* y *offline*, como señaló Leonardi²⁰.

No es nueva la idea de que Internet tiene una enorme relevancia en la promoción de la cultura y la creatividad. Internet, por lo menos en su diseño original, siempre ha estado marcada por la característica de la generatividad²¹, es decir, la capacidad de servir como una plataforma para permitir que numerosas creaciones derivadas, principalmente debido a que permite la interconexión entre los diferentes actores sociales que, aunque físicamente distantes, ahora pueden comunicarse e interrelacionarse de manera más sencilla. La relevancia de Internet para la cultura fue reconocida expresamente con la aprobación de la Ley Federal brasileña N° 12.965/2014, conocida como “Marco Civil da Internet”, sobre todo cuando se reconoce en su artículo 6 que la interpretación de la ley tendrá en cuenta “... más allá de los fundamentos, principios y objetivos establecidos, la naturaleza de Internet, sus usos y costumbres particulares y su importancia para la promoción del desarrollo humano, económico, social y cultural”.

¹⁷ FIORILLO (2013), p. 22. Traducción libre.

¹⁸ FIORILLO (2013) pp. 12-13.

¹⁹ MORAIS (2014), p. 639.

²⁰ LEONARDI (2012), pp. 129-130.

²¹ ZITTRAIN (2008) pp. 7-10.

También no es nueva la propuesta de considerar Internet como un nuevo tipo de espacio, acá denominado “medio ambiente digital”. En su reconocido trabajo, Manuel Castells sostiene que Internet da lugar a un nuevo tipo de espacio, denominado por él “espacio de los flujos”, es decir, “... el apoyo material de las prácticas sociales simultáneas comunicadas a distancia”, que implican “... la producción, transmisión y procesamiento de los flujos de información”²². Más adelante, Castells enfatiza el concepto de flujos y su relevancia para la sociedad de la información, que consisten en secuencias intencionales, repetitivas y programables de intercambio e interacción entre posiciones físicamente inconexas, sostenidas por actores sociales en las estructuras económica, política y simbólica de la sociedad²³.

Es digna de cita la colocación de Torres²⁴:

El concepto de flujos es una de las piezas claves para Castells en vistas a concretar su nueva visión de las dinámicas y tendencias de la sociedad y del poder basada en su teoría del espacio dual, esto es, en su teoría de la separación espacial entre lo local y lo global (o bien entre el espacio de los flujos y el espacio de los lugares). De este modo, dicho concepto se constituye en el elemento dominante de una de las dicotomías centrales que propone nuestro autor a partir de 1982: la oposición entre flujos y lugares, o mejor dicho, la oposición entre el espacio de los flujos y el espacio de los lugares. En una de las primeras reflexiones que propone Castells al respecto, y que luego no se vuelve a repetir, éste afirma que la lógica dominante, entendida como lógica de las organizaciones de poder, tiene la intención de transformar los lugares en flujos (...). De allí desprende nuestro autor el movimiento que luego determinará su teoría social y del poder: el desplazamiento del espacio de los lugares al espacio de los flujos. Ello no implica –a decir de Castells– que los lugares desaparezcan, sino que las organizaciones de poder tienden a mudarse a un espacio no enraizado históricamente y socialmente en ningún lugar particular.

Este nuevo *locus* de comunicación, representado por la fusión del *online* y el *offline*, en la que los seres humanos se relacionan (lo espacios de flujos), es una nueva faceta del entorno cultural, aquí llamado “medio ambiente digital”, que asumirá un significado jurídico desde que la sociedad comenzó a adoptar Internet de una manera masiva en su vida diaria. Así como Castells diferencia “espacios

²² CASTELLS (1999), p. 17. Traducción libre.

²³ CASTELLS (1999), p. 501.

²⁴ TORRES (2013), pp. 55-64

de lugares” de “espacios de flujos”, es necesario establecer la diferencia entre el medio ambiente tradicional y el medio ambiente digital.

Las consecuencias de la inclusión de Internet en el contexto del “medio ambiente digital” son numerosas y pueden resaltar la importancia jurídica y constitucional que dicha invención humana asumirá. Además, es totalmente factible para legitimar una búsqueda constante y conjunta entre los actores públicos y privados destinados a garantizar la sustentabilidad de la red. Como bien señala Pedra²⁵, las innovaciones tecnológicas permiten eludir los problemas de salud y crear nuevas situaciones que eran inimaginables en el pasado, que necesitan ser gobernadas por el derecho.

Ser parte de Internet y sus posibilidades creativas en el contexto de un medio ambiente digital debe permitir hacer hincapié en que el papel principal en la formación de su arquitectura cumple un rol habilitador de la red cada vez más libre y del potencial creativo humano. La forma inicial de Internet no es inmutable, ya que el código es directamente dependiente de la conformación de su arquitectura. Mientras que el sistema legal regula indirectamente la conducta humana, estableciendo consecuencias legales en caso de incumplimiento de las conductas adoptadas por obligatorias, la arquitectura impide la adopción de un comportamiento contrario al deseado por su autor, ya que crea las inducciones o barreras insuperables para la gran mayoría del grupo sujetas a regulación. Un ejemplo sencillo de uso diario puede ser útil para entender los diferentes enfoques: si vamos a alentar el cumplimiento del límite de velocidad en una determinada vía pública, el enfoque por ley de establecer consecuencias jurídicas para el cumplimiento o no cumplimiento con el límite de las multas para los infractores, o un incentivo premio/castigo para que fluya de forma permanente dentro de los límites. En tanto el enfoque de la arquitectura sería establecer barreras físicas que impidan el buen desarrollo de la velocidad, como el establecimiento de barreras²⁶.

El medio ambiente digital, así como el entorno natural, se presenta de una manera determinada para que la gente lo disfrute. En lugar de ello, sin embargo, de lo que ocurre en el segundo, la percepción de la primera variará profundamente como el código de programación que se utiliza en su elaboración. Es el código, entendido como un conjunto de información y comandos organizados en secuencia, formando lo que percibimos como Internet, el ciberespacio o medio ambiente digital. Entonces se inicia desde el punto de vista de que, a raíz de las

²⁵ PEDRA (2011), p. 11.

²⁶ COLNAGO (2013), p. 143.

notas de Lessig²⁷, aprecia la arquitectura como una forma de regulación que, al aplicarse al medio ambiente digital, consiste precisamente en el código para dar paso a las aplicaciones y servicios que utilizan la red electrónica, por lo que alienta o desalienta ciertos comportamientos. De ahí la conocida expresión acuñada por Lessig: “Code is Law”, es decir, “el código es la norma”.

Si en el medio ambiente digital las conductas se regirán por el código, se debe preguntar: ¿quién lo prepara? A medida que Internet es una red generativa, no hay centralización en ese dibujo, en lugar de un concepto regulador del Estado-nación. Por otro lado, no se puede negar que son personas de carne y hueso las que determinan las conductas a través de Internet, lo que hace que el acto de preparar el código de las aplicaciones sea un procedimiento de creación que, al igual que la elaboración de una ley, carga con preconcepciones e ideologías de sus autores. Dada su relevancia en su propia percepción del medio ambiente digital, debemos asumir que dicha actividad de programación no está exenta de responsabilidades. Hay, pues, que practicar la libertad con responsabilidad, en la síntesis feliz de Nabais. ¿Hasta qué punto, entonces, fue posible identificar en el sistema jurídico brasileño determinados deberes instrumentales que deben ser cumplidos por estos individuos con el fin de preservar un medio ambiente digital sano y equilibrado? Este tema será desarrollado más adelante, al analizar la problemática efectividad del derecho de réplica en Internet.

3. DEBERES QUE ENFRENTA EL DERECHO DE RÉPLICA EN INTERNET: LINEAMIENTOS DE ALGUNAS POSIBILIDADES BAJO EL CÓDIGO

La Constitución brasileña de 1988 establece en su artículo 5, inciso V, que “se garantiza el derecho de réplica, proporcional al delito, así como la indemnización por daños materiales, morales o la imagen”. Es disposición específica autoaplicable de la Constitución, de acuerdo con el § 1 del mismo artículo. Como derecho fundamental frente a la libertad de expresión (a veces funciona como restricción a su ejercicio), el derecho de réplica también juega un papel fundamental en la aclaración de la verdad. Después de todo, la teoría bajo la cual la libertad de expresión contribuye a una sociedad mejor informada sobre los hechos (y, por lo tanto, dotada de ciudadanos mejor preparados para tomar decisiones) asume que su ejercicio sea proporcional y no abusivo, así puede sostenerse que una verdad a medias o una verdad distorsionada contribuyen a la formación de la opinión

²⁷ LESSIG (2006), p. 410.

pública, tanto como una mentira. Por esta razón, el derecho de réplica también tiene un valor democrático intrínseco, contribuyendo a la consecución de la verdad y, por lo tanto, debe ser considerado tan importante como la libertad de expresión inherente a la condición de la persona humana²⁸. Como tal, el ejercicio de este derecho está sujeto también a cualquier construcción dogmática en materia de derechos fundamentales, como, por ejemplo, está sujeto a la proporcionalidad. El objetivo es, pues, una concordancia práctica entre la libertad de expresión y el derecho de réplica con el fin de garantizar el derecho a expresar sus opiniones tan libremente como sea posible. El ejercicio de este conjunto fundamental de libertades es importante en el contexto de Internet, sobre todo debido a la facilidad de comunicación y su potencial democrático²⁹.

En el Brasil, el derecho de réplica se regulaba en la Ley N° 5.250/67, la “Ley de Prensa”, que estableció algunos parámetros para su ejercicio, dirigidos a la aplicación de la regla constitucional que garantiza la réplica. Sin embargo, esa ley fue revocada en su totalidad cuando el Supremo Tribunal Federal de Brasil falló la ADPF 130, teniendo en cuenta que sus reglas no eran compatible con la Constitución de 1988.

Ante esta decisión, la regulación legislativa del derecho de réplica llegó a limitarse a las disposiciones de la Ley N° 9.504/97, también conocida como “Ley Electoral”, especialmente después de la aprobación de la ley N° 12.034/2009, que introduce disposiciones relativas al ejercicio de tal derecho en Internet, pero cuando se refieren a las campañas electorales. El artículo 58-A de dicho Estatuto establece que “El derecho de las peticiones de réplica y las representaciones de electoralismo ilegal en la radio, la televisión e internet tramitarán con preferencia en relación a otros procesos en la Justicia Electoral”. También el § 3, IV del artículo 58 de la citada ley establece normas para la réplica cuando se está frente a “propaganda electoral en Internet”: a) concedida la solicitud, la divulgación de la respuesta se llevará a cabo en el mismo vehículo, espacio, lugar, tiempo, página web, tamaño, personajes y otros elementos utilizados en el delito, dentro de las cuarenta y ocho horas después de la entrega de los medios físicos con la réplica de la víctima; b) la réplica estará disponible para el acceso de los usuarios del servicio de Internet por un período no inferior a dos veces lo que el mensaje considerado ofensivo estuvo disponible; c) los costes del cumplimiento de la respuesta deberán estar a cargo del anunciante original.

²⁸ COLNAGO y BRASIL (2013), p. 468.

²⁹ Sobre el tema, cf. COLNAGO (2014), p. 3.

Tengamos en cuenta que el tratamiento legislativo citado tuvo a la vista una serie de elementos destinados a dar un efecto similar a la respuesta al mensaje original de naturaleza ofensiva, al igual que la página, el tamaño de los caracteres y elementos de destaque. Sin embargo, parece que, al hacerlo, el legislador trató de aplicar los conceptos tradicionales al medio ambiente digital, resultantes en una potencial ineficacia del derecho de réplica. Así se sostiene porque, al contrario de lo que ocurre en los periódicos y revistas, no es el tamaño o la posición de la noticia de primera plana que ocupa lo que define su impacto en Internet. El medio ambiente digital ofrece mecanismos mucho más transparentes para dicha verificación, que es el número de visitas de una página web. De hecho, un posteo que lleva una irregularidad tiene cinco mil visitas y su derecho a contestar sólo genera la atención de un centenar de personas, debe llegarse a la conclusión de que el derecho de réplica no se hizo en proporción al impacto de la forma de notificación inicial.

La realidad puede ser muy diferente si algunos proveedores de servicios de Internet alteraran sus plataformas para incluir mecanismos que puedan favorecer el derecho de réplica. Pero antes de partir a una simple transferencia de las responsabilidades mediante la distribución de tareas, es necesario diferenciar las distintas categorías de proveedores de servicios de Internet, los cuales tienen diferentes esquemas. Es de destacar que el llamado “Marco Civil da Internet” del Brasil abogó por la necesidad de comprender las diferentes dimensiones inherentes a la prestación de servicios para Internet cuando se estableció la diferencia entre los *proveedores de conexión* y los *proveedores de aplicaciones*. En virtud del artículo 5 de la ley, el proveedor de la conexión es el que proporciona la habilitación de una terminal para enviar y recibir paquetes de datos a través de Internet, o mediante la asignación de una autenticación de dirección IP. En tanto que el proveedor de aplicación es el que proporciona acceso a un conjunto de características a las que se puede acceder a través de un terminal conectado a Internet. Esta diferenciación es relevante, sobre todo en lo que respecta al régimen de responsabilidad. Mientras que el proveedor de la conexión no será civilmente responsable por los daños derivados de los contenidos generados por terceros (art. 18), el proveedor de la aplicación sólo estará sujeto a responsabilidad por contenidos de terceros si, después de la orden judicial específica, no hace los arreglos para, dentro de los límites técnicos de su servicio como en el tiempo indicado, hacer el contenido indisponible, establecida como una infracción (art. 19), a excepción de aquellos contenidos publicados con grave violación de la privacidad de un individuo (el art. 21) o en casos de violación de derechos de autor (art. 31).

La diferenciación parte de la correcta suposición de que el proveedor de conexión es responsable por simplemente ofrecer al usuario el acceso al medio ambiente digital, mientras que el proveedor de la aplicación es el agente que va a proporcionar ciertos servicios a la persona, como la redacción de contenido en las plataformas de *blogs*, medios de comunicación social, voz sobre IP, *streaming* de contenido (películas o música), entre muchos otros que permite la generatividad de Internet. Mientras que el primero sólo proporciona la puerta de entrada al medio digital, a través del segundo se produce una relación casi directa con el usuario, ofreciendo servicios que permitan la práctica de varios actos.

Hecha esta distinción, se advierte que la eventual colaboración por la eficacia de la réplica a través de Internet podría dejar con razón los proveedores de aplicaciones de Internet, ya que es el código que influirá en sus servicios de una manera más llamativa el contenido de las producciones individuales. No sería adecuado gravar a los proveedores de conexión, en la medida en que, por lo general, no están en una posición en la que puedan influir en la mayor o menor eficiencia de una réplica en Internet. A los proveedores de aplicaciones, en la condición de individuos insertados en la prestación de servicios, hay que aplicarles el deber fundamental a la defensa y la preservación de un medio ambiente digital sano. La implementación de ese deber fundamental se producirá con el cumplimiento de deberes instrumentales proporcionales que, sin causas un excesivo coste, contribuyan a la utilización sostenible y equilibrada. Por otra parte, el legislador brasileño estuvo bien encaminado con el lanzamiento de la Ley N° 12.965/2014 como uno de los fundamentos de la disciplina de la utilización de Internet en el Brasil, entre otros, el “propósito social de la red”. Es, por tanto, una apertura axiológica a la solidaridad como faro de las relaciones entre particulares. El cumplimiento de tales deberes instrumentales tiene el poder para garantizar una mayor eficacia a la protección del medio digital, como ha sido destacado por Fiorillo³⁰.

Sin embargo, no se puede imponer tales deberes instrumentales sin necesariamente considerar el tamaño del proveedor de la aplicación, que se determinará en el análisis de su popularidad en el medio digital. El tratamiento de un pequeño sitio para compartir videos creado y utilizado sólo por los amigos y conocidos simplemente como YouTube o Vimeo, dos de los más populares servicios de video de Internet, sería un grave error y se traduciría en un deber desproporcional, sobre todo porque la enorme carga que podría inhibir las

³⁰ FIORILLO (2013), p. 22.

innovaciones muy importantes en la tecnología que utilizamos a diario. Así, hay que verificar en cada tipo de proveedor de aplicaciones cuáles son las aplicaciones con mayor popularidad para, entonces sí, contemplar el establecimiento de deberes instrumentales de una forma más sana y equilibrada en el entorno digital a través de la creación de un marco que fomente el ejercicio del derecho de respuesta, cuando sea aplicable.

Por lo tanto, la cuestión de la eficacia del derecho de réplica en el medio ambiente digital tiende a ser más relevante en los servicios populares de plataformas de *blog* (como Blogspot o WordPress) o de intercambio de videos (como YouTube o Vimeo). En ambos casos, se está considerando la cuestión de, ante la presencia de un contenido ofensivo, cómo colaborar en el logro de una respuesta “proporcional al delito”. Se infiere que al ser el número de accesos el criterio apropiado de ponderación entre el contenido ofensivo, por una parte, y derecho de réplica, de otra parte, hay que concebir alguna modificación en el diseño de algoritmos de aplicaciones que puedan alentar el acceso a la respuesta en relación al conocimiento de los contenidos que la motivaron. Tal conducta sería facilitar la consecución de una de las promesas inherentes a la libertad de expresión, que es proporcionar una sociedad mejor informada. Desde el punto de vista técnico, ya existe un mecanismo muy popular para los servicios de intercambio de videos y plataformas de *blogs* que podrían servir como base para favorecer la réplica: las sugerencias de contenido que se ofrecen al usuario típicamente adyacentes al anuncio visto como sus preferencias personales registradas por la aplicación. Supónese que el usuario que gusta de “A”, también puede disfrutar de “B”.

En casos de videos que reproduzcan algún contenido que ha sido objeto de una réplica, sería aún mejor que dicho contenido se resaltaré en un color diferente de otras sugerencias “ordinarias” para tener mayor visibilidad. Ésta es la solución demanda reconfiguración y reprogramación de las aplicaciones y, como tal, requiere de un proveedor su inversión en mano de obra, por lo general ya disponible. Como tal, parece que la medida es proporcional, ya que tiene por objeto garantizar un mayor equilibrio a través de un medio ambiente digital (con un amplio acceso tanto al contenido original como a la respuesta), sin un extraordinario sacrificio del individuo.

Por otra parte, la adopción de la medida conduce al razonamiento de la dispensabilidad de la reclamación de los que han sido ofendidos por el contenido de las emisiones, es decir, la arquitectura debe proporcionar medios para la réplica con independencia del ejercicio de la persona ofendida.

Un punto a destacar es la falta de previsión legal de dicho deber instrumental y, por tanto, la inexigibilidad de sanciones, lo que podría hacer fracasar los intentos de obligar a los principales proveedores de aplicaciones a lo que lo cumplan. Sin embargo, como se señala en el tema correspondiente en los deberes fundamentales, el Derecho no puede ser reducido a un pensamiento binario simple. Hay maneras de alentar a las personas a adoptar las medidas que se proponen aquí, incluso sin disposición legal. Esto es, por ejemplo, lo que se está llevando a cabo en relación con la protección de la privacidad de los usuarios: las iniciativas para su protección han ocurrido a través de la adopción voluntaria de las estructuras de protección de los grandes grupos de Internet, que tratan de dar ejemplo y garantizar así su respetabilidad ante la comunidad de usuarios. Vimeo, visto como el mayor competidor de YouTube, buscando ganar mercado con “la fuerte configuración de privacidad” y la ausencia de “los molestos anuncios”. Ya no será necesario, para el amplio concepto de la sostenibilidad, que se ha situado sobre el comportamiento de los directivos de grandes grupos económicos cuyas acciones se negocian en las bolsas de valores, incluir también los comportamientos que favorecen el equilibrio del medio ambiente digital. Políticas públicas inductivas pueden y deben ser formuladas para fomentar la capacidad de adaptación del código con el fin de fomentar, en su caso, el derecho de réplica.

4. CONCLUSIÓN

Mediante el análisis de la relevancia del código de aplicaciones de Internet para la regulación de la conducta en el medio ambiente digital, así como los conceptos de los deberes fundamentales y deberes instrumentales, se desarrolló la posibilidad de que los proveedores de aplicaciones de Internet sean sujetos a la obligación de modificar el código de sus aplicaciones para garantizar una mayor eficacia del derecho de réplica. Ese deber, aunque no previsto por la ley, puede y debe ser reconocido a los particulares, en la medida en que todos están obligados a las normas fundamentales de la Constitución y, al hacerlo, contribuyen al mantenimiento de un mayor equilibrio del medio ambiente digital. La mejor manera de imponer los deberes, sin embargo, no es una sanción, sino la adopción de mecanismos de inducción que educarán a los grandes proveedores de aplicaciones en la importancia intrínseca del cumplimiento de su papel en la preservación de un medio digital en el que el acceso a la verdad no sólo es facilitado por el ejercicio de la libertad de expresión, sino también por su contraparte: el derecho de réplica.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CASTELLS, Manuel (1999): *A sociedade em rede*. (São Paulo, Paz e Terra).
- COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos y BRASIL JÚNIOR, Samuel Meira (2012). “A liberdade de expressão e suas limitações: um estudo comparativo entre Brasil e Argentina”, en MACHADO, Edinilson Donisete y VITA, Jonatan Barros, *Direitos Fundamentais e Democracia I*. (Florianópolis, Funjab), pp. 468-487.
- COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos (2007). *Interpretação conforme a Constituição: decisões interpretativas do STF no controle de constitucionalidade*. (São Paulo, Método).
- COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos *et al.* (2012). “A aplicação da técnica de interpretação conforme a Constituição pela Administração Pública” en BUS-SINGUER, Elda Coelho de Azevedo, *Direitos e deveres fundamentais*. (Rio de Janeiro, Lumen Juris), pp. 243-250.
- COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos (2013). “Direitos Fundamentais e Internet: perspectivas para o exercício de direitos na rede nos 25 anos da Constituição de 1988” en SALOMÃO, Caleb *et al.* *Constituição 1988: 25 anos de valores e transições*. (Vitória, Cognojus), pp. 143-164.
- COLNAGO, Cláudio de Oliveira Santos (2014). “Freedom of Expression and Internet: Should Judges Apply a Preferred Position Doctrine to Cases Involving the Internet?”, [fecha de consulta: 19 de mayo de 2016]. [Disponible en: <http://www.jus.uio.no/english/research/news-and-events/events/conferences/2014/wccl-cmdc/wccl/papers/ws8/w8-colnago.pdf>].
- DÍAZ, Santiago Varella (1982). “La idea de deber constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*. (Nº 10), pp. 69-96.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2011). “Derechos humanos y deberes fundamentales. Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución Española de 1978”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, (Nº 28), pp. 278-310.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco (2013), “Fundamentos constitucionais do meio ambiente digital na sociedade da informação”, en PAESANI, Liliana Minardi, *O Direito na sociedade da informação III*. (São Paulo, Atlas), pp. 1-22.
- LEONARDI, Marcel (2012). *Tutela e privacidade na Internet*. (São Paulo, Saraiva).
- LESSIG, Lawrence (2006). *Code 2.0*. (Cambridge: Basic Books).
- MORAIS, Ruy Brito Nogueira Cabral de (2014), “As interferências do marco civil regulatório na tutela da dignidade da pessoa humana no meio ambiente di-

- gital”, en LEMOS, Ronaldo y LEITE, George Salomão, *Marco Civil da Internet*. (São Paulo, Atlas), pp. 634-648.
- NABAIS, Casalta (2007). *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. (Coimbra, Coimbra Editora).
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (1987): “Los deberes fundamentales”, en *Doxa* (Nº 4), pp. 329-341.
- PEDRA, Adriano Sant’Ana (2013). “A importância dos deveres humanos na efetivação de direitos”, en ALEXY, Robert *et al.* *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. (Joaçaba, Unoesc) pp. 281-301.
- PEDRA, Adriano Sant’Ana (2011): “Editorial: justificação e proteção dos direitos fundamentais”, en *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*. (Nº 10), p. 11.
- PEDRA, Adriano Sant’Ana (2015): “Solidariedade e deveres fundamentais da pessoa humana”, em GALUPPO, Marcelo *et al.*, *Human Rights, Rule of Law and the Contemporary Social Challenges in Complex Societies: Proceedings of the XXVI World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy* (Belo Horizonte, Initia Via), pp. 1133-1148.
- PEDRA, Adriano Sant’Ana y VIEIRA, Pedro Gallo (2012). “O rol de deveres fundamentais na Constituição como *numerus apertus*” en BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo, *Direitos e deveres fundamentais*. (Rio de Janeiro: Lumen Juris), pp. 45-54.
- TORRES, Estebán (2013). “El concepto de flujos de Manuel Castells, 1986-2009”, en *Revista Estudios Sociales Contemporáneos* (Nº 9), pp. 55-64.
- ZITTRAIN, Jonathan (2008). *The future of the Internet-and How to Stop it*. (New Haven, Yale University Press).