



Universidad de
San Andrés

Universidad de San Andrés

Maestría en Política y Economía Internacionales

Problemas asociados a la regulación de la responsabilidad de intermediarios
en acuerdos comerciales

Autor: Matías González Mama

DNI: 29.385.660

Directora de Tesis: Valentina Delich

Buenos Aires, 7 de agosto de 2023

Índice

Índice.....	1
Índice de abreviaturas.....	3
Introducción.....	5
Estado de la cuestión.....	8
Metodología.....	11
Responsabilidad de intermediarios y libertad de expresión.....	12
Capítulo 1. Los modelos imperantes de regulación de intermediarios.....	15
Introducción.....	15
El modelo norteamericano de regulación de intermediarios.....	16
La sección 230 de la Communications Decency Act de 1996.....	16
La Digital Millennium Copyright Act.....	19
El modelo europeo de regulación de intermediarios.....	22
La Directiva de Comercio Electrónico 2000/31/CE.....	23
La DSA.....	25
Capítulo 2. La regulación en América Latina de la responsabilidad de intermediarios.....	31
Introducción: Marcos regulatorios específicos.....	31
El Marco Regulatorio Interamericano y el soft law.....	31
La Convención Americana de Derechos Humanos.....	31
La Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet 2011.....	33
El Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA de 2013.....	33
El Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA 2016.....	34
El Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la ONU de 2018... 36	
La Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y Elecciones en la Era Digital 2020.....	36
El Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de 2022.....	36
Brasil.....	37
El Marco Civil de Internet.....	37
El Proyecto de Ley PL 2630.....	38
Chile.....	38
Costa Rica.....	39
México.....	39
Algunos desarrollos jurisprudenciales relevantes en América Latina.....	39
Argentina.....	40
Colombia.....	41
Guías de Regulación de Responsabilidad de Intermediarios.....	42
Los Principios de Manila de 2015.....	42
Las Directrices de UNESCO para la regulación de las plataformas digitales.....	42
Capítulo 3. La regulación de la responsabilidad de los intermediarios en los acuerdos comerciales internacionales de Estados Unidos, la Unión Europea y América Latina.....	45
Introducción.....	45

Acuerdos comerciales celebrados por Estados Unidos.....	47
Acuerdos que incluyen a países de América Latina.....	47
Implementación del acuerdo con Estados Unidos por Chile.....	49
Implementación del acuerdo con Estados Unidos por Costa Rica.....	51
El T-MEC.....	52
Implementación de las disposiciones del acuerdo.....	55
El CPTPP.....	55
Acuerdos con países por fuera de América Latina.....	56
Acuerdos celebrados por la Unión Europea.....	57
Acuerdos con países de América Latina.....	57
El Acuerdo UE - Colombia, Ecuador y Perú.....	57
El Acuerdo UE-México.....	58
El Acuerdo UE-Chile.....	59
Acuerdos con países fuera de América Latina.....	59
Acuerdos UE-Japón, UE-Corea del Sur, UE-Cariforum y UE-Reino Unido.....	59
Acuerdo UE-Singapur.....	59
Acuerdo UE- Vietnam.....	60
Acuerdos Comerciales celebrados por el Reino Unido.....	61
Acuerdos Comerciales celebrados por países de América Latina.....	62
Capítulo 4. La (in)adecuación de los modelos de responsabilidad de intermediarios en América Latina.....	64
Introducción.....	64
La adopción de normas extranjeras sobre la responsabilidad de intermediarios en los países de América Latina.....	65
Coerción económica y sistemas de recompensas.....	65
Modelización.....	65
El efecto Bruselas (un caso de modelización).....	66
Iniciativas regulatorias derivadas de la DSA.....	68
Problemas vinculados con la importación de modelos extranjero.....	69
Conclusión.....	81
Bibliografía.....	85

Índice de abreviaturas

ADPIC	Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
ALAI	Asociación Latinoamericana de Internet
CADHP	Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos
CPTPP	Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CDA	Communications Decency Act
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
DMCA	Digital Millennium Copyright Act
DSA	Ley de Servicios Digitales
FOSTA	Fight Online Sext Trafficking Act)
GAMA	Google, Amazon, Meta y Apple
GATS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
ICESCR	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
ISP	Proveedores de Servicios de Internet
ITIC	Information Technology Industry Council
ITIF	Information Technology & Information Foundation
MCI	Marco Civil de Internet
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OEA	Organización de Estados Americanos
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OPEN	Online Protection and Enforcement of Digital Trade Act
OSCE	Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa

OSP	Proveedores de Servicios en Línea
PD	Países desarrollados
PED	Países en vías de desarrollo
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIPA	Protect Intellectual Property Act
PyMEs	Pequeñas y Medianas Empresas
RGPD	Reglamento General de Protección de Datos
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
SESTA	Stop Enabling Sex Traffickers Act
SOPA	Stop Online Piracy Act
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
T-MEC	Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá
TPA	Trade Promotion Authority
TPP	Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica
UE	Unión Europea
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
UNESCO	United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization
USTR	Oficina del Representante Comercial de Estados Unidos

Introducción

La regulación de la responsabilidad de intermediarios es un tema que ocupa tanto a Estados como a organizaciones internacionales, empresas, academia, sociedad civil y a la sociedad en general (Giancarlo Frosio, 2020, p. 3). Asimismo, existe a nivel internacional una fragmentación en torno a las reglas vinculadas a dicha responsabilidad fruto de la diversidad de la legislación nacional y regional, decisiones judiciales y acuerdos comerciales que evidencia la existencia de distintos estándares (Giancarlo Frosio, 2020, p. 19). Más aún, la propia definición de lo que se considera intermediarios de Internet es un tema complejo puesto que, como veremos más adelante, tanto lo que se entiende por “intermediarios” como los términos utilizados para referirse a éstos y definirlos pueden variar (Graeme Dinwoodie, 2020, p. 54).

En este sentido, a los efectos de este trabajo, entenderé por intermediarios “a las empresas de alojamiento de páginas, los proveedores del servicio de Internet (PSI), los motores de búsqueda y las plataformas de medios sociales [los que] desempeñan una función vital para que la gente pueda acceder a la internet y transmitir contenidos de terceros”(ARTICLE 19, 2013)(UNESCO, 2014).

En el desarrollo de esta tesis me enfocaré particularmente en analizar los problemas vinculados a la regulación de la responsabilidad de intermediarios en acuerdos comerciales internacionales, poniendo particular foco en aquellos acuerdos comerciales celebrados por países de América Latina, la Unión Europea y Estados Unidos.

Si bien la responsabilidad de los intermediarios de Internet no es uno de los tópicos clásicos de la regulación del comercio internacional (como sí lo ha sido históricamente la regulación de aranceles y las condiciones de acceso a mercados, entre otros temas), ésta ha ido cobrando preponderancia en los últimos años, tal como demostraré a lo largo de este trabajo, y ha sido incluida en los capítulos que regulan el comercio electrónico y/o en aquellos que regulan la propiedad intelectual en acuerdos comerciales.

Cabe destacar que en 1998, en el marco de la OMC, se estableció un Programa de Trabajo sobre comercio electrónico que definió al comercio electrónico como la “producción, distribución, comercialización, venta o entrega de bienes y servicios por medios electrónicos” (OMC, 1998). Desde la aprobación de este Programa de Trabajo, los Estados Miembros de la OMC han acordado y renovado bianualmente en ese ámbito multilateral una moratoria sobre cobro de aranceles aduaneros a las transmisiones electrónicas..

No obstante, 25 años han transcurrido ya desde la aprobación de dicho Programa y los avances en materia regulatoria sobre este tema en la OMC no han seguido la velocidad de los avances tecnológicos. De hecho, tal como explica Kelsey, (Kelsey, 2017, p.17) en los últimos años ha aumentado la reticencia por parte de los países en desarrollo (PED) en renovar dicha moratoria por dudar de las implicancias fiscales y recaudatorias que ésta podría tener.

En paralelo, el fenómeno del comercio electrónico en los últimos años ha venido modificando la forma de interacción entre las personas, los gobiernos y las empresas. Así como en la esfera productiva la reducción de los costos de transporte hizo posible la deslocalización de los procesos de producción en diferentes países, la disminución de los costos de transmisión permitió la fragmentación de los servicios entre fronteras, enviados a través de plataformas digitales. En ese contexto, el comercio electrónico ha crecido en el mundo (UNCTAD, 2021) y hoy representa un factor económico fundamental que no puede ser desconocido y cuya potencialidad no debería ser ignorada.

Dado este crecimiento (UNCTAD, 2021) y, quizá, debido al estancamiento mencionado en el ámbito de la OMC y a diversas disputas relacionadas con la aplicación de reglas del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT por sus siglas en inglés) y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS por sus siglas en inglés) al comercio electrónico (Wu, 2017: 2,3), puede evidenciarse durante los últimos años una proliferación y fragmentación de regulaciones sobre comercio electrónico que se ve reflejada en las cláusulas acordadas en diversos tratados de libre comercio bilaterales y regionales, siendo algunos de los más emblemáticos: el Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP por sus siglas en inglés), la Alianza del Pacífico, el acuerdo Argentina-Chile, el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC por sus siglas en castellano), el acuerdo Japón-Mongolia (Wu, 2017: 6-7), el acuerdo de comercio digital entre Estados Unidos y Japón y la Asociación de Economía Digital entre Singapur, Chile y Nueva Zelanda, entre varios otros.

Ahora bien, es importante destacar que no todos los acuerdos comerciales celebrados que regulan el comercio electrónico o la propiedad intelectual contemplan cláusulas sobre la responsabilidad de los intermediarios. Es más, aún en aquellos casos en los que la regulan, no lo hacen de la misma manera (puesto que puede estar regulada en más de un capítulo por acuerdo y adoptar diversas modalidades como explicaremos más adelante).

En este sentido, es importante resaltar que el presente trabajo se concentrará en aquellas cláusulas sobre responsabilidad de intermediarios incorporadas en acuerdos celebrados por países de América Latina, por Estados Unidos y por la Unión Europea que puedan tener un impacto sobre la

libertad de expresión. La hipótesis que subyace a este trabajo es que tanto Estados Unidos como la Unión Europea han sido exportadores regulatorios de sus modelos de responsabilidad de intermediarios mediante los acuerdos comerciales que han celebrado con terceros países y que los países de América Latina, en particular, se comportan como importadores de alguno de estos dos modelos. El objetivo principal de este trabajo será analizar el modo en que los acuerdos comerciales de los últimos 26 años de América Latina, Estados Unidos y la Unión Europea regulan la responsabilidad de los intermediarios, en sus Capítulos de Comercio Electrónico y en sus Capítulos de Propiedad Intelectual, y las problemáticas asociadas con la importación de modelos extranjeros por parte de países de América Latina así como sus posibles impactos sobre el derecho a la libertad de expresión.

Los objetivos específicos de este trabajo serán:

1. Identificar y analizar qué modelos de responsabilidad de intermediarios se han incorporado hasta la fecha en los diversos capítulos de comercio electrónico y propiedad intelectual existentes en los acuerdos comerciales celebrados por Estados Unidos, por la Unión Europea y por países de América Latina. Esto se realizará a través de un mapeo de los acuerdos comerciales celebrados por éstos en los últimos 26 años en las páginas oficiales y sitios web de cada uno de los países o regiones. En el primer caso serán los acuerdos que Estados Unidos celebró con: Chile; Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y la República Dominicana; Colombia; Singapur; Marruecos; Corea del Sur; Australia; Omán; Bahrein; Perú; Panamá, el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (y su derivado el CPTPP); el acuerdo con México y Canadá (TMEC). En el segundo caso serán los acuerdos celebrados por la UE con: Colombia, Ecuador y Perú; México; Chile; Corea del Sur; Japón; Cariforum; Reino Unido; Singapur; Vietnam. Aquí también abordaré los acuerdos celebrados por el Reino Unido, luego de su salida de la Unión Europea, con: Australia, Japón, Nueva Zelanda, Islandia, Liechtenstein y Noruega. Dado que el Reino Unido fue parte de la Unión Europea hasta el *Brexit*, también mapearé los acuerdos celebrados por este país con Australia, Nueva Zelanda, Japón e Islandia, Liechtenstein y Noruega. Finalmente, en el tercer caso analizaré los acuerdos celebrados por países de América Latina que no incluyen ni a Estados Unidos ni a la UE como contrapartes, es decir: la Alianza del Pacífico, el Acuerdo de Asociación de Economía Digital entre Chile, Singapur y Nueva Zelanda, el Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica entre Brunei, Chile, Singapur y Nueva Zelanda, el acuerdo Chile - Australia, el acuerdo Perú - Japón y el acuerdo Argentina - Chile.
2. Analizar si estos modelos regulatorios incorporados en los acuerdos se corresponden con modelos específicos locales de regulación de la responsabilidad de intermediarios de

Estados Unidos y la Unión Europea que luego son exportados a otros países vía Tratados de Libre Comercio (TLC por sus siglas en castellano) y el margen de acción que dejan a los Estados para poder apartarse de lo acordado al adaptar el marco regulatorio a los contextos locales.

3. Identificar el marco regulatorio en los países de América Latina sobre responsabilidad de intermediarios. Primero analizaré los desarrollos normativos y de *soft law* a nivel interamericano sobre la temática para luego abordar las regulaciones existentes a nivel local en países específicos de la región. Para esto último, mapearé las regulaciones existentes y proyectos legislativos sobre la temática relevantes, así como desarrollos jurisprudenciales en la materia.
4. Identificar los mecanismos y motivos que puedan explicar la adopción por parte de los países de América Latina de los modelos norteamericanos y europeos en sus acuerdos comerciales.
5. Identificar las implicancias que la importación de estas regulaciones podrían tener para los países de América Latina, particularmente para la protección de la libertad de expresión en línea.

Estado de la cuestión

Es importante resaltar que la literatura en relación a los acuerdos de libre comercio que incluyen cláusulas sobre comercio electrónico, así como sobre las discusiones mantenidas en la OMC en relación a este tema es bastante incipiente.

A su vez, es importante resaltar que una parte de esta discusión se enmarca dentro de un debate más amplio aún, esto es: si es conveniente o no, liberalizar ciertos sectores de la economía (libre mercado vs proteccionismo). En consecuencia, la literatura sobre la liberalización del comercio electrónico puede dividirse en dos.

Por un lado, aquellos que consideran que ante la incertidumbre es mejor liberalizar los sectores vinculados al comercio electrónico y permitir que tengan lugar las innovaciones disruptivas que caracterizan a los avances tecnológicos, aún si es a desmedro de determinadas actividades económicas, porque en definitiva serán mayores los beneficios que los daños (libre comercio). En particular, un estudio de McKinsey afirma que en el lapso de una década los flujos de datos por el comercio electrónico han aumentado el PBI mundial en un 10% y que tan sólo en 2014 este valor fue de \$7.8 trillones de dólares (McKinsey, 2016:8). Tal como explican Krugman e Irwin (Krugman, P. y M. Obstfeld, 2006: 232, 281; Irwin D., 2002: 63), si bien es difícil determinar de

manera general qué política comercial es más deseable, en rasgos generales el libre comercio tenderá a ser la política más eficiente, antes que cualquier acto de intervención estatal con el objetivo de proteger a una determinada industria. En consecuencia, los beneficios globales del comercio electrónico exceden cualquier tipo de efecto disruptivo que pueda tener sobre las economías globales.

A este respecto, algunos autores afirman que “las reglas de protección de datos innecesariamente restrictivas pueden actuar como una barrera para los flujos de datos que son críticos para el comercio digital” (Cory, N. y Nigel, D., 2018, p. 24) puesto que aumentarían los costos comerciales de aquellas compañías que deseen hacer negocios transfronterizos, en particular para las Pequeñas y Medianas Empresas (PyMEs por sus siglas en castellano) puesto que no tienen la capacidad económica para solventar dichos costos. De hecho, tanto el libre flujo de datos como la no exigencia de su localización forzada permitirían una mayor participación en cadenas globales de valor en lo que Meltzer denomina “Supply Chain 4.0” (Meltzer, 2019: 247) en las que los flujos de información son integrados y omnidireccionales en vez de los tradicionales flujos lineales entre productores y consumidores.

Asimismo, esta línea de literatura sostiene que las medidas restrictivas en cuanto a localización de datos tienen como objetivo primordial proteger a la industria local. El ejemplo más utilizado por esta literatura es China, país que habría bloqueado el acceso a Google, Facebook y Netflix con el objetivo de beneficiar a “Baidu, Renren, Tencent, Alibaba y Sina Weibo” (Meltzer, 2019: 239). Sin embargo, tal como explica Liu, y como se analizará más adelante, existen razones adicionales por las que China adoptó dichas medidas (Liu, 2019, p. 10).

Por otro lado, otros creen que ante la incertidumbre es mejor mantener una actitud, cautelosa y proteccionista, sobre todo cuando se trata de defender a una industria naciente, de proteger los derechos humanos de quienes se verán afectados por esas disposiciones y de perseguir objetivos de política pública (Kelsey, 2017, p. 4; Kelsey, 2020, p18.). De hecho, algunos sostienen que una postura liberalizadora podría servir para aumentar aún más la brecha entre PD y PED puesto que aún persisten brechas digitales y asimetrías en la información (Adel.A.Alyoubi, 2011, p.482). En consecuencia, desaconsejan por completo a los PED negociar cláusulas en la materia.

Los argumentos a favor y en contra pueden recogerse de los distintos documentos presentados por los Estados Miembro de la OMC, en la literatura académica-científica así como en los *position papers* que unilateralmente publican los Estados en relación a las cláusulas negociadas en los TLC. A modo de ejemplo, Estados Unidos ha sostenido históricamente que la prohibición de divulgación del código fuente a gobiernos extranjeros para realizar operaciones comerciales en su territorio es

una de las cláusulas que mayor protección otorga a los derechos de propiedad intelectual de sus desarrolladores y proveedores de software. Sin embargo, esta postura (basada en un sesgo que no pareciera tener en cuenta que a futuro Estados Unidos podría perder su lugar preponderante en el mercado digital) omite las implicancias que puede llegar tener para la seguridad de un Estado perder la potestad de acceder al código fuente, tal como demostró el famoso caso Volkswagen¹. Lo mismo ocurre con la obligación de alojar los datos en servidores locales y el riesgo de transferencias forzadas de tecnología, y con los mecanismos establecidos para dar de baja contenido infractor en línea.

En este sentido, es importante resaltar que ante la constante rapidez de los cambios tecnológicos la literatura académica escrita sobre el tema parece no estar a la vanguardia sino más bien todo lo contrario, unos pasos detrás de los progresos tecnológicos. Más aún, en algunos casos una parte de la literatura disponible simplemente describe las provisiones incluidas en los acuerdos sin efectuar un análisis pormenorizado de éstas, como es el caso del artículo escrito por Gantz (Gantz, 2020).

Debido a esto, algunos sostienen (Kelsey, 2020, p.19) que es mejor para los Estados, en particular para aquellos en vías de desarrollo y víctimas de un *knowledge-divide*, mantener una actitud de cautela, conservadora y proteccionista frente a las propuestas realizadas tanto a nivel multilateral como bilateral en la materia. Esto así porque, a su criterio, debido a la incertidumbre que existe respecto a las verdaderas implicancias que algunas cláusulas pueden tener sobre la capacidad regulatoria y soberana de una Estado es mejor no avanzar hasta tanto el panorama sea más claro.

No obstante, otros sostienen que si bien es verdad que estas cláusulas pueden tener implicancias sobre la capacidad regulatoria de un Estado (Neasham, 2016) así como lo tienen la mayoría de las cláusulas incluidas en los acuerdos comerciales, esto no necesariamente debe ser entendido como algo completamente negativo sino que por el contrario existen muchos beneficios y efectos de derrame que se suceden de la inclusión de estas cláusulas (Meltzer, 2019, p. 239). A modo de ejemplo, Meltzer menciona que los requisitos de localización de datos localmente pueden facilitar el acceso a los datos por parte de los gobiernos pero que, al mismo tiempo, exponen a las PyMEs a costos más elevados y a los titulares de los datos a mayores situaciones de desprotección.

Finalmente, algunos autores (Ferracane, 2018) sostienen que de hecho las restricciones impuestas por las cláusulas se ven parcialmente morigeradas por las excepciones a su aplicación que las mismas contienen. A este respecto, utilizan como *proxies* los usos respecto a las excepciones sobre seguridad nacional del GATS analizadas en el marco de la jurisprudencia de la OMC para proponer

¹ United States Environmental Protection Agency, Notice of Violation to Volkswagen, 18 de septiembre, 2015.

posibles soluciones a los potenciales conflictos que podrían surgir sobre la materia en los acuerdos de libre comercio que incluyan estas cláusulas.

Sin embargo, más allá de los autores mencionados previamente, es importante resaltar que los trabajos académicos que analizan y desarrollan estos temas, a la fecha, son bastante escasos por lo que la presente tesis buscará arrojar luz sobre los aspectos aún no analizados en profundidad por la literatura y tomando como base los últimos acuerdos negociados. De los trabajos relevados a la fecha, el de Bruno y Gracia (María Victoria Bruno & María Belén Gracia, 2023), si bien con una óptica mayormente descriptiva y enfocada específicamente en los acuerdos de países de América Latina, es el que presenta el mayor grado desarrollo y análisis en la cuestión. En este sentido, a diferencia de dicho trabajo, aquí se incluirá el mapeo de los acuerdos celebrados por Estados Unidos y por la Unión Europea con países por fuera de América Latina y de otros documentos de *soft law* relevantes sobre la materia, así como una dimensión de análisis adicional que buscará explicar por qué los países de América Latina han incorporado o intentado incorporar el modelo norteamericano o el modelo europeo en materia de responsabilidad de intermediarios en sus legislaciones nacionales y los problemas que esto podría importar para los países de la región en materia de libertad de expresión, entre otros.

En el capítulo 1 explicaré detalladamente los dos modelos que surgieron primero y que son tradicionalmente más conocidos en materia de responsabilidad de intermediarios a nivel internacional (Emily Laidlaw, 2019, p. 3; Giancarlo Frosio, 2020, p. 24; Giovanni Sartor, 2017, p. 16)- el de Estados Unidos y el de la Unión Europea- señalando las características propias de cada uno. En el capítulo 2 realizaré un relevamiento del estado de la regulación de la responsabilidad de los intermediarios poniendo especial énfasis en la normativa nacional e internacional, jurisprudencia, y *soft law*. Luego, en el capítulo 3 analizaré los acuerdos comerciales celebrados por países de América Latina con quienes originaron los dos modelos mencionados anteriormente (Estados Unidos y la Unión Europea) que contemplan cláusulas sobre este tipo de responsabilidad así como los acuerdos celebrados por Estados Unidos y la Unión Europea con países por fuera de América Latina. Finalmente, en el capítulo 4 intentaré esbozar algunos mecanismos y razones que podrían explicar la adopción de este tipo de cláusulas en acuerdos comerciales por los países de América Latina así como las problemáticas asociadas a su inclusión.

Metodología

La presente investigación adoptará un enfoque descriptivo y cualitativo, con el objetivo de poder identificar primero cuáles de los dos modelos mencionados anteriormente en materia de regulación

de la responsabilidad de intermediarios a nivel mundial han sido incorporados en los acuerdos comerciales celebrados por países de América Latina, Estados Unidos y la Unión Europea, en un período que va desde el año 1996 (año en que se adopta la Communications Decency Act) hasta el año 2022. A estos efectos, mediante la investigación de fuentes primarias como proyectos de ley y leyes, jurisprudencia, acuerdos internacionales, y soft law, recolectaré datos para su posterior comparación y análisis, en particular en relación a cómo se ha regulado la responsabilidad de intermediarios de manera diferenciada según la jurisdicción, región y mecanismo. Una de las hipótesis que guía esta investigación es que los países de América Latina han importado, mediante la celebración de acuerdos comerciales, alguno de los dos modelos regulatorios imperantes sobre responsabilidad de intermediarios a nivel internacional (es decir el de Estados Unidos, por un lado, y el de la Unión Europea, por el otro). Asimismo, si bien esta investigación es de carácter exploratorio, en caso de confirmarse la hipótesis, mediante el uso de fuentes secundarias procuraré esbozar algunas razones que permitan explicar por qué los países de América Latina han incorporado este tipo de cláusulas en sus acuerdos comerciales así como los potenciales problemas que esto implica.

Responsabilidad de intermediarios y libertad de expresión

Antes de continuar es necesario abordar una cuestión metodológica en torno a la definición de lo que entenderé en este trabajo por responsabilidad de intermediarios, así como explicitar cuál es su vínculo con el derecho a la libertad de expresión. Entenderé por responsabilidad de los intermediarios “las disposiciones que formalizan las expectativas de los gobiernos sobre cómo un intermediario debe manejar el contenido o las comunicaciones de “terceros” (...) [así como las] disposiciones legales que definen las circunstancias bajo las cuales los intermediarios pueden quedar exentos de responsabilidad al establecer criterios que deben seguir para evitar sanciones civiles o incluso a veces penales por las acciones de los usuarios”(UNESCO, 2014, p. 39). En este sentido, quedarán por fuera del alcance de este trabajo las prácticas de co-regulación y autorregulación(UNESCO, 2014, p. 54) en torno al contenido o las comunicaciones de terceros en línea.

El derecho a la libertad de expresión se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales. Aquí mencionaré dos en particular, uno por su relevancia internacional y otro por su relevancia regional. El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP en adelante) establece que:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”

El artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece que:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente por escrito o en forma impresa o artística o cualquier otro procedimiento de su elección. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores...”

A su vez, el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos expresa que:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.”

Ahora bien, como explica el entonces Relator Especial sobre la Promoción y Protección del derecho a la Libertad de Opinión y Expresión, Frank La Rue, dado que el artículo 19 del PIDCP hace mención explícita a que toda persona pueda expresarse por cualquier procedimiento, esto indica que la disposición se redactó con espíritu previsor para “dar cabida a futuros adelantos técnicos gracias a los cuales las personas pudieran ejercer su derecho a la libertad de expresión”, lo que incluye a Internet y a los intermediarios (Frank La Rue, 2011, p. 6). Es decir, que el derecho a la libertad de expresión comprende tanto a las expresiones realizadas fuera de línea como en línea. Además, en ese mismo informe, explica que el derecho a la libertad de expresión es un derecho en sí mismo y que también habilita al ejercicio de otros derechos por lo que cualquier restricción sobre éste deberá cumplir con ciertos requisitos establecidos en el Derecho Internacional de los Derechos

Humanos, a saber: “prevista por ley de manera clara y accesible para todos (principios de previsibilidad y transparencia); b) debe obedecer a uno de los fines establecidos en el párrafo 3 del artículo 19 del Pacto, que son: i) asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o ii) proteger la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas (principio de legitimidad); y c) debe revelarse necesaria y ser el medio menos restrictivo requerido para lograr el objetivo previsto (principios de necesidad y proporcionalidad)”(Frank La Rue, 2011, p. 8). Entonces, para que una restricción a este derecho sea válida debe poder cumplir con este “test tripartito” (más adelante, en el capítulo 2 volveremos a abordar este tema al analizar la CADH y veremos la aplicación del test tripartito en el marco de este instrumento jurídico).

He mencionado las condiciones que deben cumplir las restricciones al derecho a libertad de expresión porque en el caso de las expresiones en línea, no suelen ser los gobiernos quienes directamente las llevan a cabo, sino que suelen ser los intermediarios, es decir sociedades privadas que proveen un servicio de acuerdo a sus términos y condiciones para facilitar la comunicación en línea y que transmiten el contenido generado por terceros (Frank La Rue, 2011, p. 11). Los modelos de responsabilidad de intermediarios (como veremos en el capítulo siguiente) son establecidos por los gobiernos para determinar cuándo los intermediarios son responsables por el contenido generado por terceros. Si los intermediarios gozan con una amplia inmunidad con respecto a dicho contenido, es probable que limiten en menor medida la circulación de expresiones en línea, mientras que si se encuentran sujetos a un régimen que les demanda una mayor intervención y responsabilidad, es probable que adopten mayores restricciones que limiten la circulación de determinados contenidos y expresiones en línea (afectando la libertad de expresión en línea mediante la censura privada) con el objetivo de eludir cualquier tipo de responsabilidad ante una eventual ilegalidad (Frank La Rue, 2011, p. 12). Se ve entonces aquí la estrecha vinculación que tienen las normas sobre responsabilidad de intermediarios con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Capítulo 1. Los modelos imperantes de regulación de intermediarios

“The invisible man doesn't fear the State. He knows his nature puts him beyond its reach”

Lawrence Lessig, Code, 2006

Introducción

Desde sus comienzos, Internet ha funcionado de manera descentralizada bajo la premisa de que mientras menos regulada esté mayor innovación y proliferación de ideas habrá en la red. Como explica Lessig, la arquitectura original de Internet hizo que su regulación fuera especialmente difícil (Lawrence Lessig, 2006, p.32). De hecho, otro autor, Zittrain, dice:

“Las redes propietarias se extinguieron, a pesar de haber acumulado millones de suscriptores. Fueron aplastados por una red construida por investigadores gubernamentales e informáticos que no tenían un director ejecutivo, ningún plan de negocios, ni suscriptores de pago, ni inversión en contenido, ni interés financiero en acumular suscriptores. Los creadores de Internet no diseñaron su red con visiones de dominio general. En cambio, lo inesperado de su éxito fue un ingrediente fundamental. Internet fue capaz de desarrollarse silenciosa y orgánicamente durante años antes de volverse ampliamente conocida, permaneciendo fuera del alcance de aquellos que habrían insistido en estructuras más cautelosas si solo hubieran sospechado cuán omnipresente se volvería”(Jonathan Zittrain, 2008, p.7)²

² La traducción es propia: “The proprietary networks went extinct, despite having accumulated millions of subscribers. They were crushed by a network built by government researchers and computer scientists who had no CEO, no master business plan, no paying subscribers, no investment in content, and no financial interest in accumulating subscribers. The framers of the Internet did not design their network with visions of mainstream dominance. Instead, the very unexpectedness of its success was a critical ingredient. The Internet was able to develop quietly and organically for years before it became widely known, remaining outside the notice of those who would have insisted on more cautious structures had they only suspected how ubiquitous it would become”.

Sin embargo, han surgido durante los siglos XX y XXI distintas regulaciones tanto a nivel local como a nivel internacional contrarias a esta visión original de Internet. Si bien no nos interesa aquí clasificar estas regulaciones bajo un mismo paraguas, sí nos interesa identificar aquellas regulaciones que, en particular a través de acuerdos comerciales, tienen un impacto en el funcionamiento de Internet y en la protección de la libertad de expresión en línea al regular la responsabilidad de los intermediarios.

No obstante, antes de adentrarnos en la regulación internacional, primero tenemos que remitirnos a dos modelos que históricamente han contribuido a dar lugar a la arquitectura de la regulación de internet que actualmente conocemos, esto es: el modelo norteamericano y el modelo europeo (Giancarlo Frosio, 2020, p. 24; Giovanni Sartor, 2017, p. 16).

El modelo norteamericano de regulación de intermediarios

Actualmente en Estados Unidos la regulación de la responsabilidad de intermediarios está conformada por un entramado de regulaciones nacionales y estatales (bastante recientes, como la de Florida o California), así como por decisiones judiciales. De todos modos, a los efectos de esta investigación me concentraré en las regulaciones nacionales por tener éstas un mayor alcance.

La sección 230 de la Communications Decency Act de 1996.

Antes de adentrarnos en la sección 230, es importante mencionar que la libertad de expresión está garantizada por la Primera Enmienda de 1791 de la Constitución norteamericana, la cual reza:

“El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios”.

Es interesante destacar que la protección de la libertad de expresión garantizada por esta enmienda alcanza no sólo a los particulares sino también a las empresas, lo que tiene como corolario que muchas veces estas últimas aleguen este derecho para ejercer la moderación de contenidos en línea (Agustina Del Campo et. al, 2021, p. 17).

Esta regulación tuvo como antecedentes dos casos judiciales emblemáticos en Estados Unidos vinculados con la responsabilidad de los intermediarios que mencionaremos brevemente. Como explica Eric Goldman, la creación de la Sección 230 vino a responder a una demanda insatisfecha respecto de la responsabilidad de los intermediarios por el contenido generado por terceros de carácter difamatorio (Eric Goldman, 2019, p.36). En el caso *Cubby, Inc. v. CompuServe* de 1991 la Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Nueva York determinó que los proveedores de servicios de internet estaban sujetos a la normativa tradicional sobre difamación por el contenido que hospedasen. El caso sentó un precedente para la responsabilidad de los intermediarios al aplicar la ley de difamación a Internet, siendo que originalmente estaba destinada a copias impresas de obras escritas. La Corte sostuvo que aunque CompuServe albergaba contenido difamatorio en sus foros, CompuServe era simplemente un distribuidor, en lugar de un editor del contenido. Como distribuidor, CompuServe solo podría ser considerado responsable por difamación si sabía, o tenía motivos para saber, la naturaleza difamatoria del contenido. Como CompuServe no había realizado esfuerzos por revisar el gran volumen de contenido de sus foros, no se la podía responsabilizar por el contenido difamatorio.

Posteriormente, en el caso *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Service Co.* también se aplicaron las leyes sobre difamación a los intermediarios pero, a diferencia de CompuServe, el tribunal declaró que Prodigy sí era responsable por el contenido generado por sus usuarios puesto que había ejercido control editorial sobre éste. Para el tribunal el control editorial que disminuía su responsabilidad quedaba evidenciado porque la empresa había desarrollado y publicado pautas de contenido para los usuarios, hacía cumplir dichas pautas a través de los "Líderes de la Junta" y utilizaba un software de detección diseñado para eliminar lenguaje ofensivo. Entonces, al ejercer control editorial podía ser encontrada responsable por el contenido generado por terceros. Ambos casos no fueron bien recibidos, lo que llevó al establecimiento de la ya mencionada Sección 230 (Eric Goldman, 2019, p.38) que fue aplicada en otro emblemático caso: *Zeran v. AOL* en el que finalmente se afirmaron las inmunidades otorgadas a los intermediarios por ley.

La sección 230 de la Communications Decency Act protege a los proveedores de servicios en línea de la responsabilidad legal por el contenido generado por terceros (los/as usuarios/as). Esto significa que, en general, los proveedores de servicios en línea no pueden ser demandados por el contenido publicado y compartido por los/as usuarios/as en sus plataformas, como comentarios en blogs, publicaciones en redes sociales, videos en YouTube, etc, incluso si editan o eliminan algún contenido generado por usuarios/as (Jeff Kosseff, 2019, p.2). Es decir, esta inmunidad se aplica tanto al contenido que dan de baja como a aquel que mantienen en línea (Chander, Anupam, 2022, p.2). Según Eric Goldman, la sección 230 es la regulación que ha permitido que las plataformas

prosperasen tanto como lo han hecho a la fecha (Eric Goldman, 2019). De hecho, Jeff Koseff llega al punto de titular a su libro “Las 26 palabras que crearon el Internet” refiriéndose a esta legislación y el enorme impacto que ha tenido en el desarrollo de Internet tal como la conocemos hoy en día a nivel global (Jeff Koseff, 2019, p.2)³. Es cuando menos interesante que una norma local haya tenido un rol clave en la conformación de la arquitectura de internet tal como la conocemos hoy.

El hecho de que varios autores concuerden en el impacto global de esta regulación no es inocuo puesto que, en palabras de Chander, ha servido como un:

“escudo contra demandas que protege a los proveedores de servicios de Internet y a los usuarios de ser encontrados responsables civilmente en los tribunales de EE. UU., ya sea que las acciones involucren leyes extranjeras, demandantes extranjeros, demandados extranjeros, eventos extranjeros o juicios extranjeros (...). De esta manera, fomenta una amplia discusión de eventos globales.”⁴

Según Chander, la protección otorgada por la Sección 230 tiene un doble corolario, por un lado protege la libertad de expresión a nivel global garantizando la moderación de contenidos por parte de las plataformas (Chander, Anupam, 2022, p.3). Esta garantía le otorgó a las plataformas la posibilidad de “...crecer sin que existiera la expectativa de tener que vigilar de cerca a sus usuarios (...) así como la obligación de controlar cómo se utilizan sus productos” (Michael Karanicolas, 2020, p.178). Por supuesto, esto no evitó que los intermediarios se enfrentasen luego con inconvenientes tanto a nivel práctico como regulatorio toda vez que sus equipos no contaban con la experiencia necesaria en regulación sobre libertad de expresión a nivel internacional así como tampoco en los contextos de derechos humanos de los países en los que los intermediarios proveían sus servicios (Michael Karanicolas, 2020, p. 183). Esta normativa ha sido una herramienta importante para la libertad de expresión en línea, ya que permite que los proveedores de servicios en línea alojen contenido generado por los usuarios sin tener que revisarlo previamente. Esto ha dado lugar a la creación de una gran cantidad de plataformas de redes sociales y otros servicios en línea que permiten a los usuarios compartir sus opiniones y puntos de vista en línea sin temor a la censura.

³ J. Koseff, *The Twenty-Six Words that Created the Internet*, Cornell University Press, 2019, p. 2

⁴ La traducción es propia: *A shield against lawsuits, it protects internet service providers and users from being held civilly liable in U.S. courts, whether the actions involve foreign law, foreign plaintiffs, foreign defendants, foreign events, or foreign judgments—as this essay will show. In this way, it encourages wide discussion of global events* (Chander, Anupam, 2022, p.395)

Sin embargo, la Sección 230 ha sido objeto de críticas por parte de algunos políticos y grupos de la sociedad. En particular, algunos argumentan que la Sección 230 ha permitido la propagación de información errónea, discursos de odio y otros tipos de contenido dañino en línea. Otros argumentan que los proveedores de servicios en línea deberían ser responsables de moderar el contenido publicado en sus plataformas (analizaré estas críticas en el Capítulo 4).

A pesar de las críticas, muchos defensores de la libertad de expresión en línea argumentan que la Sección 230 es fundamental para garantizarla, puesto que si los proveedores de servicios en línea fueran responsables de moderar todo el contenido publicado en sus plataformas, esto podría llevar a la censura y limitar la libertad de expresión en línea. Asimismo expresan que la Sección 230 le otorga a los proveedores de servicios en línea incentivos para moderar el contenido publicado en sus plataformas, mediante sus términos y condiciones de servicio y normas comunitarias, para proteger su reputación y mantener a sus usuarios seguros. Para esta línea de pensamiento, la Sección 230 habría sido una ley fundamental para la libertad de expresión en línea y habría servido como propulsora para la creación de una gran cantidad de plataformas de redes sociales y otros servicios en línea, al otorgar exenciones a la responsabilidad por la moderación de contenidos en línea así como por el contenido compartido por terceros (Chander, Anupam, 2022).

La Digital Millennium Copyright Act

La Ley de Derechos de Autor de la Era Digital (DMCA, por sus siglas en inglés) fue una de las primeras regulaciones en abordar la infracción en línea de los derechos de propiedad intelectual. Ésta nació en la década de 1990 como respuesta a la creciente preocupación de los titulares de derechos de propiedad intelectual por posibles infracciones a sus derechos. De hecho, en un lapso de dos décadas (70s-90s), los titulares de derechos y sus asociaciones comerciales convencieron al gobierno de los Estados Unidos de que era necesario priorizar la protección de la propiedad intelectual tanto a nivel nacional como en sus acuerdos comerciales internacionales. La DMCA fue puesta en marcha también como parte de la implementación de dos acuerdos internacionales firmados bajo el auspicio de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI por sus siglas en castellano) en 1996: el Tratado sobre Derecho de Autor y el Tratado sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, que tenían como objetivo poder brindar un marco para abordar los problemas novedosos que traía la era de la información (Juan Carlos Lara Gálvez & Alan M. Sears, 2020, p.210).

Al igual que la Sección 230, esta regulación está vinculada a la responsabilidad de los intermediarios puesto que no sólo les otorgó inmunidades específicas sino que estableció un mecanismo específico para las infracciones: el famoso *notice and take down*. Estas inmunidades son agrupadas por la ley en torno a cuatro categorías:

- a) Comunicaciones transitorias: los intermediarios no serán responsables cuando la transmisión del material sea iniciada por o bajo la dirección de una persona que no sea el proveedor del servicio; cuando la transmisión, enrutamiento, provisión de conexiones o almacenamiento se realice a través de un proceso técnico automático sin selección del material por parte del proveedor del servicio; cuando el proveedor de servicios no seleccione a los destinatarios del material excepto como una respuesta automática a la solicitud de otra persona; cuando ninguna copia del material realizado por el proveedor de servicios en el curso de dicho almacenamiento intermedio o transitorio se mantenga en el sistema o en la red de una manera normalmente accesible para cualquiera que no sean los destinatarios previstos, y dicha copia no se mantenga en el sistema o red de una manera normalmente accesible para dichos destinatarios anticipados durante un período más largo que el razonablemente necesario para la transmisión, enrutamiento o provisión de conexiones; y cuando el material se transmita a través del sistema o red sin modificación de su contenido. Los actos aquí comprendidos son los de transmisión, conexión de información, routers y las copias intermedias y transitorias que se realizan de forma automática en una red.
- b) Almacenamiento en el caché del sistema: los intermediarios no serán responsables por mantener copias, por un tiempo limitado, de material que haya sido puesto a disposición en línea por una persona que no sea el proveedor, y luego transmitido a un usuario a su petición sin modificaciones
- c) Información almacenada en sistemas o redes a pedido de los usuarios: los intermediarios no serán responsables del almacenamiento bajo la dirección de un usuario de material que resida en un sistema o red controlado u operado por o para el proveedor de servicios, si el proveedor no tiene conocimiento real de que el material o una actividad que usa el material en el sistema o red están en infracción; si no recibe un beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora y si tras la notificación de la supuesta infracción responde de manera expedita para eliminar o deshabilitar el acceso al material que se alega que está infringiendo o que es objeto de la actividad infractora (lo que se ha dado en llamar *notice and take down*, más adelante explicaré esto).
- d) Herramientas de localización de información: los intermediarios no serán responsables por la infracción de derechos de autor al remitir o vincular usuarios a una ubicación en línea

que contenga material infractor o actividad infractora, mediante el uso de herramientas de ubicación de información, incluido un directorio, índice, referencia, puntero o enlace de hipertexto, si 1) el intermediario no tiene conocimiento real de que el material o la actividad son infractoras o si, al obtener dicho conocimiento, actúa de manera expedita para eliminar o deshabilitar el acceso a dicho material o si 2) el intermediario no recibe un beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, en caso de que el proveedor de servicios tenga el derecho y la capacidad de controlar dicha actividad; y si tras la notificación de la supuesta infracción responde de manera expedita para eliminar o deshabilitar el acceso al material.

En primer lugar, como explica Tusikov, a nivel local en Estados Unidos la DMCA logró un equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos y los intermediarios, al otorgarle a intermediarios específicos una inmunidad condicional de responsabilidad por la infracción si, entre otros criterios, eliminaban el contenido supuestamente infractor. (Michael Karanicolas, 2020, p. 181).

Tal como explican Juan Carlos Lara y Alan Sears al referirse al mecanismo de *notice and take-down*:

“El sistema de la DMCA es, en efecto, el conjunto de reglas bajo las cuales las plataformas que difunden contenido generado por usuarios, como YouTube o Facebook, han funcionado durante mucho tiempo en los Estados Unidos, con eliminaciones de contenido basadas en avisos privados de infracción que ocurren cada segundo, sin una revisión de los méritos que fundamentan la acusación de infracción.”⁵ (Juan Carlos Lara Gálvez & Alan M. Sears, 2020, p.211)

En el apartado sobre “Elementos de la notificación” se especifica qué debe contener una notificación (ser por escrito y firmada, identificación del material protegido, identificación del material infractor, entre otros) y se aclara que ésta puede ser realizada por el titular del derecho como por una persona autorizada por éste (artículo 3 b) i).

⁵ La traducción es propia: “The DMCA system is, in effect, the set of rules under which platforms that disseminate UGC, such as YouTube or Facebook, have functioned for a long time in the United States, with content removals based on private notices of infringement happening every second, without a review of the merits of the allegation of infringement”.

Hasta aquí hemos desarrollado las dos normas específicas que regulan la responsabilidad de los intermediarios en Estados Unidos y que han servido como modelo a nivel internacional (ya sea para acercarse como para alejarse de él). Sin embargo, al poco tiempo de su vigencia se hizo evidente que la observancia (*enforcement* en inglés) de estas normas era dificultosa, sobre todo luego de la expansión del comercio electrónico a partir de los años 2000 (recordemos que, en relación al comercio electrónico, desde el año 1998 la Organización del Mundial del Comercio mantiene una moratoria que impide la imposición de impuestos aduaneros a las transmisiones electrónicas). En consecuencia, como explica Tusikova, algunos titulares de derechos de propiedad intelectual comenzaron a presionar para que los intermediarios asumieran una mayor responsabilidad frente a las infracciones que ocurren en los servicios que proveen. Algunos de estos pedidos se materializaron, por ejemplo, en la Stop Online Piracy Act (SOPA)(Natasha Marie Tusikov, 2014, p.68) o en algunas de las nuevas regulaciones propuestas en Texas (House Bill 20 o “HB20”) y California (The California Age Appropriate Design Code Act).

Finalizamos esta sección mencionando dos casos relevantes y emblemáticos que fueron objeto de estudio por la Corte Suprema de Estados Unidos: *Twitter Inc. v. Taamneh et. al* y *González v. Google*. En el primero, la Corte Suprema dijo que Twitter no podía ser encontrada responsable bajo la ley de antiterrorismo, y ver comprometida la inmunidad otorgada bajo la Sección 230, al haber permitido que se difundiera discurso terrorista en su plataforma. En el segundo caso, la familia de una de las víctimas de los ataques terroristas de ISIS en París en 2015 demandó a YouTube, propiedad de Google. La demandante argumentó que la plataforma debía ser considerada responsable por contribuir a radicalizar a los miembros de ISIS mediante su sistema recomendación de videos según el interés de sus usuarios, lo que, según la demandante, haría que la empresa forme parte de la creación del contenido. Lamentablemente, en este segundo caso la Corte Suprema decidió no considerar el tema traído a su consideración en lo que respecta a la aplicación de las inmunidades de la Sección 230.

El modelo europeo de regulación de intermediarios

Desarrollar la regulación europea de los intermediarios de Internet nos permitirá comprender la influencia que ésta ha tenido y tiene en la actualidad tanto como modelo a seguir o evitar por otros países como en el comportamiento de los intermediarios en torno a cómo llevan adelante sus actividades y provisión de servicios. Una de las formas que adopta esta influencia ha sido descrita por algunos como el “Efecto Bruselas” y se refiere al comportamiento generalizado de algunas

empresas que ajustan su actividad a las normas de la UE incluso estando fuera de dicha región debido a las economías de producción en masa (Chander, Anupam, 2022).

Existen varias regulaciones y proyectos de regulación que abordan la responsabilidad de los intermediarios, entre estos podemos mencionar: la Directiva de Comercio Electrónico, la Ley de Servicios Digitales (DSA por sus siglas en inglés), la Ley de Mercados Digitales, el Reglamento General de Protección de Datos, el proyecto de Ley Europea de Libertad de Medios de Comunicación y el proyecto de ley sobre la transparencia y la segmentación de la publicidad política. En este apartado nos ocuparemos de los dos principales, la Directiva de Comercio Electrónico y la DSA.

La Directiva de Comercio Electrónico 2000/31/CE

En la década del 2000 el Parlamento Europeo sancionó la Directiva de Comercio Electrónico 2000/31/CE con el objetivo de armonizar las condiciones bajo las que los intermediarios podían ser encontrados responsables por el contenido de terceros en el territorio de la UE (Natasha Marie Tusikov, 2014, p.84).

Al igual que la sección 230 y la DMCA, la Directiva de Comercio Electrónico de la UE otorga exenciones a la responsabilidad de los intermediarios (mencionados como *proveedores de servicios de la sociedad de la información* en la norma) pero, a diferencia de la Sección 230, lo hace sólo cuando la actividad del intermediario “es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva”, es decir, “mera transmisión”, “almacenamiento en caché” o “alojamiento” (Michael Karanicolas, 2020, p. 181). Asimismo aquellos servicios en línea que desempeñen un papel más activo en la organización del contenido, como un sitio de redes sociales tradicionales, no calificarían para este tipo de exención (Ashley Johnson & Daniel Castro, 2021) (*Google France SARL y Google Inc. C/ Louis Vuitton Malletier SA (asunto C-236/08), Google France SARL c/ Viaticum SA, Luteciel SARL (asunto C-237/08), y Google France SARL c/ Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger SARL (asunto C-238/08), 2010*).

Aquí es importante destacar que la exención no es absoluta para los tres tipos de servicios. En ese sentido, cuando se trate los *servicios de mera transmisión*, ésta operará cuando el intermediario no haya originado él mismo la transmisión, no seleccione al destinatario de la transmisión y no seleccione ni modifique los datos transmitidos (artículo 12). En los casos de *almacenamiento en*

cache, la exención tendrá lugar bajo la condición de que el prestador de servicios no modifique la información, cumpla con las condiciones de acceso a la información y con las normas relativas a la actualización de la información y no interfiera en la utilización lícita de tecnología, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información. Además deberá actuar con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso a ella sea imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella (artículo 13). Finalmente, en los casos de *alojamiento de datos*, los intermediarios no serán responsables cuando no tengan conocimiento de que la actividad es ilícita y de que, en cuanto tengan conocimiento de su ilicitud, actúen con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible. Tampoco serán responsables cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios (artículo 14).

En los tres servicios mencionados existe, además, la posibilidad de que un tribunal o autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de cada Estado miembro de la UE, exija al intermediario poner fin a una infracción o impedirarla. Además permite que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos o se impida el acceso a ellos.

Es importante destacar que la Directiva también establece una prohibición a todos los Estados miembros de la UE: éstos no podrán imponer a los intermediarios una *obligación general de supervisión* de los datos que transmitan o almacenen. No obstante, también habilita la posibilidad de que los Estados obliguen a los intermediarios a comunicar con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de su servicio o a comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento (artículo 15).

Como puede colegirse, la Directiva emplea un mecanismo similar al del DMCA, esto es, de *notice and take down*. Sin embargo, como explica Tusikova, mientras que la DMCA se enfoca únicamente en la infracción de los derechos de autor, la Directiva adopta un enfoque más amplio puesto que incluye la infracción de derechos de autor y marcas registradas, así como la difamación (Natasha Marie Tusikov, 2014, p. 84). Finalmente, si bien la Directiva estableció un marco normativo para la responsabilidad de los intermediarios, algunos países de la UE optaron por regular localmente el contenido ilegal (puesto que la propia Directiva lo permite, como puede colegirse de su considerando 40). Por ejemplo, en el año 2017 en Alemania se sancionó la *NetzDG* (Ley de

Vigilancia de la Red) que obliga a los intermediarios a eliminar contenido contrario a la legislación local en plazos extremadamente breves (algunos de tan sólo 24 horas), bajo la penalidad de sanciones pecuniarias. También podemos mencionar el caso de Francia, que en el año 2020 sancionó la *Ley Avia* que obliga a las compañías a remover en menos de 24 horas contenido manifiestamente ilegal y contenido que incite al odio y a la violencia, y en menos de 1 hora, propaganda terrorista (Agustina Del Campo et. al, 2021, p.29).

La DSA

Como explicamos en el apartado anterior, la Directiva tuvo como propósito homogeneizar reglas que permitieran facilitar la prestación transfronteriza en Europa de servicios en línea y determinar las limitaciones a la responsabilidad de los proveedores de servicio e intermediarios en Internet, entre otros. No obstante, veinte años después, el transcurso del tiempo y el continuo crecimiento del comercio electrónico y la economía digital tanto a nivel local como internacional, así como la proliferación de leyes locales, como la *NetzDG* y la *Ley Avia*, y la demanda de ciertos sectores empresariales, gubernamentales y de la sociedad civil, motivaron una nueva propuesta legislativa regional: la *Ley de Servicios Digitales* de la UE (Ley de Servicios Digitales, s. f.). Esta nueva regulación tiene como objetivo brindar una mejor protección a los usuarios y a los derechos fundamentales en línea, así como establecer un sólido marco de transparencia y rendición de cuentas para los intermediarios y proporcionar un marco único y uniforme en toda la UE (European Commission, 2023).

El proyecto legislativo fue presentado en diciembre de 2020 y aprobado por el Parlamento Europeo en octubre de 2022. Cabe resaltar que la entrada en vigor de sus disposiciones es gradual y que la norma en cuestión es extensa por lo que sólo abordaremos aquí aquellas cuestiones vinculadas directamente con el objeto de este trabajo.

La ley contiene algunas regulaciones transversales que aplican a todo tipo de intermediarios y también incluye disposiciones específicas que aplican a servicios de intermediación, servicios de alojamiento de datos, plataformas en línea que permitan a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes, y plataformas en línea de gran tamaño y grandes motores de búsqueda (que agrupa a los de hospedaje, caché y mera transmisión). La diferencia entre plataformas y motores de búsqueda de gran tamaño y otras de menor tamaño se relaciona por un criterio cuantitativo, es decir, según la cantidad de usuarios mensuales y activos. De este modo, aquellas que cuenten con más de 45 millones de usuarios activos mensuales en la UE serán consideradas de

gran tamaño mientras que aquellas que cuenten con menos serán consideradas micro, pequeñas y medianas empresas. Esta distinción en razón del tamaño es especialmente importante porque las obligaciones para aquellas de mayor envergadura serán más gravosas (puesto que son acumulativas) así como los plazos con los que cuentan los intermediarios para cumplir con ellas.

Las exenciones para los intermediarios cuando se trate de mera transmisión, memoria caché y alojamiento de datos es bastante similar a la de Directiva de Comercio Electrónico. Para los casos de *mera transmisión*(artículo 4) el prestador intermediario no podrá ser considerado responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz o más segura la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de éstos, a condición de que el prestador de servicios: no modifique la información; cumpla las condiciones de acceso a la información; cumpla las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de una manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector; no interfiera en la utilización lícita de tecnología, ampliamente reconocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, y actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o bloquear el acceso a ella, en cuanto tenga conocimiento efectivo de que la información contenida en la fuente inicial de la transmisión ha sido retirada de la red, de que se ha bloqueado el acceso a dicha información o de que una autoridad judicial o administrativa ha ordenado retirarla o bloquear el acceso a ella. Dicho articulado no afecta la posibilidad de que una autoridad judicial o administrativa, de conformidad con el ordenamiento jurídico de un Estado miembro, exija al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida.

En los casos de *memoria caché* (artículo 5), el intermediario no será responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz o más segura la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de éstos, a condición de que el prestador de servicios: no modifique la información; cumpla las condiciones de acceso a la información; cumpla las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de una manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector; no interfiera en la utilización lícita de tecnología, ampliamente reconocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, y actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o bloquee el acceso a ella, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información contenida en la fuente inicial de la transmisión ha sido retirada de la red, de que se ha bloqueado el acceso a dicha información o de que una autoridad judicial o administrativa ha ordenado retirarla o bloquear el acceso a ella. Al igual que en el artículo anterior, las autoridades judiciales o administrativas de un Estado, de

conformidad con su ordenamiento jurídico, también podrán exigir al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida.

Finalmente en los casos de *alojamiento de datos* (artículo 6), el intermediario no será responsable de la información almacenada a petición del destinatario, a condición de que el prestador de servicios: no tenga conocimiento efectivo de una actividad ilícita o de un contenido ilícito y, en lo que se refiere a solicitudes de indemnización por daños y perjuicios, no sea consciente de hechos o circunstancias que pongan de manifiesto la actividad ilícita o el contenido ilícito, o de que, en cuanto tenga conocimiento o sea consciente de ello, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar el contenido ilícito o bloquear el acceso a este.

Como en el caso de la Directiva, la DSA incorpora la *inexistencia de una obligación general de monitoreo* o búsqueda activa de hechos (artículo 8). A su vez, establece obligaciones en torno a la órdenes de actuación contra contenidos ilícitos (artículo 9) y a las órdenes de entrega de información (artículo 10). La DSA define contenido ilícito de la siguiente manera:

“«contenido ilícito»: toda información que, por sí sola o en relación con una actividad, incluida la venta de productos o la prestación de servicios, incumpla el Derecho de la Unión o el Derecho de cualquier Estado miembro que cumpla el Derecho de la Unión, sea cual sea el objeto o carácter concreto de ese Derecho (Ley de Servicios Digitales, s. f.)”

La DSA incorpora obligaciones generales aplicables a todo tipo de intermediarios con respecto a: debida diligencia y transparencia, puntos de contacto con las autoridades de los Estados miembros, con la Comisión y con la Junta, puntos de contacto para los destinatarios de los servicios, designación de representantes legales, condiciones generales y obligaciones de transparencia informativa de los prestadores de servicios intermediarios. Asimismo, los prestadores de servicios de alojamiento de datos deberán establecer mecanismos que permitan que cualquier persona física o entidad les notifique la presencia en su servicio de elementos de información concretos que esa persona física o entidad considere contenidos ilícitos. Además, deberán proporcionar una declaración de motivos clara y específica a cualquier destinatario del servicio afectado por cualquiera de las restricciones impuestas por el hecho de que la información proporcionada por el destinatario del servicio sea un contenido ilegal o incompatible con

sus condiciones generales. Finalmente, también deberán notificar de inmediato a las autoridades policiales o judiciales del Estado miembro o Estados miembros afectados cuando sospechen la comisión de un delito.

Además, en relación a los prestadores de servicios de alojamiento de datos, incluidas las plataformas en línea, establece en su artículo 16 la obligación de establecer mecanismos de *notificación y retiro* que permitan que cualquier persona les notifique la presencia en su servicio de contenidos ilícitos. Dichas notificaciones proporcionarán un *conocimiento efectivo*, a los efectos del artículo 6, cuando permitan a un prestador diligente de servicios de alojamiento de datos determinar, sin un examen jurídico detallado, que la información o la actividad pertinentes son ilícitas. Recordemos aquí que en el considerando 22 se expresa que el intermediario puede obtener un conocimiento efectivo o consciencia del carácter ilícito de los contenidos, entre otras vías, “a través de investigaciones realizadas por iniciativa propia o de notificaciones recibidas de personas físicas o entidades de conformidad con el presente Reglamento en la medida en que dichas notificaciones sean suficientemente precisas y estén adecuadamente fundamentadas para que un operador económico diligente, de manera razonable, pueda detectar y evaluar el contenido presuntamente ilícito y, en su caso, actuar contra él” (Ley de Servicios Digitales, s. f.).

A su vez, la DSA establece disposiciones que aplican a las *plataformas en línea*, con excepción de las micro y pequeñas empresas, como por ejemplo: establecer un sistema interno de gestión de reclamaciones; resolución extrajudicial de litigios, alertadores fiables, medidas y protección contra usos indebidos, obligaciones de transparencia informativa de los prestadores de plataformas en línea, diseño y organización de interfaces en línea, publicidad en las plataformas en línea, transparencia del sistema de recomendación y protección de los menores en línea.

En relación a los prestadores de *plataformas en línea que permitan a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes* la DSA establece obligaciones sobre trazabilidad de los comerciantes, cumplimiento desde el diseño y derecho a la información.

Finalmente, *las plataformas en línea de muy gran tamaño y los motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño* deberán realizar evaluaciones de riesgos, reducción de riesgos, mecanismos de respuestas a las crisis, auditoría independiente, sistemas de

recomendación, transparencia adicional sobre la publicidad en línea, acceso a datos y escrutinio, obligaciones de transparencia informativa y tasa de supervisión.

Como explica Joan Barata, el modelo adoptado por la DSA si bien mantiene el principio de exención de responsabilidad condicionada para evitar la vulneración del derecho a la libertad de expresión de los usuarios a través de facultades regulatorias privadas delegadas también las obliga a, como mencionamos anteriormente, ser transparentes, exponer los motivos cuando eliminen o bloqueen contenido, así como establecer sistemas de tramitación de reclamaciones e implementar la resolución extrajudicial de litigios. La responsabilidad de los intermediarios se verá articulada a través de mecanismos de supervisión regulatoria como también posibles sanciones administrativas (Joan Barata, 2023).

En suma, como se ha presentado en este capítulo, los dos modelos regulatorios sobre la responsabilidad de los intermediarios son complejos e involucran más de un instrumento regulatorio sobre la materia. En el caso de Estados Unidos vimos que el modelo se caracterizó por estar basado en la Primera Enmienda y la CDA y los derechos de propiedad intelectual (DMCA), si bien en la actualidad este modelo está siendo cuestionado. En primer lugar, dicho modelo considera que los intermediarios tienen derechos bajo la Primera Enmienda que les permite moderar el contenido que los usuarios suben a sus páginas o sitios web. En segundo lugar, la CDA les otorga una inmunidad general en relación al contenido publicado por terceros, es decir que los proveedores de servicios en línea no pueden ser demandados por el contenido publicado y compartido por los/as usuarios/as en sus plataformas incluso si editan o eliminan algún contenido generado por usuarios/as⁶ - lo que se ha denominado la cláusula de *buen samaritano*- (Jeff Kosseff, 2019, p.2). En tercer lugar, dicha inmunidad se ve complementada por las reglas de la DMCA que establece las condiciones en las que los intermediarios no serán responsables por las violaciones a los derechos de autor y *copyright*, el mentado mecanismo de *notice and take down* (Giovanni Sartor, 2017, p. 17) que explicamos en esta sección.

En el caso del modelo europeo, vimos la Directiva de Comercio Electrónico y la Ley de Servicios Digitales. La Directiva establece que los intermediarios no tienen una obligación general de monitoreo y que no son responsables por el contenido de terceros siempre que no tengan

⁶ Por ejemplo, pornografía, lenguaje violento, o contenido que viole sus términos y condiciones o normas comunitarias, entre otros.

conocimiento de la ilegalidad de dicho contenido y que, en el caso de tomar conocimiento, adopten las medidas necesarias y expeditas para eliminar o limitar el acceso a dicho contenido. A diferencia del modelo norteamericano de la DMCA, la Directiva no establece diferencias entre copyright y otro tipo de contenido. Asimismo, a diferencia del amplio espectro de la CDA la Directiva sólo aplica a aquellos casos relacionados con “mera transmisión”, “almacenamiento en caché” o “alojamiento” y está dirigida a las actividades “pasivas” llevadas a cabo por los intermediarios, mientras que la CDA como vimos, les otorga inmunidad cuando obran bajo la cláusula de buen samaritano (Giovanni Sartor, 2017, p. 18). Luego, vimos que con la aprobación de la DSA se introdujeron más diferencias, no sólo en relación al modelo norteamericano sino también en relación a la Directiva. Por ejemplo, la DSA se aplica independientemente de si el proveedor reside en la UE, por lo tanto, su ámbito de aplicación es mucho más amplio que el de la Directiva. Además, si bien establece obligaciones comunes para todos los intermediarios (entre las que incorpora nuevas obligaciones como la debida diligencia, la transparencia informativa y la designación de representantes legales) también incorpora obligaciones más gravosas según el tamaño del intermediario o del tipo de servicio que ofrezca (como por ejemplo mitigar riesgos sistémicos y adoptar medidas correctivas y mecanismos de recursos para los usuarios, acceso a datos para investigadores). Asimismo, si bien la Directiva realiza una breve mención a los derechos humanos, la DSA adopta una visión más centrada en los derechos de los/as usuarios/as (inclusive su libertad de expresión) y afirma que los intermediarios deben tener en cuenta las normas internacionales pertinentes para la protección de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Cabe recordar que al igual que la Directiva, la DSA reafirma la inexistencia de una obligación general de monitoreo del contenido generado por terceros. Finalmente, a diferencia de la Directiva, la DSA incorpora un mecanismo de multas sancionatorias y multas coercitivas para aquellos intermediarios que no cumplan con lo establecido en la ley. Como puede colegirse de lo antedicho, las diferencias entre el modelo norteamericano y el europeo se aprecian aún más con posterioridad a la adopción de la DSA.

Capítulo 2. La regulación en América Latina de la responsabilidad de intermediarios

Introducción: Marcos regulatorios específicos

En América Latina no existe un acuerdo regional respecto a cómo regular la responsabilidad de los intermediarios. Asimismo, si bien en los últimos años se han presentado proyectos de ley a lo largo de la región con el objetivo de establecer pautas o normas que regulen las obligaciones de los intermediarios, lo cierto es que solamente en un país de la región se estableció un régimen como tal mediante un proceso legislativo: Brasil. Además algunos países de la región, han incorporado normativa sobre responsabilidad de intermediarios mediante regulaciones locales pero que son consecuencia de las obligaciones asumidas en acuerdos comerciales con otros países, estos son: Chile, Costa Rica y México. A nivel regional en 2013 y 2016, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Organización de Estados Americanos (OEA por sus siglas en castellano) estableció “pautas regionales para la regulación de la responsabilidad de intermediarios de cara a la protección de la libertad de expresión” (Agustina Del Campo et. al, 2021, p.8). De hecho, como veremos en el apartado y capítulo siguientes, la regulación sobre responsabilidad de intermediarios que impera en la región es la derivada de Tratados de Libre Comercio o de decisiones jurisprudenciales que muchas veces terminan aplicando los principios generales de la responsabilidad civil (Agustina Del Campo et. al, 2021, p.9). Al final de este capítulo mencionaré algunas guías o documentos de soft law que, si bien no son de origen latinoamericano, podrían ser de relevancia para el desarrollo de la regulación de normas en la región.

El Marco Regulatorio Interamericano y el *soft law*

La Convención Americana de Derechos Humanos

Como se dijo, no existe a nivel interamericano una norma que regule la responsabilidad de los intermediarios en la región. No obstante, dada la conexión de este tópico con el derecho humano a la libertad de expresión sí es importante mencionar que el famoso artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) regula este derecho y establece las condiciones para su ejercicio y los casos específicos en los que puede restringirse. En particular, prohíbe la censura

previa (inciso 2) y la restricción del derecho por medios indirectos (inciso 3). Asimismo, establece que sólo puede estar sujeto a responsabilidades ulteriores que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Además, manda a prohibir por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional (inciso 5). También son relevantes, a este respecto, la jurisprudencia y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: por ejemplo, en 1985 la Corte emitió la Opinión Consultiva 5 en la que señaló que la libertad de expresión tiene una doble dimensión que el Estado tiene el deber de garantizar de manera simultánea. Por un lado, la *dimensión individual* que incluye la libertad de expresar opiniones y, por el otro, la *dimensión colectiva* que incluye el derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas (*Opinión Consultiva OC-5/85*, 1985). Mencionamos estos casos particulares puesto que muchas veces la responsabilidad de los intermediarios se ve comprometida cuando mediante proyectos legislativos o decisiones judiciales se pretende obligarlos a llevar a cabo mecanismos de censura previa o de control de los discursos de odio, entre otros, sin ajustarse a los estándares interamericanos de libertad de expresión. A este respecto, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión ha mencionado que:

“En la medida en que el entorno digital ofrece el espacio para promover el intercambio de información y opiniones, su configuración y arquitectura resultan relevantes. Internet se ha desarrollado a partir de determinados principios de diseño, cuya aplicación ha propiciado y permitido que el ambiente en línea sea un espacio descentralizado, abierto y neutral. Es importante que cualquier regulación que se produzca sea como resultado del diálogo de todos los actores y mantenga las características básicas del entorno original, potenciando su capacidad democratizadora e impulsando el acceso universal y sin discriminación” (Calina Botero Marino, 2013, p.496).

Finalmente, como lo expresa el inciso 2) del artículo 13, y como ha reafirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en varias de sus decisiones (*Opinión Consultiva OC-5/85*, 1985, pp. 36 y 39), cualquier restricción a la libertad de expresión mediante mecanismos que atribuyan responsabilidad a los intermediarios debe cumplir con el estricto test tripartito del SIDH, es decir: estar prevista por la ley en los términos más claros y precisos posible; perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias y proporcionales para

alcanzar dicha finalidad. Como mencionamos en la Introducción, al igual que en el caso de la CADH, el PIDCP del Sistema Universal de Derechos Humanos protege el derecho a la libertad de expresión tanto en su dimensión individual como colectiva en sus artículos 19 y 20. Los criterios del Pacto, si bien con algunas diferencias, son bastante similares a los de la CADH.

La Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet 2011

Esta Declaración Conjunta fue emitida por el Relator Especial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP). La Declaración incorpora un apartado sobre “Responsabilidad de intermediarios” que reafirma la no responsabilidad de los intermediarios por los contenidos generados por terceros siempre que éstos no intervengan “específicamente en dichos contenidos ni se nieguen a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo (“principio de mera transmisión”)” (Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión et. al, 2011) y reafirma la no exigencia a los intermediarios para que controlen el contenido generado por usuarios como tampoco estar sujetos a normas extrajudiciales sobre cancelación de contenidos que no ofrezcan suficiente protección para la libertad de expresión (como suele ocurrir con las normas que mandan la “notificación y retirada”).

El Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA de 2013

Este informe es sumamente importante puesto que por primera vez un Informe de la Relatoría de la OEA incorporó un apartado sobre Libertad de Expresión e Internet que abordó directamente la responsabilidad de los intermediarios. El informe incluye una clasificación de los tipos de intermediarios que intervienen en el ecosistema creado por Internet y destaca la importancia de su existencia para la circulación de la información e ideas en línea, los que ayudarían a garantizar la expresión y a buscar y recibir información (la dimensión social del derecho a la libertad de expresión). Asimismo, justamente por este lugar privilegiado que ocupan, la Relatoría identificó que éstos se han erigido como los puntos nodales “...a través de los cuales es técnicamente posible ejercer el control de los contenidos en Internet” (Calina Botero Marino, 2013, párr.93). Esto parece ser un eco de aquello a lo que Lessig se refiere como “el código es ley”.

En esta línea argumentativa, la Relatoría afirma que los modelos de responsabilidad objetiva de los intermediarios en los que son responsables por los contenidos ilegales generados por terceros deben ser rechazados puesto que serían contrarios a los estándares de libertad de expresión (Calina Botero Marino, 2013, párr.95) y porque, además, generan incentivos negativos para que los intermediarios fomenten la circulación de la información (es decir, fomentan la censura privada de expresiones legítimas que pueden ser irritantes). Por el contrario, recomienda responsabilizar a los autores de la expresión cuando ésta sea ilegal así como la adopción de regímenes jurídicos de responsabilidad condicionada. Menciona los mecanismos de responsabilidad subjetiva mediante mecanismos de notificaciones extrajudiciales de “puerto seguro” (Calina Botero Marino, 2013, párr.104), en los que los intermediarios eluden su responsabilidad al remover o bloquear contenido supuestamente ilegal luego de la notificación del/la afectado/a por éste. También con respecto a estos mecanismos, la Relatoría expresa que generan incentivos negativos y promueven la censura privada al poner a los intermediarios en la posición de tener que decidir cuál contenido es lícito y cuál no: “De hecho, los regímenes de notificación y retirada extrajudicial han provocado frecuentemente la remoción de contenidos legítimos, incluso especialmente protegidos” (Calina Botero Marino, 2013, párr.105). A su vez, insta a las empresas a evitar contribuir a provocar consecuencias negativas sobre el derecho a la libertad de expresión.

Finalmente, la Relatoría expresó que los esquemas de inmunidad condicionada sí son compatibles con los estándares de la Convención Americana de Derechos Humanos siempre que establezcan garantías suficientes para la protección de la libertad de expresión y el debido proceso de los usuarios, y no impongan obligaciones difusas o desproporcionadas a los intermediarios. En particular, menciona que la notificación de remoción no debería provenir de un particular sino de una autoridad judicial o similar, que tenga la capacidad de evaluar los derechos en cuestión.

El Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA 2016

En línea con el Informe Anual de 2013, el Informe de 2016 incluye el Capítulo III “Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente” que cuenta con un apartado específico sobre Responsabilidad de intermediarios. Allí expresa que:

“La transmisión de contenidos en internet depende de los intermediarios. Los intermediarios son generalmente definidos como “cualquier entidad que permita la comunicación de información de una parte hacia otra”. Sin embargo, la definición legal de “intermediario” puede ser distinta entre

jurisdicciones o entre países. Como destacó el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de Naciones Unidas son intermediarios desde los proveedores de servicios de Internet a los motores de búsqueda, y desde los servicios de blogs a las plataformas de comunidades en línea, las plataformas de comercio electrónico, servidores web, redes sociales, entre otros(Edison Lanza, 2017, párr.102).”

En este Informe, la Relatoría reafirma la importancia de los regímenes de responsabilidad de intermediarios y recuerda que éstos deben pasar el test tripartito mencionado anteriormente. Asimismo, reafirma la importancia de no imponer deberes de monitoreo o filtrado de contenidos proactivos. También vuelve a abordar la tipología de sistemas de responsabilidad de intermediarios expresando que los regímenes de responsabilidad objetiva son incompatibles con la Convención Americana por ser desproporcionados e innecesarios en una sociedad democrática y promover el monitoreo y censura para con sus propios usuarios. También menciona los regímenes de responsabilidad condicionada en los que se ofrece al intermediario un “puerto seguro” a salvo de cualquier responsabilidad legal en la medida en que cumpla con ciertos deberes concretos: 1) “notificación y retirada”; o 2) “notificación y notificación” en el cual el intermediario deberá notificar al autor de cualquier denuncia recibida respecto a sus contenidos; o 3) “notificación y desconexión”, en el cual el intermediario debe desconectar al usuario cuando luego de notificado no retire el contenido denunciado. Sin embargo, vuelve a reiterar, como había expresado en 2013, que “estos sistemas no siempre respetan el derecho al debido proceso y garantías mínimas, en tanto trasladan al intermediario la responsabilidad estatal de analizar y decidir sobre la licitud o ilicitud del contenido sujeto a remoción”, por lo que para ser aceptables deberán establecer “garantías suficientes para la protección de la libertad de expresión y el debido proceso de los usuarios, y no impongan obligaciones difusas o desproporcionadas a los intermediarios (Edison Lanza, 2017, párr.109). Nuevamente, encontramos aquí la preferencia por un mecanismo de notificación de origen judicial o similar.

Con respecto a aquellos casos excepcionales en los que son admisibles las medidas de filtrado y bloqueo de contenidos (por ejemplo, ante contenidos abiertamente ilícitos o a discursos no resguardados por el derecho a la libertad de expresión “como la propaganda de guerra y la apología del odio que constituya incitación a la violencia, la incitación directa y pública al genocidio, y la pornografía infantil”) destaca que las medidas adoptadas deben estar sometidas a un estricto juicio de proporcionalidad y estar cuidadosamente diseñada y claramente limitada de forma tal que no

alcance a discursos legítimos que merecen protección, siendo autorizadas o impuestas atendiendo a las garantías procesales (Edison Lanza, 2017, párr.536).

Finalmente, reafirma la importancia de los Principios de Manila sobre Responsabilidad de los Intermediarios (que analizaré más adelante) y destaca la necesidad de que los Estados desarrollen regímenes que promuevan que los intermediarios operen con transparencia frente a sus usuarios/as, sobre todo en torno a la implementación de políticas de remoción de contenidos.

El Informe Anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la ONU de 2018

En el año 2018, el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de la ONU, David Kaye, publicó un informe en el que abordó cuestiones vinculadas con: la moderación de contenidos en línea, la imposición de responsabilidades por parte de los Estados a intermediarios, los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos, entre otros. Aquí nos interesa resaltar particularmente las recomendaciones efectuadas por el relator al final de su informe en los párrafos 66 a 69. Allí expresa que: los Estados sólo deberían tratar de restringir los contenidos por medio de una orden dictada por una autoridad judicial imparcial e independiente; que, con el objetivo de evitar la censura previa, los Estados deberían abstenerse de promulgar leyes que promuevan la vigilancia o el filtrado “activo” de contenidos; evitar adoptar modelos de regulación en los que sean los organismos gubernamentales, y no las autoridades judiciales, quienes se erijan en los árbitros sobre lo que constituye una expresión legítima; y, por último, evitar delegar la responsabilidad de evaluar el contenido de sus usuarios en las empresas (David Kaye, 2018).

La Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión y Elecciones en la Era Digital 2020

Esta Declaración fue firmada por el Relator Especial de las ONU para la Libertad de Opinión y de Expresión, el Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la OSCE y el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la OEA y se enfoca en particular en elecciones en la era digital. Allí se menciona que los intermediarios no deberían ser responsables por la desinformación que se haya difundido deliberadamente en sus plataformas salvo que intervengan en ese contenido o que incumplan una orden de retiro legalmente vinculante.

El Informe Anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de 2022

En el último informe la Relatoría del SIDH expresa que dado que los intermediarios son entidades privadas con intereses económicos, sociales e individuales distintos a los de los Estados, no es

razonable pedirles que efectúen un análisis o ejercicio de balanceo de los derechos involucrados cuando se ve afectado el derecho a la libertad de expresión (Pedro Vaca Villarreal, 2022, párr.328). En ese sentido, expresa que los intermediarios deberían estar protegidos por ley de la responsabilidad por el contenido de terceros en circunstancias en las que no han estado involucrados en la modificación de dicho contenido. En sus recomendaciones, invita a los Estados Miembros a 1) evitar la implementación de marcos regulatorios de los intermediarios de internet por el contenido de usuarios que circule en sus plataformas, lo que puede incentivar la dinámica de la “censura privada”, 2) evitar la creación de leyes generales y/o ambiguas con el fin de combatir la desinformación en internet, como así el uso de prohibiciones penales para castigar la difusión de “falsedades” o “información no objetiva”(Pedro Vaca Villarreal, 2022, párr.39).

Brasil

El Marco Civil de Internet

En el 2014 se aprobó en Brasil la Ley 12.965/2014 o Marco Civil de Internet (MCI). Esta legislación, es única en la región puesto que incorpora normas en relación a la responsabilidad de los intermediarios. Su importancia radica no sólo en lo sustantivo sino también en el proceso de construcción de la norma, puesto que este proyecto comenzó en 2009 cuando el gobierno brasileño inició un proceso colaborativo para la construcción del marco regulatorio de Internet en Brasil, lo que incluyó la realización de una consulta pública, foros de discusión y el establecimiento de una comisión especial en el Congreso para analizar el tema (Cristian Andrés Gutiérrez-Albarracín et al., 2018).

El MCI estableció como regla, en su artículo 19, un sistema de exclusión de responsabilidad de los servicios a través de un modelo de notificación y retiro del contenido infractor de terceros (Agustina Del Campo et. al, 2021, p.12) siguiendo el modelo de la DMCA pero con modificaciones puesto que requiere que la notificación sea judicial. Sólo si no cumple con estos recaudos necesarios es que el intermediario podrá ser responsabilizado civilmente por daños resultantes del contenido generado por terceros (Edison Lanza, 2017, párr.111) salvo en el caso del artículo 21. Allí se dispone que, en los casos de violación de la privacidad que resulte de la divulgación de imágenes, videos u otros materiales que contengan escenas de desnudez o actos sexuales privados, sin la autorización de sus participantes, la notificación puede ser remitida por el titular afectado o por su representante legal, sin necesidad de intervención judicial, y que luego de recibida el intermediario deberá bloquear dicho contenido. Con el objetivo de impedir afectaciones negativas

al derecho a la libertad de expresión, el MCI obliga, bajo pena de nulidad, a quien solicite la remoción de un contenido en particular, brindar elementos que permitan la identificación específica del material identificado como violatorio de la privacidad del participante y la verificación de la legitimación para presentar la solicitud. Cabe destacar que este marco regulatorio incluye una mención explícita a la protección de los derechos humanos de los usuarios en Internet y, en particular, al derecho a la libertad de expresión (Emily Laidlaw, 2019, p.15).

El Proyecto de Ley PL 2630

Si bien en este apartado nos enfocamos en las normativas vigentes, nos parece importante resaltar que en Brasil (así como en Estados Unidos) se está dando un fuerte debate en torno a la responsabilidad de los intermediarios tanto desde los sectores más conservadores como desde los sectores más progresistas. Por esta razón, en el año 2020 se presentó el proyecto de Ley No. 2630 (PL 2630) que tenía como objetivo regular la desinformación en redes sociales. Asimismo, en el año 2021 el ex-presidente Jair Bolsonaro dictó la medida provisional No. 1068/21 que buscaba modificar el Marco Civil de Internet y: 1) prohibía a los servicios de redes sociales el ejercicio de actividades de moderación de contenidos o de limitación de alcance de divulgación que pudieran implicar una censura política, ideológica, entre otras y 2) establecía que las plataformas sólo iban a poder borrar, suspender o cancelar los servicios o perfiles de usuarios cuando mediase justa causa (especificadas por el mismo Decreto)(Lina Paola Velázquez & Nicolás Zara, 2023). Esta medida fue disuelta por el Congreso al considerarla inconstitucional. El PL 2630 se encuentra actualmente en debate ante el Congreso brasileño y ha sufrido modificaciones respecto de su presentación original. Por ejemplo: ha incorporado disposiciones similares a las de la DSA europea en relación a obligaciones de transparencia y evaluación y mitigación de riesgos e incorpora la responsabilidad civil de los intermediarios por los contenidos dañinos publicados por terceros cuando sean difundidos por las plataformas como publicidad y cuando exista una violación del deber de cuidado de las plataformas en torno a un protocolo de seguridad específico. Finalmente, también incorpora la obligación de remunerar a los autores por los contenidos artísticos y periodísticos difundidos a través de ellos (Lina Paola Velázquez & Nicolás Zara, 2023).

Chile

La regulación de los intermediarios se encuentra en el Capítulo III de la ley de Propiedad Intelectual No. 17.336 modificada por la ley No. 20.435 de 2010. La norma incorpora las

obligaciones asumidas por en el país en el TLC con Estados Unidos (razón por la cual remitimos al Capítulo 3 donde se analizan estas cláusulas) y, por lo tanto, importa los criterios sentados bajo la DMCA. No obstante, va un poco más allá al adoptar un criterio restrictivo en su definición de notificación para retirar o bloquear contenidos dado que exige que ésta sea judicial (Calina Botero Marino, 2013, p. 493), algo que su socio comercial (Estados Unidos) cuestionó.

Costa Rica

En Costa Rica la responsabilidad de los intermediarios por contenidos de terceros en línea se encuentra regulada por el Decreto No. 36.880-COMEX-JP de 2011. Al igual que en el caso de Chile mencionado anteriormente, el Decreto incorpora las obligaciones asumidas por en el país en el TLC con Estados Unidos (razón por la cual remito al Capítulo 3 donde se analizaron estas cláusulas) y, por lo tanto, importa los criterios sentados bajo la DMCA.

México

En México se adoptaron modificaciones a la Ley Federal de Derechos de Autor, mediante el Decreto DOF 01-07-2020, como consecuencia de los compromisos asumidos en relación a la responsabilidad de los intermediarios en el acuerdo comercial celebrado con Canadá y Estados Unidos en 2020. Al igual que en el caso anterior de Chile, como las disposiciones de la ley de derechos de autor siguen las cláusulas allí incluidas, remitimos al capítulo siguiente para su explicación. Simplemente, diremos de modo somero que las disposiciones se encuentran en el Capítulo V denominado “De las Medidas Tecnológicas de Protección, la Información sobre la Gestión de Derechos y los Proveedores de Servicios de Internet”, entre los artículos 114septies y 114octies, e incluyen: definiciones, exenciones para los intermediarios, mecanismos de notificación y retiro, modalidades de las notificaciones, disposiciones de “buen samaritano”, entre otras.

Algunos desarrollos jurisprudenciales relevantes en América Latina

Si bien un estudio exhaustivo de la jurisprudencia sobre responsabilidad de intermediarios en América Latina excede el objeto de este trabajo, es importante mencionar aquí algunas decisiones que han funcionado como *leading cases*⁷ y, al mismo tiempo, son referencia en el plano internacional a la hora de ejemplificar cómo se ha regulado en la región el tema. En términos

⁷ Entiendo por *leading cases* a aquellos casos que han sentado las bases para futuras decisiones judiciales como precedente sobre la materia en un país en específico. Por ejemplo, el trabajo realizado por Ugarte y Vitaliani explica acabadamente el rol clave que tuvo el caso *María Belén Rodríguez c. Google* para la jurisprudencia argentina sobre responsabilidad de intermediarios con posterioridad a su resolución (Ramiro Álvarez Ugarte & Emiliano Vitaliani, 2022, p. 167).

generales podemos expresar que los más altos tribunales en la región han sostenido de alguna manera la inmunidad de los intermediarios por los contenidos generados por terceros, así como la inexistencia de una obligación general de monitoreo. Asimismo, en ausencia de uno específico, el marco jurídico privilegiado para analizar la responsabilidad de los intermediarios tiende a ser el civil.

Argentina

El caso María Belen Rodríguez c. Google de 2014

En este caso la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) intentó dar respuesta a una corriente de litigiosidad creciente en Argentina que mostraba en los tribunales inferiores desacuerdos significativos (Ramiro Álvarez Ugarte & Emiliano Vitaliani, 2022). El conflicto judicial inició cuando una modelo argentina presentó una demanda civil contra Google y Yahoo, en busca de daños monetarios por daños sufridos como resultado de asociar su nombre e imágenes a sitios web con contenido sexual y pornográfico. También solicitó una orden judicial permanente para bloquear y eliminar todos los *thumbnails* con sus imágenes de los resultados de búsqueda. Al abordar este caso, la CSJN desestimó la aplicación de un criterio de responsabilidad objetiva y se enfocó en lograr un adecuado equilibrio entre el derecho al honor (invocado por la demandante) y el derecho a la libertad de expresión. En su análisis, la CSJN, haciendo uso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del derecho comparado, expresó que los buscadores y otros servicios de intermediarios no tenían la obligación general de monitorear proactivamente los contenidos de sus usuarios. En particular por las potenciales afectaciones al derecho a la libertad de expresión y al libre flujo de la información en una sociedad democrática que podría importar este tipo de monitoreo (Ramiro Álvarez Ugarte & Emiliano Vitaliani, 2022, p. 167). No obstante, la CSJN expresó que los intermediarios sí podían ser considerados responsables eventualmente cuando, luego de haber tomado conocimiento efectivo del contenido infractor, no actuaran con debida diligencia.

Además, la Corte se expresó sobre la modalidad (privada o efectuada por autoridad competente judicial o administrativa) que podían adoptar las notificaciones por contenidos infractores. Reservó

la primer opción para los casos de daño manifiesto y grosero⁸ y la segunda para cuando haya un cierto margen de duda.

Como mencionamos al comienzo, este caso marca una inflexión en la jurisprudencia sobre responsabilidad de intermediarios puesto que zanja ciertas discusiones judiciales contradictorias del pasado y, al mismo tiempo, se convierte en una suerte de *leading case* al que luego gravitarían otros casos en los que se vea en juego la responsabilidad de los intermediarios como, por ejemplo, el caso *Gimbutas v. Google Inc* (Ramiro Álvarez Ugarte & Emiliano Vitaliani, 2022, p. 177).

El Caso Natalia Denegri c. Google de 2022

Otro caso relevante sobre la responsabilidad de los intermediarios en Argentina es el Caso *Natalia Denegri c. Google*. En este caso de 2022, la CSJN rechazó por unanimidad una petición de "derecho al olvido" de una presentadora para que Google desindexara contenido que ella consideraba vergonzoso de su pasado. El conflicto entre las partes involucradas tuvo su inicio cuando Natalia Denegri presentó un pedido para que Google suprimiese ciertos sitios web en los que se exponía información suya relativa a hechos ocurridos en el pasado que podían obtenerse al ingresar su nombre en el motor de búsqueda, argumentando que su fácil acceso vulneraba sus derechos a la privacidad, la intimidad, el honor y la reputación. Al analizar el caso, la CSJN mencionó que si bien las solicitudes de desindexación no eliminan el contenido, sí podrían resultar en una forma de restricción previa y, por lo tanto, requerían un escrutinio estricto, sobre todo porque pueden restringir el flujo de información de interés público y generar desigualdad de acceso a ésta. Además, destacó que el mero paso del tiempo no había hecho que la información se hubiese vuelto irrelevante, dado que la actora es una figura pública y que, por lo tanto, la libertad de expresión debía imperar por sobre el derecho a la honra y la reputación.

Colombia

El Caso Gloria c. Google de 2011

⁸ “Son manifiestas las ilicitudes respecto de contenidos dañosos, como pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de estos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, como también los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual” (Ramiro Álvarez Ugarte & Emiliano Vitaliani, 2022, p. 169)

En el año 2000, se publicó en el diario El Tiempo en Colombia una noticia en la que se mencionaba a Gloria, una agente de viajes que había vendido unos boletos aéreos que presuntamente tenían cierta conexión con una banda de trata de blancas. Si bien la información originalmente publicada era cierta, posteriormente el proceso prescribió y Gloria nunca fue vencida en juicio, por lo que la implicada le solicitó al periódico que eliminase la noticia en línea dada su demostrada inocencia y por la afectación a su nombre y honra que implicaba mantener dicha noticia accesible al público. En 2015 la Corte resolvió el caso y ordenó al diario actualizar en su página electrónica la información publicada y a utilizar una herramienta técnica para impedir que los buscadores identificaran la noticia a través del nombre de la actora. Al mismo tiempo absolvió a Google de toda responsabilidad dado su carácter de simple intermediario.

Guías de Regulación de Responsabilidad de Intermediarios

Si bien estas guías de regulación de responsabilidad de intermediarios no son de origen latinoamericano, realizaré una breve reseña sobre éstas porque pueden servir como estándares para el desarrollo de marcos regulatorios en la materia en la región.

Los Principios de Manila de 2015

En 2015 una coalición de organizaciones de la sociedad civil impulsó la elaboración de una serie de Principios sobre responsabilidad de intermediarios que se presentaron en Manila, Filipinas. El objetivo de los Principios es servir como guía para desarrolladores de políticas públicas e intermediarios a la hora de crear, adoptar y promover legislación, políticas y prácticas sobre responsabilidad de intermediarios que sean respetuosas de los derechos humanos. Los Principios recomiendan que los Estados limiten la responsabilidad de intermediarios por contenidos de terceros, no requieran la restricción de contenidos salvo mediante orden judicial, emitida conforme al debido proceso, que las leyes, órdenes y prácticas de restricción cumplan con el test tripartito en materia de libertad de expresión e incluya los principios de transparencia, rendición de cuentas y debido proceso. Estos Principios suelen ser referenciados en proyectos legislativos así como en los Informes de la Relatoría.

Las Directrices de UNESCO para la regulación de las plataformas digitales

En 2022 la UNESCO comenzó un proceso de consulta multiactor para la elaboración de una guía de regulación para las plataformas digitales. Desde sus comienzos el proceso fue criticado por distintas organizaciones de la sociedad civil por su falta de transparencia y claridad, así como por

cuestiones sustantivas (Michel Roberto de Souza & María Paz Canales, 2023). Luego de recibir una amplia cantidad de comentarios por parte de distintos sectores de la sociedad civil, la academia, el sector privado y gobiernos, presentó su segunda y su tercera versión de las Directrices modificando varios de los puntos problemáticos. No abordaremos aquí estos documentos, pero sí mencionaremos algunos puntos importantes de la versión aprobada, en particular porque existe la posibilidad de que como ley modelo sea adoptada por países de América Latina⁹.

Las Directrices están orientadas a las grandes plataformas digitales que brindan servicios de persona usuaria a persona usuaria y servicios de búsqueda que permiten a las personas usuarias buscar en múltiples sitios web o bases de datos, con exclusión de los proveedores de servicios de Internet, servicios comerciales, correos electrónicos entre otros. En su última versión están estructuradas de la siguiente manera: a) Principios de los Sistemas de Gobernanza; b) Principio 1. Aplicar el principio de debida diligencia en materia de derechos humanos; c) Principio 2. Adherir a la normativa internacional en materia de derechos humanos, incluido en el diseño de la plataforma, la moderación y la curación de contenidos; d) Principio 3. La transparencia de las plataformas; e) Principio 4. Información y herramientas a disposición de las personas usuarias; f) Principio 5. Las plataformas rinden cuentas ante las partes interesadas pertinentes

Allí se menciona que:

“cualquier restricción impuesta a las plataformas respete de manera consistente el alto umbral establecido para definir las restricciones a la libertad de expresión, sobre la base de la aplicación de los Artículos 19 (3) y 20 del PIDCP, respetando las condiciones de legalidad, fin legítimo, necesidad y proporcionalidad.” (Directrices para Salvaguardar la libertad de expresión y el acceso a la información, 2023)

También expresan que las plataformas digitales deben ser transparentes sobre los sistemas y procesos utilizados para la moderación y curación de contenidos en sus plataformas y sobre las evaluaciones de impactos y riesgos para los derechos humanos que lleven a cabo. Además, afirma que los Estados deberán abstenerse de imponer una obligación general de supervisión o una obligación general para que las plataformas digitales adopten medidas proactivas vinculadas

⁹ La propia UNESCO expresó que varios países de África y América Latina han indicado que empezarán a adoptar estas Directrices y que UNESCO ayudará a los países de estas regiones financiando su implementación mediante el otorgamiento de fondos. Para más información ver aquí: <https://www.unesco.org/en/articles/online-disinformation-unesco-unveils-action-plan-regulate-social-media-platforms>

con contenidos considerados como ilegales en una jurisdicción específica, así como de someter al personal de las plataformas digitales a sanciones penales por incumplimientos de normativas sobre moderación o curación de contenidos (Directrices para Salvaguardar la libertad de expresión y el acceso a la información, 2023, párr. 29 b y c). Con respecto a los intermediarios enumera cinco principios fundamentales de los cuales destacaremos este:

“Adherir a la normativa internacional en materia de derechos humanos, incluido en el diseño de la plataforma, la moderación y la curación de contenidos. Las plataformas deben respetar la normativa internacional pertinente en materia de derechos humanos, incluidos los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos. El diseño debe garantizar la no discriminación y la igualdad de trato, así como la prevención de daños. Las políticas y prácticas de moderación y curación de contenidos deben ajustarse a la normativa en materia de derechos humanos, independientemente de que estas prácticas se apliquen a través de medios automatizados o humanos, con conocimiento de las lenguas locales y el contexto lingüístico, respetando la diversidad cultural y brindando la protección y el apoyo adecuados a los moderadores humanos” (Directrices para Salvaguardar la libertad de expresión y el acceso a la información, 2023, párr. 30 b)

Universidad de

En suma, en esta revisión de las regulaciones en América Latina sobresale el hecho de que no hay una norma regional específica sobre la materia. Asimismo, destaca Brasil como el único país que cuenta con un régimen que regula la responsabilidad de los intermediarios. En el caso de los demás países hemos visto que la construcción del sistema de responsabilidad de intermediarios ha sido un derivado de obligaciones derivada de compromisos asumidos en acuerdos comerciales, como a través de la jurisprudencia mediante la utilización de las normas generales de la responsabilidad civil (así como de las normas vinculadas con la protección del honor, reputación y privacidad) y la protección del derecho a la libertad de expresión.

Capítulo 3. La regulación de la responsabilidad de los intermediarios en los acuerdos comerciales internacionales de Estados Unidos, la Unión Europea y América Latina

Introducción

Como presentamos anteriormente, la regulación de la responsabilidad de los intermediarios de Internet cuenta entre sus antecedentes con la Sección 230 de la CDA y la DMCA de Estados Unidos, así como la Directiva de Comercio Electrónico y la nueva DSA. No obstante, como explicamos, varios países han intentado regular con criterios distintos a los de esas regulaciones. Para varias de las empresas intermediarias (en particular el grupo GAMA) la multiplicidad de diferentes criterios de responsabilidad tanto en cuestiones vinculadas con la libertad de expresión como a la protección de la propiedad intelectual representó un potencial peligro para sus operaciones comerciales, sobre todo con el auge del comercio electrónico y el crecimiento de las plataformas de redes sociales y motores de búsqueda en el siglo XXI. Por estas razones, Estados Unidos ha buscado avanzar ciertos parámetros de regulación a través de las negociaciones de acuerdos comerciales internacionales llevadas a cabo desde el año 2002 exportando su modelo regulatorio (Juan Carlos Lara Gálvez & Alan M. Sears, 2020, p.209). Cabe mencionar que aún en el marco multilateral de las negociaciones comerciales, Estados Unidos presentó una propuesta regulatoria infructuosa sobre Comercio Electrónico que incluía una limitación de responsabilidad para proveedores de servicios informáticos similar a la Sección 230 de la CDA, tal como quedó plasmado en el Doc.INF/ECOM/62/Rev.1 del 14 de diciembre de 2020¹⁰.

Como mostraré a lo largo de este apartado, esto ha tenido como consecuencia la incorporación y exportación de cláusulas vinculadas a la responsabilidad de los intermediarios en varios acuerdos comerciales celebrados por Estados Unidos y por la Unión Europea (UE por sus siglas en castellano) así como la importación por países de América Latina, sobre todo en los Capítulos de Propiedad Intelectual y, en menor medida, en los de Comercio Electrónico o Digital. No obstante, aquí es importante volver sobre algo que mencionamos anteriormente al abordar la DMCA, esta tendencia tuvo sus antecedentes en la arena internacional, como por ejemplo en las negociaciones y posterior celebración en 1994 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC por sus siglas en castellano) en el marco de la

¹⁰ El informe puede accederse aquí:
https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/wto_plurilateral_ecommerce_draft_consolidated_text.pdf

OMC. Este acuerdo debe su existencia a una gran capacidad de los actores del sector privado norteamericano y europeo en vincular a la protección de los derechos de propiedad intelectual con la agenda comercial internacional de Estados Unidos y en ubicarlos en un lugar prioritario de dicha agenda, así como en su influencia transnacional (Susan K. Sell, 2003, p. 76). En *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy*, Peter Drahos y John Braithwaite realizan una excelente cronología de todos los eventos y negociaciones llevadas a cabo por el sector privado americano y europeo a la que remitimos (Peter Drahos & John Braithwaite, 2002, p.xi-xv).

De hecho, fue un grupo compuesto por doce ejecutivos de corporaciones multinacionales con sede en Estados Unidos el que conformó el Comité de Propiedad Intelectual y el que, en conjunción con sus contrapartes en Japón y Europa¹¹, elaboró la propuesta regulatoria (tomando como base las leyes existentes en países industrializados sobre propiedad intelectual) que más tarde resultaría en el ADPIC. Como atinadamente expresa Sell: doce corporaciones crearon derecho internacional público para el resto mundo (Susan K. Sell, 2003, p. 96). De este modo, el ADPIC se convirtió en el primer acuerdo multilateral en incorporar mecanismos de observancia y protección de los derechos de propiedad intelectual, al obligar a los Estados Parte a penalizar las infracciones a los derechos de autor y patentes, a través de la adopción de sanciones civiles o penales (Natasha Marie Tusikov, 2014, p.71). No obstante, ciertas controversias en torno a la implementación y cumplimiento por parte de los PED de las disposiciones establecidas en el ADPIC parecen haber llevado a algunos países más industrializados a incorporar cláusulas para regular la protección de la propiedad intelectual en tratados de inversión y TLCs (Juan Carlos Lara Gálvez & Alan M. Sears, 2020, p. 212). Utilizando como punto de partida el mapeo realizado por Lara Gálvez y Sears, así como el realizado por Bruno y Gracia, en este capítulo abordaremos los acuerdos comerciales celebrados en los últimos 26 años por Estados Unidos, por la UE y por países de América Latina con otros países o bloques que no sean ni Estados Unidos ni la Unión Europea.

En el primer caso serán los acuerdos que dicho país celebró con: Chile; Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y la República Dominicana; Colombia; Singapur; Marruecos; Corea del Sur; Australia; Omán; Bahrein; Perú; Panamá, el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (y su derivado el CPTPP); el acuerdo con México y Canadá (TMEC).

En el segundo caso serán los acuerdos celebrados con: Colombia, Ecuador y Perú; México; Chile; Corea del Sur; Japón; Cariforum; Reino Unido; Singapur; Vietnam. Aquí también abordaré los

¹¹ Es decir, los países más industrializados en aquel momento y que mayoritariamente se verían beneficiados por la protección buscada (Susan K. Sell, 2003, p. 76).

acuerdos celebrados por el Reino Unido, luego de su salida de la Unión Europea, con: Australia, Japón, Nueva Zelanda, Islandia, Liechtenstein y Noruega.

Finalmente, en el tercer caso analizaré los acuerdos celebrados por países de América Latina, es decir: la Alianza del Pacífico, el Acuerdo de Asociación de Economía Digital entre Chile, Singapur y Nueva Zelanda, el Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica entre Brunei, Chile, Singapur y Nueva Zelanda, el acuerdo Chile - Australia, el acuerdo Perú - Japón y el acuerdo Argentina - Chile.

Como expliqué en la introducción a este trabajo, elijo los acuerdos celebrados por Estados Unidos y la Unión Europea con terceros países porque son los dos grandes exportadores del modelo regulatorio de responsabilidad de intermediarios mediante sus acuerdos comerciales. Asimismo, elijo los acuerdos celebrados por países de América Latina con terceros países primero porque han sido importadores de alguno de estos dos modelos y segundo con el objetivo de identificar si en la negociación con otros socios comerciales replican algún modelo.

Acuerdos comerciales celebrados por Estados Unidos

Acuerdos que incluyen a países de América Latina

Como mencionamos anteriormente, la incorporación de regulaciones vinculadas a la responsabilidad de los intermediarios fue parte de la estrategia que Estados Unidos adoptó para proteger los intereses comerciales y de propiedad intelectual en otros países, entre ellos los de América Latina (Juan Carlos Lara Gálvez & Alan M. Sears, 2020, p. 211). Por esta razón, como mostraremos a lo largo de esta sección, es que podemos encontrar en distintos acuerdos bilaterales o regionales celebrados por Estados Unidos mecanismos similares a los incorporados en la DMCA y en la Sección 230 de la CDA. De hecho, el establecimiento de la Trade Promotion Authority (TPA por sus siglas en inglés), que tiene por objetivo permitirle al Poder Ejecutivo de los Estados Unidos negociar acuerdos internacionales de manera expedita y con supervisión limitada del Congreso siempre que siga las pautas y objetivos de negociación establecidos por el Congreso, tuvo como una de sus condiciones:

“promover aún más la protección adecuada y eficaz de los derechos de propiedad intelectual, incluso a través de (...) garantizar que las disposiciones de cualquier acuerdo comercial multilateral o bilateral que rija los derechos de

propiedad intelectual celebrados por los Estados Unidos reflejen un estándar de protección similar al que se encuentra en la ley de los Estados Unidos.”(Trade Promotion Authority, 2002)¹²

Esto nos permite apreciar la importancia que para el país de América del norte implicaba incorporar normas en sus negociaciones comerciales que protegieran adecuadamente sus derechos de propiedad intelectual y que permitieran avanzar un tipo de protección que beneficiase a sus propias empresas (Juan Carlos Lara Gálvez & Alan M. Sears, 2020, p. 212). Asimismo, la presión por parte de dicho país para incorporar estas normas no ha sido sin controversias o quejas por parte de los países¹³ que se han visto involucrados en estas negociaciones y que han considerado que no se ajustaban a sus necesidades, capacidades tecnológicas o intereses nacionales (Peter K. Yu, 2015, p. 118).

Como explican Lara Gálvez y Sears, fue bajo el mandato de la TPA que Estados Unidos negoció los primeros acuerdos comerciales con Chile en 2003; con Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y la República Dominicana en 2004; con Perú y con Colombia (individualmente) en 2006; con Colombia en 2007 y con Panamá en 2007. Por supuesto que con posterioridad a 2007 Estados Unidos negoció con países de América Latina acuerdos que incorporan cláusulas que regulan la responsabilidad de los intermediarios, tales como el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (o TPP por sus siglas en inglés) y el T-MEC que vino a reemplazar al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (o TLCAN por sus siglas en castellano) (María Victoria Bruno & María Belén Gracia, 2023). Sin embargo, estos acuerdos merecen un apartado separado por características *sui generis* que los hacen diferentes a los celebrados con anterioridad. Como explican Lara y Sears, mientras que en aquellos no se especificaba de dónde podía provenir la notificación (y quedaba a discreción de cada Estado la determinación de la naturaleza de la notificación, la que podía ser de origen judicial o administrativo) en éstos dicha notificación puede provenir del titular del derecho o de una persona autorizada para actuar en su representación, excluyendo el requisito de una orden judicial o administrativa (Juan Carlos Lara Gálvez & Alan M. Sears, 2020, p.216).

¹² La traducción es propia: “to further promote adequate and effective protection of intellectual property rights, including through- (...) (II) ensuring that the provisions of any multilateral or bilateral trade agreement governing intellectual property rights that is entered into by the United States reflect a standard of protection similar to that found in United States law”.

¹³ Aquí no nos referimos solamente a los representantes estatales de los países que han negociado con Estados Unidos sino también a integrantes de la sociedad civil, la academia y empresas del sector privado. Veremos esto más adelante cuando abordemos la negociación del T-MEC.

Volviendo sobre los acuerdos celebrados entre 2003 y 2007 mencionaré aquí las cláusulas relativas a la responsabilidad de intermediarios que fueron incorporadas. En todos estos acuerdos, las disposiciones incorporadas son muy similares a la DMCA:

1. Los intermediarios deberán implementar mecanismos de *notice and take-down* para dar de baja contenido infractor así como ofrecer mecanismos de reclamos o contra-notificaciones para cuando se dé de baja por error un contenido.
2. Los intermediarios deberán implementar mecanismos para lidiar con infractores reincidentes.
3. Los intermediarios deberán designar un representante que reciba las notificaciones de infracciones.
4. Los intermediarios no tendrán una obligación general de monitoreo de las infracciones a los derechos de autor.
5. En lo que respecta a comunicaciones transitorias, alojamiento de información en redes, almacenamiento en caché y búsqueda de información, las exenciones a la responsabilidad (tal como en la DMCA) estarán vinculadas a la remoción o bloqueo expedito del contenido infractor una vez que el intermediario toma conocimiento efectivo de la infracción, toda vez que éstos no hayan seleccionado el material o sus destinatarios o que no hayan iniciado la transmisión de éste y que no reciban beneficios financieros vinculados a la infracción.

De todos los acuerdos firmados por estados países con Estados Unidos solamente Chile y Costa Rica implementaron las disposiciones allí contenidas.

Implementación del acuerdo con Estados Unidos por Chile

Como se mencionó en el capítulo anterior, Chile implementó las obligaciones relacionadas con la responsabilidad de los intermediarios del TLC con Estados Unidos a través de la Ley No. 20.435 de 2010 que modificó la ley de Propiedad Intelectual No. 17.336, lo que le sirvió para “modernizar” las disposiciones que contenía la mentada ley (Juan Carlos Lara Gálvez & Alan M. Sears, 2020, p.216). Las disposiciones prácticamente copian las cláusulas incorporadas en el acuerdo comercial. En este sentido, las limitaciones de responsabilidad de los intermediarios sólo procederán cuando éstos no modifiquen ni seleccionen el material de la transmisión, ni inicien la transmisión y no seleccionen a los destinatarios de la información (artículo 85M). Además, se establecen otras condiciones según el tipo de proveedor y servicio prestado (tal como en el TLC): servicios de transmisión y routing, servicios de almacenamiento temporal (caché), servicios de almacenamiento a petición del usuario (hosting) y servicios de búsqueda, vinculación, o referencia a un sitio en línea.

Como explica Alberto Cerda, esta distinción entre prestadores:

“basada en la naturaleza de los servicios provistos es útil a efectos de establecer el nivel de responsabilidad que cada proveedor debe asumir ante la infracción de los derechos de autor y los deberes que necesita cumplir a efectos de disfrutar de los beneficios de la limitación de responsabilidad otorgados por ley” (Alberto Cerda, 2014, p.124).

Como argumenta el autor, esta distinción también puede resultar confusa puesto que existen empresas, como Google, que proveen más de una de las categorías de servicios.

La ley también establece, en línea con el TLC, obligaciones que son de aplicación a todos los intermediarios independientemente del servicios que prestan, estas son: a) establecer condiciones generales y públicas bajo las que podrán poner término a los contratos de los proveedores de contenido calificados judicialmente como infractores reincidentes de los derechos protegidos por la ley; b) no interferir en las medidas tecnológicas de protección y de gestión de derechos de obras protegidas ampliamente reconocidas y utilizadas lícitamente; c) no haber generado, ni haber seleccionado el material o a sus destinatarios (aunque se exceptúa de esta obligación a los prestadores de servicios de búsqueda, vinculación o referencia a un sitio en línea mediante herramientas de búsqueda de información, artículo 85O). Además, la ley excluye explícitamente la obligación de los proveedores de servicios de monitorear activamente el contenido (artículo 85P).

Con respecto a la comunicación de supuestas infracciones, la ley establece que, dadas ciertas condiciones, el intermediario deberá comunicar por escrito a sus usuarios los avisos o notificaciones privadas recibidas sobre una supuesta infracción a los derechos de propiedad intelectual. Según Cerda, este sistema de comunicación de infracciones a los *supuestos* infractores no está pensado como un sistema represivo sino educativo (Alberto Cerda, 2014, p.136). Asimismo, si bien el intermediario puede actuar luego de la recepción de una notificación privada no tiene obligación legal de bloquear el contenido o de terminar la prestación de servicios con el supuesto infractor (Juan Carlos Lara Gálvez & Alan M. Sears, 2020, p.217).

Finalmente, en relación a la responsabilidad de los intermediarios por inacción frente a una notificación de remoción o bloqueo de material infractor, la ley adopta un criterio más específico que el estipulado en el TLC con Estados Unidos. Cuando se debatió en el Congreso chileno qué modalidad debía adoptar la notificación, si administrativa o judicial, los/as congresistas optaron por la notificación judicial por considerar que era el procedimiento que mejor protegía los derechos constitucionales y humanos involucrados (Alberto Cerda, 2014, p.141). El procedimiento para

ordenar la remoción de material en línea tramita ante un juez civil y es breve y sumario (Juan Carlos Lara Gálvez & Alan M. Sears, 2020, p.217).

Implementación del acuerdo con Estados Unidos por Costa Rica

En el capítulo anterior establecimos que Costa Rica a través del Decreto No. 36.880-COMEX-JP de 2011 había incorporado las cláusulas sobre responsabilidad de intermediarios asumidas en el TLC con Estados Unidos. Como explican Lara y Sear, al realizarlo mediante un acto del Poder Ejecutivo el gobierno de Costa Rica evitó una larga discusión en el Congreso sobre la implementación de estas disposiciones (Juan Carlos Lara Gálvez & Alan M. Sears, 2020, p. 217). Es interesante destacar que, curiosamente, el artículo 2 del Decreto establece que las disposiciones establecidas en el Decreto sólo serán aplicables a los intermediarios que voluntariamente se sometan a éstas y establezcan medidas colaborativas, razonables y proporcionales con los titulares de derechos de autor y conexos para atender posibles infracciones por el uso no autorizado de materiales protegidos por tales derecho. Con respecto al contenido del Decreto podemos decir que tiene muchas similitudes con la ley chilena en lo que respecta a las categorías de intermediarios, obligaciones y derechos. Sin embargo también cuenta con algunas diferencias.

El Decreto, al igual que en el caso de Chile, clasifica a los intermediarios en cuatro categorías y establece que éstos no tendrán una obligación general de monitoreo. Además, en relación a las exenciones de responsabilidad incorpora ciertos requisitos idénticos a los que deben cumplir los intermediarios en el caso chileno, razón por la que remito a lo allí explicado. Como mencionan Lara y Sears, el Decreto incorpora en sus artículos 9 y 10 un estándar de conocimiento efectivo de la infracción, puesto que habilita tanto las notificaciones privadas (como en la DMCA) como las notificaciones judiciales (como en el caso de la Ley Federal de Derechos de Autor de Chile) (Juan Carlos Lara Gálvez & Alan M. Sears, 2020, p. 218). Además, incorpora plazos específicos para algunos casos (a diferencia de la DMCA y de lo estipulado en el TLC):

- Una vez recibida la notificación privada el intermediario cuenta con 15 días para determinar si requiere información adicional del titular del derecho o de su representante (artículo 12).
- Finalizado este plazo de 15 días deberá comunicar la notificación al supuesto infractor, dentro de 30 días.
- Recibida la comunicación, el presunto infractor contará con un plazo de 15 días para retirar el material o efectuar una contra-notificación.

Si el supuesto infractor no responde la notificación, el intermediario podrá cancelar su cuenta o bloquear o restringir el acceso al material infractor. Este sistema, como expresan Lara y Galvez, se parece más a un proceso de “*notice and notice*”¹⁴ lo que llevó a que Estados Unidos cuestionara esta implementación e incluyera al país en su *Watch List* (Juan Carlos Lara Gálvez & Alan M. Sears, 2020, p. 218).

En los casos de eliminaciones o inhabilitaciones de contenido presuntamente infractor realizadas de buena fe por el intermediario, el Decreto establece que el proveedor estará exento de responsabilidad frente al reclamo del usuario por la remoción siempre que adopte rápidamente los pasos razonables para notificar la remoción o inhabilitación del material al usuario presuntamente infractor y que restaure el material en línea cuando el usuario realice una contra-notificación y se sujete a la jurisdicción nacional para dirimir el conflicto, a menos que el titular del derecho o su representante, informe al proveedor de servicios que ha interpuesto una demanda judicial para la cesación de la actividad del usuario.

Una eliminación de 'buena fe' también puede permitir un puerto seguro (*safe harbour*), siempre que el usuario afectado tenga la oportunidad de presentar una contranotificación, a menos que el titular de los derechos haya informado al proveedor del servicio que iniciará procedimientos judiciales contra el presunto infractor (artículo 15). El decreto menciona explícitamente en su artículo 9 que el conocimiento real puede derivarse de 'hechos y circunstancias' a partir de los cuáles se haga evidente la infracción, incluyendo mediante una comunicación que reciba de conformidad con el artículo 11 o mediante una notificación que reciba de una autoridad judicial competente ordenando el retiro de datos o el bloqueo de acceso a estos (Juan Carlos Lara Gálvez & Alan M. Sears, 2020, p. 218). La remoción de buena fe procede cuando los hechos o circunstancias hacen evidente la infracción (artículos 9 y 10).

Implementación del acuerdo con Estados Unidos por Colombia

La implementación de las disposiciones del acuerdo vinculadas con las responsabilidades de los intermediarios se intentó llevar a cabo mediante diversos paquetes legislativos, entre ellos la famosa Ley Lleras. Sin embargo, los esfuerzos por aprobar el proyecto de ley fueron infructuosos puesto que éste se encontró oposición por sectores de la sociedad colombiana que consideraban que el proyecto vulnera el derecho a la libertad de expresión en línea (María Victoria Bruno & María Belén Gracia, 2023).

¹⁴ El modelo de *notice-and-notice* (notificación y notificación en castellano) implica que el intermediario ante la notificación de una infracción por parte de un particular no debe remover el contenido supuestamente infractor sino que debe notificar al presunto infractor (Kyung-Sin Park, s. f., p. 310, nota 47).

El T-MEC

El T-MEC es el acuerdo comercial entre México, Estados Unidos y Canadá que tuvo como objetivo reemplazar y modernizar al anterior acuerdo entre dichos países, el TLCAN. El acuerdo entró en vigor el 1 de julio de 2020 e incorpora disposiciones que regulan la responsabilidad de los intermediarios. Durante la negociación de este tratado la sociedad civil mexicana expresó sus preocupaciones por la similitud que algunas de las cláusulas propuestas para los capítulos de comercio digital y propiedad intelectual tenían con la Sección 230 de la CDA y con la DMCA y por potenciales afectaciones regresivas al derecho a la libertad de expresión. Más aún, al no contar México con una legislación interna específica que regulase la responsabilidad de intermediarios, para las organizaciones no gubernamentales eran aún más evidentes los riesgos de que el T-MEC regulase *top-down* un tema que aún se encontraba en debate a nivel local. Si bien se realizaron consultas públicas sobre las negociaciones, y funcionarios del Poder Ejecutivo asistieron al Congreso mexicano para explicar el estado y avance de éstas, las organizaciones de la sociedad civil no formaron parte de dichas consultas. Este tipo de limitaciones, que plantea el acuerdo entre Estados Unidos, México y Canadá, no son nuevas y se repiten en acuerdos bilaterales y multilaterales en toda la región. Por ejemplo, la incorporación del Convenio 108 que Argentina firmó para lograr su adecuación en materia de protección de datos personales en 2019 tampoco escapa a esta lógica.

El T-MEC incluye, entre otras cuestiones, definiciones y regímenes específicos en materia de responsabilidad de intermediarios en Internet. Por un lado, si analizamos el capítulo de Comercio Digital, la disposición 19.17 que hace referencia a la responsabilidad de los servicios informáticos interactivos (definidos como “cualquier sistema o servicio que proporciona o habilita el acceso electrónico de múltiples usuarios a un servidor informático”) sigue en líneas generales a la Sección 230 de la CDA. Este es uno de los pocos acuerdos que incorpora las inmunidades por contenidos generados por terceros y de “buen samaritano”.

En este sentido, las Partes reconocen la importancia de promover los servicios informáticos interactivos para el crecimiento del comercio digital y limitan la responsabilidad de intermediarios sobre el contenido de terceros (con exclusión de la propiedad intelectual), que almacenen, procesen, transmitan, distribuyan o pongan a disposición salvo que hayan desarrollado o creado, en su totalidad o en parte, dicho contenido. Además, los países no podrán imponer responsabilidad a los proveedores o usuarios a causa de: (a) cualquier acción voluntariamente adoptada de buena fe por

el proveedor o usuario para restringir su acceso a o la disponibilidad del material que es accesible o está disponible mediante el suministro o uso de los servicios informáticos interactivos y que el proveedor o usuario considere perjudicial u objetable; o (b) cualquier medida adoptada para habilitar o poner a disposición los medios técnicos que permitan a un proveedor de contenidos de información u otras personas restringir el acceso a material que considere perjudicial u objetable.

El artículo establece excepciones en lo que refiere a propiedad intelectual, o relativas a la aplicación de cualquier ley penal, o medidas vinculadas con el incumplimiento por parte de un proveedor o servicio informático de una orden legal específica emanada de una autoridad competente. Además, se establece un plazo de 3 años para la entrada en vigencia del capítulo 19.17 en México y que México cumplirá con las obligaciones del artículo sobre Servicios Informáticos Interactivos de una manera que sea tanto efectiva como consistente con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente los artículos 6 y 7.

Por otro lado, en el capítulo de Propiedad Intelectual la responsabilidad de los intermediarios es regulada por la disposición 20.89, que exige que los Estados aseguren la existencia de recursos legales para los titulares de derechos de autor. Por un lado, deben generar incentivos legales para asegurar que los Proveedores de Servicios de Internet cooperen con los titulares del derecho para disuadir el almacenamiento y transmisión no autorizados de materiales protegidos por derechos de autor. Por otro lado, los Estados deben blindar a los intermediarios frente a la responsabilidad por infracciones que éstos “no controlen, inicien o dirijan, y que tengan lugar a través de sistemas o redes controladas u operadas por ellos o en su representación”.

No obstante, para que los intermediarios gocen de estas limitaciones de responsabilidad se establecen condiciones específicas. Entre ellas, se les requiere que retiren o inhabiliten de manera *expedita* el acceso a materiales alojados en sus sistemas o redes cuando tomen *conocimiento cierto* de la infracción del derecho de autor; o a partir de un mecanismo de “notificación y retiro” (*notice and take down*), cuando el titular de derechos o alguna persona autorizada por éste remitan una *notificación* (artículo 20.88.3 incisos (a) y (b)). Además, deberán establecer un mecanismo de *contra-notificaciones* para aquellos casos en los que el material es eliminado o bloqueado por error o mala identificación (artículo 20.88).

Cuando un intermediario retire o inhabilite de *buena fe* el acceso a dicho material estará exento de cualquier responsabilidad proveniente de ello, siempre que tome medidas razonables, por adelantado o inmediatamente después, para notificar a la persona cuyo material fue removido o inhabilitado. El artículo nada dice respecto a que los intermediarios tengan que demostrar que hubo una violación a los derechos de autor para quedar exentos de responsabilidad. Además, el artículo

menciona que la notificación debe contar con información que le permita al intermediario de manera *razonable* identificar la obra o contenido violatorio y que le dé una *confiabilidad* suficiente respecto a la titularidad o autoridad de los derechos de autor de quien reclama.

El acuerdo deja la puerta abierta para que cada Estado establezca los procedimientos apropiados en sus leyes o regulaciones para lograr efectivas notificaciones de presuntas violaciones y efectivas contra-notificaciones para casos en los que el material es bloqueado. No obstante, a diferencia del TPP, como veremos seguidamente, sí es obligatorio para los Estados Parte establecer dichos procedimientos.

Finalmente, como expresa el artículo 20.88 inc 6), la elegibilidad para las exenciones de responsabilidad está condicionada a: que el intermediario adopte e implemente razonablemente una política que prevea la terminación de cuentas de infractores reincidentes; que acomode y no interfiera con medidas técnicas estándar aceptadas en el territorio de la Parte que protegen e identifican material protegido por derechos de autor; y que no reciba un beneficio financiero directamente atribuible a la actividad infractora, en circunstancias en las cuales tiene el derecho y la capacidad de controlar dicha actividad (cuando se trate de almacenamiento, a petición de un usuario, del material que se aloje en un sistema o red controlado u operado por o para un Proveedor de Servicios de Internet; y referir o vincular a usuarios a un sitio en línea mediante el uso de herramientas de búsqueda de información, incluyendo hipervínculos y directorios).

Implementación de las disposiciones del acuerdo

Como se mencionó en el Capítulo anterior, las obligaciones establecidas en el T-MEC respecto a la responsabilidad de los intermediarios han sido implementadas por el Estado mexicano a través de su reforma de la Ley Federal de Derechos Autor en 2020. No obstante, esta reforma no fue bien recibida por la sociedad civil por múltiples aspectos. Por un lado, porque la regulación de intermediarios propuesta en el T-MEC supone la transferencia directa de las normas estadounidenses en la materia, incluyendo la CDA y la DMCA, lo que podría constituir un retroceso en materia de libertad de expresión y acceso al conocimiento. Además, manifestaron que en su proceso de armonización legal al T-MEC el Estado mexicano “se apuró” en aprobar una nueva ley de derechos de autor sin un proceso de consulta o debate suficientes (Cory Doctorow, 2020) lo que dio lugar a la campaña “Ni censura ni candados”¹⁵ que exitosamente exigió a la Comisión Nacional de Derechos Humanos que presente una acción de inconstitucionalidad¹⁶ contra la ley que se encuentra aún en trámite. Los argumentos esgrimidos en la acción se centraron en

¹⁵ Aquí se pueden encontrar la campaña: <https://participa.nicensuranicandados.org/>

¹⁶ Aquí se puede acceder a la acción de inconstitucionalidad: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2020-08/Acc_Inc_2020_217.pdf

cómo las reformas atentan contra la libertad de expresión, promueven la censura en línea y vulneran el debido proceso y garantías judiciales

El CPTPP

El Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico es el acuerdo celebrado entre Australia, Brunéi, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam. Este acuerdo fue consecuencia de la ratificación frustrada del TPP luego de que Estados Unidos decidiese retirarse en 2017. El CPTPP, entonces, es un derivado del TPP al punto de incorporar disposiciones casi *verbatim* al texto del acuerdo (Juan Carlos Lara Gálvez & Alan M. Sears, 2020, pp.213 y 220). En lo que respecta a responsabilidad de los intermediarios, los países parte del CPTPP decidieron suspender temporalmente la aplicación de la sección 18.82 del Capítulo de Propiedad Intelectual sobre “Remedios Legales y Puerto Seguro”.

No obstante, es importante explicar lo allí abordado. Las disposiciones son prácticamente idénticas a las del T-MEC pero con ciertas salvedades:

1. Se les requiere establecer procedimientos que permitan una acción efectiva (mas no también expedita como en el T-MEC) por parte de los titulares de derechos de propiedad intelectual contra las infracciones
2. No se les requiere establecer mecanismos de notificaciones ni de contra-notificaciones.
3. No se mencionan las condiciones para acceder a las exenciones, tales como las mencionadas anteriormente sobre el artículo 20.88 inc) 6.

Acuerdos con países por fuera de América Latina

Estados Unidos también celebró acuerdos con Singapur, Marruecos, Corea del Sur, Australia, Omán y Bahrein, respectivamente. En estos seis TLCs se incorporaron disposiciones prácticamente idénticas relativas a la responsabilidad de los intermediarios en el Capítulo de Propiedad Intelectual bajo el apartado “Limitaciones de responsabilidad de los proveedores de servicios”. Asimismo, las disposiciones incorporadas son prácticamente idénticas a las establecidas en los acuerdos que Estados Unidos tiene con Centroamérica, Chile, Colombia, Panamá y Perú. Sí es importante destacar que dos de los cinco acuerdos, el de Bahrein, Marruecos y Omán, incluyen además *side-letters* que especifican los requisitos de las notificaciones efectivas por escrito a los proveedores de servicios con respecto a contenidos infractores y de las contra-notificaciones por escrito efectivas por parte de aquellos cuyo contenido se eliminó o deshabilitó por error o

identificación errónea. Además, en el acuerdo de Comercio Digital entre Estados Unidos y Japón firmado en 2019 se incluyeron en el artículo 18 las obligaciones de Servicios Informáticos Interactivos. Dado que la cláusula es idéntica a la incorporada en el T-MEC es pertinente la explicación presentada anteriormente. Luego, mediante una *side letter* ambas partes concluyeron que existen diferencias entre sus respectivos sistemas legales que rigen la responsabilidad de los proveedores de servicios informáticos interactivos y que la ley vigente en Japón (Ley de Limitación de Responsabilidad por Daños de Proveedores de Servicios de Telecomunicaciones Específicos y el Derecho a Exigir la Revelación de Información de Identificación del Remitente) no era contraria a las obligaciones establecidas en el acuerdo. De hecho, algunos autores afirman que mediante esta *side letter* interpretativa Japón neutralizó las pretensiones norteamericanas de establecer un régimen *alla CDA* (Han-Wei Liu, 2022, p. 30).

Acuerdos celebrados por la Unión Europea

De los acuerdos que se han mapeado para este trabajo en los que la UE haya negociado y/o celebrado con otros países, pocos incorporan cláusulas sobre responsabilidad de los intermediarios. En particular, esta práctica recién comenzó a partir del año 2011 con el acuerdo entre la UE y Corea del Sur. Primero, entonces, se describirán los acuerdos con países de América Latina (en vigor o acordados en principio) que incorporan estas cláusulas y luego aquellos celebrados con países por fuera de América Latina, con el objetivo de identificar si se trata de un mismo modelo regulatorio el que la UE propone y negocia con sus socios comerciales.

Acuerdos con países de América Latina

El Acuerdo UE - Colombia, Ecuador y Perú

El acuerdo fue celebrado por la Unión Europea y Colombia y Perú en 2012 mientras que Ecuador se sumó al acuerdo en 2017 e incorpora cláusulas sobre la responsabilidad de los intermediarios que sigue los criterios de la Directiva de Comercio Electrónico de la UE. Con respecto a los servicios de “mera transmisión” establece que los intermediarios no serán responsables por el contenido transmitido siempre que no originen la transmisión, sin perjuicio de que un tribunal o autoridad administrativa, de conformidad con el sistema jurídico de cada Parte, exija al intermediario poner fin a ó evitar una infracción (artículo 251).

En los casos de servicios de “caché” el proveedor del servicio no será responsable por el almacenamiento automático, intermedio y temporal de la información siempre que no modifique la información, cumpla con las condiciones de acceso a la información, cumpla las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de manera ampliamente reconocida y utilizada por la industria; no interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por la industria, para obtener datos sobre la utilización de la información; y actúe con prontitud para retirar o deshabilitar la información que haya almacenado, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, de que se ha deshabilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o deshabilitarla.

En los casos de “alojamiento de datos” el intermediario no será responsable por la información almacenada a pedido del usuario siempre que no tenga conocimiento real de actividades o informaciones ilícitas; o actúe con prontitud para retirar o deshabilitar el acceso a esa información en cuanto obtenga tal conocimiento o información. Al igual que en los otros casos, sin perjuicio de que un tribunal o autoridad administrativa, de conformidad con el sistema jurídico de cada Parte, exijan al proveedor poner fin a una infracción o impedirla, ni a la posibilidad de que una Parte establezca procedimientos por los que se rija el retiro o la inhabilitación del acceso a información (artículo 253).

Finalmente, el artículo 254 afirma la inexistencia de una obligación general de supervisión del contenido que transmitan o almacenen, ni una obligación general de buscar activamente hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas. No obstante, sí habilita a que las partes puedan establecer obligaciones para que los intermediarios informen a las autoridades sobre presuntas actividades ilícitas.

El Acuerdo UE-México

Existe un acuerdo vigente entre la Unión Europea y México desde el año 2000. Sin embargo este acuerdo no incorpora cláusulas sobre la responsabilidad de los intermediarios. En el año 2016 ambas partes comenzaron a negociar un nuevo acuerdo y llegaron a un acuerdo en principio en abril de 2018. Si bien el acuerdo aún no se encuentra en vigor, allí sí podemos encontrar en el Capítulo de Propiedad Intelectual cláusulas que regulan la responsabilidad de los intermediarios y que la UE viene incorporando en varios de sus acuerdos.

El artículo X.56 sobre Medidas Provisionales y Precautorias establece que cada Parte debe garantizar que las autoridades judiciales puedan, a petición del solicitante, dictar contra el presunto infractor una medida cautelar destinada a impedir cualquier infracción inminente de un derecho de propiedad intelectual, o prohibir, con carácter provisional y sujeto, en su caso, a una multa coercitiva cuando así lo disponga derecho interno, la continuación de las supuestas violaciones de ese derecho, o para hacer tal continuación sujeta a la constitución de garantías destinadas a asegurar la compensación del titular del derecho. También podrá dictarse medida cautelar, en las mismas condiciones, contra un intermediario cuyos servicios están siendo utilizados por un tercero para infringir un derecho de propiedad intelectual. A los efectos de este artículo, "intermediarios" incluye Internet.

El artículo X.58 sobre "Mandamientos judiciales" expresa que cada Parte deberá asegurar que, cuando una decisión judicial determine una infracción de un derecho de propiedad intelectual, las autoridades judiciales competentes podrán dictar contra el infractor así como contra un intermediario cuyos servicios están siendo utilizados por un tercero para infringir un derecho de propiedad intelectual una medida cautelar destinada a prohibir la continuación de la infracción.

El Acuerdo UE-Chile

En 2017, la UE y Chile acordaron modernizar el Acuerdo de Asociación de 2002 y reemplazarlo por un Acuerdo Marco Avanzado (AFA) de nueva generación que refuerza y profundiza su relación bilateral. Las negociaciones tuvieron un cierre técnico en octubre de 2021 y un cierre político en Bruselas el 9 de diciembre de 2022. Este acuerdo contiene disposiciones idénticas a las del Acuerdo UE-México en los artículos 25.53 y 25.55 presentados más arriba. Si bien se llegó a un acuerdo técnico y a uno político, queda aún pendiente su firma, aprobación y ratificación por las Partes.

Acuerdos con países fuera de América Latina

Acuerdos UE-Japón, UE-Corea del Sur, UE-Cariforum y UE-Reino Unido

En estos acuerdos encontramos cláusulas prácticamente idénticas a las del acuerdo con México. En el caso del acuerdo con Japón se encuentran en los artículos 14.44 y 14.46, en el acuerdo con Corea del Sur en los artículos 10.46 y 10.48, en el acuerdo con Cariforum en los artículos 156 y 158 y con el Reino Unido en los artículos 261 y 263, respectivamente.

Acuerdo UE-Singapur

El Acuerdo de Libre Comercio UE-Singapur entró en vigor el 21 de noviembre de 2019. Contiene en el capítulo de Propiedad Intelectual el artículo 10.47 sobre la “responsabilidad de los proveedores de servicios de intermediarios”. Allí establece que cada Parte establecerá exenciones o limitaciones en su legislación nacional con respecto a la responsabilidad de los intermediarios por infracciones de derechos de autor o derechos relacionados o marcas registradas que tengan lugar a través de sistemas o redes controlados u operados por ellos o en su nombre. Estas exenciones cubren la transmisión de contenido o información y el *almacenamiento en caché*. También expresa que la elegibilidad para las exenciones o limitaciones no puede estar condicionada a que el proveedor de servicios tenga una obligación general de monitoreo o de que busque de manera proactiva hechos que indiquen una actividad infractora. Además incorpora la posibilidad de que cada Parte pueda prescribir en su legislación interna las condiciones para que los proveedores de servicios califiquen para las exenciones y que establezca los procedimientos apropiados para notificaciones efectivas de supuestas infracciones y contra-notificaciones efectivas por parte de aquellos cuyo material se elimine o deshabilitado por error o mala identificación. Esto sin perjuicio de que un tribunal o autoridad administrativa, de conformidad con el sistema jurídico de cada Parte, exija al intermediario poner fin a ó evitar una infracción.

Acuerdo UE- Vietnam

El acuerdo entre la Unión Europea y Vietnam entró en vigor el 01 de agosto de 2020. Este acuerdo contiene disposiciones muy similares a las del acuerdo UE-Singapur con algunas diferencias. El artículo 12.55 se refiere a la “Responsabilidad de los proveedores de servicios intermediarios” y expresa que cada Parte deberá establecer limitaciones o exenciones a la responsabilidad de los intermediarios, en relación con la prestación o el uso de sus servicios, por infracciones de los derechos de autor o derechos conexos que tengan lugar en o a través de las redes de telecomunicaciones. Las exenciones deberán cubrir a) las transmisión de contenido o la provisión de acceso a una red de telecomunicaciones (*mero conducto*), b) el *almacenamiento caché* siempre que el intermediario no modifique la información más que por razones técnicas; cumpla con las condiciones de acceso a la información; cumpla con las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de manera ampliamente reconocida y utilizada por la industria; no interfiera con el uso lícito de la tecnología, ampliamente reconocida y utilizada por la industria, para obtener datos sobre el uso de la información; y elimine o inhabilite el acceso a la información que tiene almacenada al tener conocimiento de que la información en la fuente inicial de la transmisión ha sido eliminada de la red, o el acceso a ella ha sido desactivado; c) el *hosting* siempre

que el proveedor no tenga conocimiento del contenido ilícito; y que al obtener dicho conocimiento actúe de manera expedita para eliminar o inhabilitar el acceso a la información preocupado.

Como en el caso de Singapur, habilita la posibilidad de que cada Parte establezca en su legislación interna condiciones bajo las cuales los proveedores de servicios de intermediación no calificarán para las exenciones. Además incorpora la posibilidad de que cada Parte pueda prescribir en su legislación interna las condiciones para que los proveedores de servicios califiquen para las exenciones y que establezca los procedimientos apropiados para notificaciones efectivas de supuestas infracciones y contra-notificaciones efectivas por parte de aquellos cuyo material se elimine o sea deshabilitado por error o mala identificación. Esto sin perjuicio de que un tribunal o autoridad administrativa, de conformidad con el sistema jurídico de cada Parte, exija al intermediario poner fin a ó evitar una infracción.

.....

Como vimos hasta aquí, la UE ha incorporado cláusulas sobre la responsabilidad de los intermediarios en nueve acuerdos. En algunos de ellos introdujo un lenguaje muy similar al de su Directiva de Comercio Electrónico (en los acuerdos con Colombia, Ecuador y Perú, Singapur y Vietnam) mientras que con otros países (México, Japón, Corea del Sur, Cariforum y el Reino Unido) la mención a los intermediarios es más incidental y vinculada a la existencia de mecanismos judiciales cautelares para impedir la infracción a derechos de propiedad intelectual.

Acuerdos Comerciales celebrados por el Reino Unido

Debido a que, en ocasión del *Brexit*, luego del año 2020 el Reino Unido se retiró de la Unión Europea en este pequeño apartado se reseñan aquellos acuerdos comerciales en los que existen disposiciones vinculadas con la responsabilidad de intermediarios. En el *acuerdo entre el Reino Unido y Australia* de 2021 encontramos en el Capítulo de Propiedad Intelectual los artículos 15.88, 15.89, 15.90 y 15.91 en los que se regulan las limitaciones a la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP por sus siglas en inglés). Allí se expresa que cada Parte establecerá o mantendrá un sistema que limite la responsabilidad de los ISP (y otros proveedores de servicios en línea) por infracciones a los derechos de propiedad intelectual por parte de un usuario de sus servicios. Dicho sistema podrá exigir que el ISP actúe para impedir el acceso a materiales que infrinjan esos derechos. Esto sin perjuicio de que un tribunal pueda requerir al ISP que finalice o prevenga una infracción, incluso a través de una medida cautelar (*injunction* en inglés). De hecho, en el artículo sobre órdenes de bloqueo (15.89) se establece que cada parte deberá disponer que sus

autoridades judiciales civiles tengan la autoridad de dictar medidas cautelares contra un ISP dentro de su territorio ordenándole tomar medidas para bloquear el acceso a una ubicación en línea específica, en los casos en que esa ubicación en línea se encuentra fuera del territorio de esa parte, y que los servicios del ISP sean utilizados por un tercero para infringir derechos de propiedad intelectual. Finalmente, las autoridades competentes de cada parte podrán ordenarle a un ISP que notifique al titular de los derechos afectados la identificación del suscriptor cuya cuenta fue utilizada para llevar a cabo dicha infracción. Esto último siempre que el titular haya presentado un reclamo legalmente suficiente sobre una marca registrada o derechos de autor y cuando dicha información sea necesaria para proteger o hacer cumplir esos derechos. En el *Acuerdo entre el Reino Unido y Nueva Zelanda de 2022* encontramos disposiciones muy similares en el Capítulo de Propiedad Intelectual en los artículos 17.81, 17.82, 17.83 y 17.84, pero con una salvedad puesto que en este caso no se habla de ISP sino de Proveedores de Servicios en Línea (OSP por sus siglas en inglés). Por otro lado, en el *Acuerdo entre el Reino Unido y Japón de 2020*, también se incluyeron disposiciones sobre la materia en el Capítulo sobre Propiedad Intelectual en el artículo 14.59 denominado Ejecución en el Entorno Digital, que establecen que cada Parte tomará medidas apropiadas para limitar la responsabilidad o los recursos disponibles contra los OSP por infracción de derechos de propiedad intelectual por parte de los usuarios de sus servicios o instalaciones en línea, cuando los OSP tomen medidas para impedir el acceso a los contenidos que infrinjan los derechos de propiedad intelectual de acuerdo con las leyes y reglamentos de cada parte. También aquí se habilita la posibilidad de que el OSP brinde informaciones sobre el supuesto infractor al titular de los derechos. Los *Acuerdos entre el Reino Unido e Islandia, Liechtenstein y Noruega y entre el Reino Unido y la UE* tienen dos artículos en su Capítulo sobre Propiedad Intelectual (7.54 y 7.56; 261 y 263, respectivamente) prácticamente iguales a los incluidos en el acuerdo UE-México por lo que remito a lo allí explicado.

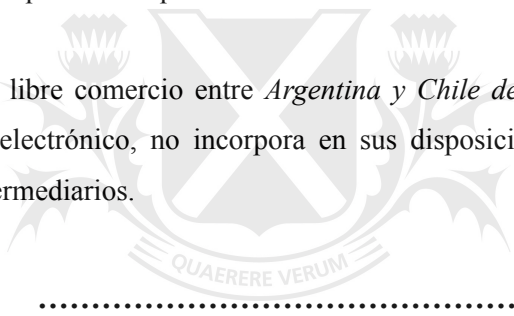
Acuerdos Comerciales celebrados por países de América Latina

En este apartado se comentarán aquellas disposiciones que algunos países de América Latina han adoptado en sus acuerdos comerciales con otros países relativas a la responsabilidad de los intermediarios. Es importante mencionar que tres de los grandes acuerdos celebrados en la región (la Alianza del Pacífico, el Acuerdo de Asociación de Economía Digital entre Chile, Singapur y Nueva Zelanda y el Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica entre Brunei, Chile, Singapur y Nueva Zelanda) no contienen este tipo de cláusulas. No obstante, encontramos algunos ejemplos de tratados en vigor con disposiciones sobre la materia, como por ejemplo el *acuerdo Australia-Chile de 2009*. Allí, se incorpora un artículo titulado “Responsabilidad de los Proveedores de Servicios” que establece que cada parte deberá presentar un proyecto legislativo

que establezca exenciones a la responsabilidad de los intermediarios por infracciones a los derechos de autor o derechos conexos, que dichos proveedores no controlen, inicien o dirijan y que ocurran a través de sus sistemas o redes siempre que: retiren o inhabiliten el acceso al material infractor, una vez que el titular de los derechos lo notifique mediante un procedimiento establecido por cada Parte; y que no reciba un beneficio económico por la actividad infractora, en circunstancias en que tiene el derecho y la capacidad para controlar dicha actividad.

El *acuerdo Japón-Perú* de 2011, establece en su artículo 185 titulado “Proveedores de Servicios de Internet” que cada Parte establecerá un marco jurídico para la limitación de las obligaciones de los proveedores de servicios de Internet con el objetivo de alentarlos a eliminar de sus servidores los materiales que estén infringiendo los derechos de autor y derechos conexos. Además, deberán establecer procedimientos que les permitan a los titulares de los derechos violados obtener de los intermediarios información que identifique al infractor.

Finalmente el acuerdo de libre comercio entre *Argentina y Chile de 2019*, si bien contempla un capítulo sobre comercio electrónico, no incorpora en sus disposiciones cláusulas relativas a la responsabilidad de los intermediarios.



.....
Universidad de

De esta extensa descripción de los modelos y cláusulas incorporados en diversos acuerdos podemos resaltar que los que más regulan la responsabilidad de los intermediarios son los negociados y celebrados ya sea por Estados Unidos o por la Unión Europea con otros socios comerciales. Además, tanto la UE como Estados Unidos proponen en sus negociaciones modelos regulatorios que se ajustan o siguen los lineamientos de sus normativas nacionales o regionales y estos modelos, salvo algunas divergencias, son prácticamente iguales en los TLCs que han negociado. También se puede apreciar que la mayoría de las cláusulas son incorporadas en los Capítulos de Propiedad Intelectual y, en unos pocos casos, en los Capítulos sobre Comercio Electrónico. Finalmente, en los acuerdos celebrados por países de América Latina que no tienen como socios comerciales a Estados Unidos o la UE, la incorporación de este tipo de cláusulas no es una práctica preponderante y, en aquellos casos en los que han sido incluidas, han estado vinculadas con la protección del derecho de autor y con la adopción de un marco legal nacional y un mecanismo de notificación y retiro. Como se explicará más adelante, por un lado será necesario apreciar cuán fácil ha sido para los países de América Latina implementar los compromisos asumidos así como indagar si los modelos propuestos se ajustan a los estándares de libertad de expresión imperantes en la región de acuerdo al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH por sus siglas en castellano).

Capítulo 4. La (in)adecuación de los modelos de responsabilidad de intermediarios en América Latina

We must learn to embrace a truth that is full of irony and contradiction: that the state can be both an enemy and a friend of speech; that it can do terrible things to undermine democracy but some wonderful things to enhance it as well (Owen Fiss, 1998, p. 83).

Introducción

En el capítulo 1 identificamos dos modelos de regulación de la responsabilidad de los intermediarios imperantes a nivel mundial y que han sido exportados vía TLCs a otros países. Llamaré a uno de estos modelos “el norteamericano” y al otro “el europeo”. El primero, basado en la DMCA y/o la Sección 230 de la CDA y el segundo basado en la Directiva de Comercio Exterior y/o la DSA.

La literatura académica, organizaciones de la sociedad civil, empresas y actores políticos han analizado estos modelos *in extenso* identificando sus fortalezas y debilidades. También se han presentado propuestas regulatorias en los últimos años para complementar estos modelos o modificarlos en función de las crecientes demandas sociales sobre: protección de datos personales, mejor protección de los derechos de propiedad intelectual y de la libertad de expresión en línea, transparencia en los procesos de moderación de contenidos (inclusive en procesos electorales) y mecanismos de apelación para las decisiones adoptadas en la moderación, protección de la infancia en línea, discursos de odio, violencia de género, violencia contra grupos sociales excluidos, protección de la identidad digital, sustentabilidad de los medios de comunicación, lucha contra el terrorismo, electorales, derecho al olvido y desinformación entre otros. En este capítulo se abordarán algunos de los mecanismos que podrían haber llevado a los países de América Latina a la adopción de estos modelos regulatorios extranjeros así como sus implicancias para la libertad de expresión y sus posibles críticas.

La adopción de normas extranjeras sobre la responsabilidad de intermediarios en los países de América Latina

Detallar y/o explicar las razones por las que los países de América Latina deciden adoptar normas extranjeras sobre responsabilidad de intermediarios excede el objetivo del presente trabajo. Sin embargo, siguiendo a John Braithwaite y Peter Drahos, se intentará esbozar los diferentes mecanismos que coadyuvan a la globalización de la regulación empresarial (John Braithwaite & Peter Drahos, 2000, p. 532). Dichos autores, identifican siete mecanismos: la coerción militar, la coerción económica, sistemas de recompensas, modelización, ajustes recíprocos, coordinación no recíproca y construcción de capacidades. Aquí me concentraré en tres de ellos: la modelización, la coerción económica y los sistemas de recompensas.

Coerción económica y sistemas de recompensas

Dos mecanismos que aquí nos interesan son la coerción económica y los sistemas de recompensas. La utilización de mecanismos de coerción económica de manera bilateral entre países suele ser utilizada en las negociaciones comerciales y, muchas veces, adquieren el formato de una amenaza como, por ejemplo, la restricción de acceso a mercados, la eliminación de beneficios (como el recibir ayuda financiera o ser parte de un Sistema Generalizado de Preferencias-SGP-) o la inclusión en una *watch-list* (John Braithwaite & Peter Drahos, 2000, p. 535, 539). Los sistemas de recompensas son la otra cara de la coerción económica, pues a diferencia de ésta, otorgan beneficios a quienes se ajustan a la globalización regulatoria (por ejemplo, la UE implementó en 1998 en su SGP un incentivo para aquellos países que cumplieran con normas derivadas de la Organización Internacional del Trabajo y con el cumplimiento de los objetivos de acceso a mercado de la Ronda Uruguay) (John Braithwaite & Peter Drahos, 2000, p. 537).

Modelización

Braithwaite y Drahos explican, utilizando una dicotomía a veces cuestionada, que los países de la periferia tienden a imitar mucho más los modelos del centro, que los países del centro modelos de la periferia. Esto da como resultado que en términos generales el sistema mundial esté dominado desde el núcleo con tendencias hacia la homogeneización internacional (John Braithwaite & Peter Drahos, 2000, p. 583), siguiendo las configuraciones de poder imperantes en la arena internacional.

Para explicar por qué ocurre la difusión de la modelización recurren a la descripción de cinco agentes que intervienen en el proceso: 1) los *misioneros del modelo*: aquellos promotores que, motivados por la creencia en un modelo propio, viajan al extranjero para darlo a conocer; los *mercenarios del modelo*: aquellos promotores del modelo en el mundo que lo explotan comercialmente (generalmente empresas); los *traficantes del modelo*: aquellos que persiguen su agenda política mediante la promoción de un gran número de modelos generalmente extranjeros (muchas veces se trata de pequeños actores que recurren a diversos modelos para obtener pequeñas victorias regulatorias); los *ecónomos del modelo*: aquellos que prefieren copiar un modelo a innovar y, de este modo, economizar en la depuración del modelo y en conseguir apoyo político para éste; finalmente los *modernizadores del modelo*: aquellos que adoptan modelos del centro por razones de legitimidad y para aprovechar el poder identificativo de ser vistos como modernos, civilizados o progresistas (John Braithwaite & Peter Drahos, 2000, p.585).

Como explican los autores, muchas veces las secuencias de modelos ocurren con la interacción de uno o varios de estos agentes y, a veces, con el riesgo de acarrear una mala representación de aquello que se modela (ya sea porque el modelo en sí es mal copiado o entendido o porque se asume que aquello que el modelo regula o resuelve es idéntico a lo que es necesario resolver a nivel global).

El efecto Bruselas (un caso de modelización)

El llamado *efecto Bruselas* es algo que ha comenzado a cobrar relevancia en los últimos años. Como explica Anu Bradford, durante mucho tiempo este efecto fue un subproducto secundario de la agenda regulatoria europea impulsada por motivaciones internas para construir un estado regulador europeo desde 1990 y, sólo más recientemente, ha surgido como una agenda externa a perseguir (Anu Bradford, 2020, p.7). Es decir, el principal objetivo de la agenda regulatoria europea habría sido en sus comienzos fomentar la armonización normativa con el objetivo de mejorar el funcionamiento del mercado único y facilitar el comercio transfronterizo (tratando de minimizar que las empresas deban adecuar sus productos o servicios a los requisitos de cada país) y, de este modo, evitar la fragmentación interna, a través de desarrollos legislativos e interpretaciones divergentes en cada uno de los países que integran la Unión (Anu Bradford, 2020, p. 10). Ahora bien, como explica Bradford, si bien esta armonización podría haber bajado la vara para todos los países de la Unión con el objetivo de encontrar un común denominador entre ellos, en realidad tuvo el efecto opuesto para salvaguardar y mantener ciertos estándares en la protección de los derechos de sus ciudadanos y empresas. Asimismo, la mentada armonización también tiene pretensiones de

ser exportada como estándares para el resto del mundo como puede colegirse en algunos documentos publicados por la Unión Europea (European Parliament, 2017, p.17). De hecho, ya en el 2007 la Comisión de la UE en el documento *The External Dimension of the Single Market Review* expresó que la UE tenía una ventana de oportunidad para liderar soluciones a cuestiones globales promoviendo sus modernos marcos regulatorios a nivel internacional en sectores diversos tales como la protección del medio ambiente o la protección de los datos personales (European Commission, 2007).

Un claro ejemplo de esto es la Directiva de Protección de Datos Personales 95/46/EC. Ya en ese momento la UE había abierto la puerta a la posibilidad de que países por fuera de la Unión pudieran obtener una certificación de adecuación para poder permitir un flujo transfronterizo de datos de una manera más flexible. El diseño de la normativa que reemplazó a la Directiva, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD por sus siglas en castellano), sigue esa misma idea en lo que respecta a certificados de adecuación. De hecho, como explican Carrillo y Jackson, si bien mantiene varias de las cuestiones abordadas por la Directiva al mismo tiempo intenta profundizar y expandir el régimen jurídico de su predecesor y, al mismo tiempo, resolver el problema de las interpretaciones jurídicas internas contradictorias dentro de la UE que había generado la Directiva y, por lo tanto, resolver la fragmentación de las leyes nacionales europeas de privacidad de datos (Arturo J Carrillo & Matías Jackson, 2022, p.6). Ahora bien, lo que podría explicar la influencia regulatoria de la UE a nivel global no es solamente el tamaño de su mercado interno, sino también el desarrollo de una arquitectura institucional del tamaño de su mercado (Anu Bradford, 2020, p.25). Bradford explica también que:

“En particular, la naturaleza bien específica de las regulaciones de la UE son más fáciles de emular por los países en desarrollo que pueden tener agencias administrativas y judiciales menos calificadas. En estos países de bajos ingresos, las normas legales detalladas y codificadas pueden actuar como sustitutos del capital humano y, por lo tanto, son elegidas por sobre estándares más flexibles (...) Los reglamentos de la UE no sólo son plantillas más precisas y, por lo tanto, más accesibles, sino que también tienen la ventaja adicional de ser promulgadas en varios idiomas, incluidos el francés, portugués y español. Esto facilita la copia de las regulaciones europeas, particularmente en América Latina y el África francófona. Además, los países con estrechos lazos culturales e históricos con la UE (o, como suele ser el caso, de sus ex-colonias) tienden a buscar orientación en

las leyes de los estados miembros individuales de la UE” (Anu Bradford, 2020, p.79)¹⁷.

De hecho, entre esos lazos históricos se encuentra la tradición civilista (en general más detallada y específica en la formulación de instrumentos regulatorios que el *common law*) que muchos países de América Latina comparten con la Unión Europea, lo que también podría explicar la copia y adopción de la normativa europea. Asimismo, como se mencionó en la introducción de esta tesis, tampoco se pueden desconocer los mecanismos de *soft power* descritos por Nye y Mead y que la UE al igual que Estados Unidos ejerce en sus interacciones con otros países del mundo. De hecho, como explica Manners, este poder que ejerce Europa sobre otros países es normativo o ideológico (Ian Manners, 2002, p. 239) que, además, se presenta como un modelo regulatorio a seguir.

Como explican Carrillo y Jackson en su artículo *Follow the Leader*, la influencia regulatoria europea sobre países de América Latina puede identificarse en los regímenes de protección de datos personales y privacidad, tanto en relación la Directiva como en relación al RGPD. No sólo es posible encontrar disposiciones muy similares a las incorporadas en dichos instrumentos tanto en legislación vigente como en propuestas regulatorias, sino también en la adopción de cambios a nivel local para lograr un correcto nivel de adecuación que permita obtener una certificación por la Unión Europea y, de este modo, facilitar la transferencia transfronteriza de datos (entre ellos acceder al Convenio 108 del Consejo Europeo¹⁸). A continuación se describirán algunos de los ejemplos que podemos encontrar en América Latina en relación a la DSA.

Iniciativas regulatorias derivadas de la DSA

Desde la aprobación de la DSA se han presentado algunas propuestas regulatorias en América Latina que están inspiradas en la norma e incorporan un lenguaje similar al utilizado allí. Por ejemplo, como se explicó en el capítulo 2, en Brasil se presentó el proyecto de ley 2630/2020 sobre

¹⁷La traducción es propia: “*In particular, the well-specified nature of EU law is easier to emulate in developing countries that may have less-skilled administrative agencies and judiciaries. In these low-income countries, detailed and codified legal norms can act as substitutes for human capital, and are thus preferred to more flexible standards (...) EU regulations are not only more precise and hence more accessible templates, but they also have the additional advantage of being promulgated in several languages, including French, Portuguese, and Spanish. This facilitates the copying of EU laws, particularly in Latin America and Francophone Africa. In addition, third countries with close cultural and historic—or, as often is the case, colonial—ties tend to look to individual EU member state laws for guidance*”.

¹⁸ El RGPD incluye entre uno de sus criterios para determinación la adecuación de un tercer país el que éste sea parte del Convenio 108: “Aparte de los compromisos internacionales adquiridos por el tercer país u organización internacional, la Comisión debe tener en cuenta las obligaciones resultantes de la participación del tercer país u organización internacional en sistemas multilaterales o regionales, en particular en relación con la protección de los datos personales, y el cumplimiento de esas obligaciones. En particular, debe tenerse en cuenta la adhesión del país al Convenio del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal y su Protocolo adicional” (las negritas son mías), RGPD, considerando 105.

noticias falsas que, luego de las modificaciones en 2023, incorporó en su artículo 7 la obligación de los intermediarios de analizar, evaluar y mitigar riesgos sistémicos que en la DSA se encuentra descrita en su artículo 34. De igual manera, el PL 2630 emula el artículo 40.4 de la DSA en su artículo 25 donde regula el acceso a datos con fines de investigación académica.

También se puede mencionar el caso de Costa Rica en donde se presentó un proyecto de ley que regula la *Gobernanza de los Servicios Digitales y el Comercio Electrónico* (Expediente 23184). Dicho proyecto contiene una sección denominada Régimen Jurídico de los Servicios Intermediarios de la Sociedad de la Información (artículos 31 a 46) que prácticamente es una copia idéntica del Capítulo II sobre Responsabilidad de Intermediarios de la DSA (artículos 4 a 18)¹⁹.

Problemas vinculados con la importación de modelos extranjeros

En los Capítulos 2 y 3 se mostró que los países de América Latina han adoptado disposiciones sobre responsabilidad de los intermediarios a través de los acuerdos comerciales celebrados con Estados Unidos y, en menor medida, con la Unión Europea. Las razones por las que estas dos potencias han incorporado estas cláusulas podría explicarse porque ambas tienen un especial interés en proteger su propiedad intelectual (patentes, diseños, derechos de autor y marcas registradas) a nivel internacional ya que son dueños de la mayoría (John Braithwaite & Peter Drahos, 2000, p.590). Lo que queda puesto en evidencia en el establecimiento de la Trade Promotion Authority de Estados Unidos, que autorizaba al Poder Ejecutivo a negociar acuerdos comerciales siempre que garantizase una protección adecuada y eficaz de los derechos de propiedad intelectual a través de la incorporación de cláusulas que reflejen un estándar de protección similar al que se encuentra en la ley de los Estados Unidos. En este sentido, la globalización de estos estándares estaría movilizada por intereses económicos nacionales y por la protección jurídica de sus empresas locales pero con alcance internacional. Este particular interés permite también comprender por qué la mayoría de los acuerdos comerciales celebrados por Estados Unidos desde el año 2002 han incorporado estas cláusulas con el objetivo de exportar su marco regulatorio a otros países (Juan Carlos Lara Gálvez & Alan M. Sears, 2020, p.210).

Dado el carácter periférico de los países de América Latina en lo que se refiere a producción de derechos de propiedad intelectual a nivel internacional, por un lado, y la complejidad que conlleva para la protección de la libertad de expresión en línea la regulación de la responsabilidad de los intermediarios, por el otro, las razones que explican la adopción de estas cláusulas por parte de

¹⁹ Aquí remitimos a los comentarios realizados por Access Now al mentado proyecto: <https://www.accessnow.org/wp-content/uploads/2023/07/Comentarios-Proyecto-de-Servicios-Digitales-Costa-Rica.pdf>

éstos países podrían estar vinculadas a una posibilidad de acceso a mercados, a una coerción económica o sistema de recompensas, o a una modelización basada en algunos de los cinco casos ya mencionados. Asimismo, también es necesario señalar el trabajo (*lobby*) que realizan algunos *think tanks* u organizaciones en la región (como *misioneros del modelo*) para avanzar normativa que beneficie a las empresas del grupo GAMA, como la Asociación Latinoamericana de Internet (ALAI) o el Information Technology and Innovation Foundation (ITIF) (Natasha Marie Tusikov, 2014, p.86). Por ejemplo, la jefa global de propiedad intelectual en Google, Katherine Oyama, explicaba que la inclusión de cláusulas como la CDA en los acuerdos comerciales era algo deseable puesto no implicaba un riesgo para el Congreso de Estados Unidos dado que no los ataba de manos. También, la Alianza de Software encomiaba explícitamente la inclusión de normas en los acuerdos comerciales como un mecanismo para otorgar certezas legales a las empresas en la provisión de sus servicios en el extranjero (Han-Wei Liu, 2022, p. 53).

Ahora bien, la incorporación de estos modelos a través de acuerdos comerciales presenta algunos problemas que es necesario señalar.

Primero, establecer un estándar regulatorio en un acuerdo comercial con las debilidades que puede conllevar acordar este tipo de regulaciones a través de mecanismos de negociación que suelen quedar en cabeza del Poder Ejecutivo de cada país sin que sea necesaria o promovida la participación de la sociedad civil, academia y empresas nacionales potencialmente afectadas. Además concluidas las negociaciones del acuerdo, éste es remitido al Poder Legislativo para su posterior aprobación o rechazo y la posibilidad de introducir modificaciones a las cláusulas incorporadas suele ser nula para los países de la región puesto que los Congresos no están habilitados a negociar los acuerdos comerciales. Y aún asumiendo la mejor de las intenciones por parte del Poder Ejecutivo negociador, puesto que se trata de acuerdos comerciales con móviles económicos (recordemos que las disposiciones suelen estar en los Capítulos sobre Propiedad Intelectual o en los de Comercio Electrónico), y no de derechos humanos, la poca intervención de los actores especializados en la protección de los derechos humanos y la libertad de expresión en dichas negociaciones genera, cuando menos, preocupaciones serias a nivel democrático. Recordemos, tal como se menciona en el Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión, que “la importancia de la libertad de expresión dentro del catálogo de los derechos humanos se deriva también de su relación estructural con la democracia (...) que ha sido calificada por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos como "estrecha", "indisoluble", "esencial" y "fundamental"” (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2010, párr. 8).

Si bien no se trata de acuerdos comerciales pero sí de regulaciones que afectan a un grupo de países con un grado de integración importante, el ejemplo opuesto lo podemos encontrar en cómo fueron gestados tanto el RGPD como la DSA. Ambos fueron fruto de un proceso complejo, que llevó varios años, con la intervención de diversos actores y con la intención de armonizar reglas que pudieran ser aplicadas de manera transversal en todos los países que conforman la Unión Europea.

Segundo, la importación de un modelo regulatorio extranjero (el cual responde a un contexto y una historia particular) sin una correcta adecuación al contexto local puede acarrear serias dificultades de implementación, ya sea por una imposibilidad fáctica, por resistencia de actores que no fueron consultados al momento de la negociación o por incompatibilidad con estándares regulatorios regionales en libertad de expresión y acceso a la información. Lo que acarrea ciertas preocupaciones porque ancla (*lock in*) un mecanismo regulatorio que puede resultar ajeno al contexto en el que se aplica. De hecho, aún en los casos en los que la importación de la norma no ocurre a través de un TLC sino mediante la copia del modelo regulatorio en un proyecto legislativo local, el riesgo se encuentra en intentar trasplantarlo sin una adaptación a los contextos particulares (John Braithwaite & Peter Drahos, 2000, p. 591). Por ejemplo, como menciona Cerda al hablar del acuerdo entre Chile y Estados Unidos:

“En el plano constitucional, a diferencia de los Estados Unidos, la Constitución de 1980 ha incorporado ciertos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos dentro de su normativa interna y ha provisto explícita protección para el derecho a la vida privada, tanto en contra de actores estatales como de actores privados. En consecuencia, una empresa prestadora de servicio de Internet que monitorea el comportamiento de sus usuarios podría enfrentar acciones constitucionales por infringir derechos fundamentales reconocidos tanto en dichos instrumentos internacionales sobre derechos humanos como en las respectivas disposiciones de la Constitución” (Alberto Cerda, 2014, p. 131).

Vemos, entonces, la importancia de tener en cuenta los marcos regulatorios locales a la hora de importar una normativa desarrollada en otra región o país, puesto que lo que puede ser inconstitucional en uno puede no serlo en otro.

Aquí también es interesante recordar las advertencias efectuadas al gobierno del Reino Unido por parte del Carnegie Trust y de un grupo de académicos de la Universidad de Oxford en relación a incorporar cláusulas sobre responsabilidad de los intermediarios en acuerdos comerciales emulando

regulaciones de otros países (Carnegie UK Trust, 2019, párr. 16-18; Carnegie UK Trust, 2021, párr. 12). En particular, debido a las crecientes demandas de la sociedad para que se tomen medidas en contra los daños en línea y la difusión en línea de contenido ilegal, lo que ha llevado a que muchos países están revisando su legislación local en la materia (por ejemplo, en el Reino Unido se presentó el *Online Harms Bill* que aborda estas cuestiones). Dichos grupos instaron al Reino Unido a considerar cuidadosamente cualquier interacción entre la política comercial y la regulación nacional de Internet y prevenir cualquier tipo de restricción a la regulación a nivel local que esté más en línea con las políticas y leyes nacionales (Han-Wei Liu, 2022, p. 53).

A modo de ilustración, y como vimos en los Capítulos 1 y 2, América Latina tiene sus propios estándares en materia de libertad de expresión y acceso a la información que la distinguen del modelo internacional (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), del modelo norteamericano (Primera Enmienda, Sección 230 de la CDA y DMCA) y del modelo europeo (Convención Europea de Derechos Humanos y DSA). Estos estándares se derivan de la Convención Americana de Derechos Humanos y de los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de los jueces locales. El estándar interamericano prohíbe la censura previa y exige que cualquier restricción a la libertad de expresión cumpla con el *test tripartito*: 1) deben ser establecidas en leyes redactadas de manera clara y precisa, 2) deben perseguir objetivos imperiosos para la CADH y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persiguen, estrictamente proporcionadas a la finalidad que buscan, e idóneas para lograr el objetivo imperioso que pretende (Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2010, p. 24). En el capítulo 2 también se resumieron las posturas de los/as Relatores/as para la Libertad de Expresión del SIDH en sus Informes Anuales en relación a la responsabilidad de los intermediarios y vimos que allí se afirmaba que los modelos de responsabilidad objetiva de los intermediarios por contenidos de terceros deben ser rechazados así como cualquier obligación general de monitoreo. También se identificó que en los Informes se desincentiva el uso de los mecanismos de *notificación (privada)* y *retirada* por generar incentivos negativos y promover la censura privada al promover la frecuente remoción de contenidos legítimos, incluso especialmente protegidos, manteniéndose una preferencia por los mecanismos de notificación judicial. En este sentido, la adopción de mecanismos de notificación y retiro privados en los TLCs pareciera ser contraria al estándar interamericano, el que, a su vez, resulta ser más generoso en sus protecciones que el sistema universal y el sistema europeo al reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas (Ana Ximena Jacoby, 2020). Finalmente, también es necesario recordar aquí que si bien el marco que promueve la CADH es prácticamente aceptado en toda América Latina, cada país cuenta con sus propios desarrollos legislativos y jurisprudenciales en la materia (Brasil es el único país que cuenta con un marco regulatorio general sobre la

responsabilidad de los intermediarios, su MCI), lo que también debería ser tenido en cuenta a la hora de adecuar una normativa importada.

Retomando los problemas vinculados a la importación de normas desarrolladas en otros contextos es posible que no sólo se importe la regulación sino también los problemas y críticas asociados a ella. Por ejemplo, en los últimos años el marco regulatorio de la Sección 230 de la CDA y la DMCA ha sido cuestionado tanto por sectores de la izquierda como de la derecha. Por ejemplo, algunos sostienen que si bien la inmunidad que proveen ambas regulaciones (así como los desarrollos jurisprudenciales derivados de ellas) fue necesaria para que los intermediarios pudieran crecer y prosperar en sus inicios, éstas ya no son necesarias puesto que:

“En 2023, poderosos *gatekeepers* de Internet, como Google, YouTube, Facebook y Twitter, ya no necesitan una inmunidad tan amplia y deberían tener el deber de eliminar contenido ilegal tal como está legislado en la Unión Europea. El Departamento de Justicia de los Estados Unidos ha pedido que se reduzca el tamaño de la Sección 230 de la CDA debido a que la “combinación de cambios tecnológicos significativos desde 1996 junto a la interpretación expansiva que los tribunales le han dado a la Sección 230...” ha dejado a las plataformas en línea inmunes a una amplia gama de actividades ilícitas en sus servicios y libres de moderar contenido con poca transparencia o responsabilidad” (Michael L. Rustad & Thomas H. Koenig, 2023, p. 536)²⁰

Las críticas surgen tanto por reclamar una mayor responsabilidad de las plataformas por lo que sus usuarios publican y no eliminan así como por un exceso de remoción de contenidos por parte de éstas. Autores como Balkin sostienen que los gobiernos deberían utilizar la garantía de inmunidad como palanca o incentivo para que los intermediarios asuman obligaciones fiduciarias en relación a sus usuarios así como de debido proceso y transparencia. Por ejemplo, el autor ha sostenido que si bien la regla general debería ser la inmunidad de los intermediarios, los Estados podrían limitar parcialmente dicha inmunidad y establecer responsabilidades de distribuidor en ciertas situaciones -por ejemplo, al tomar conocimiento que un contenido es ilegal- (Jack M Balkin, 2021, p. 93).

²⁰La traducción es propia: “In 2023, powerful Internet gatekeepers, such as Google, YouTube, Facebook, and Twitter, no longer require such a broad immunity and should have a duty to takedown illegal content, which is the law in the European Union. The United States Justice Department has called for downsizing CDA Section 230 because the “combination of significant technological changes since 1996 and the expansive interpretation that courts have given Section 230 . . . has left online platforms both immune for a wide array of illicit activity on their services and free to moderate content with little transparency or accountability”

De hecho, en 2018 la Sección 230 de la CDA sufrió modificaciones con el paquete legislativo denominado FOSTA (Fight Online Sext Trafficking Act)-SESTA (Stop Enabling Sex Traffickers Act) que excluyó la inmunidad para los casos de trata de personas. Posteriormente, debido a las críticas de la izquierda en torno a que la inmunidad otorgada por la Sección 230 les ha permitido a las plataformas mantener contenido dañino sin responsabilidad alguna (que afecta a minorías como a mujeres, a las comunidades negra, latina, a la población LGBTQ+, entre otras.) y a las críticas de la derecha en relación a que la Sección 230 les ha permitido eliminar en demasía el discurso conservador, desde el 2020 hasta julio de 2023 se han presentado un total de 55 proyectos legislativos con el objeto de modificar la CDA²¹.

Además se presentaron cuatro proyectos legislativos importantes (fallidos) con el objetivo de regular la responsabilidad de los intermediarios por violaciones a la propiedad intelectual tal como está regulada en la DMCA: a) Combating Online Infringements and Counterfeits Act (COICA) en 2010, Protect Intellectual Property Act (PIPA) en 2011, Stop Online Piracy Act (SOPA) y Online Protection and Enforcement of Digital Trade Act en (OPEN) 2011. Más cercana en el tiempo fue la propuesta regulatoria de 2021 luego de que el ex-presidente de los Estados Unidos, Donald Trump, fuera suspendido de múltiples plataformas de redes sociales por sus dichos en relación al Asalto al Capitolio, denominada Ley de Alto a la Censura de las Redes Sociales. Asimismo, en los últimos años ha habido un surgimiento de proyectos legislativos estatales con el objetivo de regular a los intermediarios en Texas, California y Florida y demandar más transparencia en la moderación y curación de contenidos. Por ejemplo, la regulación del estado de Texas prohíbe a las plataformas con más de 50 millones de usuarios bloquear, prohibir, eliminar, desmonetizar, desincentivar, restringir, denegar acceso equitativo o visibilidad, o discriminar de otro modo la expresión.

También es importante recordar aquí que algunas de estas regulaciones que cuestionan la CDA han sido (y son) objeto de disputas judiciales ante la Corte Suprema de Estados Unidos. Si bien ya vimos en el capítulo 2 los casos de *Twitter Inc. v. Taamneh et. al* y *González v. Google*, es probable que en 2024 lleguen a la Corte Suprema los casos de *Netchoice* (Jeff Kosseff, 2023): uno involucra a una ley de Florida y otro a una ley de Texas. Ambas leyes, restringen la moderación de contenidos y discursos por parte de las plataformas y demandan transparencia sobre las políticas de contenido de los usuarios. Mientras que la Corte de Apelaciones del Circuito Onceavo anuló las restricciones de moderación impuestas por la ley de Florida (sosteniendo el derecho a la libertad de expresión de las empresas basado en la Primera Enmienda), la Corte de Apelaciones del Circuito Quinto confirmó la constitucionalidad de la ley de Texas (restringiendo el mentado derecho de las empresas, al expresar que éstas no pueden censurar lo que dice la gente) (Jeff Kosseff, 2023). Esta

²¹ El proyecto Section 230 Reform Hub sigue desde el año 2020 hasta la fecha los proyectos que se han ido presentando para modificar dicho instrumento legislativo. Se puede acceder a la lista actualizada al 17/07/2020 aquí: <https://slate.com/technology/2021/03/section-230-reform-legislative-tracker.html>

opinión dividida entre dos tribunales de igual jerarquía probablemente haga que los casos lleguen a la Corte Suprema de Estados Unidos y que ésta tenga que decidir si los intermediarios tienen un derecho a moderar contenidos basado en la Primera Enmienda (y si se pueden imponer límites a este derecho, como por ejemplo bajo el establecimiento de obligaciones de *must carry*²²).

La regulación de las grandes plataformas de Internet se ha vuelto un tema relevante en la agenda política y social en los últimos años y es abordada desde distintas temáticas como: desinformación, moderación de contenidos, discursos de odio, elecciones, protección de la privacidad, datos personales y honra, interoperabilidad, monopolio, cultura de la cancelación, limitación del discurso en línea, entre otros. En la actualidad es tal la atención sobre el rol de los intermediarios que dos legisladores de Estados Unidos, Lindsey Graham, un senador republicano de Carolina del Sur, y Elizabeth Warren, una senadora demócrata por el estado de Massachusetts, publicaron un editorial en julio de 2023 en The New York Times llamando a una fuerte regulación de las Big Tech²³.

Además, en relación al *safe harbour* y los mecanismos de *notice and take down*, se ha señalado que éstos muchas veces funcionan como incentivos para que los intermediarios remuevan más contenido del necesario para evitar responsabilidades, lo que genera un impacto negativo en la libertad de expresión (Daphne Keller, 2021). Daphne Keller a este respecto sostiene que el que una compañía adopte la política de *if in doubt, take it down* simplemente evidencia el comportamiento de un actor económico racional que busca magnificar sus ganancias y disminuir sus pérdidas (en particular cuando se trata de aquellas empresas más pequeñas). Otra crítica dirigida a estos mecanismos es que carecen de revisión judicial suficiente y fomentan que las plataformas se manejen con un mayor margen de arbitrariedad. Entre otras cosas, por ejemplo, como explica la organización Derechos Digitales, permiten el “*copyfraud*”, esto es, la “eliminación —sin el debido proceso— de obras que pertenecen al dominio público, que están protegidas con licencias que permiten su reutilización o que no son propiedad del demandante” (Derechos Digitales, 2020). Por otro lado, algunos directamente desaconsejan que el gobierno de Estados Unidos exporte sus estándares sobre responsabilidad de intermediarios y lo acusan de imprudente por intentar exportarlo puesto que éstos surgen de una tradición regulatoria sobre la Primera Enmienda que es *sui generis* y no está claro que pueda convertirse en nuevo estándar global como tampoco que sea deseable que sean exportados a otros países a través de TLCs. De hecho, durante la negociación del T-MEC algunos políticos (como Ted Cruz o Nancy Pelosi) expresaron sus preocupaciones en

²² Las obligaciones de *must carry* son aquellas que les prohíben a las plataformas remover determinados tipos de contenidos o de discursos. A diferencia de las obligaciones de *must remove* que requieren que las plataformas eliminen cierto tipo de contenido ilegal.

²³ Disponible aquí:

<https://www.nytimes.com/2023/07/27/opinion/lindsey-graham-elizabeth-warren-big-tech-regulation.html?smid=nytcore-android-share>

relación a que el gobierno estuviera exportando estándares de su propia legislación que debían y estaban siendo cuestionados primero a nivel local (Han-Wei Liu, 2022, p. 6). Sobre todo porque el estándar exportado no sólo obliga al socio comercial de Estados Unidos que lo acepta en la negociación del acuerdo, sino que también ata a su cumplimiento a quien lo exporta y lo propone.

En el caso de la Directiva de Comercio Electrónico, surgieron demandas para el desarrollo de códigos de conducta, así como críticas en torno al modelo de moderación de contenidos y a la poca transparencia de las decisiones adoptadas por las plataformas. La respuesta a esta crítica tuvo como corolario la ya explicada DSA que para los usuarios de Internet e investigadores crea una gama de nuevas protecciones legales y herramientas para comprender y analizar el comportamiento de las plataformas (Daphne Keller, 2022). Además incorpora obligaciones específicas según el tipo de intermediario como las plataformas o motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño²⁴. Si bien la aprobación de la DSA es reciente, también se han vertido algunas críticas muy preliminares en torno al acceso a datos para investigadores (en particular del sur global), al requisito de presencia local (un representante legal), la definición de contenido ilícito (Jacob Mchangama, 2022), la definición de conocimiento efectivo, entre otras. De hecho, la Electronic Frontier Foundation ha dicho que la DSA le otorga demasiado poder a las agencias gubernamentales para señalar y eliminar contenido potencialmente ilegal así como para acceder a datos sobre usuarios anónimos (Electronic Frontier Foundation, 2022). Más aún, y tomando en cuenta ciertas ambigüedades en el lenguaje utilizado, resta ver cómo será implementada y los desafíos o problemas que quizá surjan a partir de allí.

Tercero, en particular con Estados Unidos, existe el problema de que los países de América Latina queden cautivos y sujetos a mecanismos extorsivos que garanticen la implementación local de las obligaciones asumidas en los TLCs. Como explican Lara y Sears, debido a la gran cobertura que suelen tener los acuerdos comerciales en relación a la economía y comercio exterior de los países y a la gran complejidad de las disposiciones incluidas en los capítulos de propiedad intelectual, las disposiciones sobre responsabilidad de los intermediarios generalmente no se encuentran entre los aspectos de implementación a los que se da prioridad (Juan Carlos Lara Gálvez & Alan M. Sears, 2020, p.212). Dentro de las herramientas utilizadas por el gobierno de Estados Unidos para presionar a sus socios comerciales para que implementen con leyes locales las disposiciones acordadas en los TLCs se encuentra la Sección 301 sobre propiedad intelectual. La Sección 301 autoriza a la Oficina del Representante Comercial de Estados Unidos (USTR) a tomar medidas

²⁴ Cabe destacar que tanto Amazon como Zalando Retail están disputando judicialmente su designación como una plataforma de gran tamaño:

<https://www.cochraneagle.ca/national-business/amazon-pushes-back-against-europes-pioneering-new-digital-rules-7260700>

contra aquellos países que no otorgan una adecuada y efectiva protección a la propiedad intelectual de dicho país o que le deniegan a los titulares de propiedad intelectual un acceso justo y equitativo a su mercado (Peter Drahos & John Braithwaite, 2002, p. 89). La experiencia chilena ejemplifica la dinámica: la modificación de la ley de propiedad intelectual chilena estuvo guiada por los estándares acordados en el TLC entre Estados Unidos y Chile; sin embargo, como vimos, Chile adoptó un criterio restrictivo en su definición de notificación y exigió que la misma fuera judicial. Desde entonces, Estados Unidos reclama la falta de implementación de las obligaciones del acuerdo y lo incluye en su *Priority Watch List* aún cuando, como explica Cerda, el procedimiento judicial adoptado por Chile es plenamente consistente con las obligaciones asumidas en el TLC:

“De hecho el propio texto del tratado asegura a las partes que los procedimientos y remedios “sean establecidos de acuerdo a su legislación interna” y “de acuerdo con los principios de debido proceso que cada parte reconozca, así como con los fundamentos de su propio sistema legal” (Alberto Cerda, 2014, p.142).

Lo mismo ocurre con Colombia por las razones explicadas en el Capítulo 3 sobre la Ley Lleras, lo que llevó a que el USTR se opusiera a la candidatura de este país en 2018 a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (Juan Carlos Lara Gálvez & Alan M. Sears, 2020, p.210). Los países que forman parte de esta lista son incluidos en un Reporte Anual que emite el USTR y, a su vez, son amenazados con represalias comerciales (que incluyen denegar beneficios como ser parte de sus Sistema Generalizado de Preferencias o imponer aranceles sobre productos o servicios) bajo la Sección 301 (Susan K. Sell, 2003, pp. 75 y 77). Es importante resaltar aquí que las decisiones del USTR están basadas en reclamos presentados por integrantes de su industria así como también informadas por éstos, los que presentan datos, recursos y estimaciones de pérdidas.

Finalmente, quisiera aquí retomar la idea respecto a la modelización como mecanismo de copia o adopción de modelos regulatorios extranjeros. Aquí resulta particularmente relevante la polémica entre Roberto Schwarz y Maria Sylvia de Carvalho Franco sobre las ideas extranjeras en Brasil. Estos autores se vieron involucrados en una disputa intelectual sobre si las ideas extranjeras importadas en Brasil eran efectivamente extrañas a la realidad y, por lo tanto, ocultaban la verdadera cultura brasileña, preexistente a la cultura occidental. A este respecto Schwarz, rechazando el nacionalismo y la idea de un Brasil “esencial”, sostuvo que si bien la adopción de conceptos extraños genera graves distorsiones en la realidad latinoamericana, esto no es algo que los países de la región puedan evitar, puesto que lo que los constituye como tales es el denominar la realidad local con nombres siempre impropios (Elias Palti, 2006, p.4). Entonces, no existiría una

especificidad latinoamericana sino que la propia identidad local estaría conformada por esta extrañeza o desajuste que consiste en interpretar la realidad con conceptos ajenos. Como expresa Elías Palti:

“De allí que para Schwarz los latinoamericanos estemos condenados a “copiar”, es decir, a pensar equívocamente, usando categorías inevitablemente inadecuadas a la realidad que se intenta representar” (Elias Palti, 2006, p.5).

Frente a esto Carvalho Franco dirá que, en realidad, Schwarz estaría replicando la misma dicotomía que intentaba evitar, es decir, la de un Brasil esencial y un Brasil artificial. Pero para la autora esta dicotomía es falsa, puesto que si las ideas circulan y pregnan en una sociedad dada es porque éstas pueden ser recibidas y, por lo tanto, nunca pueden ser de afuera. Posteriormente, Schwarz reformularía su postura para sostener que las ideas dejan de estar “fuera de lugar” cuando son readecuadas a la realidad local, replicando la dicotomía que intentaba superar. Como explica Palti, los problemas de la postura de ambos autores residen en que reducen el lenguaje a una función meramente referencial semántica en la que las ideas son representaciones de la realidad pero confundiendo aspectos de la función pragmática en la que importan otros aspectos relacionados con la enunciación como: el quién, el dónde, el cómo, entre otros (Elias Palti, 2006, p.29). Entonces, semánticamente las ideas pueden ser verdaderas o falsas pero no pueden estar “fuera de lugar” puesto que esto sólo podría afirmarse de los enunciados. Ahora bien, siguiendo esta línea argumental, Palti afirma que:

“...si bien nunca las ideas están “fuera de lugar” (puesto que el significado de las mismas no preexiste a sus propias condiciones de inteligibilidad), éstas están, al mismo tiempo, siempre “fuera de lugar” (dado que todo sistema alberga protocolos contradictorios de lectura); más precisamente, las mismas se encuentran “siempre parcialmente desencajadas”. Y ello es así no porque las ideas e instituciones extrañas no puedan eventualmente adecuarse a la realidad local (de hecho, siempre están, en un sentido, “bien adecuadas”), sino porque dicho proceso de asimilación es siempre conflictivo debido a la presencia, en el interior de cada cultura, de pluralidad de agentes y modos de apropiación” (Elias Palti, 2006, p.38).

En este sentido, la imitación y modelización esbozada por Braithwaite y Drahos, así como el alcance del efecto Bruselas en América Latina explicado por Bradford, más allá de cualquier crítica fundada en la extranjería de las ideas regulatorias importadas, puede comprenderse mejor. No

sólo porque en definitiva los “modelos” circulan en el contexto latinoamericano (ya sea a través de la adopción o promoción de regulaciones en TLCs o leyes y proyectos de ley) sino por las complejidades de los procesos de apropiación y asimilación que estos conllevan, tal como hemos visto en los casos de Chile y Colombia. Asimismo, estos mecanismos de copia de modelos regulatorios extranjeros en América Latina pueden explicarse tanto por coerción económica o sistemas de recompensas, implicancias identitarias, ejercicios de *soft power* por parte de Estados Unidos y la Unión Europea, así como por cuestiones vinculadas a la legitimidad de ciertos estándares a nivel internacional o por economía regulatoria (puesto que, por ejemplo, por diferencias en las capacidades técnicas, regulatorias, de coordinación y de recursos humanos es posible que para los países de la región sea más difícil articular un proceso tan complejo y participativo como el de la Unión Europea).

Finalmente, existe un problema adicional que puede surgir a partir de una falta de coordinación o desconocimiento a nivel local, esto es: la adopción de estándares contradictorios con distintos socios comerciales sobre la misma materia. Por ejemplo, un acuerdo comercial celebrado por el país X con Estados Unidos podría importar disposiciones similares a las de la Sección 230 y a las de la DMCA y otro acuerdo celebrado por el país X con la Unión Europea podría importar disposiciones más similares a la Directiva de Comercio Electrónico o a la DSA, lo que podría llevar a conflictos en la incorporación de estándares, en algunos casos, casi opuestos. Por ejemplo, como explica Han-Wei Liu,:

“La U.E. adopta el enfoque de "notificación y retiro" y le exige a los intermediarios (Servicio, almacenamiento en caché y servicios de hospedaje) con “conocimiento real” del contenido ilegal que eliminen o deshabiliten rápidamente el acceso a él, puesto que de lo contrario, pueden perder la protección de inmunidad (...) algo prohibido por el Artículo 19.17.2 del T-MEC” (Han-Wei Liu, 2022, p. 48)²⁵

Si bien a la fecha no hemos encontrado casos específicos en los que se hayan suscitado conflictos por la adopción de estándares contradictorios (Pasquale De Micco, 2014, p.

²⁵ La traducción es propia: “the E.U. takes the “notice and takedown” approach by requiring intermediaries (serving, caching, and hosting services) with “actual knowledge” of illegal content to expeditiously to remove or to disable access to it, otherwise they may lose immunity protection (...) something forbidden by USMCA Article 19.17.2.”

El estándar sobre conocimiento real recuerda aquí al estándar mencionado en el caso Belén Rodríguez adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina en relación al conocimiento efectivo analizado en el Capítulo 2.

11), estos podrían surgir en el futuro en caso de continuar el proceso de adopción de este tipo de cláusulas en acuerdos comerciales.



Universidad de
San Andrés

Conclusión

Existen al menos dos modelos regulatorios de la responsabilidad de intermediarios preponderantes a nivel mundial, el de Estados Unidos y el de la Unión Europea (Emily Laidlaw, 2019, p. 3; Giancarlo Frosio, 2020, p. 24; Giovanni Sartor, 2017, p. 16). Asimismo, se ha identificado el estado de la regulación sobre esta temática en América Latina (tanto a nivel local como a nivel interamericano) para luego ahondar en aquellos acuerdos comerciales en los que, en los últimos 26 años, hemos identificado cláusulas que intentan exportar alguno de estos dos modelos a los socios comerciales de Estados Unidos o de la Unión Europea. Adicionalmente, se han esbozado algunas de las razones y mecanismos que podrían explicar no sólo la exportación de estas regulaciones sino también la importación por parte de los países de América Latina. Como vimos, en el caso de Estados Unidos la exportación de su marco regulatorio sobre responsabilidad de intermediarios estuvo marcado por fuertes intereses comerciales, por la protección de la propiedad intelectual de sus empresas en el extranjero y por la necesidad de brindar certeza regulatoria a sus propias empresas de intermediarios en otros países. En el caso de la Unión Europea, vimos que algunos de los objetivos de la agenda regulatoria europea habrían sido fomentar la armonización normativa con el objetivo de mejorar el funcionamiento del mercado único para facilitar el comercio transfronterizo, la protección de su propiedad intelectual así como la promoción a nivel internacional de sus marcos regulatorios.

En relación a los países de América Latina, vimos que algunos de los mecanismos y razones que podrían explicar la adopción de estándares extranjeros en materia de responsabilidad de intermediarios en acuerdos comerciales (así como en algunos ejemplos de legislación local) eran la coerción económica o sistemas de recompensas, la modelización, la economía regulatoria y la legitimidad de ciertos estándares a nivel internacional. A este respecto, Sell explica el éxito de la coerción económica o sistemas de recompensas llevados adelante por Estados Unidos, en la capacidad que tuvo dicho país en vincular la protección de su propiedad intelectual (entre ellas las normas vinculadas con la responsabilidad de los intermediarios) con el acceso a su mercado, mediante negociaciones comerciales bilaterales y regionales (Susan K. Sell, 2010, p. 5). Asimismo, vimos que tanto en el caso del proyecto de ley 2630 brasilero como en el proyecto de ley costarricense sobre Gobernanza de los Servicios Digitales y el Comercio Electrónico se tomaron aspectos específicos (y a veces idénticos) de la DSA de la Unión Europea (Agneris Sampieri,

2023), lo que parece evidenciar el funcionamiento del mecanismo de *modelización*²⁶ que también podrían estar en juego en la adopción de estos marcos regulatorios en los acuerdos comerciales.

Finalmente, se han mencionado algunas de las problemáticas asociadas con la regulación vía TLCs que dan cuenta de por qué es desaconsejable para los países de la región latinoamericana adoptar estándares extranjeros sobre responsabilidad de intermediarios en sus acuerdos comerciales. Por ejemplo, explicamos que establecer un estándar regulatorio en esta materia en un acuerdo comercial cuya negociación suele quedar en cabeza del Poder Ejecutivo de cada país, sin la debida participación de la sociedad civil, academia y empresas nacionales potencialmente afectadas, atenta contra la legitimidad del establecimiento de reglas que podrían afectar negativamente el ejercicio de un derecho humano fundamental para la vida en democracia (recordemos aquí lo mencionado al comienzo de este trabajo, la regulación de este tipo de responsabilidad tiene una estrecha vinculación con la protección del derecho humano a la libertad de expresión en línea). También destacamos que la importación de un modelo regulatorio extranjero sin una correcta adecuación al contexto local puede acarrear serias dificultades de implementación, ya sea por una imposibilidad fáctica, por resistencia de actores que no fueron consultados al momento de la negociación o por incompatibilidad con estándares regulatorios regionales en libertad de expresión y acceso a la información. Además, resaltamos que es posible que no sólo se importen los aspectos “buenos” de la regulación sino también los problemas y críticas asociados a esta. Finalmente, como vimos en los ejemplos de Chile y Costa Rica, la adopción de estos estándares con Estados Unidos llevó a que este último país cuestionara la implementación de la norma por dichos países y los incluyera en su *Watch List* con las potenciales amenazas que esto implica (denegar beneficios como ser parte de sus Sistema Generalizado de Preferencias o imponer aranceles sobre productos o servicios) bajo la Sección 301. Otro ejemplo es el de Colombia, cuya diferencia con Estados Unidos en la implementación de las disposiciones del acuerdo comercial mediante la ley Lleras, llevó a que el USTR se opusiera a su candidatura en 2018 a la OECD.

Quizá una de las principales preocupaciones que atraviesa toda esta dinámica regulatoria de disposiciones es su potencialidad de afectar de manera negativa la protección de la libertad de expresión tal como es concebida en el SIDH, en su dimensión individual y en su dimensión social al habilitar mecanismos de sobre-remoción o de censura previa en línea. Como se vio, hay múltiples vías por las cuales las regulaciones pueden viajar de una región a otra a través de los cinco agentes definidos por Braithwaite y Drahos: los misioneros del modelo, los mercenarios del modelo, los traficantes del modelo, los ecónomos del modelo y los modernizadores del modelo

²⁶ De hecho, el proyecto de ley en sus considerando expresa que se inspira en la propuesta de ley de Servicios Digitales de la Unión Europea.

(John Braithwaite & Peter Drahos, 2000, p.585). Sin embargo, pareciera haber un hiato entre aquellos mecanismos regulatorios que buscan promover el intercambio comercial entre países o regiones con el objetivo de fomentar su economía y aquellos que intentan sopesar y proteger derechos tan cruciales para la vida en democracia como la libertad de expresión. Esto se hace aún más evidente cuando hablamos de regulaciones que de algún modo “transfieren” al sector privado la potestad, sostenida mediante mecanismos de responsabilidad o de exención de ésta, de moderar lo que puede decirse o no en línea. De hecho, como vimos en el Capítulo 2 de este trabajo, los estándares interamericanos en la materia parecieran rechazar algunos mecanismos “exportados” en los acuerdos comerciales (como los de “notificación y retirada” o “notificación y notificación”) por considerar que trasladan al intermediario la responsabilidad estatal de analizar y decidir sobre la licitud o ilicitud del contenido sujeto a remoción y parecen preferir los mecanismos de notificación de origen *judicial*, o similar, por considerar que salvaguardan el derecho a la libertad de expresión (Edison Lanza, 2017, párr.109).

En este sentido, considero importante que la adopción de normas sobre esta temática sea el fruto de un adecuado proceso de reflexión nacional en el marco de las instituciones democráticas vigentes. Sobre todo teniendo en cuenta que en los últimos años han proliferado, a nivel mundial, propuestas regulatorias que tienen por objetivo criminalizar la difusión de los discursos de odio, de noticias falsas y el no cumplimiento con órdenes de baja de contenido dictadas por el poder ejecutivo de algunos países autoritarios con intereses de censura dirigidos a adversarios políticos (como puede colegirse del informe *Chilling Legislation: Tracking the Impact of “Fake News” Laws on Press Freedom Internationally* publicado por el Center for International Media Assistance en julio de 2023) y que tienen un *chilling effect* sobre la circulación del discurso en línea. En particular al crear incentivos para la moderación en exceso o censura previa de los contenidos, muchas veces sin mecanismos de revisión o apelación adecuados.

Asimismo, y dada la importancia del derecho a la libertad de expresión y los posibles efectos que sobre éste tiene la regulación de la responsabilidad de los intermediarios y la gobernanza de Internet, parecería recomendable para los países de América Latina evitar acordar y anclar jurídicamente (*lock in*) estándares de otros países que afecten este derecho humano en acuerdos comerciales. Primero, porque como se mencionó, el nivel de debate público al que pueden ser sometidas estas cláusulas en la negociación de los acuerdos comerciales es muy bajo en comparación al debate que conlleva la tramitación de un proyecto legislativo (no sólo en términos de debate a nivel del Poder Legislativo, sino también con la participación de la sociedad civil, academia, sector privado y organizaciones que representan consumidores, entre otros). Segundo, porque aún si fuese posible un debate público sobre estas cláusulas durante la negociación del

acuerdo comercial, no es tan sencillo armonizar y encontrar un punto de encuentro que sirva para adecuar los criterios propuestos. Tercero, porque, ya sea por falta de capacidad técnica o por la complejidad de la misma temática que está en constante evolución, existe el riesgo potencial de incorporar estándares contradictorios en diferentes acuerdos comerciales (no sólo por incorporar modelos distintos sino también por incorporar estándares que luego es posible que devengan en desuetudo por cambios en sus regiones o países de origen²⁷).

Finalmente, considero que primero es necesario abordar estas cuestiones a nivel local, con un debate abierto y transparente que permita la participación de diversos actores, con el objetivo de poder sopesar las fortalezas y debilidades de los modelos regulatorios extranjeros, así como su adaptación al contexto local. Esto sería un paso necesario en la dirección correcta.



²⁷ Tal como vimos con las reformas legislativas presentadas para modificar la Sección 230 de la CDA o la DMCA.

Bibliografía

- Adel.A.Alyoubi (2015) , E-commerce in Developing Countries and How to Develop Them During the Introduction of Modern Systems.

- Andrenelli, A., J. Gourdon and E. Moïsé (2019), “International Technology Transfer Policies”, OECD Trade Policy Papers, No. 222, OECD Publishing, Paris.

- Ankeny Cody (2016), The costs of data localization, ITI.

- Balkin, J. M. (2021). How to Regulate (and not regulate) Social Media. *Journal of Free Speech Law*, 1(71). <https://www.journaloffreespeechlaw.org/balkin.pdf>

- Barata, J. (2023). Regulating Online Platforms Beyond the Marco Civil in Brazil: The Controversial “Fake News Bill”, Tech Policy Press.

- Botero Marino, C. (2013). *Informe Anual 2013 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión* (OEA/Ser.L/V/II.147. Doc. 1.).

- Braithwaite, J. & Drahos, P. (2000). *Global Business Regulation* (Cambridge University Press).

- Braithwaite, J. & Drahos, P. (2002). *Information Feudalism Who Owns the Knowledge Economy?* Earthscan Publications Ltd.

- Bradford, A. (2020). *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World* (Oxford University Press). <https://doi.org/10.1093/oso/9780190088583.001.0001>

- Bruno, M. V. & Gracia, M. B. (2023). La responsabilidad de intermediarios en las negociaciones de acuerdos comerciales de los países de América Latina. *Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información*.

https://www.palermo.edu/Archivos_content/2023/cele/papers/230301-La-responsabilidad-de-intermediarios.pdf

-Burri, M. y Polanco, R. (2020), Digital Trade Provisions in Preferential Trade Agreements: Introducing a New Dataset, *Journal of International Economic Law*, Volume 23, Issue 1, Marzo 2020.

- Carnegie UK Trust (2019). Written Evidence. UK Parliament.
- Carnegie UK Trust (2021). Submission to International Trade Committee Call for Evidence on Digital Trade and Data.
- Castro, D. & Johnson, A. (2021), How Other Countries Have Dealt With Intermediary Liability, Information Technology and Innovation Foundation.
- Cerda, A. (2014). Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet por infracción a los derechos de autor en línea. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 42, 121-148. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512014000100004>.
- Chander, A. (2022). Section 230 and the International Law of Facebook, *Yale Journal of Law & Technology*, Vol. 24, No. 393.
- Cory, N. y Castro, D. (2018), Elaboración de una agenda comercial digital abierta e innovadora para América Latina.
- Del Campo et. al. (2021). *Mirando Al Sur, Hacia nuevos consensos regionales en materia de responsabilidad de intermediarios y moderación de contenidos en Internet*. Al Sur.
- De Micco, P. (2014). *The US and EU free trade agreements with Peru and Colombia: A comparison*. Policy Department, Directorate-General for External Policies. DG EXPO/B/PolDep/Note/2014_23
- Derechos Digitales. (2020, julio 24). La implementación de las disposiciones de propiedad intelectual del T-MEC por parte del Congreso mexicano amenaza la democracia y los derechos digitales. <https://www.derechosdigitales.org/14753/>
- De Souza, M. R. & Canales, M. P. (2023, enero 20). UNESCO: Un proceso opaco y recomendaciones problemáticas para la regulación de las plataformas digitales. *Derechos Digitales*. <https://www.derechosdigitales.org/19931/unesco-quiere-regular-las-plataformas-digitales-y-asegurar-la-informacion-como-un-bien-comun/>
- Dinwoodie, G. (2020). Who are Internet Intermediaries? En *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability* (pp. 53-77).
- Directrices para Salvaguardar la libertad de expresión y el acceso a la información, 3er borrador (2023). https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000384031_spa

-Doctorow, C. (2020, julio 24). Mexico's New Copyright Law Puts Human Rights in Jeopardy. *Electronic Frontier Foundation*.

<https://www.eff.org/deeplinks/2020/07/mexicos-new-copyright-law-puts-human-rights-jeopardy>

-Electronic Frontier Foundation. (2022, julio 5). *EFF Statement on EU Parliament's Adoption of Digital Services Act and Digital Markets Act*.
<https://www.eff.org/press/releases/eff-statement-eu-parliaments-formal-approval-digital-services-act-and-digital-markets>

- European Commission. (2007). *The external dimension of the single market review*.
<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52007SC1519:EN:HTML>

- European Parliament. (2017). *Future of Europe: European Parliament sets out its vision*.
<https://www.europarl.europa.eu/resources/library/media/20171023RES86651/20171023RES86651.pdf>

-Ferencz, J. (2019), "The OECD Digital Services Trade Restrictiveness Index", OECD Trade Policy Papers, No. 221, OECD Publishing, Paris.

-Fernández Núñez, L. (2006), ¿Cómo analizar datos cualitativos?, Universitat de Barcelona Institut de Ciències de l'Educació, Secció de Recerca.

-Ferracane, M. (2018), Data flows and national security: a conceptual framework to assess restrictions on data flows under GATS security exception, digital Policy, Regulation and Governance, Vol. 21 Issue: 1, pp.44-70.

- Fiss, O. (1998). *The Irony of Free Speech* (Harvard University Press,).

- Frosio, G. (2020). Mapping Online Intermediary Liability. En *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability* (pp. 53-77).

-Gantz, David (2020), USMCA Provisions on Intellectual Property, Services, and Digital Trade, Arizona Legal Studies Discussion Paper No. 20-03

-Gates, Bill (1996), *The Internet Tidal Wave*.

-Goertz, Gary y James Mahoney (2006). *A Tale of Two Cultures: Qualitative and Quantitative Research in the Social Sciences*, Princeton, Princeton University Press

- Goldman, E. (2019), Why Section 230 Is Better Than the First Amendment, *Notre Dame Law Review*, Vol. 95, No. 33.
- Goertz, Gary (2009). “Point of Departure. Intention and Extension”, en Collier, David y John Gerring (eds.), *Concepts and Method in Social Science. The Tradition of Giovanni Sartori*, New York, Routledge
- Gutiérrez-Albarracín, C. A., Mancilla-Gaona, G., y Tibiriçá, B. (2018). The Brazilian civil framework of the internet and referents in the Américas region. *Visión electrónica*, 1(2), 373–384
- Hamanaka, S. (2018), The Future Impact of TPP’s Rule-making Achievements The Case Study of E-commerce, *The World Economy*, Volumen 42.
- Hillman, J. (2018), The Global Battle for Digital Trade, The United States, European Union, and China Back Competing Rules, CSIS.
- Jacoby, A. (2020). Más que palabras: Libertad de expresión y discurso de odio en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 148-163. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5268>
- Ido, V. (2019), Intellectual Property and Electronic Commerce: Proposals in the WTO and Policy Implications for Developing Countries, South Centre.
- Irwin, D. (2002); *Free Trade Under Fire*, Princeton University Press, Capítulo 2, p. 62.
- Karanicolas, M. (2020). Squaring the Circle between Freedom of Expression and Platform Law, *Pittsburgh Journal of Technology Law and Policy*, Vol. 21 No. 2.
- Karisma y FLIP (2014) *Recomendaciones para la Garantía de Los Derechos Humanos en una Ley que Regule la Responsabilidad de Intermediarios de Internet en Colombia (Ley Lleras)*
- Kaye, D. (2018). Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (A/HRC/38/35).
- Keller, D. (2021, febrero 8). Empirical Evidence of Over-Removal by Internet Companies under Intermediary Liability Laws: An Updated List. The Center for Internet and Society.
- Keller, D. (2022), What does the DSA say?, The Center for Internet and Society.

<https://cyberlaw.stanford.edu/blog/2021/02/empirical-evidence-over-removal-internet-companies-under-intermediary-liability-laws>

- Kelsey, J. (2017), Tisa: Foul Play, Uni Global Union
- Kelsey, J. (2018), E-commerce: The Development implications of future proofing global trade rules for GAFA
- Kelsey, J. (2020) Digital Trade and Regulatory Autonomy: Regulating Alcohol Marketing in the Digital Age.
- Koenig, T. H. & Rustad, M. L. (2023) The Case for a CDA Section 230 Notice-and-takedown Duty, Nevada Law Journal, Vol. 23, pp. 533-620.
- Kosseff, J. (2019). The Twenty-Six Words that Created the Internet, Cornell University Press.
- Kosseff, J. (2023). The Internet Speech Case That the Supreme Court Can't Dodge. Wired, 07/08/2023.
- Krugman, P. y M. Obstfeld (2006); Economía Internacional. Teoría y Política, Addison Wesley, séptima edición.
- Laidlaw, E. (2019). Mapping Current and Emerging Models of Intermediary Liability, University of Calgary.
- Lanza, E. (2017). Informe Anual 2016 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 22/17).
<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anauales/InformeAnual2016RELE.pdf>
- Lara Gálvez, J. C. & Sears, A. M. (2020). The Impact of Free Trade Agreements on Internet Intermediary Liability in Latin America. En *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability* (pp. 209-230).
- La Rue, F (2011). Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (A/HRC/17/27).
- Lawrence Lessig. (2006). *Code*. Basic Books.
- Ley de Servicios Digitales, 2022/2065.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022R2065>

-Linhe, Liu (2019), China's data localization, Chinese Journal of Communication.

- Liu, H. W. (2022). Exporting Freedom of Speech through Trade: The Global 'US Constitution First Amendment Moment' for Online Platform Liability. *Georgetown Journal of International Law*, 53.

- Mchangama, J. (2022, diciembre 23). *Op-Ed: Don't be too tempted by Europe's plan to fix social media*.

<https://www.latimes.com/opinion/story/2022-12-23/europe-digital-services-act-social-media-regulation-free-speech>

- Manners, I. (2002). Ian Manners, Normative Power Europe: A Contradiction in Terms? *Journal Common Market Studies*, 40(2), 235-258.

-Malkawi, B. (2019), Digitalization of Trade in Free Trade Agreements with Reference to the WTO and the USMCA: A Closer Look, China and WTO Review.

-Melzer, J. (2019), Governing Digital Trade, World Trade Review, Digital Trade, Vol. 18.

-Meltzer, J. (2019), The United States-Mexico-Canada Agreement: Developing Trade Policy for Digital Trade, Trade, Law and Development, Winter, 2019, Vol.XI, No.2

-McKinsey (2016), Digital globalization: The new era of global flows.

- Neasham, D. (2016), The Costs of Data Localization, ITIC.

- Okediji, Ruth L. (2018), Redesigning global copyright for inclusive innovation and trade in an era of disruptive technologies, ICTSD.

- Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", 22 Noviembre 1969, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html> [Accesado el 26 Noviembre 2023]

-OMC Declaración sobre el comercio electrónico mundial, WT/MIN(98)/DEC/2, 1998.

-OMC, Programa de Trabajo sobre el Comercio Electrónico, WT/L/274, 1998.

-OMC, Declaración conjunta sobre el comercio electrónico y derecho de autor, Comunicación del Brasil y la Argentina, Revisión, JOB/GC/200/Rev.1.

- ONU: Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 Diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999, p. 171, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/5c92b8584.html> [Accesado el 26 Noviembre 2023]

-Opinión Consultiva OC-5/85, Opinión Consultiva OC-5/85 (13 de noviembre de 1985).

- Palti, P. (2006). El problema de “las ideas fuera de lugar” revisitado Más allá de la “historia de las ideas”. <https://shial.colmex.mx/wp-content/uploads/2022/02/Elias-Jose.pdf>

- Park, K.S (2020). From Liability Trap to the World’s Safest Harbour: Lessons from China, India, Japan, South Korea, Indonesia, and Malaysia. En *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability* (pp. 300-330).

- Porges Amy y Alice Enders (2016), Data moving Across Borders: The future of Digital Trade Policy, ICTSD (International Centre for Trade and Sustainable Development).

- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. (2010). *Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión*. <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/MARCO%20JURIDICO%20INTERAMERICANO%20DEL%20DERECHO%20A%20LA%20LIBERTAD%20DE%20EXPRESION%20ESP%20FINAL%20portada.doc.pdf>

- Sampieri, R. et. al (2014), Metodología de la Investigación, Sexta Edición.

- Sell, S. K. (2003). *Private Power, Public Law The Globalization of Intellectual Property Rights*. Cambridge University Press.

- Sell, S. K. (2010). *The Global IP Upward Ratchet, Anti-Counterfeiting and Piracy Enforcement Efforts: The State of Play*. PIJIP Research Paper no. 15. American University Washington College of Law, Washington, DC.

-Tian, J. (2009), *Re-thinking Intellectual Property, The Political Economy of Copyright Protection in the Digital Era*, Routledge-Cavendish.

-Third World Nation Briefings, WTO 11th Ministerial Conference, Buenos Aires, 10-13 December 2017, Some Preliminary Implications of WTO source code proposal.

- Trade Promotion Authority, US Senate (2002).
<http://www.sice.oas.org/ctyindex/USA/tradeact/act7.asp>

- Turillazi, A. et. al. (2023). The digital services act: an analysis of its ethical, legal, and social implications, *Law Innovation and Technology*, Vol. 15, No. 1, pp. 83-106.

- Tusikov, N. M. (2014). *Chokepoints: Internet Intermediaries and the Private Regulation of Counterfeit Goods on the Internet*. The Australian National University.

- Ugarte, R. A. & Vitaliani, E. (2022). Redes de influencia: Análisis de la jurisprudencia civil argentina en materia de responsabilidad de intermediarios. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 11(2). <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/65368/72679>

- UNCTAD (2016), *Data protection regulations and international data flows: Implications for trade and development*.

- UNCTAD (2021), *Estimates Of Global E-Commerce 2019 And Preliminary Assessment Of Covid-19 Impact On Online Retail 2020*

- UNESCO (2014), *Fostering freedom online: the role of Internet intermediaries*.

- UNESCO (2023), *Directrices para la gobernanza de las plataformas digitales: salvaguardar la libertad de expresión y el acceso a la información con un enfoque de múltiples partes interesadas*.

- USTR, 2018 Fact Sheet: Key Barriers to Digital Trade.

- Vaca Villarreal, P. (2022). *Informe Anual 2022 de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*. (OEA/Ser.L/V/II).

- Velázquez, L. P. & Zara, N. (2023, mayo 15). *Regulación de plataformas en Brasil: Necesidad, peligros y contradicciones*.
<https://observatoriolegislativocele.com/regulacion-de-plataformas-en-brasil-necesidad-peligros-y-contradicciones/>

- Wu, Mark (2017), Digital Trade-Related Provisions in Regional Trade Agreements: Existing Models and Lessons for the Multilateral Trade System, ICTSD.

- Yu, P. K. (2015). Déjà vu in the International Intellectual Property Regime. En *The Sage Handbook of Intellectual Property*.

- Zittrain, J. (2008). *The Future of the Internet and How to Stop It*. Yale University Press.



Universidad de
San Andrés