Resumen explicativo del estudio "Responsabilidad de intermediarios de Internet en América Latina: Hacia una regulación inteligente de la economía digital" elaborado por el CETyS

diciembre de 2020

Contexto

Comercio Digital Sin Fronteras (CSDF) es un programa de cooperación técnica denominado "bien público regional" impulsado por la Asociación Latinoamericana de Internet (ALAI) y el Instituto de Integración Económica para América Latina (INTAL), de la cual participan también en su Consejo Directivo, la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales (SUBREI), Ministerio de Economía, Fomento y Turismo de la República de Chile, la Secretaría de Comercio Electrónico, Ministerio de Industria y Comercio (MIC) de la República de Paraguay, el Ministerio de Industria y el Ministerio de Industria, Energía y Minería de la República Oriental del Uruguay, la Subsecretaría TIC de la Secretaría de Innovación Pública, Jefatura de Gabinete de Ministro, Presidencia de la Nación, Argentina y la Secretaría de Economía de México. El objetivo de esta colaboración está orientado a: (a) la generación de trabajos de investigación y diseño de políticas públicas en temas claves para el desarrollo de la economía digital regional; (b) la producción de programas de capacitación destinados a organismos públicos encargados de política de internet, con el fin de potenciar la información y materias necesarias para aprovechar mejor las potencialidades de la economía digital; y (c) la diseminación de los trabajos y recomendaciones consensuadas en el marco de este proyecto mediante talleres público-privados y plataformas digitales innovadoras.

Este trabajo

El estudio es el fruto de una investigación del Centro de Tecnología y Sociedad (CETyS) de la Universidad de San Andrés de Argentina para CSDF para proveer un estado de situación de las regulaciones sobre responsabilidad de intermediarios (RDII) en América Latina con especial atención a alguno de los países participantes tales como México, Argentina y Uruguay. El trabajo busca analizar las reglas que definen el grado de responsabilidad y la labor de los intermediarios de internet para entender su impacto en la economía digital sobre la creación, diseminación y acceso a contenidos de terceros que utilizan las plataformas, y de este modo, y a partir de experiencias internacionales y las disposiciones de acuerdos comerciales puedan hacerse recomendaciones que sirvan de base para la definición de instrumentos normativos nacionales.

El estudio se centra en la definición de responsabilidad de intermediarios tecnológicos (RDIT) asociada al rol que cumplen en Internet, las dinámicas de creación de normas internacionales sobre comercio digital, fundamentalmente, acuerdos comerciales regionales (ACR), el análisis comparado de los marcos regulatorios nacionales sobre RDIT en Argentina, México y Uruguay, el análisis prospectivo sobre la base de la velocidad de la transformación digital (ralentización-aceleración) y del grado de coordinación entre las agendas digitales de los países de la región (convergencia-divergencia), así como la propuesta de algunos lineamientos en torno a la idea de una "regulación inteligente" basada en principios, como una base común para las conversaciones sobre la gobernanza de la economía digital en la región.

Principales sistemas de responsabilidad

Sistemas de Responsabilidad	Características	Ejemplos de aplicación	Efectos en los derechos en juego	Impacto en la Economía Digital
Inmunidad absoluta	Los proveedores de servicios de internet (PSI) no son responsables por los comentarios o contenidos que terceros difundan a través del servicio que brindan.	EEUU. Communications Decency Act (1996) - Sección 230 (NOTA la interpretación de esta norma está en revisión en Estados Unidos).	Protección amplia a la libertad de expresión. No brinda incentivos para la protección de otros derechos.	Brinda libertad en el ejercicio de la actividad económica en el entorno digital. Incentiva el desarrollo de la innovación al no establecer cargas aplicables a los PSI con relación al contenido producido y/o difundido por terceros. Minimiza los riesgos y contingencias asociadas a la afectación de intereses de terceros.
Inmunidad condicionada	Se trata de ofrecer al PSI un puerto seguro (*safe harbor*), mecanismo que lo mantiene a salvo de la responsabilidad legal, siempre y cuando cumpla con las obligaciones específicas aplicables.	EEUU. Digital Millennium Copyright Act (1998) - Sección 512 y Canadá. Copyright Act (2012) - Sección 41.26.	La libertad de expresión puede entenderse amenazada ante abusos en la remoción de contenidos que afecten otros derechos.	Establece ciertos límites para la actividad desarrollada en el entorno digital. Incluye varias cargas a implementar para el ejercicio de la actividad en Internet, las que podrían implicar barreras de entrada para el desarrollo de la industria digital. Algunos riesgos y contingencias asociados a la afectación de intereses de terceros.
Responsabilidad subjetiva	No existe un deber de monitoreo o de vigilancia general. Se contempla un deber de diligencia por parte del PSI una vez que toma conocimiento efectivo sobre una determinada infracción. Diferencias en la configuración del conocimiento efectivo, a través de la notificación del individuo afectado (instancia privada) o por medio de una orden de autoridad competente (instancia administrativa o judicial).	Argentina. Caso "Rodríguez, María Belén" (2014) y Unión Europea. Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo - Sección 4.	Resguarda la libertad de expresión. Su efectividad para los derechos en juego dependerá de cuan delimitado esté aquel contenido entendido manifiestamente ilícito del considerado dudoso y sujeto a decisión de autoridad competente.	Establece ciertos límites para la actividad desarrollada en el entorno digital. Incluye algunas cargas a implementar para el ejercicio de la actividad en Internet. Limitados riesgos y contingencias asociados a la afectación de intereses de terceros, lo que dependerá de cuan delimitado esté el deber de diligencia.
Responsabilidad objetiva	Contempla un deber de monitoreo y vigilancia general. Considera que el producto y/o servicio es riesgoso en sí mismo. Se desentiende del actuar del PSI.	Art. 13 de la Propuesta Unión Europea. Copyright Directive (2016).	Elevados incentivos para la censura por exigir monitoreo previo del contenido. Afectación a la libertad de expresión. Otros derechos afectados.	Reglas poco claras para la actividad que se desarrolla en el entorno digital. Incremento de cargas para el ejercicio de la actividad en Internet, aumento de barreras de entrada. Elevados riesgos y contingencias asociados a la afectación de intereses de terceros.

Fuente: CeTyS en base a Cortes, 2014 y Levy y Aguerre, 2019

Es necesario aclarar ante todo el significado de la noción de intermediarios tecnológicos o plataformas de intermediación en línea, que constituye una de las bases fundamentales del informe.

Los autores del estudio han optado por caracterizarlos como aquellos actores económicos que proveen acceso y conectividad a Internet; servicios de alojamiento de contenidos -caching o hosting-; motores de búsqueda; prestadores de servicios y contenidos de terceros en línea, tales como plataformas de redes sociales, publicación de noticias, plataformas de *streaming* y de comercio electrónico; entre otros. Incluye no sólo a los grandes prestadores de servicios sino también a una innumerable cantidad de pequeñas y medianas empresas y emprendedores individuales, que actúan en el entorno digital. Por consiguiente, los autores acogen una definición general que abarca proveedores de muy diversa naturaleza, los cuales actúan en capas distintas de la red, abarcando desde servicios directamente ligados a la gestión de la infraestructura con poca incidencia directa sobre los contenidos o servicios distribuidos (por ejemplo, en el caso de los proveedores de servicios de acceso a Internet), hasta servicios de búsqueda, alojamiento o compartición que dispondrían ya de una capacidad mucho mayor de *control* de los contenidos que distribuyen. Piénsese, en este sentido, en las políticas de moderación de contenidos que aplican plataformas tales como Facebook, YouTube o Twitter.

Es evidente que hay un eje fundamental en torno al cual gira el contenido del conjunto del informe. Este tema no es otro que el debate jurídico con relación al régimen de responsabilidad aplicable a los intermediarios, es decir, la determinación de la medida en que dichos actores pueden encontrarse sujetos a responsabilidades legales derivadas del facilitamiento de contenidos suministrados por terceros. Hay que insistir de nuevo en el hecho de que a pesar de que la noción de intermediarios abarca tipos de servicios muy diversos, el mencionado debate se centra sobre todo (y no solamente en la región, sino en otras áreas y países como Estados Unidos, la Unión Europea o la India) en la responsabilidad de las plataformas citadas al final del párrafo anterior.

A efectos ilustrativos, en Estados Unidos, la sección 230 de la ley de comunicaciones de 1934 (modificada por la ley de telecomunicaciones de 1996) inmuniza las plataformas en relación con el contenido publicado por terceros. Por otro lado, proporciona a los intermediarios inmunidad con respecto a cualquier decisión de moderación de contenidos, en la medida en que: a) se ha adoptado "de buena fe", y b) hace referencia a contenidos o, de manera más amplia, a información, que la plataforma considera como "objetable". En la Unión Europea, a partir de la llamada Directiva sobre comercio electrónico, las plataformas no serían responsables en relación con los contenidos suministrados por terceros sobre la base de una serie de requisitos y condiciones. Para conservar la inmunidad, las plataformas no deben tener conocimiento real de actividad o información ilegal y/o no ser conscientes de hechos o circunstancias a partir de los cuales se manifiesta la actividad o información ilegal. Además de eso, también se prohíbe la imposición de obligaciones generales de control (monitoreo) de contenidos o de búsqueda activa de hechos o circunstancias que evidencien la presencia de actividades ilegales.

Acuerdos de países latinoamericanos con disposiciones sobre RDIT

1) **T-MEC**
Artículo 19.17 (Servicios Informáticos Interactivos) establece distinción entre Proveedor o usuario de Servicios Informáticos Interactivos y Proveedor de Contenido de Información.

2) **TIPAT**
Artículo 18.82 (Legal Remedies and Safe Harbours) de la Sección dedicada a los PSI (Section J).

3) **Colombia-Corea del Sur**
"Medidas Especiales contra Infractores Reincidentes de Derecho de Autor en Internet" (Punto 3, artículo 15.8, capítulo sobre Propiedad Intelectual -PI-).

4) **UE, Colombia y Perú**
Capítulo sobre PI, en la sección 3 del capítulo 3 (Disposiciones relacionadas con derechos de propiedad intelectual), incluye diversos artículos de interés (del 250 al 254).

5) **Perú-Japón**
Capítulo sobre Derechos de Propiedad Intelectual (cap. 11) incluye un artículo relativo a Proveedores de Servicios de Internet (art. 185).

6) **Chile-Australia**
Artículo específico sobre Responsabilidad de los Proveedores de Servicios en capítulo sobre PI (Artículo 17.40).

7) **Acuerdos bilaterales entre Chile, Perú y Colombia con Estados Unidos**
Artículos específicos en capítulos sobre PI.

TLCUEM 2.0
Artículos X-56 a X-58 de la sub-sección 2 de la Sección C del capítulo 20 sobre PI.

Sobre la base de lo anterior, el informe incide en tres grandes ámbitos.

El primero se refiere a la identificación y descripción de las normas que regulan la RDIT. Estas normas son tanto de carácter nacional como internacional. En cuanto a estas últimas, el estudio hace eco de los estándares que se derivan del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en línea asimismo con los estándares establecidos a nivel universal en el marco de Naciones Unidas o en el contexto paralelo de los mecanismos del Consejo de Europa. Estos estándares se fundamentan en la idea del establecimiento del principio jurídico fundamental de la exención de responsabilidad de los intermediarios, siempre que no intervengan expresamente los contenidos o se nieguen a obedecer una orden judicial de remoción de ese contenido, cuando tengan la capacidad para hacerlo. El escenario opuesto, esto es, responsabilizar a las plataformas por los contenidos que facilitan, las llevaría a filtrar y controlar aquéllos de forma exhaustiva y sistemática, con los riesgos de sobre-remoción y afectación a la libertad de expresión que ello comportaría. Otras referencias normativas relevantes consisten en los compromisos adoptados en materia de regulación del comercio y los servicios digitales en el marco de los acuerdos de libre comercio en la región.

Conclusiones

Finalmente en cuanto a referencias normativas a tener en cuenta, el estudio refleja igualmente las disposiciones legales aplicables al comercio y servicios digitales en los países analizados, Argentina, Uruguay y México. Se pone de manifiesto, en este sentido, cómo en ninguno de estos países existe un marco jurídico completo y específico aplicable a materia en cuestión, particularmente en lo que se refiere a la RDIT. Ello no impide, sin embargo, la creación y aplicación (a menudo por vía jurisprudencial) de determinadas reglas y principios en esta concreta materia, sobre la base de las normas generales existentes en cada uno de los respectivos sistemas jurídicos en materia de responsabilidad por daños cometidos a terceros, por ejemplo. Ello sin perjuicio también de que en dichos países exista ya un cierto debate político sobre estas cuestiones e incluso se hayan formulado ya algunas propuestas normativas.

El **segundo** ámbito del estudio consiste en un análisis de políticas públicas en materia de desarrollo de la economía digital, tanto a nivel nacional como del conjunto de la región, sobre la base, como se ha dicho ya, de dos ejes: aceleración digital/ralentización, por un lado, y convergencia regional/divergencia, por el otro. Aplicando estas aproximaciones al ámbito de la responsabilidad de intermediarios, la pauta es el disenso y la multiplicidad de normas alternativas. Tres son las causas que se apuntan: la diversidad creciente de acuerdos con disposiciones sobre comercio digital; la diversa gravitación política de los de actores establecidos en medios y propiedad intelectual en cada país; y las crecientes prerrogativas estatales en materia de reglamentación de los mecanismos de moderación de contenidos. Como resultado, se configuraría un complejo normativo e institucional con contradicciones y múltiples definiciones, que impone costos crecientes para ofrecer servicios digitales, barreras de entrada para nuevos actores, y límites estructurales para lograr efectos de red a nivel regional.

El **tercer** ámbito consiste en la formulación de algunas propuestas generales en materia del régimen jurídico aplicable a la materia de RDIT en la región. En particular, se recomienda explícita adopción de regímenes específicos que establezcan el principio general de exención de responsabilidad de los intermediarios por la distribución de contenidos de terceros, sobre la base de los estándares internacionales vigentes y aplicables en la materia. Dicho régimen, aparte de promover el desarrollo del comercio electrónico en un marco de seguridad jurídica, se orientaría asimismo a reforzar la protección de la libertad de expresión como derecho fundamental ejercido también en línea. En este sentido, cualquier intervención legislativa o regulatoria en esta materia debería prestar particular atención a la necesidad de garantizar dicho derecho concretamente sobre la base de los criterios que proporciona el sistema internacional e interamericano de derechos humanos, especialmente con relación al respeto de los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad.

INTERMEDIARIOS en INTERNET

Los intermediarios de Internet son aquellos prestadores de servicios de Internet que **facilitan las transacciones y el establecimiento de redes**, así como el intercambio de información.

América Latina **no cuenta con una regulación general aplicable a la responsabilidad de los intermediarios de Internet**, lo que frena a la zona de lograr un avance en el **comercio digital**.

La adopción de medidas apresuradas para los intermediarios de internet puede afectar los derechos individuales en la esfera pública y las características positivas que han hecho de la economía digital un ecosistema libre.

Se debe tener una **cooperación regional e internacional** orientadas a:

1. Facilitar una economía basada en datos y del flujo transfronterizo con confianza
2. Velar por el amparo del derecho del individuo a la protección de datos, en línea con la tradición latinoamericana de Derechos Humanos
3. Facilitar la armonización entre marcos de limitación de responsabilidad y otras herramientas,
4. Facilitar la coordinación de políticas digitales a nivel regional