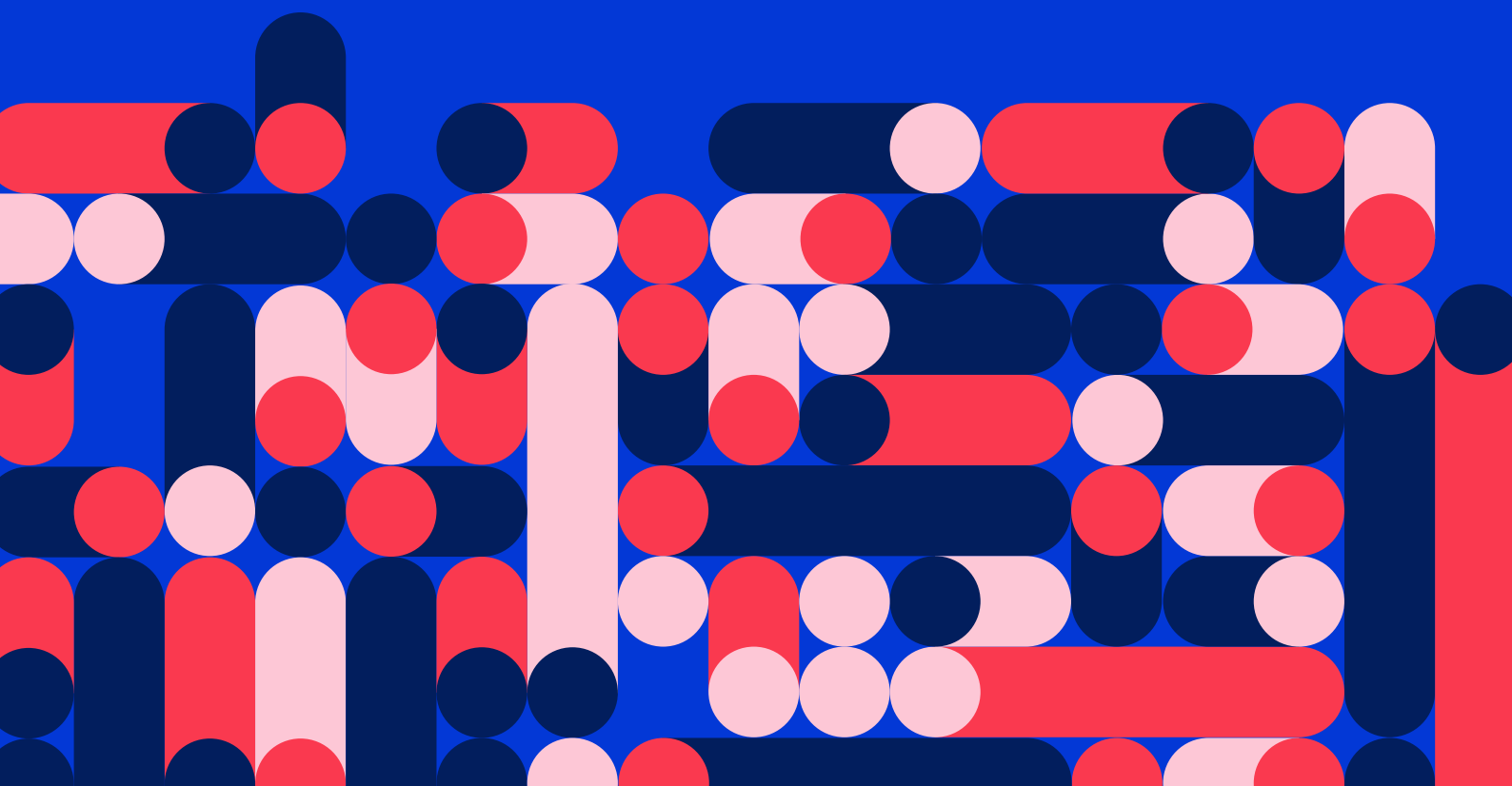


Mirando Al Sur

Hacia nuevos consensos regionales
en materia de responsabilidad
de intermediarios y moderación
de contenidos en Internet

AlSur



Mirando Al Sur. Hacia nuevos consensos regionales en materia de responsabilidad de intermediarios en Internet

Abril, 2021.

Este documento fue hecho desde **Al Sur** gracias al Fondo INDELA.
Primera versión finalizada en diciembre 2020.

Autores: **Agustina Del Campo** y **Morena Schatzky**, del CELE de la Universidad de Palermo; y **Laura Hernández** y **J. Carlos Lara** de Derechos Digitales.

AlSur es un consorcio de organizaciones que trabajan en la sociedad civil y en el ámbito académico en América Latina y que buscan con su trabajo conjunto fortalecer los derechos humanos en el entorno digital de la región. Para más información sobre Al Sur y sus miembros, visite <https://www.alsur.lat/>



Este trabajo se distribuye con licencia Reconocimiento 4.0 Internacional (CC BY 4.0)

Esto significa que usted es libre de:

- **Compartir** — copiar y redistribuir el material en cualquier medio o formato
- **Adaptar** — remezclar, transformar y crear a partir del material para cualquier finalidad, incluso comercial

(El licenciador no puede revocar estas libertades mientras cumpla con los términos de la licencia).

Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento** — Debe reconocer adecuadamente la autoría, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo de cualquier manera razonable, pero no de una manera que sugiera que tiene el apoyo del licenciador o lo recibe por el uso que hace.
- **No hay restricciones adicionales** — No puede aplicar términos legales o medidas tecnológicas que legalmente restrinjan realizar aquello que la licencia permite.

Acceda a una copia completa de la licencia en:

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode.es>

Tabla de contenidos

I. Introducción	4
II. Importancia de la discusión	7
III. La situación actual y el debate en las Américas	8
a. Tratados de Libre Comercio (TLC)	9
b. Marco Civil de Internet (MCI)	12
c. Nuevo frente en América Latina: discurso de odio y desinformación	13
d. PL das Fake News	14
IV. Regulación: derecho comparado. Experiencias y propuestas	17
a. Caso EEUU: la primera exportación de inmunidad de intermediarios	17
i. La Primera Enmienda y la Sección 230 de la CDA	17
ii. Límites a la inmunidad de la Sección 230	19
DMCA	19
FOSTA-SESTA	20
iii. Discusión actual: proyectos presentados en el Congreso Estadounidense	20
b. Unión Europea y otros	23
i. Directiva sobre el Comercio Electrónico (e-Commerce Directive)	24
ii. Digital Services Act	25
iii. Directiva sobre los Derechos de Autor y Derechos Afines en el Mercado Único Digital	27
c. Regulaciones nacionales recientes: NetzDG en Alemania, Ley Avia en Francia, el Online Harms White Paper británico, el caso australiano y la propuesta austríaca	29
d. Críticas comunes a estos sistemas regulatorios	30
V. Otras propuestas: autorregulación y corregulación	32
a. Iniciativas no vinculantes de la Unión Europea	32
b. GIFCT	34
c. El Llamado de Christchurch	35
d. Iniciativas dentro de las empresas	36
e. Recomendaciones de la sociedad civil	37
VI. Conclusiones	40

I. Introducción

A diferencia de Estados Unidos o Europa, donde existen leyes que han adoptado posiciones concretas para lidiar con la responsabilidad de intermediarios, en América Latina la temática llegó relativamente tarde a la agenda pública e indirectamente a través de tratados de libre comercio. Cuando empezaron a surgir propuestas legislativas que adoptaban y reflejaban los consensos que a nivel global parecían existir, estos sufrieron fuertes embates en sus cimientos. A partir de 2013, con las revelaciones de Snowden y, particularmente, a partir de 2016 con la elección de Donald Trump como presidente de EE.UU., el *Brexit*, el *Pizzagate*, entre otros, comenzó un duro cuestionamiento a la inmunidad de los intermediarios frente al contenido de terceros. Este cuestionamiento global desembarcó con fuerza en la región latinoamericana en 2018 a raíz de las elecciones presidenciales de Brasil.

Frente a estos cambios en los consensos globales y atendiendo a la falta de consensos en América Latina, las organizaciones de la sociedad civil vienen debatiendo el tema en distintas instancias. Se han hecho grandes esfuerzos por mantener una mirada desde el marco regional de los derechos humanos, articulable con los debates globales, y respetuosa de la interacción de intereses públicos y privados que se vinculan con la temática. En esta línea, Al Sur, con una mirada común en torno a privacidad y libertad de expresión, promueve debates tendientes a informar nuestras posiciones a la luz de los veloces y múltiples desarrollos tecnológicos, regulatorios e industriales. Este documento hace parte de un proceso que, formalmente, comenzó en marzo de 2019, con una reunión de expertos organizada por el CELE¹ en la ciudad de Buenos Aires, donde colectivamente se analizó el desarrollo de la temática a nivel regional y comparado, se identificaron coincidencias y disidencias en la aproximación a este tema, y se evaluaron distintas opciones e iniciativas de incidencia.

La reunión de Buenos Aires se celebró en el marco del fracaso de una de las iniciativas legislativas quizás más paradigmáticas desde el Marco Civil de Internet de Brasil: el proyecto de responsabilidad de intermediarios de Argentina. Este proyecto acarreó una discusión parlamentaria de más de cinco años, con un texto consensuado entre la oposición y el oficialismo en el Senado y generado a partir de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el Caso *Belén Rodríguez c/ Google* (2014).² Si bien el proyecto no era perfecto y algunos expertos advirtieron sobre algunas de sus disposiciones (particularmente aquellas referidas a la autorregulación), su caducidad generó una fuerte frustración tanto en el sector privado como en la sociedad civil, que llevaban años invertidos en la discusión. Por sobre esto, empezaron a colarse en la discusión temas que más adelante probarían ser espinosos, como la disputa entre los medios y las plataformas por la publicidad; el reclamo que en Europa en 2019 derivó en la adopción de la Directiva Europea de Derechos de Autor, reconociendo a las editoriales de publicaciones de prensa el derecho a un canon por el contenido difundido y compartido en redes; o las preocupantes tendencias de regulación de responsabilidad de intermediarios de internet

1 CELE, Reunión de expertos sobre Responsabilidad de intermediarios, Buenos Aires, marzo 2019.

2 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Sentencia del caso Rodríguez María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios". Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7162581&cache=1509324967388>

de corte autoritario en la región, como las surgidas en países como Venezuela³ y Honduras⁴. En ese momento, el contexto invitaba a abandonar la promoción activa de regulación de intermediarios y optar por estrategias más reactivas, frente a propuestas regulatorias sin un claro alineamiento a un marco de respeto de derechos humanos.

A dos años de la reunión de Buenos Aires, la región se encuentra claramente en otro momento. Por una parte, en varios países se están retomando discusiones estratégicas en torno a la responsabilidad de intermediarios a nivel judicial o legislativo. En Brasil se está cuestionando la constitucionalidad de algunas disposiciones del Marco Civil ante el Supremo Tribunal Federal⁵. Además, surgieron diversas iniciativas para regular la desinformación en línea, como el proyecto de ley contra las fake news⁶. En México, la temática cobró relevancia a raíz de la reciente adopción e implementación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos que importa la Ley de Decencia de las Comunicaciones (*Communications Decency Act*) y la Ley de Derechos de Autor en la Era Digital (*Digital Millennium Copyright Act*), para posteriormente avanzar con la propuesta del Senador Monreal en 2021. Ésta propone una modificación a la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión para definir el ámbito de ejercicio de la libertad de expresión en las redes sociales, planteado como un intento por defender la libertad de expresión, pero con propuestas que arriesgan convertirse en mecanismos de censura y control. Finalmente, en Argentina se retomó nuevamente la discusión, aunque aún no formalmente en el ámbito legislativo.

Por otra parte, en febrero 2021 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y su Relatoría Especial para la Libertad de Expresión (RELE) deploraron el “deterioro generalizado del debate público”⁷, atendiendo a la relación entre la violencia en línea y la violencia física, con las posibles consecuencias letales de esta misma. A la vez, desatacaron el desafío para su regulación y sus procesos políticos. A través de su comunicado, la CIDH dio apertura a un proceso de diálogo interamericano sobre estos temas bajo la conducción de la RELE, invitando a trabajarlos conjuntamente desde una perspectiva multisectorial, con la finalidad de que los resultados de este diálogo sirvan como insumos no vinculantes para que la CIDH delibere sobre el futuro de los Estándares Interamericanos en Libertad de Expresión en internet. La primera actividad de este proceso tuvo lugar con la audiencia temática “Moderación de contenidos en internet y libertad de expresión en las Américas” celebrada por la CIDH con fecha 25 de marzo de 2021, enmarcada en el período de sesiones 179 de la CIDH⁸.

3 Ver, por ejemplo, el comunicado de prensa de la RELE sobre la “Ley contra el odio” de Venezuela, aquí: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1082&IID=2>

4 Ver más información aquí: <http://www.ipsnoticias.net/2018/07/leyes-amenazas-cercan-la-libertad-expresion-honduras/>

5 Ver más información aquí: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=444265>. Cabe recordar que siendo la única regulación comprensiva de la responsabilidad de intermediarios en la región.

6 Ver más información aquí: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53244947>

7 Ver más información aquí: <http://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/026.asp>

8 Disponible en: <https://youtu.be/esZnTtKkx8A>

Paralelamente, tanto en Estados Unidos como en Europa, se están debatiendo potenciales reformas a los marcos de responsabilidad de intermediarios que hasta aquí marcaron el desarrollo de internet como la conocemos. A estos se sumaron recientemente Australia y Canadá⁹. Por su parte, los propios intermediarios han desarrollado mecanismos y propuestas de autorregulación tendientes a lidiar con la crisis imperante, fortalecer su legitimidad y evitar regulaciones menos permisivas¹⁰; y distintos sectores de la sociedad civil han desarrollado propuestas de regulación, autorregulación y co-regulación, actualmente en discusión¹¹.

La primera sección de este documento plantea la importancia de la discusión para la región y cómo esta discusión se inserta en los debates comparados. La segunda sección hace una descripción y mapeo de la discusión legal en torno a la responsabilidad de intermediarios a nivel regional interamericano. Se abordan iniciativas regulatorias, autorregulatorias, y propuestas y principios impulsados por la sociedad civil. La tercera sección hace lo propio a nivel internacional y comparado, particularmente mirando a Europa y Estados Unidos. El documento se limita a las iniciativas presentadas hasta fines de diciembre del 2020. Sin embargo, conscientes del impacto global que los acontecimientos del 6 de enero del 2021 y el “deplatforming” del entonces presidente Trump tuvieron en la discusión sobre la responsabilidad de intermediarios de internet, el documento incluye una breve referencia a ello.

Por último, hacia las conclusiones, detallamos las recomendaciones de la coalición para avanzar en el diálogo en nuestra región, tanto en el marco del proceso regional convocado por la CIDH, como en las discusiones a nivel local. Se trata de puntos de partida que intentan identificar los puntos mínimos de acuerdo y de identificación de cuestiones decisivas en este debate, basados en la experiencia acumulada de un grupo de organizaciones de sociedad civil especialistas en la promoción de derechos fundamentales en los entornos digitales que, como conocedoras de los desarrollos globales, abrazan una perspectiva regional anclada en los estándares del sistema interamericano de Derechos Humanos.

9 Por cuestiones de corte temporal, las iniciativas de Australia y Canadá no están analizadas en el documento. Cabe señalar que se refieren prioritariamente a la relación entre prensa y plataformas y su desarrollo ameritaría un nuevo estudio dedicado específicamente a la temática.

10 Ver, por ejemplo, el Oversight Board de Facebook: <https://oversightboard.com/>

11 Ver, por ejemplo, Social Media Councils creados por Article 19: <https://www.article19.org/social-media-councils/>

II. Importancia de la discusión

La importancia de internet como medio y plataforma para el ejercicio de derechos humanos es evidente. Ya desde 2018 algunos actores se refieren a las redes sociales incluso formalmente como la nueva plaza pública¹² y, aunque las analogías con la plaza pública física puedan guiar en cierta medida el debate, sus limitaciones han quedado en evidencia. La creciente adopción de políticas privadas para regular el debate en estos espacios ha generado nuevas tensiones, sumado a que la proliferación de servicios vinculados a ciertas plataformas –sobre todo a las más grandes– ha generado intensos debates en torno a qué constituyen formalmente servicios de intermediación y cuáles han adquirido otra naturaleza. La discusión surgida en Argentina a raíz de la demanda de la ex presidenta Cristina Kirchner contra Google pone esta tensión de manifiesto por primera vez en América Latina¹³.

En una región caracterizada por la falta de regulación específica sobre la responsabilidad de intermediarios respecto al contenido de terceros, en todo su espectro, la complejización mundial que ha sufrido el debate amenaza la construcción de consensos mínimos. Quizás uno de los acuerdos más fundamentales que hoy parecen atravesar tanto a la sociedad civil como a los Estados es que cualquier posición regional en torno a la responsabilidad de intermediarios debe, necesariamente, tener en cuenta los principios y estándares regionales en materia de libertad de expresión¹⁴. Pero incluso este consenso está actualmente sujeto a múltiples y diversas interpretaciones, y no faltan tampoco ataques a la luz de la creciente preocupación sobre la proliferación de discursos de odio, *fake news*, estafas, calumnias e injurias.

Frente a este escenario, el debate y la construcción de consensos entre sociedad civil y academia tiene especial relevancia. Primero, para preservar la integridad de una red global como internet y promover desde la región la defensa de la red desconcentrada, interjurisdiccional, neutral, no discriminatoria y accesible a la que hacen referencia los Relatores Especiales de

12 La doctrina de la plaza pública nace en Estados Unidos a raíz del precedente *Hague v. CIO* (1939) en donde la Corte Suprema determinó que prohibir a un grupo de ciudadanos de realizar encuentros de tenor políticos en espacios públicos violaba la Primera Enmienda. El caso revoca el precedente que asimilaba el poder de los funcionarios públicos sobre el espacio público al de los propietarios sobre propiedad privada e impone sobre el Gobierno la obligación de facilitar y proteger la libertad de expresión en los espacios públicos. *Hague v. CIO*, 307 US at 515-16; Con el paso del tiempo y el surgimiento de espacios digitales, la doctrina de plaza pública fue actualizándose a través de distintos fallos. En *Packingham v. North Carolina* (2017), la Corte Suprema se refiere a la aplicación de dicha doctrina en Internet, extendiendo su aplicación a foros no tradicionales, como las redes sociales: *Packingham*, 137 S. Ct at 1735-36 “While in the past there may have been difficulty in identifying the most important places (in a spatial sense) for the exchange of views, today the answer is clear. It is cyberspace—the “vast democratic forums of the Internet” in general, *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U. S. 844, 868 (1997), and social media in particular”; “(...) Social media offers “relatively unlimited, low-cost capacity for communication of all kinds.” *Reno*, supra, at 870. On Facebook, for example, users can debate religion and politics with their friends and neighbors or share vacation photos. On LinkedIn, users can look for work, advertise for employees, or review tips on entrepreneurship. And on Twitter, users can petition their elected representatives and otherwise engage with them in a direct manner”.

13 Ver celeup.org

14 “Ahora bien, dada la importancia de los actores privados como intermediarios en el acceso y uso de Internet, las autoridades deben darles las garantías para operar con transparencia frente al resto de los actores del sistema, especialmente de los usuarios finales, y deberán crear las condiciones para que sirvan efectivamente como vehículo para el ejercicio del derecho universal a la libertad de expresión.” Informe anual de la CIDH, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2013, pág.529 párr.110; “Existe un consenso internacional y un compromiso en torno a la necesidad de garantizar una Internet libre y abierta, fomentar el acceso universal a internet como medio inescindible del ejercicio efectivo de los derechos humanos en línea, particular la libertad de expresión; y la gobernanza multisectorial de internet como garantía para el desarrollo de tecnologías respetuosas de los derechos humanos.” Informe anual de la CIDH, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2016, pág.415 párr.18.

Libertad de Expresión de la OEA desde 2001.¹⁵ Segundo, para promover una regulación respetuosa de la arquitectura de internet, en sus distintas capas, garantizando los derechos humanos básicos de los usuarios a la privacidad y la libertad de expresión, tanto en su infraestructura como en la capa lógica y de contenidos.

Cualquier esfuerzo serio por abordar la espinosa temática de la responsabilidad de intermediarios en este momento histórico debe atender, además del contexto local, el contexto regional y el global. Comprender dónde está situada la discusión, cuáles son las alternativas que local, regional y globalmente se debaten, evaluar las mejores y peores prácticas que han surgido hasta el momento, y destilar los consensos generales, es fundamental.

III. La situación actual y el debate en las Américas

En el marco regional no existe consenso en torno a la normativa adecuada para lidiar con la responsabilidad de intermediarios de internet. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA estableció, en 2013 y en 2016, pautas regionales para la regulación de la responsabilidad de intermediarios de cara a la protección de la libertad de expresión. Sin embargo, estas pautas no han logrado ser trasladadas al ámbito regulatorio interno de los distintos países, con la excepción del caso de Brasil.¹⁶ En líneas generales, la poca regulación que existe está fragmentada: fue mayoritariamente incorporada a través de tratados de libre comercio (TLC), y los proyectos de ley para abordar la temática desde los principios generales no surgieron sino hasta después de que la jurisprudencia de los distintos tribunales abordara la materia.¹⁷

La falta de un marco legal específico en torno a la responsabilidad de intermediarios genera que el marco aplicado en nuestra región continúe siendo el de los principios generales de la responsabilidad civil. Si bien la mayoría de los países han descartado la aplicación de regímenes de responsabilidad civil objetiva, persisten las discusiones en torno a esta temática, y son múltiples y variadas las resoluciones que en las distintas instancias judiciales se encuentran para los distintos casos. La complejización de la discusión a nivel internacional también ha atentado contra los pocos consensos logrados a nivel regional en esta materia.

15 CIDH, Declaraciones Conjuntas de los Relatores Especiales de Libertad de Expresión de la OEA, ONU, OECD, 2001 en adelante. Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de 2013 y 2017. Ver http://www.oas.org/es/cidh/expresion/documentos_basicos/declaraciones.asp.

16 CIDH, Libertad de Expresión e Internet (2013); <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/temas/internet.asp>.

17 Ver en Argentina *Belén Rodríguez c/ Google*; en Colombia, *Caso Gloria c/ El Tiempo y Google*, entre otros.

a. Tratados de Libre Comercio (TLC)

En los países latinoamericanos, caracterizados en su mayoría por una falta de regulación específica sobre intermediarios, la implementación de TLC con los Estados Unidos fue uno de los factores que disparó la discusión sobre la responsabilidad de los intermediarios de internet.

Los TLC contemplan capítulos dedicados a los derechos de propiedad intelectual que incorporan disposiciones que limitan la responsabilidad de los intermediarios de internet por la infracción a los derechos de autor en línea. Estas regulaciones son una exportación directa del modelo de “puerto seguro” establecido en la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) estadounidense, con el cual se delimita la responsabilidad de los intermediarios ante reclamos de infracción de derechos de autor siempre que estos cumplan una serie de condiciones allí establecidas.

La DMCA incluye el controvertido modelo de “notificación y retiro” por medio del cual los intermediarios pueden acogerse a la exclusión de responsabilidad. Los proveedores de servicios de internet deben retirar rápidamente los materiales tras la notificación; debe haber un representante designado para recibir notificaciones; deben adoptar una política para infractores reincidentes y para dar cabida a medidas técnicas estándar; y no hay obligación para monitorear activamente la infracción de derechos de autor, entre otras obligaciones.

Ahora bien, las disposiciones de estos tratados no han sido total o uniformemente adoptadas por todos los países con los cuales Estados Unidos firmó estos tratados. Los únicos países que han incorporado totalmente las disposiciones sobre responsabilidad de intermediarios en materia de derechos de autor contenidas en la DMCA son Chile y Costa Rica¹⁸. Más recientemente se ha incorporado México a esta lista, sin perjuicio de que la normativa adoptada está siendo litigada en los tribunales internos.¹⁹

En el caso chileno, el modelo de “puerto seguro” fue implementado mediante la Ley N° 20.435 de mayo de 2010, que sigue, en su mayoría, las disposiciones consignadas en el TLC Chile-Estados Unidos. La ley establece que las limitaciones de responsabilidad se aplican solo cuando el proveedor de servicios no inicia la transmisión, ni selecciona material o destinatarios. Además, explícitamente excluye la obligación de los proveedores de servicios de monitorear activamente el contenido. Los proveedores de almacenamiento en caché y alojamiento deben establecer una política para terminar el servicio de infractores reincidentes; no interferir con las medidas tecnológicas de protección; y no participar en la creación o selección de contenido o sus destinatarios. Otra de las exigencias es que estos proveedores deben señalar información de contacto para recibir notificaciones de infracción a derechos de autor.

Ahora bien, la legislación chilena se aleja de la normativa DMCA en la forma en la que se activa la exclusión de responsabilidad solidaria: mientras que la DMCA establece en su modelo de “puerto seguro” el retiro de contenido considerado infractor mediante la mera notificación privada, la ley chilena establece que la exención de responsabilidad solidaria opera únicamente cuando recibe una orden judicial que así lo ordene.

18 Lara, J. C. & Sears, A. M., “The Impact of Free Trade Agreements on Internet Intermediary Liability in Latin America”. En Frosio, G. (editor), *The Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford University Press, 2020.

19 Ver <https://observatoriolegislativocele.com/el-t-mec-mexicano-2020-practicas-y-lecciones/>

El mecanismo adoptado por Chile hizo que Estados Unidos denunciara que el país sudamericano no estaba cumpliendo con las obligaciones derivadas del TLC, señalando que no hacía lo suficiente para proteger los intereses de los titulares de derechos de autor. Esto ocasionó que desde el año 2011 el país fuera incluido en la “Lista de Vigilancia Prioritaria” del Reporte Especial Anual 301, llamando al gobierno chileno a que corrija la ley para garantizar una efectiva y expedita acción en contra de la piratería en internet.

En Costa Rica los estándares en materia de propiedad intelectual y responsabilidad de intermediarios llegan a través del CAFTA-Estados Unidos, del cual Costa Rica forma parte. La implementación de las disposiciones sobre responsabilidad de los intermediarios de internet se realizó mediante la aprobación del Decreto Ejecutivo N° 36.880 en diciembre de 2011. El decreto establece los siguientes requisitos para el proveedor de servicios: 1. Tener una política de terminación de contrato para infractores reincidentes; 2. No interferir con las medidas de protección tecnológicas, o con contenido, su origen o destinatarios; 3. Designar un destinatario para las notificaciones; y 4. Remover expeditamente el contenido de acuerdo al decreto.

En el caso costarricense, la forma en la que se activa la exclusión de responsabilidad es mixta, a través de la ejecución judicial y mediante un procedimiento colaborativo. En el primer esquema, el tribunal decide, de acuerdo a las reglas generales de derechos de autor, imponer medidas adecuadas como cancelar la cuenta, eliminar o bloquear el contenido identificado como infractor, u otras medidas que se consideren necesarias. En el segundo esquema, una serie de notificaciones al usuario del contenido considerado infractor permiten que este, de buena fe, retire el contenido; en caso de que no acceda a realizarlo voluntariamente, el proveedor del servicio puede cancelar la cuenta del infractor, remover o bloquear el contenido. Costa Rica también ha sido incluido en la “Lista de Vigilancia Prioritaria” del Reporte Especial Anual 301 por considerar que los plazos en los que se desarrolla el sistema de notificaciones no colaboran en la lucha contra la piratería en línea.

Por otra parte, en Colombia y Perú han fracasado las intenciones de nacionalizar las obligaciones derivadas de sus Tratados de Libre Comercio, en gran parte debido a la resistencia que la sociedad civil ha presentado a copiar el sistema de “notificación y retiro” de la DMCA sin que se acepte un modelo más garantista. En consecuencia, ambos países han sido incorporados en la “Lista de Vigilancia Prioritaria” y en la “Lista de Vigilancia”, respectivamente, del Reporte Especial Anual 301. En tanto, Panamá y el resto de los países del bloque CAFTA, no han adaptado las obligaciones de los Tratados a sus ordenamientos internos.

El caso más reciente de la incorporación de reglas de responsabilidad de intermediarios mediante TLC es indudablemente el de México con el T-MEC, que aún no se ha implementado con pleno vigor. En junio de 2020, el Congreso federal mexicano aprobó una serie de leyes, incluyendo una reforma a la ley de derechos de autor y la normativa relativa a la responsabilidad de intermediarios en fiel reflejo a la CDA § 230 y la DMCA. Organizaciones de sociedad civil mexicanas han lanzado una agresiva campaña contra las medidas dispuestas y han logrado cuestionar la constitucionalidad del tratado en lo referido a este punto.²⁰

20 R3D, <https://r3d.mx/2020/06/23/la-implementacion-del-t-mec-debe-contemplar-excepciones-suficientes-para-la-elusion-de-candados-digitales/>.

Indudablemente, los TLC insertaron en la agenda el tema de la responsabilidad de los intermediarios en la región previo a un debate amplio o comprensivo en torno al tema. Las cláusulas vinculadas a propiedad intelectual particularmente tuvieron penetración regional incluso mas allá de los propios textos u obligaciones de los Tratados. Uruguay, por ejemplo, ha incorporado recientemente a su legislación, mediante reformas a la Ley de Presupuesto, un mecanismo de notificación y retiro administrativo por infracciones a derechos de autor por difusión no autorizada de señales de televisión de pago.²¹ El alcance del proyecto original era amplio y ambiguo, en el sentido que el denunciante podía activar el mecanismo de bajada únicamente mediante una denuncia administrativa y sin orden judicial que asegure las garantías del debido proceso. Para esto, se faculta a la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC) para adoptar las medidas sancionatorias y preventivas respectivas y ordenar el bloqueo de sitios que difundan o enlacen a la difusión de tales señales. La propuesta original fue ampliamente resistida por la sociedad civil,²² y aunque el artículo 712 finalmente aprobado restringe el alcance inicialmente propuesto de la medida, mantiene el carácter de bloqueo administrativo.

Persisten diferencias en los distintos regímenes a nivel regional y persisten fuertes choques de intereses en torno al tema. La búsqueda de consensos ha quedado por el momento truncada.²³ Esta discusión adquirió recientemente particular relevancia con los reclamos del sector de medios de comunicación y prensa para que se incorpore sus contenidos al régimen de propiedad intelectual (acompañando una tendencia global marcada por la adopción de la Directiva Europea de Derechos de Autor y las experiencias mas recientes con la ley de Australia²⁴ y la propuesta de Canadá²⁵). Estos nuevos reclamos e iniciativas regulatorias han levantado el perfil de la discusión de copyright nuevamente tanto a nivel regional como global.

21 Ley de Presupuesto Nacional 2020-2024. Parlamento del Uruguay. Disponible en: <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/147701>

22 <https://www.observacom.org/preocupacion-internacional-por-articulo-de-ley-de-presupuesto-de-uruguay-que-autoriza-notificacion-y-bajada-por-derechos-de-autor-sin-orden-judicial/>

23 La presión mediante la inclusión en el Informe Especial 301 ha sido una constante por décadas, con los deberes de implementación de TLC como factor relevante para mantener esa presión. Es el caso de la presión ejercida para promover la protección del software en Brasil (Cfr. Valente, M. G., *A construção do direito autoral no Brasil: cultura e indústria em debate legislativo*. Belo Horizonte: Letramento, 2019). En contraste, el gobierno chileno ha rechazado esa presión, acusando que se trata de un mecanismo ajeno al TLC y que desconoce los avances en propiedad intelectual. Véanse al respecto las declaraciones del Ministerio de Relaciones Exteriores en respuesta del año 2008: <https://www.subrei.gob.cl/sala-de-prensa/noticias/detalle-noticias/2008/07/21/chile-institucionalidad-solida-en-materia-de-propiedad-intelectual> y del año 2020: <https://www.subrei.gob.cl/sala-de-prensa/noticias/detalle-noticias/2020/04/29/declaracion-publica-reporte-especial-301>

24 Australia: Treasury Laws Amendment (News Media and Digital Platforms Mandatory Bargaining Code) Act N° 21, 2021. Disponible en: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2021A00021>

25 En Canadá hay un proyecto presentado en febrero por congresistas de la oposición (Bill S-225, Disponible en: <https://www.parl.ca/LegisInfo/BillDetails.aspx?Language=E&billId=11108562>).

b. Marco Civil de Internet (MCI)

En Brasil, antes de la promulgación del Marco Civil de Internet (MCI),²⁶ era frecuente encontrar resoluciones que responsabilizaban objetivamente a los proveedores de internet por el contenido de terceros, basados en el riesgo creado por el servicio. La aprobación del MCI aportó claridad a la hora de determinar la responsabilidad de los intermediarios de internet al introducir, como regla general, un sistema de exclusión de responsabilidad de estos servicios a través de un modelo de notificación judicial y retiro del contenido ilícito de terceros. Esta regla, contenida en el artículo 19 del MCI, admite dos excepciones: cuando se trate de asuntos de derechos de autor, en cuyo caso se sigue lo dispuesto en la ley correspondiente, la cual sigue un modelo de “notificación y retiro” en consonancia con las reglas de la DMCA, y cuando se trate de la diseminación no consensuada de imágenes íntimas, en cuyo caso bastará la notificación privada para remover tal contenido.

El camino brasileño ha sido marcado por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia (STJ) para afianzar lo que el MCI dispone. Este ha señalado en reiteradas oportunidades que los intermediarios de internet no son responsables por el contenido ilegal que generan los usuarios; no pueden ser obligados a filtrar preventivamente el contenido que los usuarios generan; deben eliminar el contenido infractor tan pronto como tengan conocimiento del contenido ilegal alojado en sus plataformas, debiendo pagar indemnización por daños si no lo hacen, y deben desarrollar y mantener mecanismos eficaces que faciliten la identificación de sus usuarios.

Otro aspecto importante derivado de la jurisprudencia del STJ parece imponer, como regla general, que aquel que busque la remoción de contenido infractor en internet, debe especificar la URL en la que ese contenido se encuentra, a modo de cumplir con la entrega de información “clara y específica, que permita identificación inequívoca” de la ubicación del contenido infractor, como exige el MCI. Ello pretende, por un lado, proteger a los proveedores de aplicaciones y, por otro, mitigar impactos negativos en la libertad de expresión.

Con respecto a la desindexación de contenido en los buscadores de internet ha habido cierta contradicción. Antes de la entrada en vigencia del MCI, el STJ tenía por criterio que estos proveedores no eran responsables del contenido indexado por los usuarios; sin embargo, en un caso sobre un pedido de “derecho al olvido” en el año 2018, la misma sala determinó, por mayoría, que la desindexación de contenido por noticias que vinculaban al demandante con un posible fraude procedía siempre que la consulta de búsqueda se hubiera realizado utilizando el nombre del demandante.

Diversas investigaciones señalan que la ponderación judicial ha garantizado que los pedidos de remoción o bloqueo de contenido infundados no supriman contenidos legítimos. De acuerdo con un estudio de la organización InternetLab, el 60 % de los casos judiciales sobre pedidos de retiro de contenido hasta el año 2018 fueron considerados ilegítimos, infundados o abusivos.²⁷ Si las plataformas hubiesen atendido inmediatamente estos pedidos, se hubieran removido manifestaciones legítimas. El caso brasileño expone cómo el requisito de la notificación judicial incentiva a las plataformas a mantener ese contenido, en lugar de removerlo previamente.

²⁶ Ley Nº 12.965

²⁷ InternetLab, “Responsabilidade de intermediários e a garantia da liberdade de expressão na rede”, disponible en: <https://www.internetlab.org.br/pt/especial/responsabilidade-de-intermediarios-e-a-garantia-da-liberdade-de-expressao-na-rede/>

El MCI ha servido además para detener el uso de notificaciones extrajudiciales como una forma de bloqueo a la libertad de expresión. Con frecuencia, figuras públicas utilizan estrategias de intimidación para acallar discursos críticos contra ellas, generalmente instrumentadas a través de la sátira humorística.²⁸ La estrategia consiste en realizar notificaciones extrajudiciales o iniciar procesos por difamación, con el único objetivo que la persona que ha creado el contenido y la plataforma que lo aloja lo bloqueen. Esta estrategia sirve, además, para disuadir a aquellos que quieran producir el mismo tipo de contenido. Con las disposiciones sobre el régimen de excepción de responsabilidad se ha impedido que las meras notificaciones extrajudiciales intimiden a las plataformas de internet y mantengan el contenido hasta tanto su retiro no sea ordenado por una autoridad judicial, preservando el derecho de libertad de expresión.

En la actualidad, se tramita un expediente judicial cuestionando la constitucionalidad del artículo 19 del MCI aún pendiente de resolución. De ser declarado inconstitucional, el modelo de responsabilidad de intermediarios actual sería sustituido por un modelo de responsabilidad por mera notificación privada, lo cual constituiría un retroceso en el ejercicio de los derechos de libertad de expresión y acceso a la información.

c. Nuevo frente en América Latina: discurso de odio y desinformación

Uno de los problemas más difíciles de solucionar que encara la responsabilidad de los intermediarios es la moderación de contenidos en temas complejos, tales como el derecho a la honra, el discurso de odio o la desinformación.

Sobre el derecho a la honra, el desarrollo jurisprudencial en algunos países latinoamericanos en los últimos años ha sido consecuente con eximir de responsabilidad a los intermediarios, a pesar de que en algunos casos esta tendencia no sea una regla. Tanto en Argentina²⁹ como en Colombia,³⁰ se ha establecido jurisprudencialmente que los intermediarios de internet no son responsables por el contenido que publican sus usuarios. Los casos se han juzgado a la luz de la responsabilidad subjetiva.

Un asunto igualmente complejo es la utilización de las redes sociales y otras plataformas de internet para transmitir mensajes de odio y, en consecuencia, la responsabilidad que puedan tener en la movilización de ese contenido. Al no haber consenso en la definición o caracterización del término entre países ni entre plataformas,³¹ resulta muy difícil proponer legislaciones que puedan regular la diseminación de estos contenidos sin imponer restricciones exageradas a la libertad de expresión.

28 Una asociación de periodistas de Brasil mantiene una visualización de los reclamos en la justicia hechos por políticos para remoción de contenido, disponible en: <http://www.ctrlx.org.br/#/infografico>

29 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, Sentencia del caso Rodríguez María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios". Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7162581&cache=1509324967388>
El criterio fue ratificado en 2017 en Gimbutas c/ Google, con posterioridad a la entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial de Argentina. Cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Sentencia del caso Gimbutas, Carolina Valeria c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios". Disponible en: <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/getDocumentosExterno.html?idAnalisis=739942>

30 Corte Constitucional Colombiana, Caso Gloria c/ la Casa Editorial El Tiempo, disponible en: http://e.tribunalconstitucional.cl/img/Attachment/1929/T_277_15_Sentencia.pdf

31 La definición de discurso de odio en Facebook difiere de la definición de discurso de odio en Twitter, por ejemplo.

Uno de estos intentos se plasmó en la “Ley Constitucional contra el odio, por la convivencia pacífica y la tolerancia” de Venezuela, que impone a las redes sociales la obligación de retirar contenido que incite “al odio nacional”, entre otros, bajo pena de multa y bloqueo de “portales”. Dado el contenido vago de las definiciones usadas en la ley, así como la falta de claridad sobre los procedimientos a seguir, existe un riesgo de utilizar esta normativa para acallar voces críticas con el gobierno de ese país.

d. PL das Fake News

En 2020, en Brasil se discutió un proyecto de ley que busca regular la diseminación de desinformación de forma masiva a través de plataformas de internet, como las redes sociales y los servicios de mensajería. En su redacción original, el proyecto generó temor entre activistas y expertos en libertad de expresión al propiciar la responsabilidad solidaria de los intermediarios de internet por los contenidos de desinformación generados por los usuarios. Finalmente, en junio de 2020 se aprobó por el Senado el texto final del proyecto de Ley Nº 2630/2020, conocido coloquialmente como “PL das Fake News”.³² Este proyecto ha sido criticado fuertemente, entre otros motivos, por promover una moderación excesiva de contenidos por parte de las plataformas de internet, violentando la libertad de expresión.³³

Una de las principales observaciones está relacionada a la interpretación de la redacción del inciso 2 del Artículo 12 en el que se regula el procedimiento de moderación. En dicho artículo se establece el mecanismo para garantizar el debido proceso, cuando a un usuario se le aplican medidas basadas en los términos de uso; esta garantía incluye el deber de notificar al usuario sobre la fundamentación, el proceso de análisis y la aplicación de la medida, así como sobre los plazos y los procedimientos para su contestación; de acuerdo al inciso 2, esta notificación se puede dispensar en los casos establecidos en el mismo inciso, entre los que se encuentran: daño inmediato de difícil reparación; violación a derechos de niños y adolescentes; y crímenes tipificados en la Ley Nº 7.716 de 5 de enero de 1989, por mencionar algunos. Esta redacción es interpretada por algunos especialistas como una obligación de remoción inmediata de contenidos, lo cual resultaría en un poder muy amplio para las plataformas, que podrían decidir qué contenido circula o no en internet.

También fue observada la creación del Consejo de Transparencia y Responsabilidad en el Internet (Capítulo IV). En primer lugar, existe el temor de que su independencia no pueda ser garantizada debido a que su instalación y funcionamiento dependen del presupuesto del Senado Federal. En segundo lugar, las competencias otorgadas podrían incentivar una moderación excesiva de contenidos por parte de las plataformas; esto es así porque se faculta al Consejo —entre otras cosas— a dictar un código de conducta, evaluar las políticas de uso y los procedimientos de moderación de las plataformas, en el contexto de un proyecto de ley que falla al definir con poca claridad algunos términos, como desinformación. Esta vaguedad podría generar una peligrosa amplitud del término, permitiendo incluso arbitrariedades en su alcance, que podrían trasladarse al código de conducta y a las demás facultades de evaluación conferidas a ese ente en el Artículo 25.

32 Disponible en: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>

33 Thiago Oliva, A abordagem do Congresso Brasileiro à desinformação e regulamentação da plataforma coloca em risco a liberdade de expressão, disponible en <https://observatoriolegislativocele.com/pt/a-abordagem-do-congresso-brasileiro-a-desinformacao-e-regulamentacao-da-plataforma-coloca-em-risco-a-liberdade-de-expressao/>; ver además Internetlab, Leis para desinformação exigem mais do que boas intenções, disponible en <https://www.internetlab.org.br/pt/imprensa/leis-para-desinformacao-exigem-mais-do-que-boas-intencoes/>

Finalmente, la luz del debate también se posa sobre la aplicación de sanciones a las plataformas, establecidas en el artículo 31, por considerarlas desproporcionadas e innecesarias en comparación con otras como la promoción de mecanismos independientes de verificación de hechos o medidas positivas de alfabetización digital para la población, entre otros.

Ante las críticas realizadas al texto aprobado, se presentó informalmente un nuevo documento en el que se incorporaron algunas de las observaciones. Si bien el nuevo texto mantiene algunas de las disposiciones observadas en el proyecto oficial —como la dependencia del Consejo al presupuesto del Senado—, incluye algunas disposiciones que están en sintonía con las recomendaciones formuladas por iniciativas de la sociedad civil.³⁴ Así, en cuanto a transparencia, por ejemplo, al precisar que las plataformas deben producir informes semestrales de transparencia en portugués, que estén disponibles en sus sitios electrónicos, para informar sobre los procedimientos y decisiones relativas a la moderación de contenidos. De acuerdo al artículo 7 del proyecto, las relatorías deberán contener, entre otras:

“... II - número total de medidas de moderación de cuentas y contenido adoptadas debido al cumplimiento de las condiciones de uso privadas de los proveedores de aplicaciones de Internet, indicando a nivel agregado, motivación y metodología utilizada en la detección y aplicación de los términos de uso; III - número total de medidas de moderación de cuentas y contenidos adoptadas y sus motivaciones por cumplimiento de orden judicial, especificando las bases legales que justificaron la decisión de remoción; IV - historial y comparaciones de prácticas, metodologías y métricas para la identificación y moderación de cuentas y contenido, incluidas métricas sobre detección y tiempo de respuesta; V - información básica sobre el equipo responsable de aplicar las reglas de moderación cuentas y contenidos, indicando también las circunstancias de la revisión automatizada y por personas naturales; ... VII - número total de medidas de identificación de contenido y tipos de identificación, remociones o suspensiones que hayan sido revertidas por la plataforma; VIII - tiempo medio entre la detección de irregularidades y la adopción de medidas en relación con las cuentas y contenidos a que se refieren los ítems II, III y IV; ... X - los criterios, metodologías y métricas utilizados por sus sistemas automatizados en la vigilancia y cumplimiento de sus políticas y términos de uso; XI - los criterios, metodologías y métricas para tasar el alcance del contenido impulsado y de publicidad, sujeto a verificación y auditoría independiente; XII - información sobre el uso y funcionamiento de sistemas automatizados, incluida la información, bases de operación y entrenamiento de los algoritmos y el análisis de sus impactos en la circulación, disponibilidad, promoción, reducción del alcance o eliminación de contenido; y XIII - actualizaciones de las políticas y condiciones de uso realizadas en el trimestre, la fecha de modificación y la justificación de su adopción.”

A su vez, la iniciativa propicia que las plataformas habiliten un canal digital para recibir denuncias y establece que cuando un contenido o cuenta sea objeto de medidas de moderación, las plataformas deberán informar al usuario tanto el fundamento de la medida, como el procedimiento y plazo para interponer un recurso contra la misma.

34 Como, por ejemplo, las realizadas por Observacom, en su propuesta “Estándares para una regulación democrática de las grandes plataformas que garantice la libertad de expresión en línea y una Internet libre y abierta”. Disponible en: <https://www.observacom.org/wp-content/uploads-2020-09-estandares-regulacion-grandes-plataformas-internet-pdf/>

El Capítulo III, por su parte, establece la necesidad de transparentar el contenido publicitado y el impulsado por motivos electorales. De esta forma, requiere que sea identificada la cuenta responsable de este tipo de contenido y que sea visible para el usuario el contenido impulsado con fines electorales.

Estos últimos puntos son relevantes dado que una de las principales críticas que se le realizan a las plataformas de redes sociales (y que se le realizaron al texto original del proyecto) es que la aplicación de sus políticas de moderación de contenido están lejos de ser transparentes, generando dudas respecto de la coherencia en su implementación, lo que termina afectando, principalmente, la expresión de grupos vulnerables.

Finalmente, en uno de sus artículos más polémicos (Art. 21), el proyecto establece la responsabilidad solidaria de las plataformas por daños causados por el contenido promocionado por cuentas de terceros, cuando no cumplen con la obligación de solicitar documentos de identidad a los propietarios de tales cuentas. Aunque pueda ser positivo exigir a los contenidos publicitarios la identificación en la forma que regula el texto, habría que cuestionar si se justifica la misma exigencia cuando se trata de usuarios comunes promocionando su contenido. Por otro lado, sería prudente preguntarse qué se entiende por daños, quién y cómo se cuantificarán; y si esta responsabilidad solidaria no va en contra del Marco Civil de Internet, en tanto el supuesto regulado en la propuesta no es de aquellos que el MCI establece como causales para la responsabilidad de los intermediarios.

IV. Regulación: derecho comparado. Experiencias y propuestas

a. Caso EEUU: la primera exportación de inmunidad de intermediarios

i. La Primera Enmienda y la Sección 230 de la CDA

La discusión regulatoria en los Estados Unidos tiene una particularidad que la distingue de los debates en otros países a raíz de la Primera Enmienda de la Constitución Estadounidense y la Sección 230 de la Ley de Decencia de las Comunicaciones (en adelante “la CDA”, por sus siglas en inglés). La Primera Enmienda, establecida en 1791, otorga una protección a la libertad de expresión que, tomada desde una interpretación amplia, pareciera ser absoluta:

“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances”.³⁵

La literalidad de la Primera Enmienda está embebida en la cultura norteamericana y alcanza no solo a sus habitantes sino también a sus empresas.³⁶ Esto es particularmente relevante en la discusión respecto de la responsabilidad que les cabe a los intermediarios de internet en tanto las empresas alegan sus propios derechos constitucionales de expresión al moderar (o no moderar) el contenido de terceros.

A comienzos de la década del 90, en pleno auge de internet, se sancionó la CDA con el fin de promover la decencia de las comunicaciones e incluyó la Sección 230 para habilitar expresamente la moderación de contenidos en internet.³⁷ En síntesis, esta norma otorga a los proveedores de servicios informáticos interactivos inmunidad sobre el contenido de sus usuarios. Los proveedores no deberán ser tratados como editores y, además, se les otorga inmunidad para permitir o remover contenido de terceros de sus plataformas, de buena fe, “esté o no dicho material protegido constitucionalmente”³⁸ (la traducción es propia). Existen excepciones que analizaremos en los párrafos siguientes relativas a los delitos de propiedad intelectual y otros delitos federales, como la pornografía infantil y el tráfico sexual.

35 Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América.

36 The New York Times Magazine, *Free speech will save our democracy*, Oct. 13, 2020.

37 J. Kosseff, *The Twenty Six Words that Created the Internet*, Cornell Univ. Press, 2019.

38 CDA Section 230 “(c) Protection for “Good Samaritan” blocking and screening of offensive material (1) Treatment of publisher or speaker No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider. (2) Civil liability No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of— (A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected; or (B) any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph (1).”

La Sección 230 de la CDA forma parte de las leyes que el profesor Eric Goldman³⁹ denomina “speech-enhancing statutes”,⁴⁰ que extienden la protección establecida en la Primera Enmienda. Según él, la Sección 230 y la interpretación jurisprudencial que se hizo de ella proveen una protección más amplia de la libertad de expresión que la propia Primera Enmienda, alcanzando no solo contenido difamatorio, sino cualquier denuncia basada en el contenido de terceros.⁴¹ Incluso y a diferencia de la Primera Enmienda, la inmunidad prevista en la Sección 230 puede subsistir aun si el proveedor del servicio toma conocimiento de un ilícito.

Previo a la llegada de internet, la discusión giraba en torno a la naturaleza de los actores involucrados en la creación y circulación de contenidos –editores (periódicos) o distribuidores (vendedores de libros)–. La Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que los vendedores de libros no podían ser responsables por el contenido si lo desconocían:⁴²

“For, if the bookseller be criminally liable without knowledge of the contents, he will tend to restrict the books he sells to those he has inspected, and thus a restriction will be imposed by the States upon the distribution of constitutionally protected, as well as obscene, books.”⁴³

A grandes rasgos, previo a la Sección 230, la discusión sobre intermediarios se centraba en si correspondía aplicarles el estatus de editor o de distribuidor de contenidos, siendo el conocimiento el elemento clave para determinar la responsabilidad en ambos casos. Como distribuidor, la plataforma sería responsable en caso de tener conocimiento del ilícito, mientras que el editor no podría alegar desconocimiento dado su nivel de control sobre el contenido.

Dos casos de comienzos de la década del 90 ejemplifican el dilema. En *Cubby v. CompuServe*⁴⁴ (1991) la Corte del Distrito Sur de Nueva York entendió que *CompuServe* no era responsable por el contenido difamatorio de uno de sus suscriptores en la medida en que no revisaba ni filtraba el contenido y actuaba como mero “distribuidor”. En *Stratton Oakmont v. Prodigy*⁴⁵ (1995), a diferencia de *Cubby*, el tribunal entendió que *Prodigy* (un sitio online similar a *CompuServe*) era responsable por el contenido difamatorio de sus suscriptores pues el sitio tomaba medidas para remover cierto contenido ofensivo que, según la Corte, asimilaba a *Prodigy* a un editor. Hasta acá entonces existía un incentivo para no moderar contenido en las plataformas: de ejercer cualquier tipo de control o moderación, los proveedores de servicios adquirirían conocimiento efectivo o hasta podrían ser considerados “editores”.

39 Professor of Law and Co-Director of the High Tech Law Institute, Santa Clara University School of Law.

40 Goldman, Eric, “Why Section 230 Is Better Than The First Amendment”, Notre Dame Law Review Reflection, 2019.

41 “If a plaintiff alleges that the defendant “knew” about tortious or criminal content, the defendant can still qualify for Section 230’s immunity. The First Amendment does not require this result. For example, in *Smith v. California*, the Supreme Court held that the First Amendment prohibited a retail bookseller from being strictly liable for criminal obscenity. However, any scienter about obscenity could have exposed the bookseller to liability. Similarly, the First Amendment sometimes prevents strict liability for defamation, but sufficient scienter can override any First Amendment protection”. Goldman, Eric, “Why Section 230 Is Better Than The First Amendment”, Notre Dame Law Review Reflection, 2019.

42 *Smith v. California*, 361 U.S. 147 (1959).

43 *Smith v. California*, 361 U.S. 147 (1959) Pp. 361 U. S. 152-154.

44 *CUBBY, INC., a Corporation d/b/a Skuttlebut, and Robert G. Blanchard, Plaintiffs, v. COMPUSERVE INC., d/b/a Rumorville, and Don Fitzpatrick, individually, Defendants*, US District Court, S.D. New York (1991).

45 *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*, 1995 WL 323710, New York Supreme Court (1995).

La Sentencia de *Stratton Oakmont* no tuvo buena repercusión en el Congreso estadounidense. La no moderación de contenidos traía aparejado ciertos problemas para la sociedad que, fundamentalmente, preocupaban desde el aspecto de seguridad en línea para niños y contenido apto para ellos. En respuesta a ello, en una iniciativa bipartidaria con votación casi unánime (420-4) se aprobó la modificación a la CDA para incluir la Sección 230 con dos objetivos: por un lado, fomentar el desarrollo de la libertad de expresión en internet y, por el otro, permitir que los proveedores de servicios digitales puedan implementar sus propias reglas respecto del contenido de terceros y promover la seguridad de los niños en línea.⁴⁶ Con el surgimiento de la Sección 230, los proveedores de servicios informáticos obtuvieron la inmunidad que les permite, al día de hoy, no sólo hospedar y difundir, sino también moderar y curar el contenido de sus usuarios.

Algunos expertos aseguran que la Sección 230 de la CDA ha despejado el camino para el desarrollo de internet tal como la conocemos hoy,⁴⁷ permitiendo que las empresas crezcan sin tener que limitarse por temor a ser responsables por el contenido que en sus plataformas albergan. Sin embargo, en los últimos años la norma ha sido blanco de diversas críticas, entre las cuales se destaca que, bajo la interpretación de distintas cortes judiciales, la Sección 230 se ha transformado en un derecho casi absoluto de las plataformas para moderar -o no moderar- contenido, perjudicando predominantemente a minorías y grupos vulnerables.⁴⁸

ii. Límites a la inmunidad de la Sección 230

▪ DMCA

La Ley de Derechos de Autor en la Era Digital (Digital Millennium Copyright Act, en adelante, “DMCA” por sus siglas en inglés), ofrece inmunidad a los proveedores de servicios informáticos frente a violaciones de derechos de autor. En términos sencillos, para que esta exención sea activada basta con que el proveedor de servicios de intermediación bloquee o retire el contenido presuntamente infractor después de recibir una notificación privada del titular afectado de que tal contenido se encuentra disponible en las redes del proveedor. Además, deben cumplir con los requisitos contenidos en la sección 512 c que establece como condiciones que (1) no reciben un beneficio financiero directamente atribuible a la actividad infractora; (2) no tienen conocimiento de la presencia de material infractor o conozcan cualquier hecho o circunstancia que pudiera hacer evidente el material infractor; y (3) al recibir una notificación de los titulares de los derechos de autor o sus agentes, actúan con rapidez para eliminar el supuesto material infractor.

La norma incluye, además, disposiciones que permiten a los usuarios apelar las decisiones de remoción de contenido. El mecanismo planteado por la DMCA constituye una excepción a la 230 de la CDA y establece un mecanismo especial y paralelo para contenido potencialmente

46 Disponible en: <https://www.eff.org/issues/cda230/legislative-history>

47 Koseff, Jeff, “The Twenty-Six Words That Created The Internet” Cornell Univ. Press, 2019.

48 “Unfortunately, Section 230 has also been used in court as a tool by platforms to avoid meaningfully confronting the role their products can play in furthering racial inequality; tech companies may hide behind this law to avoid discussing how their platforms affect civil rights issues, including housing, employment, and lending. In this moment of racial reckoning, the benefits of Section 230 must work in concert with platform accountability — not just for content moderation but also for civil rights.” Lee, Bertram, “Where the Rubber Meets the Road: Section 230 and Civil Rights”, Public Knowledge (Agosto, 2020). Disponible en: <https://www.publicknowledge.org/blog/where-the-rubber-meets-the-road-section-230-and-civil-rights/?s=08>

violatorio de la ley de derecho de autor. A pesar de ser una norma limitada en su alcance y que prevé mecanismos de apelación, las críticas son muchas y de diversos frentes.⁴⁹

Dado que las principales plataformas que operan internacionalmente son de Estados Unidos esta norma se aplica mundialmente con efectos indeseados. Además, como destacamos mas arriba, la norma fue exportada a distintos países y regiones a través de Tratados de Libre Comercio que Estados Unidos promovió con distintos países a lo largo de los años. Los críticos sostienen que la norma ha servido para sobre censurar contenido, incluso de corte político.⁵⁰ Sin perjuicio de ello, la industria del entretenimiento reclama medidas más estrictas a nivel local y global.

▪ FOSTA-SESTA

Más recientemente, en abril de 2018, se aprobó una nueva excepción a la sección 230 a través del paquete de leyes conocido como “FOSTA-SESTA”,⁵¹ con la finalidad de controlar el tráfico sexual en línea. En síntesis, hace responsables a los servicios digitales por los anuncios de terceros que promocionen trabajo sexual en sus plataformas. Como consecuencia de la norma y a fin de evitar cualquier responsabilidad ulterior, sitios populares de anuncios clasificados como Craigslist o incluso la plataforma Reddit directamente eliminaron su sección de anuncios personales, incluyendo secciones no relacionadas con contenido sexual. Quienes se oponen a la norma —que, además, ha sido denunciada en sede judicial por ser inconstitucional— argumentan que la misma promueve la censura en línea, impacta en la remoción de contenido legal y, por sobre ello, no resuelve el problema del tráfico sexual.⁵²

iii. Discusión actual: proyectos presentados en el Congreso Estadounidense

El enojo de ciertos sectores hacia las redes sociales sea por excesos o defectos en la moderación de contenidos, sumado a la culpa que se les atribuye por la supuesta interferencia electoral de 2016, colocó a la Sección 230 en la posición más inestable desde su aprobación. En este contexto, varios proyectos de ley fueron presentados en el Congreso estadounidense con la finalidad de limitar la inmunidad de las plataformas de internet, de parte de ambos bloques del espectro político. Entre ellos, el “Ending Support for Internet Censorship Act”,⁵³ que busca remover la inmunidad de las grandes empresas tecnológicas a menos que una auditoría externa determine que sus prácticas de moderación de contenido son políticamente neutrales;

49 Bertoni, Eduardo y Sadinsky, Sophia, “El uso de la DMCA para limitar la libertad de expresión”, *Internet y Derechos Humanos II: Aportes para la discusión en América Latina*, Eduardo Bertoni compilador, CELE (2016). Disponible en <https://www.palermo.edu/cele/pdf/InternetyDDHHII.pdf>.

50 Bertoni, Eduardo y Sadinsky, Sophia, “El uso de la DMCA para limitar la libertad de expresión”, *Internet y Derechos Humanos II: Aportes para la discusión en América Latina*, Eduardo Bertoni compilador, CELE (2016). Disponible en <https://www.palermo.edu/cele/pdf/InternetyDDHHII.pdf>.

51 “Allow States and Victims to Fight Online Sex Trafficking Act” (FOSTA) y “Stop Enabling Sex Traffickers Act” (SESTA).

52 Keller, Daphne, “SESTA and the Teachings of Intermediary Liability” (2017). Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3121296; Ver también “The strange story of Section 230, the obscure law that created our flawed, broken internet”, Matt Reynolds (2019), disponible en: <https://www.wired.co.uk/article/section-230-communications-decency-act>.

53 Disponible en: <https://www.hawley.senate.gov/senator-hawley-introduces-legislation-amend-section-230-immunity-big-tech-companies>

el “Limiting Section 230 Immunity to Good Samaritans Act”,⁵⁴ cuyo objetivo es proveer un marco a la moderación de “buena fe” que permite a los proveedores de servicios informáticos remover contenido que viole sus normas comunitarias; el “EARN IT Act”,⁵⁵ cuyo objetivo central es luchar contra la explotación sexual infantil en línea; y el “PACT Act”,⁵⁶ concentrado en aumentar la transparencia y la consistencia con la que se toman las decisiones de moderación y reforzar la obligación de las plataformas de remover contenido que haya sido determinado ilegal por orden judicial.

La discusión sobre la Sección 230 pasó a primera plana en la agenda política estadounidense de la mano del ex-presidente Donald Trump, quien no ocultaba su enojo contra las redes sociales, a las que acusaba de censurarlo.⁵⁷ A finales de mayo del 2020, luego de que Twitter le etiquetara dos tweets referidos a la votación electoral por correo por considerarlos engañosos, Trump reaccionó firmando un decreto por el que ordenó la revisión del gasto público destinado a publicidad en las distintas plataformas de internet y le solicitó al Departamento de Justicia que evalúe si alguna de las plataformas resulta en un “vehículo problemático para el discurso gubernamental”. Asimismo, el decreto “acusa” a las plataformas de abusar de la inmunidad prevista en la Sección 230 y cuestiona el alcance de las responsabilidades por conductas editoriales:

“Section 230 was not intended to allow a handful of companies to grow into titans controlling vital avenues for our national discourse under the guise of promoting open forums for debate, and then to provide those behemoths blanket immunity when they use their power to censor content and silence viewpoints that they dislike. When an interactive computer service provider removes or restricts access to content and its actions do not meet the criteria of subparagraph (c)(2)(A), it is engaged in editorial conduct. It is the policy of the United States that such a provider should properly lose the limited liability shield of subparagraph (c)(2)(A) and be exposed to liability like any traditional editor and publisher that is not an online provider.”⁵⁸

En respuesta al decreto, el Departamento de Justicia estadounidense presentó en junio de 2020 sus consideraciones sobre la Sección 230 de la CDA y pautas legislativas para su reforma.⁵⁹ Entre ellas, se propicia limitar la inmunidad para los “bad samaritans”, así como para aquellos casos donde las plataformas tengan conocimiento del ilícito, reciban notificación de que el contenido viola una ley federal penal, o una decisión judicial indicando que el contenido es ilegal.

54 Propicia que las compañías pierdan la inmunidad si se prueba que la aplicación de sus normas comunitarias se hizo de forma discriminatoria. Disponible en: https://cdn.vox-cdn.com/uploads/chorus_asset/file/20039331/Text__Limiting_Section_230_Immunity_to_Good_Samaritans_Act.pdf

55 Disponible en: <https://sylviagarcia.house.gov/media/press-releases/representatives-sylvia-garcia-and-ann-wagner-introduce-bipartisan-earn-it-act>

56 Disponible en: <https://www.schatz.senate.gov/imo/media/doc/OLL20612.pdf>

57 Disponible en: <https://edition.cnn.com/2020/05/28/politics/trump-twitter-social-media-executive-order/index.html>

58 Executive Order on Preventing Online Censorship <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-preventing-online-censorship/>

59 Disponible en: https://www.justice.gov/ag/departament-justice-s-review-section-230-communications-decency-act-1996?utm_medium=email&utm_source=govdelivery

La discusión también tomó notoriedad en el poder judicial. En octubre del 2020, el Juez Thomas, miembro de la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que los tribunales han interpretado la inmunidad de la Sección 230 de forma demasiado amplia, extendiéndose más allá de lo que la letra de la norma indica.⁶⁰ Entre sus argumentos, Thomas analizó la distinción entre editores y distribuidores y cuestionó la interpretación que distintos tribunales adoptaron al extender la inmunidad de la Sección 230 sobre estos últimos. En esta línea, unos días más tarde, la Comisión Federal de Comunicaciones (“FCC” por sus siglas en inglés) anunció su intención de aclarar la interpretación de la Sección 230.⁶¹

Desde sectores de la sociedad civil y la academia también han surgido críticas. Estados Unidos es el único país que tiene este tipo de protecciones amplísimas para los intermediarios, donde la palabra inmunidad parece más adecuada que en cualquier otro contexto. El hecho de que las plataformas puedan ampararse en la Sección 230 y en la Primera Enmienda para resguardarse frente a cualquier responsabilidad civil las ha blindado frente a demandas de derechos civiles básicos, como la no discriminación. Public Knowledge argumentaba, recientemente, que si bien la sección 230 es una gran protección que ha de defenderse, la interpretación que se ha hecho de la misma requiere ciertos ajustes. Entre otras cosas, argumentaba que las plataformas han combatido demandas vinculadas con prácticas discriminatorias de publicidad en anuncios de vivienda, créditos, etc., amparándose en estas leyes.⁶² El problema no es sólo respecto de grandes plataformas sino de todas las plataformas, no sólo redes sociales o buscadores. El autor propone excluir a la publicidad de la protección de la sección 230 como un mecanismo menos lesivo que excluir determinados tipos de contenidos (discursos de odio, por ejemplo).

En enero de 2021, luego de los lamentables acontecimientos en el Capitolio de los Estados Unidos y la reacción de las plataformas (grandes y pequeñas) de suspender las cuentas del entonces Presidente Trump —lo que pasó a conocerse como el “deplatforming”—, se volvió a encender la discusión sobre la responsabilidad de intermediarios en la moderación de contenidos. Las acusaciones de censura desde los sectores más conservadores dentro y fuera de Estados Unidos no tardaron en aparecer. Al mismo tiempo, se les criticó a las Plataformas la falta de transparencia y coherencia a la hora de aplicar las mismas reglas en el resto del mundo. En este contexto, problemáticas como la incitación a la violencia, el discurso de odio y el discurso político o de interés público pasaron al centro de la discusión. También adquirieron notoriedad temas como la aplicabilidad de la moderación a distintas capas de internet, las obligaciones de common carrier y su extensión en internet, y la concentración de mercado que un grupo

60 “Yet there are good reasons to question this interpretation. First, Congress expressly imposed distributor liability in the very same Act that included §230. Section 502 of the Communications Decency Act makes it a crime to “knowingly . . . display” obscene material to children, even if a third party created that content. 110 Stat. 133–134 (codified at 47 U. S. C. §223(d)). This section is enforceable by civil remedy. 47 U. S. C. §207. It is odd to hold, as courts have, that Congress implicitly eliminated distributor liability in the very Act in which Congress explicitly imposed it.” (...) “Extending §230 immunity beyond the natural reading of the text can have serious consequences. Before giving companies immunity from civil claims for “knowingly hosting illegal child pornography,” Bates, 2006 WL 3813758, *3, or for race discrimination, Sikhs for Justice, 697 Fed. Appx., at 526, we should be certain that is what the law demands”. Disponible en: https://www.supremecourt.gov/orders/courtorders/101320zor_8m58.pdf.

61 “As elected officials consider whether to change the law, the question remains: What does Section 230 currently mean? Many advance an overly broad interpretation that in some cases shields social media companies from consumer protection laws in a way that has no basis in the text of Section 230. The Commission’s General Counsel has informed me that the FCC has the legal authority to interpret Section 230. Consistent with this advice, I intend to move forward with a rulemaking to clarify its meaning”, Comunicado del Presidente de la “FCC”, Ajit Pai, del 15 de octubre de 2020, disponible en: <https://www.fcc.gov/document/chairman-pai-statement-section-230>

62 Bertram Lee, Public Knowledge, disponible en: <https://www.publicknowledge.org/blog/where-the-rubber-meets-the-road-section-230-and-civil-rights/?s=08>.

de empresas tecnológicas ha logrado y su impacto en la discusión pública. Todos estos temas están siendo objeto de estudio, desarrollo y análisis desde el Estado, academia y sociedad civil.

Si bien existen argumentos que apoyan la modificación de la Sección 230,⁶³ expertos y activistas de derechos humanos y, en particular, de libertad de expresión en Estados Unidos, critican estas iniciativas señalando, principalmente, que la limitación de la inmunidad de la Sección 230 con reglas operativas confusas y redacciones vagas genera un incentivo de sobrerremoción de contenido, afectando inevitablemente discurso legítimo. EFF⁶⁴ y ACLU son tan solo algunas de las organizaciones que se manifestaron en contra de estos proyectos.⁶⁵

b. Unión Europea y otros

El marco legal de responsabilidad de intermediarios de internet en la Unión Europea está compuesto por distintas directivas, códigos de conducta, recomendaciones y otras comunicaciones. La Directiva sobre el Comercio Electrónico del año 2000 es, quizás, la piedra fundacional del sistema, pero su aplicación por parte de los Estados miembro no ha sido homogénea.

Nuevas iniciativas regulatorias o semirregulatorias (algunas de ellas de aplicación voluntaria)⁶⁶ cobraron fuerza en los últimos años para abordar desafíos concretos como derechos de autor, protección de datos personales, terrorismo, discurso de odio y desinformación, entre otros.⁶⁷ En este contexto, se tornó evidente que la Directiva de Comercio Electrónico merecía una actualización, en línea con la discusión sobre la responsabilidad de intermediarios de internet que se presentaba alrededor del mundo.

Con el objetivo de adaptarla a las complejidades de hoy, a comienzos de 2020 la Comisión Europea anunció su intención de trabajar en un paquete de normas que denominó la Digital Services Act, centrado en dos pilares: primero, establecer un marco legal con responsabilidades y reglas claras para los servicios digitales, que considere los riesgos asumidos por los usuarios y proteja sus derechos con un sistema de supervisión; segundo, establecer reglas ex ante para las plataformas online más grandes que actúan como “gatekeepers”, con miras a asegurar que se comporten de manera justa, se permita la competencia y se fomente la innovación.⁶⁸

63 Citron, Danielle Keats and Wittes, Benjamin, “The Internet Will Not Break: Denying Bad Samaritans Section 230 Immunity” (July 24, 2017). Fordham Law Review, Forthcoming. U of Maryland Legal Studies Research Paper No. 2017-22, Disponible en: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5435&context=flr>

64 Disponible en: <https://www.eff.org/deeplinks/2020/10/urgent-earn-it-act-introduced-house-representatives>

65 “By requiring platforms to broadly monitor and censor speech to which children might be exposed online, the EARN IT Act’s commission may recommend best practices that disproportionately censor, among other things: sex education materials, online support systems and communities for youth who are transgender or non-binary, and all other youth who are in any way questioning their gender or sexual identity to communicate with each other and with community members, any sex-related speech, particularly the speech of sex workers and of those in the sex industry, and any communication or speech involving youth. Paradoxically, the best practices could harm children’s ability to engage fully and experience the tremendous benefits to education and enrichment the internet offers.” Disponible en: <https://www.aclu.org/news/free-speech/the-earn-it-act-is-a-disaster-for-online-speech-and-privacy-especially-for-the-lgbtq-and-sex-worker-communities/>

66 Código de Conducta para la Lucha contra la Incitación Ilegal al Odio en Internet, firmado en 2016, y la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para la prevención de la difusión de contenidos terroristas en línea, presentada en 2018.

67 Incluyendo la Revisión de la Directiva de Servicios Audiovisuales (2018) y el Reglamento 2019/1150 sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (2019)

68 Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package>

En esta sección, revisaremos brevemente cada una de las normas e iniciativas a fin de identificar los focos de la discusión regulatoria que son particulares a esta región.

i. Directiva sobre el Comercio Electrónico (*e-Commerce Directive*)

La Directiva sobre el Comercio Electrónico,⁶⁹ en vigor desde el año 2000, incluye los principios sobre la responsabilidad de intermediarios y la prohibición de implementar una obligación de monitoreo general sobre el contenido.⁷⁰ La Directiva establece la inmunidad de los “servicios de la sociedad de la información” bajo ciertas condiciones: a grandes rasgos, remover o deshabilitar el acceso al contenido ilegal “con prontitud” desde el momento en que toman conocimiento de la ilegalidad; y que los servicios tengan una posición neutral, meramente técnica o pasiva frente al contenido de terceros.⁷¹ La directiva menciona tres tipos de servicios que recibirán inmunidad: la mera transmisión, el *caching* y el alojamiento de datos.

Si bien no contiene expresamente un sistema de “notificación y retiro”, las plataformas pueden recurrir a estos mecanismos para evitar caer en incumplimiento. En igual sentido, la prohibición de implementar una obligación de monitoreo general sobre el contenido no impide que las plataformas realicen cierto monitoreo, ya sea para asegurar el efectivo cumplimiento de sus Términos de Servicio y/o para evitar cualquier responsabilidad. Por otro lado, a diferencia de lo que sucede en el marco estadounidense, la directiva no incluye la protección de “buen samaritano” al estilo de la CDA 230 que proteja a las plataformas de internet al moderar el contenido generado por sus usuarios. Por ello, las plataformas deben actuar con cautela al moderar para evitar perder su posición neutral y no incurrir en responsabilidad.

Respecto al contenido ilícito, se establece que el prestador de servicios no será responsable de los datos almacenados a menos que tome conocimiento efectivo del ilícito o “no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito”. Al tomar conocimiento de estos, deberá actuar con prontitud en retirar los datos o imposibilitar su acceso. La falta de disposiciones claras respecto del mecanismo (implícito) de “notificación y retiro” en la directiva derivó en que, en la práctica, su implementación varíe según cada Estado.

En 2018, la Comisión Europea publicó un informe acerca de la implementación del procedimiento de notificación-retiro en los Estados miembros,⁷² de donde surge que algunos de ellos adoptaran reglas específicas sobre el tipo de material ilegal alcanzado y aspectos procesales, incluyendo qué tipo de información debe contener la notificación. Además, el informe indica que, con algunas excepciones, los Estados consideran que las órdenes judiciales y administrativas son necesarias para obtener el “conocimiento efectivo” del contenido ilegal. En cuanto a las notificaciones, estas solo pueden activar conocimiento efectivo en tanto el contenido sea “manifiestamente ilegal, lo que debe ser evaluado caso por caso, al no haber una guía común que surja de la jurisprudencia nacional”.

69 Directiva 2000/31/CE relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

70 Artículo 15 de la Directiva de Comercio Electrónico.

71 Artículos 12 a 14 de la Directiva de Comercio Electrónico.

72 European Commission, “Overview of the legal framework of notice-and-action procedures in Member States SMART 2016/0039”, 2018.

Sin perjuicio de su radical importancia como marco regulatorio en el ámbito Europeo, las distintas iniciativas regulatorias, corregulatorias y voluntarias promovidas desde la Unión Europea han generado excepciones numerosas e interpretaciones alternativas, complementarias y hasta suplementarias de la Directiva de Comercio Electrónico. En medio de esta diversificación de estándares, algunos de ellos posiblemente contradictorios, surgió la propuesta de la *Digital Services Act*, una nueva ley marco para abordar la regulación integral de los servicios de comunicación digital en Europa.

ii. Digital Services Act

Ya por 2016, la Comisión Europea manifestó la necesidad de armonizar el marco reglamentario de la economía digital en la Unión Europea, argumentando que:

“En primer lugar, para que Europa pueda aprovechar todas las ventajas de la economía de las plataformas en línea y estimular el crecimiento de las empresas europeas emergentes en ese ámbito, es obvio que en un mercado único no puede haber 28 normativas diferentes para esas plataformas. La existencia para ellas de normas diferentes a nivel nacional e incluso local crea incertidumbre para los agentes económicos, limita la disponibilidad de servicios digitales y genera confusión para los usuarios y las empresas”.⁷³

Desde entonces, la Comisión puso en marcha los trabajos preparativos para el *Digital Services Act* (DSA), una iniciativa que actualizará de manera integral la regulación del ecosistema digital como parte de la estrategia de Mercado Único Digital de la Unión Europea.

Entre junio y septiembre del año 2020, pandemia mediante, se llevó a cabo un proceso de consulta pública dirigida a ciudadanos y organizaciones dentro y fuera de Europa, a fin de reunir información y evidencia, que permitió terminar de delinear la regulación.⁷⁴ En ese mismo período, además, tres organismos dentro del Parlamento Europeo presentaron reportes con sus propias consideraciones.⁷⁵ Los tres informes coincidieron en puntos relevantes como mantener el principio de inmunidad (conocido como “puerto seguro”) dado por la Directiva de Comercio Electrónico, y mantener la prohibición de imponer una obligación general de monitoreo.⁷⁶ Además, coincidieron en implementar un nuevo procedimiento de notificación-retiro sobre el contenido ilegal compartido por usuarios, reforzar las obligaciones de transparencia y de reparación (incluyendo un mecanismo independiente de resolución de disputas), y sugirieron la creación de un ente supervisor especializado dentro de la Unión Europea.

73 Comunicación de la Comisión Europea sobre las plataformas en línea y el mercado único digital, retos y oportunidades para Europa, 2016. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0288&from=EN>

74 Expertos, académicos y organismos de la sociedad civil de todas partes del mundo presentaron sus comentarios. Entre otros, Access Now (ver: <https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2020/10/Access-Nows-Position-on-the-Digital-Services-Act-Package.pdf>). Incluso la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de la ONU, Michelle Bachelet, hizo pública su carta dirigida a la Presidenta de la Comisión Europea con sus comentarios, disponible en: <https://europe.ohchr.org/EN/Stories/Documents/2020%2009%2007%20Letter%20HC%20to%20EC%20President.pdf>.

75 Ellos son: el Internal Markets and Consumer Protection (“IMCO”), Legal Affairs (“JURI”) y Civil Liberties, Justice and Home Affairs (“LIBE”).

76 Existente en la Directiva de Comercio Electrónico (art.15) y en la Directiva sobre los Derechos de Autor y Derechos Afines en el Mercado Único Digital (art.17)

En diciembre de 2020, luego de varios meses de espera, la Comisión presentó el paquete de propuestas que incluye dos proyectos legislativos: el *Digital Services Act* (DSA), modificatorio de la Directiva de Comercio, y el *Digital Markets Act* (DMA).

El DSA, sostenen desde el Parlamento, intenta promover la innovación, el desarrollo y la competitividad, además de facilitar el crecimiento de las plataformas más pequeñas y *startups*, atendiendo principalmente a los derechos de los ciudadanos europeos. En su sitio web oficial, la Comisión informa que, en este proyecto, “las responsabilidades de los usuarios, las plataformas y las autoridades públicas están reequilibradas según los valores europeos, colocando a los ciudadanos en el centro” (la traducción es propia).⁷⁷

La propuesta mantiene, a grandes rasgos, los principios de la responsabilidad de intermediarios establecidos en la Directiva de Comercio Electrónico, así como la prohibición de monitoreo general del contenido. Sus disposiciones alcanzan a diferentes proveedores del ecosistema digital y las obligaciones varían según su rol, tamaño e impacto. Ellos son: servicios de intermediarios; servicios de *hosting*; plataformas en línea; y muy grandes plataformas en línea. Se incorporan obligaciones sobre reportes de transparencia (pasan de ser voluntarios a obligatorios), términos de servicio (que deberán tener en cuenta derechos fundamentales), cooperación con autoridades nacionales, mecanismos de notificación y retiro, entre otras.

En esta línea, el DSA pretende mejorar los mecanismos de remoción de contenido ilegal y la protección de los derechos fundamentales en línea, además de crear un sistema de supervisión pública sobre las plataformas –en particular sobre aquellas más grandes–.

El DMA, en cambio, tiene su foco puesto en la conducta competitiva de las grandes plataformas, pretendiendo que aquellas que se comportan como “gatekeepers” lo hagan de manera justa. La regulación propicia que quienes dependen de “gatekeepers” para operar puedan ofrecer sus servicios en un ambiente más justo, que promueva la innovación y el desarrollo de startups de tecnología, que los consumidores puedan acceder a más y mejores servicios y que cuenten con la posibilidad de elegir el proveedor que deseen. Al igual que con el DSA, el proyecto de DMA es un buen punto de partida, aunque los expertos ya alzaron sus voces sobre las disposiciones que necesitan mejoras.⁷⁸

Las propuestas de DSA y DMA abordan prioritariamente la regulación de aspectos clave como la transparencia, el debido proceso y la rendición de cuentas. Desde este punto de vista, las propuestas fueron bien recibidas por sociedad civil, academia y Estados, no solo en Europa sino a nivel global⁷⁹. Lo cierto es que el proceso de legislación europea es, en términos generales, un proceso más abierto y menos reactivo que muchos otros que se han visto en el mundo, y por ende un buen escenario para el desarrollo de este debate. Pese a tales condiciones, la propuesta no ha estado exenta de críticas desde la sociedad civil, que apuntan a la insuficiencia de las salvaguardias sustantivas y de procedimiento propuestos para asegurar la protección de los derechos fundamentales de las usuarias y armonizar procedimientos que les permitan

77 Ver más información disponible aquí: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_en

78 Ver comentarios de Cory Doctorow y Christoph Schmon aquí: <https://www.eff.org/deeplinks/2020/12/eus-digital-markets-act-there-lot-room-improvement>.

79 Ver comentarios de Christoph Schmon y Karen Gullo aquí: <https://www.eff.org/deeplinks/2020/12/european-commissions-proposed-regulations-require-platforms-let-users-appeal>; y de Access Now aquí: <https://www.accessnow.org/dsa-systemic-rules-for-online-platforms/>

defender en forma efectiva sus derechos en caso de abusos por actores privados.⁸⁰ Los resultados de este proceso, por supuesto, no están garantizados.

iii. Directiva sobre los Derechos de Autor y Derechos Afines en el Mercado Único Digital

La Directiva sobre los Derechos de Autor y Derechos Afines en el Mercado Único Digital,⁸¹ aprobada en 2019, surgió a fin de modernizar la regulación sobre Derechos de Autor en la era digital y en respuesta a alguna de las problemáticas que mencionábamos mas arriba en este documento, principalmente la incorporación de los reclamos de los medios tradicionales de comunicación. La norma es considerada controversial,⁸² en gran medida, debido a sus artículos 15 y 17.

El Artículo 15 se refiere a “la protección de las publicaciones de prensa en lo relativo a los usos en línea”. En síntesis, establece que los prestadores de servicios deberán reconocer y pagar los derechos sobre las publicaciones de las editoriales de prensa siempre que no sean hiperenlaces, palabras sueltas o “extractos muy breves de una publicación de prensa”. Además, dispone que los autores de las obras incorporadas a una publicación de prensa recibirán una “parte adecuada de los ingresos que las editoriales de prensa perciban por el uso de sus publicaciones de prensa por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información”. La incorporación de este artículo responde a un reclamo vigente a nivel mundial en torno a cómo deberían enfrentarse los costos de la industria periodística para la producción de la información que luego circula en redes y buscadores que se benefician de una parte importante de la publicidad que antes canalizaron los propios medios.

Desde la industria de internet se alegó que la difusión y redireccionamiento de los buscadores a los medios de comunicación redundaba en beneficio de estos, y que la creación de un sistema de licencias desincentiva compartir información de medios y artículos de prensa.⁸³ Google fue una de las primeras plataformas en manifestarse contra esta disposición, recortando la longitud de los fragmentos de vista previa (“snippets”) en Francia⁸⁴ y dando de baja la plataforma Google News en España, entre otras medidas.

Desde la sociedad civil, la incorporación de este artículo recibió críticas tanto en Europa como a nivel mundial. La reproducción y difusión de noticias en distintos lugares no sólo está permitida, sino también incentivada. Enmarcar la discusión sobre la sustentabilidad de los medios en

80 Ver EDRI, “Platform Regulation Done Right”. Disponible en: https://edri.org/wp-content/uploads/2020/04/DSA_EDRIPositionPaper.pdf

81 Modifica la Directiva 96/9/EC (sobre la protección jurídica de las bases de datos) y la Directiva 2001/29/EC (relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32019L0790>

82 Prueba de su carácter controversial fue su tratamiento parlamentario, al haber sido aprobada por 348 votos a favor, 274 en contra y 24 abstenciones.

83 Un estudio interesante sobre consumo de noticias y comportamiento en línea: <https://www.gsb.stanford.edu/faculty-research/working-papers/impact-news-aggregators-internet-news-consumption-case-localization>. En Alemania, unos años antes, se dictó una norma local sobre derechos de autor que, al igual que la Directiva de Derechos de Autor, le permitía a los editores de publicaciones de prensa percibir un costo por los fragmentos de vista previa que Google compartía. Sin embargo, luego de ver cómo la decisión de parte de Google de reducir los fragmentos de vista previa acabó desplomando el tráfico a sus sitios web, los editores le permitieron a Google mostrarlos sin ningún costo.

84 Disponible en: <https://france.googleblog.com/2019/09/comment-nous-respectons-le-droit-dauteur.html>

un área tan tradicionalmente conservadora y propietarista como el derecho de autor supone en cierta medida desconocer el rol que los medios tienen en una democracia.⁸⁵

Por otro lado, en su Artículo 17, la Directiva establece el procedimiento que los prestadores de servicios deberán seguir para compartir contenidos protegidos por derechos de autor, al ofrecer acceso a obras u otras prestaciones protegidas que hayan sido cargadas por sus usuarios. Para ello, es fundamental determinar previamente si las actividades de las plataformas las encuadran como “prestadores de servicios para compartir contenidos en línea”, de conformidad con la definición dada en el Considerando 62 y artículo 2.6 de la Directiva. Cuando no tengan acuerdos de licencia con los autores del contenido que se comparte, “los prestadores de servicios para compartir contenidos en línea” deberán demostrar que:

- “a) han hecho los mayores esfuerzos por obtener una autorización, y
- b) han hecho, de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de obras y otras prestaciones específicas respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria, y en cualquier caso;
- c) han actuado de modo expeditivo al recibir una notificación suficientemente motivada de los titulares de derechos, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web, y han hecho los mayores esfuerzos por evitar que se carguen en el futuro de conformidad con la letra b)”⁸⁶.

La norma no impone a las plataformas la obligación de utilizar filtros de subida, pero su redacción es vaga (no profundiza qué implicancias tiene al exigir “mayores esfuerzos”) y, como resultado, las empresas que lidian con contenidos a gran escala pueden verse presionadas a recurrir a estas tecnologías para evitar responsabilidad. Sumado a ello, se trata de tecnologías complejas y onerosas, por lo que son las empresas más grandes las únicas capaces de cumplir con esta disposición, desincentivando la aparición de empresas más pequeñas y concentrando, aún más, la competencia del ecosistema de internet.

Al igual que la Directiva de Comercio Electrónico, la Directiva sobre los Derechos de Autor establece que no deberá existir obligación general de monitoreo.⁸⁷ En la práctica, sin embargo, esta prohibición pareciera contradecir lo estipulado en los párrafos anteriores.

85 Ver “La Directiva Europea de Derecho de Autor y su impacto en los usuarios de América Latina y el Caribe: una perspectiva desde las organizaciones de la sociedad civil”, *Al Sur* (2019): “Los artículos 15 y 17 están teóricamente para equilibrar las ganancias de las grandes plataformas que dependen de UCG a costa de los autores y los derechos de autor de los medios. Sin embargo, afectarán a todo el ecosistema de Internet. Las grandes empresas tendrán los recursos para implementar estos mecanismos (a expensas de la libertad de expresión de los usuarios), pero probablemente otros servicios pequeños o nuevos verán un aumento de sus costos que podría afectar directamente a sus servicios. supervivencia económica. En otras palabras, para castigar a los jugadores grandes y dominantes, esta medida terminará fortificándolos y lastimando a los actores nuevos y pequeños.”

86 Artículo 17.4 de la Directiva sobre Derechos de Autor.

87 Párrafo 8 del artículo 17 de la Directiva sobre Derecho de Autor

Este modelo ha sido criticado, principalmente, por dos razones: en primer lugar porque la única vía que se habilita para que un usuario a quien se le retiró contenido considerado infractor solicite la restitución del mismo, es la del reclamo posterior ante el órgano judicial, situación que, por su onerosidad, puede limitar el ejercicio de la libertad de expresión; y, en segundo lugar, porque la gran cantidad de solicitudes de retiro de contenido, muchas veces hechas de manera abusiva, ha provocado la automatización de ambas acciones, ocasionando que en algunos casos se retire contenido que no infringe derechos de autor.

En línea con las críticas mencionadas, David Kaye, ex Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de la ONU, advirtió sobre los alcances de esta norma cuando aún se encontraba en tratamiento. Manifestó puntualmente su preocupación sobre la posible censura previa, los mecanismos de recurso poco efectivos y la carga desproporcionada para organizaciones no gubernamentales y pequeñas empresas.⁸⁸

c. Regulaciones nacionales recientes: NetzDG en Alemania, Ley Avia en Francia, el Online Harms White Paper británico, el caso australiano y la propuesta austríaca

La presión sobre las empresas de internet para que remuevan contenido problemático se ha sentido con fuerza en sociedades democráticas alrededor del mundo, especialmente en los últimos años. En Alemania, por ejemplo, en 2017 se sancionó la Ley para Mejorar la Aplicación de la Ley en las Redes Sociales (conocida como la Ley de Vigilancia de la Red o “NetzDG”), por la que se obliga a las plataformas a eliminar contenido contrario a la legislación local en plazos extremadamente breves (algunos de tan solo 24 horas), con riesgo a ser pasibles de importantes sanciones pecuniarias por incumplimiento. A diferencia de otras, la ley alemana también crea un Comité de Expertos al que las empresas podrían recurrir en caso de duda respecto a la definición de ciertos términos o casos dudosos.

En línea con la normativa alemana, en mayo de 2020 Francia aprobó la llamada “Ley Avia”⁸⁹ (promovida por la diputada Laetitia Avia), por la que se 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. Casi dos meses más tarde, dicha obligación —entre otras de sus disposiciones— fue declarada inconstitucional por el Consejo Constitucional Francés, por ir contra la libertad de expresión al no cumplir con los requisitos de necesidad y proporcionalidad al objetivo perseguido.

De la misma manera, preocupados por la difusión de contenido dañino e ilegal en internet, en abril 2019 el gobierno británico publicó el “Online Harms White Paper”,⁹⁰ en el que presentó su plan para elaborar un nuevo marco regulatorio de las compañías de tecnología. Conforme al documento, el futuro marco regulatorio hará responsables a las plataformas de internet por la seguridad del espacio digital, debiendo cumplir con la nueva obligación denominada “deber de

88 Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-OTH-41-2018.pdf>

89 Disponible en: <http://www.assemblee-nationale.fr/15/pdf/ta/ta0310.pdf>

90 Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/793360/Online_Harms_White_Paper.pdf

cuidado”.⁹¹ Además, prevé que las compañías podrán ser responsables por los “daños en línea”, presentados en un listado no exhaustivo entre los cuales se incluye contenido ilegal y contenido que puede ser dañino, pero no necesariamente ilegal. El listado se organiza por categoría y presenta definiciones vagas y ambiguas, sin explicación ulterior. Si bien el gobierno manifestó que no se le podrá exigir a las compañías que realicen un monitoreo general de todos los contenidos, sí considera que debería exigirse un monitoreo específico dirigido a amenazas de seguridad nacional, seguridad física de niño/as y terrorismo (“tightly defined categories of illegal content”). La propuesta ha despertado severas críticas porque establece una obligación de monitoreo y crearía una dependencia administrativa capaz de incorporar y definir contenido susceptible de ser bloqueado o removido⁹².

Los esfuerzos tendientes a limitar o controlar el discurso de odio y el contenido ilegal en internet también llegaron a Australia. En abril de 2019, el congreso australiano aprobó una modificación a su código penal por la cual introdujo la responsabilidad penal de los ejecutivos de plataformas de internet que incumplan en remover “contenido violento aborrecible”.⁹³ Resulta particularmente preocupante que el proyecto haya sido tratado y aprobado sin la debida consulta pública y en un plazo expeditivo.

Actualmente se encuentra en debate el proyecto de ley de Plataformas de Comunicaciones (KoPI-G) en Austria, que contiene disposiciones similares a la normativa alemana —en particular, respecto del plazo de 24 horas para remover contenido ilegal—, con actualizaciones, por ejemplo, relativas a las obligaciones de transparencia. Sin perjuicio de ello, organizaciones de la sociedad civil como Article 19 alzaron sus voces contra el Proyecto.⁹⁴

d. Críticas comunes a estos sistemas regulatorios

Las iniciativas regulatorias de los últimos años fueron criticadas, principalmente, por sus efectos adversos en los derechos humanos, con particular atención en el derecho a la libertad de expresión. Sucede que las amenazas de responsabilidad, con importantes multas pecuniarias —o, peor aún, penas de prisión, como es el caso de la ley australiana—, sumado a la presión de resolver en plazos extremadamente breves, generan un incentivo de exceso de remoción de contenido conocido como “censura privada”. Ante estas presiones, el temor es que las plataformas eliminen contenido presunta o manifiestamente ilegal y, en muchos casos, completamente legal, violando la protección del derecho a la libertad de expresión reconocido en instrumentos internacionales.

91 Courtney Radsch (CPJ) hace un punto interesante al respecto: “In the U.K., the government is developing a new regulatory framework to mitigate ‘online harms’ by imposing a ‘duty of care’ on platforms based on the perceived failure of voluntary initiatives. If a voluntary database that could identify terrorist content exists and is not used, it would not be far-fetched to expect that this could be seen as abrogating a platform’s duty of care”. “GIFCT: Possibly the Most Important Acronym You’ve Never Heard Of”, Just Security, 30 de septiembre de 2020, disponible en: <https://www.justsecurity.org/72603/gifct-possibly-the-most-important-acronym-youve-never-heard-of/>

92 Para conocer algunas de las críticas sobre el U.K. Online Harms White Paper ver, por ejemplo, Goldman, Eric, The U.K. Online Harms White Paper and the Internet’s Cable-ized Future (2019). Ohio State Tech. L.J., en prensa, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3438530>

93 Disponible en: https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/Bills_Search_Results/Result?bld=s1201

94 Disponible en: <https://www.article19.org/resources/austria-draft-communication-platforms-act-fails-freedom-of-expression/>

Los mecanismos de notificación y remoción son preocupantes en tanto no tengan reglas claras que guíen su implementación, no dispongan las garantías necesarias para evitar que se elimine contenido legal, y no establezcan mecanismos de apelación y remedios adecuados en caso de error. La Directiva de Derechos de Autor, por ejemplo, habilita un mecanismo pasible de ser abusado no solo por parte de las empresas (utilizando filtros de subida) sino, indirectamente, por aquellos gobiernos que buscan censurar contenido de corte político. Contiene, a su vez, obligaciones que en la práctica pueden ser de imposible cumplimiento, tal como la dispuesta en el párrafo 9 de su artículo 17 al disponer que:

“las reclamaciones presentadas con arreglo al mecanismo establecido en el párrafo primero se tramitarán sin dilación indebida y las decisiones de inhabilitar el acceso a los contenidos cargados o de retirarlos estarán sujetas a examen por parte de personas” (el resaltado es propio).

En la moderación de contenidos a gran escala, exigir a las empresas una actuación expedita o “sin dilación indebida” impide que realicen un análisis adecuado de cada caso y, al mismo tiempo, las presiona indirectamente a implementar mecanismos de automatización que colaboren a la rápida detección de contenido ilegal y problemático.⁹⁵ Es el caso de la norma alemana, por ejemplo, y de la propuesta de Reglamento para la Prevención de la Difusión de Contenidos Terroristas en Línea de la Unión Europea. La automatización de la moderación tiene sus propios problemas, que incluyen desde errores en la interpretación y falta de contexto del contenido, hasta sesgos inherentes que potencian la discriminación contra grupos vulnerables. Es por ello que, si bien la inversión en tecnologías de moderación de contenidos y análisis de denuncias es necesaria para la moderación de contenidos a escala, debe promoverse que los algoritmos y las actividades involucradas se realicen de forma adecuada, propiciando no afectar la expresión de los usuarios.

Por otro lado, el hecho de que las plataformas de internet sean responsables por determinar la legalidad o ilegalidad de una expresión trae por sí un problema que atenta contra principios democráticos: implica una delegación de facultades estatales en empresas privadas, otorgándoles poder de decisión sobre cuál expresión es lícita y cuál no, sin la debida transparencia, rendición de cuentas ni procedimientos de apelación y/o reparación efectivos. En palabras de David Kaye:

“Las cuestiones complejas de hecho y de derecho deberían ser resueltas por las instituciones públicas, no por agentes privados cuyos procedimientos actuales tal vez no sean compatibles con las normas relativas a las debidas garantías procesales y cuya motivación es principalmente económica”.⁹⁶

95 Esa implementación es operativa y financieramente costosa, en proporción creciente según la complejidad de las decisiones de moderación que debe tomar o facilitar. Esto incide en el desarrollo de las plataformas mismas, como también en el crecimiento de la moderación como servicio externalizado. Véase Cambridge Consultants, “Use of AI in Content Moderation”, disponible en: https://www.ofcom.org.uk/_data/assets/pdf_file/0028/157249/cambridge-consultants-ai-content-moderation.pdf

96 En su informe temático del 2018 ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, A/HRC/38/35 Párr. 17.

V. Otras propuestas: autorregulación y corregulación

La regulación del contenido dentro de plataformas privadas no es una materia de abordaje exclusivamente legislativo. Además de los esfuerzos normativos arriba descritos, en la última década han surgido una serie de iniciativas y recomendaciones de principios, desarrolladas por distintos grupos y coaliciones de integración variable, con propuestas de carácter regulatorio, autorregulatorio y corregulatorio. Estos arreglos constituyen una herramienta clave para modelar el comportamiento de las empresas privadas que controlan plataformas en línea⁹⁷.

a. Iniciativas no vinculantes de la Unión Europea

En los últimos años se publicaron diversos acuerdos, recomendaciones e iniciativas de carácter no vinculante dirigidas a las plataformas de internet. Las iniciativas conjuntamente desarrolladas por empresas privadas con apoyo estatal se concentran mayoritariamente en la Unión Europea.

Las primeras iniciativas se vinculan con la protección de menores y los contenidos a los que están expuestos en línea. En 2009 se aprobaron los Principios para Redes Sociales Más Seguras,⁹⁸ con el objeto de asegurar la adopción de medidas de resguardo para niños, niñas y adolescentes. Con el correr de los años, el foco se ha ido complejizando, con presiones tanto de gobiernos como de empresas y la sociedad en su conjunto, para atender contenido que incluye discurso de odio, terrorista, noticias falsas, entre otros.

En mayo de 2016, fundamentalmente como respuesta a los ataques terroristas de Bruselas,⁹⁹ varias empresas de tecnología (originalmente Facebook, Microsoft, Twitter y Youtube, luego Google, Snapchat, Dailymotion y TikTok, entre otras) firmaron con la Comisión Europea el Código de Conducta para Combatir la Incitación Ilegal al Odio en Internet.¹⁰⁰ En dicho acuerdo se comprometen voluntariamente a remover de sus plataformas el discurso de odio ilegal, implementando para ello reglas claras, procesos efectivos y sometiéndose a rondas de monitoreo sobre su cumplimiento.¹⁰¹

97 Gorwa, Robert. 2019. "The platform governance triangle: conceptualizing the informal regulation of online content". *Internet Policy Review* 8 (2). DOI: 10.14763/2019.2.1407. <https://policyreview.info/articles/analysis/platform-governance-triangle-conceptualising-informal-regulation-online-content>.

98 Comisión Europea. 2009. IP/09/232. "Redes sociales: la Comisión media en un acuerdo entre las principales empresas de la web". 10 de febrero de 2009. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/es/ip_09_232/IP_09_232_ES.pdf

99 Hughes, Owen. 2016. "Twitter, Facebook and YouTube sign EU code of conduct to help combat online hate speech." *The International Business Times*, 1 de junio de 2016. Disponible en: <http://www.ibtimes.co.uk/twitter-facebook-youtube-sign-eu-code-conduct-help-combat-online-hate-speech-1563163>.

100 Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online. Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/hate_speech_code_of_conduct_en.pdf

101 Comisión Europea. 2016. IP/16/1937. "La Comisión Europea y las empresas de TI anuncian un Código de conducta en materia de incitación ilegal al odio en Internet". 31 de mayo de 2016. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_16_1937

Preocupados por la persistencia de contenido ilegal en internet, en marzo de 2018, la Comisión Europea adoptó la recomendación sobre medidas para combatir eficazmente el contenido ilegal en línea.¹⁰² Allí sugiere que los mecanismos de notificación de contenido presuntamente ilegal deben ser lo suficientemente precisos y sustancialmente adecuados para permitir que el proveedor del servicio tome una decisión informada respecto del contenido en cuestión, debiendo incluir una explicación de las razones por las cuales el notificante considera que el contenido es ilegal. Indica, a su vez, que el proveedor del contenido deberá ser informado sin dilación indebida y “de manera proporcionada” sobre la decisión y las razones que la subyacen, así como de la posibilidad de impugnar la misma. La única excepción establecida es el contenido “manifiestamente ilegal”, relacionado con delitos que pongan en riesgo la vida y la seguridad de las personas.

Quizás el aporte más novedoso que hace la recomendación es que incluye, a su vez, que los proveedores de servicios de contenidos deberán adoptar “medidas proactivas” con relación al contenido ilegal. Estas medidas podrían incluir el uso de medios automáticos de detección del contenido ilegal solo cuando sea apropiado y proporcional, y sujeto a garantías efectivas en pos de evitar remover contenido legítimo.¹⁰³

En igual sentido, contiene recomendaciones específicas relativas al contenido terrorista. Sin embargo, y sin perjuicio de las recomendaciones, actualmente se encuentra en tratamiento (en el proceso de “triálogo”) la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para la Prevención de la Difusión de Contenidos Terroristas en Línea.¹⁰⁴ Se trata de una propuesta controversial pues contiene disposiciones alarmantes desde el punto de vista de protección de derechos humanos, en particular para la libertad de expresión y la privacidad. Establece la obligación de implementar filtros automatizados y remover contenido terrorista definido de manera amplia en menos de una hora, entre otras disposiciones.¹⁰⁵

En octubre de 2018, representantes de plataformas de internet, redes sociales y anunciantes firmaron con la Comisión Europea el Código de Prácticas sobre la Desinformación.¹⁰⁶ Al igual que con el Código de Conducta para Combatir la Incitación Ilegal al Odio en Internet, se trata de un acuerdo voluntario de carácter autorregulatorio en pos de combatir la desinformación y noticias falsas –bastante más elaborado y detallado que el anterior–. Este Código incluye un

102 Disponible en: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-recommendation-measures-effectively-tackle-illegal-content-online>

103 “In order to avoid removal of content which is not illegal content, without prejudice to the possibility for hosting service providers to set and enforce their terms of service in accordance with Union law and the laws of the Member States, there should be effective and appropriate safeguards to ensure that hosting service providers act in a diligent and proportionate manner in respect of content that they store, in particular when processing notices and counter-notices and when deciding on the possible removal of or disabling of access to content considered to be illegal content”. Recommendation on measures to effectively tackle illegal content online, Párr. 19.

104 Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:dcob5bof-b65f-11e8-99ee-01aa75ed71a1.0023.02/DOC_1&format=PDF

105 Cabe destacar que, desde el 2017, existe la Directiva relativa a la lucha contra el terrorismo que ordena a los Estados miembros a adoptar medidas necesarias para “garantizar la rápida eliminación de los contenidos en línea albergados en su territorio constitutivos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo (...)” (artículo 21).

106 EU Code of Practice on Disinformation. Disponible en: https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=54454

listado de “mejores prácticas” y, además, de sumar firmantes en 2020, ha permitido la evaluación por la Comisión Europea en razón de la pandemia de COVID-19.¹⁰⁷

En todos estos casos, además de la limitante de tratarse de iniciativas vinculadas al derecho de la Unión Europea y a la supervisión política de la Comisión Europea, la búsqueda de cumplimiento no está sujeta a consecuencias normativas claras. Asimismo, para un nivel variable de detalle en los compromisos adquiridos, el cumplimiento parece estar necesariamente asociado a cierta capacidad operativa que solamente grandes plataformas son capaces de asumir, tanto respecto del establecimiento de políticas que pretenden resguardar intereses de la comunidad europea como respecto de su observancia.

Común a estas iniciativas parece ser el carácter de herramientas de control de contenido transferido a la responsabilidad de las plataformas (y los avisadores), sin necesariamente existir obligaciones legales rígidas en referencia a los contenidos supuestamente dañinos o infractores de normas europeas altamente abstractas. A pesar de recoger institucionalmente preocupaciones válidas respecto del uso de redes sociales de forma contraria a los derechos de niños, niñas y adolescentes, o bien para difundir desinformación en sus distintas formas, o mensajes vinculados a grupos que incurren en actos de violencia u odio discriminatorio, este modelo aparece como una forma de autorregulación con respaldo político que precluye la formulación de normas legales estrictas, en una región completa a la vez.

A nivel europeo, a su vez, este tipo de acuerdos exporta e impone la normativa europea a sus estados miembros sin perjuicio de las diferentes normas locales en materia de libertad de expresión, que varían en cada Estado Miembro.¹⁰⁸ A nivel global, la adopción de estas normas como parte de los términos y condiciones de servicio de las empresas supone, en muchos casos, la imposición del criterio europeo al resto de las jurisdicciones.

b. GIFCT

Desde 2016 hasta hoy, el fenómeno de colaboración voluntaria entre empresas y estados parecería ir en franca expansión. La iniciativa más reciente de moderación de contenidos también se da en otros ámbitos, como es el caso del Foro Mundial de Internet para la Lucha contra el Terrorismo (conocido como “GIFCT”, por sus siglas en inglés), creado en 2017. Con el objetivo de evitar que terroristas y extremistas violentos aprovechen las plataformas digitales, el GIFCT, conformado por empresas¹⁰⁹ y Estados, busca consolidarse como una entidad que centralice la moderación de contenidos de distintas empresas. A tal fin, las empresas comparten entre sí aquellos contenidos que hayan identificado como terroristas o de violencia extrema, creando una base de datos de *hashes* (“hash sharing consortium”),¹¹⁰ de manera que a los archivos identificados como “contenido terrorista” se les asigne una huella o código digital con el que se pueda identificar al mismo contenido en cualquier lugar de la red, para así limitar su circulación.

107 Comisión Europea. 2020. IP/20/1568. “Desinformación: la UE evalúa el Código de buenas prácticas y publica informes de la plataforma sobre desinformación relacionada con el coronavirus”. 10 de septiembre de 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_1568

108 Daphne Keller, Who Do You Sue? State and Platform Hybrid Power over Online Speech, Hoover Working Group on National Security, Technology, and Law, Aegis Series Paper No. 1902 (January 29, 2019), Disponible en: <https://www.lawfareblog.com/who-do-you-sue-state-and-platform-hybrid-power-over-online-speech>

109 Facebook, Microsoft, Twitter y YouTube (de Alphabet).

110 Disponible en: <https://www.gifct.org/joint-tech-innovation/>

Sin perjuicio de sus buenas intenciones (el consenso en torno a la necesidad de controlar y bloquear contenido terrorista es indiscutible), expertos y organizaciones de la sociedad civil han expresado serias críticas frente a esta iniciativa.¹¹¹ Principalmente, se le critica su falta de legitimidad, falta de mecanismo de supervisión y falta de transparencia.¹¹² No hay conocimiento –por fuera de las empresas parte del GIFCT– sobre qué contenido existe dentro de esa base de datos; no hay auditoría externa, ni apelación para el contenido allí incluido. La falta de transparencia implica la exclusión total de ciertas formas de expresión con completa independencia de su contextualización o el reclamo por su calificación.

Además, las plataformas están fundamentando las decisiones de remoción de contenido en acuerdos privados -no en las Directivas u otra norma vinculante- dejando a los usuarios sin la posibilidad de impugnar interpretaciones privadas que allí se enmarquen.

c. El Llamado de Christchurch

Dentro de este mismo grupo de iniciativas público-privadas, esta vez con alcance global, encontramos “El Llamado de Christchurch” (*Christchurch Call*),¹¹³ lanzado en mayo de 2019 por la primera ministra de Nueva Zelanda y el presidente de Francia, como un llamado a la acción para combatir el “contenido terrorista y violento” en línea. Inicialmente firmado por dieciocho gobiernos y ocho grandes compañías de internet, se sumaron en septiembre de 2019 decenas de otros gobiernos, incluidos Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica y México. También se trata de compromisos no vinculantes, formulados con prisa después del ataque terrorista sobre la comunidad musulmana en Christchurch, Nueva Zelanda, planeado y ejecutado con el objetivo de que el video del ataque se volviera viral.

El Llamado de Christchurch contempla compromisos para los gobiernos en términos amplios y ambiguos, incluyendo considerar la posibilidad de nuevas medidas regulatorias para prevenir la diseminación de contenido terrorista y violento. Para las empresas de internet, el llamado promueve la adopción de medidas específicas para impedir que se suban y diseminen tales contenidos, incluyendo medidas como el “desarrollo de tecnologías, la expansión y uso de bases de datos compartidas de hashes y URL, y procedimientos efectivos de notificación y retiro”, la mitigación de los riesgos de la transmisión en vivo, la revisión de algoritmos que amplifiquen

111 Una crítica significativa radica en la temática alcanzada: la tecnología de “hashes” fue implementada, originalmente, para combatir el contenido de abuso sexual infantil en línea. A diferencia de estos contenidos, determinar la ilicitud del material terrorista o de violencia extrema puede ser mucho más complejo, ambiguo o poco claro y, por causa de ello, existe el riesgo de sobre incluir contenido lícito y protegido contra cualquier censura dentro de estas bases de datos. Preocupa, a su vez, que los gobiernos puedan abusar de estas bases de datos, utilizándolas como medios para silenciar o callar voces opositoras, bajo la categoría de “terrorista”. Cabe agregar que el Llamado de Christchurch, en la práctica, parece querer expandir el uso de esta base de datos compartida, extendiendo así la aplicación de un sistema altamente problemático de control de contenidos. La conjunción de estos elementos podría no solamente impedir el registro y difusión de ciertos contenidos legítimos, sino conllevar el silencio respecto del reporte sobre crímenes y violaciones de derechos humanos, arrastrando a su vez esfuerzos de verdad y de investigación. Evelyn Douek, por ejemplo, denominó a este tipo de iniciativas como “content cartels” (Douek, Evelyn, “The Rise of Content Cartels. Urging transparency and accountability in industry-wide content removal decisions”, Knight First Amendment Institute at Columbia University, 2020). (Véase también: Citron, D., Extremist Speech, Compelled Conformity, and Censorship Creep, 93 Notre Dame L. Rev. 1035, 1044, 2018; y Llansó, Emma. 2019. “Platforms Want Centralized Censorship. That Should Scare You”. Wired, 18 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.wired.com/story/platforms-centralized-censorship/>).

112 Disponible en: <https://www.justsecurity.org/72603/gifct-possibly-the-most-important-acronym-youve-never-heard-of/>

113 Christchurch Call to eliminate terrorist & violent extremist content online. Disponible en: <https://www.christchurchcall.com/call.html>

este contenido, además de obligaciones de transparencia y observancia de sus términos de uso y la coordinación como industria.

Todo este rango de compromisos está escrito en un lenguaje de alto nivel, con escasa precisión¹¹⁴ y con compromisos igualmente vagos de respeto a las normas y estándares internacionales de derechos humanos. A la vez, la elaboración de estos compromisos con posible impacto en la expresión en línea llevó a una fuerte reacción en contra de buena parte de la sociedad civil interesada en derechos digitales, especialmente del norte global,¹¹⁵ acusando la falta de transparencia y exclusión de voces relevantes, las vaguedades en las definiciones, las falencias de los compromisos descritos, y la difusa atribución de roles entre Estados y empresas privadas en el control de expresiones potencialmente protegidas. Una de las formas de enfrentar algunas de esas críticas fue la conformación de un Comité Asesor,¹¹⁶ de composición proveniente de instituciones del norte global en abrumadora mayoría. El Llamado de Christchurch se convierte así en una fundamentación para la adopción de medidas por parte de empresas de internet, incluidos cambios en las tecnologías de detección de ciertos contenidos en las plataformas y bloqueo de contenidos, acelerando procesos de filtrado automatizado.

d. Iniciativas dentro de las empresas

Las iniciativas propuestas por las empresas para lidiar con la moderación de contenidos no tratan estrictamente al tema de la responsabilidad de intermediarios. Sin embargo, como destacaba Dawn Nunziato ya en 2012 en la introducción de *Hacia una Internet Libre de Censura*, la actividad autorregulatoria de las empresas solo podría justificarse en la medida en que se establezcan criterios de transparencia y debido proceso que garanticen la ecuanimidad y “neutralidad” de la empresa, en sus normas y en la aplicación de las mismas.¹¹⁷ Estas medidas e iniciativas en muchos casos respondieron a crecientes presiones de usuarios y gobiernos, exigiendo mayor legitimidad en el diseño y en la implementación de los términos y condiciones de servicio. Sobre todo, surgieron desde las propias compañías frente a la crítica especializada y la creciente dificultad que algunos temas de moderación plantean.¹¹⁸

114 Douek, Evelyn. 2019. “Two Calls for Tech Regulation: The French Government Report and the Christchurch Call”. Lawfare, 18 de mayo de 2019. Disponible en: <https://www.lawfareblog.com/two-calls-tech-regulation-french-government-report-and-christchurch-call>

115 Civil Society Positions on Christchurch Call Pledge. Disponible en: <https://docs.google.com/document/d/1oRadyVQUNu1H5D7x6lJVkbqmaeDeXreoMk-FFNklVxs/mobilebasic>

116 The Christchurch Call Advisory Network. Disponible en: <https://www.christchurchcall.com/advisory-network.html>

117 “A falta de regulación, los proveedores de banda ancha tendrán facultades discrecionales para discriminar contenidos o aplicaciones, y los ciudadanos no tendrán garantías de acceso a una multiplicidad de opiniones de fuentes diversas y antagónicas exentas de censura, lo cual es necesario para que puedan tener una participación relevante en el Gobierno democrático”. Nunziato, Dawn, “Preservar la libertad en Internet en las Américas”, *Hacia una Internet Libre de Censura: propuestas para América Latina*, compilado por Eduardo Bertoni, UP (2012).

118 En noviembre de 2018, Mark Zuckerberg anunció su intención de crear un órgano revisor independiente, hoy conocido como el “Oversight Board”. En su comunicado, mencionaba: “At the same time, we have a responsibility to keep people safe on our services -- whether from terrorism, bullying, or other threats. We also have a broader social responsibility to help bring people closer together -- against polarization and extremism. The past two years have shown that without sufficient safeguards, people will misuse these tools to interfere in elections, spread misinformation, and incite violence. One of the most painful lessons I’ve learned is that when you connect two billion people, you will see all the beauty and ugliness of humanity”. Mark Zuckerberg, A Blueprint for Content Governance and Enforcement (2018). Disponible en: <https://www.facebook.com/notes/mark-zuckerberg/a-blueprint-for-content-governance-and-enforcement/10156443129621634/>

En un grupo distinto de iniciativas, esta vez nacidas directamente de las empresas, cabe citar el Consejo de Confianza y Seguridad de Twitter (2016),¹¹⁹ que mantiene grupos de trabajo en distintas áreas de interés para mejorar las políticas y prácticas de la compañía.¹²⁰ Más que una forma específica de establecer políticas sobre contenido, es un mecanismo de consulta de una compañía sobre sí misma.

Por su parte, el Consejo Asesor de Contenido (*Oversight Board*) creado por Facebook en 2019,¹²¹ pretende servir como un órgano para revisar las apelaciones de las decisiones de Facebook e Instagram sobre retiro o no retiro de contenidos que infrinjan las Normas comunitarias de Facebook, resolviendo sobre esos casos de manera vinculante para la compañía, con expresa vinculación con estándares del derecho internacional de los derechos humanos para la resolución de las apelaciones. El alto perfil de la compañía que creó a este Consejo Asesor trajo consigo una serie de críticas sobre el alcance que tendría su trabajo.¹²²

En los dos casos descritos en este punto, se trata de empresas que amplían la forma en que instituciones y personas externas a las compañías influyen de manera diversa en las decisiones que las propias empresas toman sobre su forma de actuar frente al contenido de sus usuarios. Estas instancias suponen la inclusión de voces diversas en la autorregulación de las empresas, con diversos niveles de incidencia dependiendo de la estructura y diseño. Los distintos esfuerzos han sido bienvenidos en líneas generales por la comunidad de usuarios y con cierto escepticismo por parte de la sociedad civil y academia. Las principales críticas apuntan a destacar que no es más que un intento por desligar parte de la responsabilidad de la compañía en casos particularmente complejos. La cantidad de casos individuales revisados por estos órganos es mínima en comparación con la cantidad de intervenciones que las empresas hacen cotidianamente sobre el contenido de sus plataformas, y su injerencia en el diseño de políticas de contenido en la autorregulación es dudosa.

e. Recomendaciones de la sociedad civil

Cabe estudiar de manera separada aquellos esfuerzos en los que tiene un rol más central la sociedad civil en sentido amplio, incluyendo a especialistas independientes, entidades académicas y miembros de comunidades técnicas no afiliados a industrias ni gobiernos. Encontramos aquí a los Principios de Manila sobre Responsabilidad de Intermediarios (2015),¹²³ elaborados por una coalición de organizaciones de la sociedad civil, y donde se fijan estándares para la adopción de políticas y prácticas sobre responsabilidad de intermediarios que sean respetuosas de los derechos humanos. Los principios incluyen, entre otros, deberes de transparencia y debido proceso, así como de responsabilidad legal bajo requerimientos afines, en el control de contenido potencialmente infractor de leyes o de términos de uso. Aunque se trata de un conjunto de principios de amplio reconocimiento, su formulación todavía restringe su utilidad

119 Twitter Trust and Safety Council "reúne a organizaciones de expertos independientes de todas partes del mundo que promueven la seguridad y nos asesoran en el desarrollo de nuestros productos, programas y las Reglas de Twitter." Ver <https://about.twitter.com/es/safety/trust-and-safety-council.html>

120 En uno de los cuales Al Sur es miembro.

121 Consejo asesor de contenido. Disponible en: <https://oversightboard.com> - El primer grupo de miembros fue anunciado en mayo de 2020, y comenzó su operación en el último trimestre de 2020.

122 Véase, por ejemplo, Al Sur. 2019. Facebook Oversight Board: A Perspective from Latin America and the Caribbean. Disponible en: <https://www.alsur.lat/en/report/facebook-oversight-board-perspective-latin-america-and-caribbean>

123 Manila Principles on Intermediary Liability. Disponible en: <https://www.manilaprinciples.org/es>

a contextos de control reducido y no a escala, además de ser difícilmente conciliable con las expectativas que distintos gobiernos han impuesto sobre el control proactivo de contenidos sobre las plataformas.

También dentro de este grupo encontramos el trabajo de la ONG internacional Article 19, una contribuyente central en el proceso de elaboración de los Principios de Manila. Poco antes de la formulación de esos principios, Article 19 publicaba su primer conjunto de recomendaciones sobre responsabilidad de intermediarios para gobiernos y empresas, abogando por que no exista responsabilidad de los intermediarios que almacenan contenido de terceros; que se establezca preferentemente un modelo de avisos antes de cualquier acción de restricción y retiro; y que existan reglas especiales para ciertas clases de contenidos particularmente nocivos.¹²⁴ Estas recomendaciones tuvieron eco y mayor desarrollo en los Principios de Manila, manteniendo su anclaje en el derecho internacional de los derechos humanos como base para las recomendaciones.

Varios años después, en 2018, Article 19 desarrollaba un nuevo conjunto de recomendaciones, esta vez directamente dirigidas a empresas, asumiendo la realidad práctica de la autorregulación y centrándose en el problema del discurso de odio en las redes sociales.¹²⁵ El documento plantea numerosas críticas a los modelos autorregulatorios y corregulatorios promovidos en la Unión Europea, incluyendo los Códigos de Conducta y buenas prácticas antes referidos, por su aparente incompatibilidad con el derecho internacional de los derechos humanos. No obstante, se establecen ciertas recomendaciones operativas para los intentos autorregulatorios de las empresas además de volver a relevar el rol de los Estados en la promoción y protección del derecho a la libertad de expresión de los usuarios de internet, incluso por vías regulatorias. Una propuesta posterior de Article 19 iba más allá, sugiriendo la creación un órgano ajeno a las empresas encargado de revisar las decisiones, con una independencia aún más marcada que el Consejo Asesor de Contenido creado por Facebook. En 2019, Article 19 promovió los Social Media Councils (SMCs), con el objetivo de proveer un mecanismo de accountability sobre la moderación de contenido en línea, que sea independiente, multisectorial, abierto, transparente, apoyado en los estándares internacionales de derechos humanos.¹²⁶

En 2018, un grupo de académicos y representantes de la sociedad civil estadounidense promovió los Principios de Santa Clara sobre transparencia y rendición de cuentas en la moderación de contenidos.¹²⁷ Aquí se elaboraron recomendaciones específicamente dirigidas a empresas, concentradas en tres aspectos de los actos de moderación de contenidos: notificación de usuarios, apelación de decisiones y transparencia. El alcance de estos principios es limitado, ya que se concentra en ciertas aspiraciones sobre el funcionamiento de las empresas y no sobre su regulación o responsabilidad por el cumplimiento de tales estándares. Asimismo, si bien las recomendaciones son de carácter procedimental más que sustantivo en relación con el contenido de las reglas de moderación, ellas todavía dejan de lado algunos aspectos sistémicos, como

124 Article 19. 2013. Internet intermediaries: Dilemma of Liability. Disponible en: https://www.article19.org/data/files/Intermediaries_ENGLISH.pdf

125 Article 19. 2018. Self-regulation and 'hate speech' on social media platforms. Disponible en: https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/03/Self-regulation-and-%E2%80%99hate-speech%E2%80%99-on-social-media-platforms_March2018.pdf

126 Ver más en <https://www.article19.org/resources/social-media-councils>

127 Disponible en: <https://santaclaraprinciples.org/>

la categorización contextual de tipos de contenido.¹²⁸ El documento además recibió múltiples críticas por haber sido originalmente impulsado desde un grupo pequeño de académicos y sociedad civil de Estados Unidos y luego circularo para su firma y promoción en otros puntos del globo. No obstante, un largo período de consulta durante el año 2020 abre la posibilidad de mejoras en estas recomendaciones, sin perjuicio de la probable conservación de su limitado alcance.

A nivel regional, en América Latina, un grupo de organizaciones de sociedad civil promovió recientemente un documento con estándares y recomendaciones titulado “Estándares para una regulación democrática de las grandes plataformas que garantice la libertad de expresión en línea y una Internet libre y abierta” (2020)¹²⁹. La iniciativa, liderada por Observacom, recoge con un enfoque de ciertos actores latinoamericanos varias de las discusiones ya reseñadas sobre regulación. Pretende, a su vez, enfrentar de manera expresa el carácter dominante de ciertas plataformas de internet, haciendo énfasis en la concentración de poder en manos privadas y considerando el efecto que ese poder tiene sobre la capacidad de los usuarios de ejercer de manera efectiva su libertad de expresión.

El documento, además, busca presentar una forma de regulación distinta de los aparentes extremos que representan la autorregulación y la “regulación estatal abusiva”. La propuesta sigue a otras iniciativas en rechazar la responsabilidad objetiva de las plataformas y la delegación en ellas de la función de decidir sobre la legalidad, la veracidad o el decoro de las expresiones de los usuarios. En tal sentido, destaca la promoción de un sistema de corregulación donde los estándares a cumplir deben ser distintos para las “grandes plataformas de contenidos”, designadas por un regulador nacional según las características descritas en el documento. Considera también recomendaciones de normas comunitarias, debido proceso y transparencia en la moderación, entre otras recomendaciones, con variable nivel de especificidad.

En referencia a la corregulación, el documento aboga por la existencia de un órgano regulador estatal especializado para la supervisión de la implementación de los principios que el propio documento esgrime. A su vez, el documento se centra en redes sociales y, específicamente, en el tema de libertad de expresión como un tema distinto y separado de otras cuestiones potencialmente objeto de regulación distinta, como los aspectos económicos, de finanzas públicas, de competencia, de derechos del consumidor, etcétera.

Esta iniciativa tampoco está exenta de críticas, en la medida en que sujeta la autorregulación empresarial a un control estatal. Por otra parte, si bien existe consenso en muchos de los principios, el documento carece de la especificidad y granularidad necesarias para abordar cuestiones como la interjurisdiccionalidad de internet y las plataformas que en internet operan, las diferencias sustantivas en la definición y extensión de ciertos criterios y estándares de derechos humanos sobre los cuales hay consensos pero también existen importantes márgenes de discrecionalidad para su interpretación e implementación por parte de los Estados. Del otro lado, quienes promueven el documento abogan por que este sea el punto de partida de la conversación y no necesariamente el punto de llegada, para ser trasladado literalmente a un proyecto de ley.

128 La categorización contextual de tipos de contenido en lo operativo tiene un rol central en admitir la apelación de las enormes cantidades de spam que se detectan y bloquean cotidianamente en las grandes plataformas, por ejemplo.

129 Disponible en: <https://www.observacom.org/wp-content/uploads/2020/09/Estandares-para-una-regulacion-democratica-de-las-grandes-plataformas.pdf>

VI. Conclusiones

Del documento y las iniciativas descritas indudablemente surge la complejidad del tema. El régimen de responsabilidad de intermediarios por el contenido de terceros históricamente tiene una incidencia directa en la moderación de contenidos. Desde las primeras normas a nivel comparado en el mundo hasta las pocas normas existentes al respecto en nuestra región.

La legislación regional y comparada y la tendencia que vemos en los proyectos de regulación de responsabilidad de intermediarios existentes nos muestra, en líneas generales, un apetito restrictivo de la expresión en internet, particularmente en redes sociales. En América Latina, la poca regulación estatal sobre responsabilidad de intermediarios que existe establece la responsabilidad diferenciada de las empresas por el contenido de terceros cuando este contenido pueda violar supuestos derechos de autor. Solo recientemente y de manera absolutamente reactiva han surgido en los congresos de la región iniciativas tendientes a regular la responsabilidad de intermediarios por la circulación de contenidos en otros temas como desinformación y discurso de odio especialmente, temas estos que indudablemente preocupan y han surgido en los últimos años con más fuerza en la agenda pública global. Estas iniciativas, sin embargo, en la mayoría de los casos, carecen de un período previo de estudio o recolección de evidencia, o de una discusión acompañada de un debate amplio, participativo y plural; y sus propuestas normativas en su mayoría también contravienen estándares regionales e internacionales de derechos humanos. Vemos en América Latina una tendencia “reactiva” por sobre “proactiva” para atender las problemáticas del momento, con una deficiente participación de la sociedad civil en los debates legislativos.

En todos los casos estas legislaciones impactan de manera directa en el régimen de responsabilidad de intermediarios, que hasta el momento carece de reglamentación específica y sigue estando bajo la órbita de la responsabilidad civil ordinaria. Esta falta de precisiones sobre el marco general de la responsabilidad de intermediarios perpetúa discusiones en torno a la aplicabilidad de la responsabilidad objetiva en la región, que no solo ha sido descartada por el resto del mundo, sino que ha sido claramente señalada como incompatible con estándares regionales y globales de libertad de expresión.

A nivel comparado, el escenario regulatorio tampoco es particularmente claro. Estados Unidos y la Unión Europea tienen legislaciones marco que garantizan la no responsabilidad de los intermediarios por el contenido de terceros, y lo que han surgido recientemente serían por lo pronto perfeccionamientos de transparencia, debido proceso y rendición de cuentas de este régimen, como excepciones limitadas a esta regla general. Este documento pretende en cierta medida destacar los presupuestos de este tipo de marcos regulatorios y su desarrollo temporal a fin de alimentar las discusiones que en América Latina aun tenemos sobre los principios generales.

El espíritu de exención de responsabilidad por el contenido de terceros parece estar intacto por lo que surge de las propuestas para modificar la CDA 230 y la propuesta que la DSA y la DMA encarnan. Sin embargo, abundan las imprecisiones en estos esfuerzos regulatorios, particularmente respecto al contenido que parece mas problemático: desinformación, discurso de odio, terrorismo y discurso radicalizado. A estos se suman las tradicionales excepciones otorgadas a los marcos generales de exención de responsabilidad reflejados en las leyes de propiedad intelectual, a las cuales recientemente se han acoplado además los contenidos periodísticos.

El desarrollo tecnológico indudablemente también ha impactado radicalmente en la discusión en torno a la responsabilidad de intermediarios al entrelazarlo con las consecuencias de la moderación de contenidos para el ejercicio de derechos de las usuarias. Las habilidades de monitoreo interno del contenido en plataformas son actualmente mucho mayores que las existentes hace una década. El desarrollo de algoritmos cada vez más complejos y oscuros para ordenar el contenido y proveer difusión al mismo entre la comunidad también es radicalmente distinto y plantea nuevos desafíos. El crecimiento y la centralización de poder en unos cuantos actores a nivel global han generado la necesidad de mirar y pensar en los intermediarios no solo por sus funciones o las capas en las que funcionan (como lo hacíamos antaño) sino también por su tamaño, función social, impacto público a nivel individual y colectivo. De ahí que las iniciativas que surgieron en los últimos años, tanto de Estados como de sociedad civil apunten precisamente a diseñar mecanismos de transparencia y rendición de cuentas más complejos, diversos de los que pensamos hace una década.

Por otra parte, estos desarrollos tecnológicos que vimos durante los últimos años nos obligan a pensar en la responsabilidad de los intermediarios por sus actos propios además de la responsabilidad que podrían tener por el contenido de terceros. La priorización de contenidos, el desarrollo de algoritmos, el cumplimiento de criterios adecuados para asegurar la no discriminación y debido proceso, son parte de las acciones objeto de ese examen de su responsabilidad más allá de la afectación de las personas en razón de contenidos nocivos que se retiran de circulación. La complejidad creciente de esas acciones puede hacer difícil la regulación sobre esa responsabilidad por los actos propios, lo que hace necesario el involucramiento de distintas partes interesadas y de voces expertas para cualquier debate regulatorio. Implica, a su vez, una regulación que logre consagrar los estándares y principios internacionales sin asociarse a plataformas o tecnologías específicas, sino que pueda adaptarse a otras formas no conocidas de intervención por las plataformas.

Sin perjuicio de que el panorama legislativo mundial no parece particularmente alentador, la región latinoamericana se encuentra en una posición única para aprender de las experiencias comparadas, tanto europea como estadounidense, donde como vimos abundan las buenas y malas prácticas. En estos últimos años, los procesos regulatorios y sus respectivos debates han demostrado la necesidad de generar discusiones amplias y procesos legislativos serios, que incorporen estudios de impacto de la legislación propuesta en el ecosistema local y/o regional. Dichos procesos gozan de mayor debate y estudio, por lo que permiten prever dificultades en la implementación, reacciones y errores. En Europa particularmente existe, al día de hoy, un cúmulo interesante de experiencias en torno a la implementación de los acuerdos y regulaciones que allí se establecieron en los últimos años. Esta experiencia podría resultar particularmente rica para evitar errores comunes. Corresponde a los Estados, la sociedad civil y la academia promover instancias de diálogo adecuadas. Instancias diseñadas para identificar buenas y malas prácticas, con miras al beneficio mutuo.

Luego de un proceso de reflexión amplio y pormenorizado, desde Al Sur extraemos de la legislación comparada, la práctica de empresas y las experiencias de las 11 organizaciones que hacen parte de este consorcio, los siguientes lineamientos para cualquier debate regulatorio en torno a la responsabilidad de intermediarios:

- Cualquier regulación en nuestro marco regional debe atender a los estándares interamericanos en materia de libertad de expresión, privacidad, acceso a la información, derechos de asociación y reunión, derechos políticos y derecho a la verdad, entre otros.
- Sea en el marco de la regulación, la autorregulación o la corregulación, deben promoverse las obligaciones de igualdad y no discriminación tanto hacia personas como contenidos, junto con los principios establecidos en la OC 5/85, que establece que será incompatible con la Convención cualquier regulación o autorregulación privada que excluya a priori a grupos o voces del debate.
- Urge debatir un marco general de responsabilidad de intermediarios por el contenido de terceros, y establecer claramente la exención de responsabilidad de los intermediarios salvo notificación judicial fehaciente como principio general.
- Respetando las distinciones que existen entre nuestra región y Europa, establecer una obligación legal para que un tercero elimine o bloquee informaciones o ideas dañinas, pero no ilegales, sin intervención judicial, constituye censura previa y, por ende, no solo no ha de ser fomentado, sino que ha de ser combatido.
- Si la legislación propusiera obligaciones para los intermediarios respecto de determinados contenidos, los mismos han de estar clara y taxativamente establecidos en la ley, y sujetos a mecanismos de supervisión y transparencia suficientes.
- Se debe promover una clara distinción entre responsabilidad de intermediarios por sus propios actos, de aquella responsabilidad por el contenido o actos de terceros. La definición de “intervención” es problemática y compleja, particularmente a medida que la tecnología evoluciona y el rol de ciertos intermediarios cambia. Esa distinción para fines legales debe de ser sujeta a amplio debate, incorporando las voces de académicos, sociedad civil y atendiendo a legislar con base en evidencia. La adopción y promoción de leyes/regulaciones específicas a una tecnología o una conducta de ciertas plataformas conlleva el inevitable riesgo de devenir obsoleta.
- Se deben promover reglas flexibles capaces de establecer clara distinción entre las obligaciones que correspondan a diferentes categorías de intermediarios, que cumplan distintas características en su rol de intermediación dentro de internet y con diferentes tamaños y modelos de negocios de operación. Los debates en torno a la regulación, autorregulación y corregulación deben atender a las distinciones necesarias entre intermediarios por sus funciones, su tamaño y su posible impacto en el debate público, de acuerdo a la regulación propuesta (por ejemplo, si se regulan obligaciones de transparencia o de debido proceso, plazos de remoción o bloqueo de ciertos contenidos). En este sentido, promover un criterio diferenciado para intermediarios de acuerdo a criterios de necesidad y proporcionalidad, atendiendo al impacto en la estructura del intermediario, costos y su influencia en la temá-

tica. La NetzDG es, en este sentido, un ejemplo a seguir en tanto distingue intermediarios a los cuales se aplican términos y plazos determinados.

- Se deben promover mecanismos de revisión judicial en la adjudicación de derechos, tanto online como offline. Los procesos judiciales deben ser de fácil acceso y rápida resolución sobre cuestiones relativas a la responsabilidad de intermediarios para garantizar los derechos fundamentales de los usuarios.
- Se deben promover criterios de derechos humanos y no de ética en torno al desarrollo de algoritmos e “inteligencia artificial” (IA) y su regulación. Entendiendo el término IA en sentido amplio, conforme la definición que utilizó David Kaye, ex Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión (ONU) en su informe sobre IA y derechos humanos, en 2019.
- Entender la regulación de la responsabilidad de intermediarios y moderación de contenidos como un campo regulatorio que interactúa con otros y, por tanto, evaluar de manera sistémica las oportunidades de que algunas de las cuestiones presentadas como insuficiencias actuales del régimen normativo de intermediarios sean resueltas a través de otras regulaciones específicas como regulación de la concentración económica y competencia mercantil; derechos del consumidor; protección de datos personales o regulación electoral.
- En cuanto a la estrategia regional para profundizar y acelerar la discusión en torno a la regulación de intermediarios, como primera medida, resulta necesario priorizar y avanzar sobre las áreas en las que hoy se encuentran los consensos más sólidos, donde confiamos en que podemos obtener mejores resultados: la adopción del principio general de inmunidad sobre el contenido de terceros, regulaciones relativas a la transparencia, debido proceso, rendición de cuentas, reparación y compatibilidad con los derechos humanos. El proceso hoy en curso por la CIDH debiera estar encaminado a dar contenido desde la perspectiva regional a cada uno de estos aspectos.
- Resulta fundamental promover la participación de los Estados de las Américas en los distintos espacios de gobernanza multisectorial de diversos aspectos de la economía digital que proliferan a nivel global. Está claro de los antecedentes consignados en el documento, que las iniciativas público-privadas, sobre todo en materia de terrorismo, radicalización, derechos de niños, niñas y adolescentes, e incluso desinformación, tienen un impacto directo en las prácticas de empresas con impacto global, y nuestra región está subrepresentada en estos espacios, tanto a nivel de sociedad civil como a nivel Estatal.

www.alsur.lat



AlSur