

IGFLAC 9- San José de Costa Rica-Relatoría

Sesión 5: Ampliar la comprensión sobre la responsabilidad de los intermediarios de internet: el alcance y límites de sus responsabilidades en el ecosistema digital

Fecha de realización: 28/07/2016, de 14:30 a 16:00 hs.

Moderadora de la sesión: Laura Tresca (Artigo 19)

Moderadora remota: Angélica Contreras

Panelistas: Alejandro Pisanty (ISOC México), Cecilia Pérez Araujo (Ministerio de Comunicaciones, Argentina), Carlos Humberto Ruiz Guzmán (CRC, Colombia), Carlos Guerrero (Hiperderecho, Perú) y Marcel Leonardí (Google).

Relator: Eduardo Ferreyra (Asociación por los Derechos Civiles, Argentina)

Objetivo del panel: Comprender de manera más precisa el alcance y los límites que la responsabilidad imputable a los intermediarios tiene, buscando generar un mayor entendimiento del estado de la cuestión y abordando los desafíos que este tema presupone.

Desarrollo del panel: La reunión se inició con el planteamiento de las preguntas disparadoras de la discusión. Allí, se propusieron cinco cuestiones para que sean tratadas:

- 1) ¿Cuáles son los fenómenos vinculados a la responsabilidad de intermediarios en sus países?
- 2) ¿Cuáles son los nuevos mecanismos de comprensión para el alcance del concepto de responsabilidad de intermediarios?
- 3) ¿Qué nuevas aproximaciones legislativas existen actualmente? ¿Presentan algún cambio con respecto a las decisiones judiciales?
- 4) ¿Qué acciones lleva el sector privado para alinear su actividad como intermediarios con los derechos humanos?
- 5) ¿Cuáles serían las buenas prácticas para promover un debate sobre el tema de la responsabilidad de intermediarios?

A continuación, se trató el concepto de responsabilidad, el cual suena muy especializado para la gente común. En este sentido, se debe plantear la pregunta acerca de quiénes son los intermediarios y por qué la gente debería preocuparse por ello. El concepto de responsabilidad de los intermediarios es muy importante. Se forjó alrededor de proveedores de servicios como el de correo electrónico, o alojamientos de páginas web. Sin embargo, el papel de los intermediarios se ha ido complejizando con el correr de los años. Actualmente, existe un ecosistema muy complejo de intermediarios, en el cual empresas muy importantes e influyentes –como Google, Yahoo o Amazon- tiene un rol fundamental. Entre los nuevos intermediarios, se puede mencionar a los intermediarios comerciales o los proveedores de servicios de almacenamiento en la nube. Hoy en día, Internet se basa en una cadena muy compleja, en donde aparecen grandes agregadores. La modularización del software permite

desagregar las operaciones de la red y aparecen muchos intermediarios. Estas operaciones involucran a todos ellos.

Los intermediarios formaban parte de uno de los aspectos vitales de Internet: la colaboración voluntaria. Si bien dicha colaboración está basada en contratos comerciales muy grandes y complicados, la base sigue siendo la cooperación voluntaria. Los intermediarios llevaban a cabo el tráfico de la información sin preguntar por el contenido. El principio de inmunidad es una forma de materializar conceptos clave de Internet como interoperabilidad, punta a punta, entre otros. Por eso es importante conservar el régimen de responsabilidad, ya que modificarlo significa modificar la forma en que se llevan a cabo operaciones importantes de Internet.

La única forma de lograr la escalabilidad de internet es que la persona se ocupe únicamente de aquello sobre lo cual tiene control. La conducta de las personas debe estar regulada en cuanto a lo que de ellos depende. Pero más allá de ahí, no se puede responsabilizar al intermediario. Así, se debe responsabilizar lo menos posible, de manera transparente y con primacía del principio de realidad. El régimen legal debe poder ser aplicable. De nada sirve prohibir algo si no hay capacidad de enforcement o es difícil atribuir la responsabilidad.

Se debe quitar Internet del análisis y enfocarse en la conducta a impedir o a promover. Existen conductas humanas, sobre las cuales las leyes de todos los países regulan. El fenómeno nuevo que aportó Internet es que produce masificación, permite ocultar identidad y posibilita el cruce de fronteras. Una prueba para evaluar la legislación es si ésta produce fricciones, afecta la apertura, reduce la interoperabilidad, afecta el punta a punta, obliga a la red a tomar decisiones que se deben tomar en los extremos de la cadena, afecta la escalabilidad, va en contra del diseño y la naturaleza de internet. En este sentido, se deben evitar leyes que rompan la escalabilidad de la red, la continuidad y alcance global, y el principio de realidad.

Luego, se trataron los desafíos de los países de la región. Respecto a Argentina, se habló del debate entre la libertad de expresión y los derechos personalísimos, como el derecho a la privacidad, la intimidad, la imagen o el honor. Se sostuvo que la regulación debe respetar cuestiones técnicas de Internet pero tomar en cuenta los derechos de los usuarios de internet. La responsabilidad de los intermediarios debería ser tratada bajo el principio de que no hay responsabilidad respecto a actividades de terceros a menos que por alguna resolución judicial o administrativa se les solicite que hagan una conducta y omitan cumplir con esa orden. Los intermediarios cumplen la función de contactar al usuario con el contenido pero no son los productores del contenido, ni lo modifican, ni tienen injerencia.

Se dijo que en Argentina no hay regulación. Actualmente la responsabilidad de los intermediarios es tratada bajo la categoría de la responsabilidad civil extracontractual. Hay debate en la jurisprudencia sobre si se debe aplicar la responsabilidad objetiva – en la cual no hay factor de atribución, sino que se responsabiliza por actividad riesgosa-. Ha habido interpretaciones de esta naturaleza. Sin embargo, la Corte Suprema en una sentencia de 2014 hizo una interpretación más beneficiosa, hablando de responsabilidad subjetiva. De esta manera, para responsabilizar al intermediario, éste debe haber hecho una actividad ilícita o que causa perjuicio. El factor de atribución no es el riesgo, sino el dolo y la culpa. La sentencia era sobre un caso que involucraba a motores de búsqueda, en el cual una modelo solicitaba la

reparación de daños y perjuicios, en virtud de asociar su imagen a determinados sitios relacionados con páginas pornográfica. La Corte considero que no había responsabilidad de los intermediarios. Para que la haya, tiene q haber existido una notificación judicial. Por otro lado, se afirmó que la sentencia dejó cuestiones poco claras, vinculadas a cómo deber ser la notificación (privada u orden judicial o administrativa). A su vez, se establece que la notificación privada rige cuando hay ilicitud manifiesta. En este caso, el intermediario debería remover el contenido con la notificación del particular, lo cual deja en manos de privados el bloque de acceso a sitios de información, poniendo en peligro la libertad de expresión.

Respecto a la forma de abordar la temática, se remarcó que los desafíos de la regulación están orientados a establecer un régimen específico, que recepte los puntos de vista de la comunidad técnica, y escuche a todos los actores involucrados para poder ser lo más ecuánime posible. Esta regulación debería incluir el principio de la no responsabilidad de los intermediarios salvo cuando haya orden judicial de remoción de contenido q sea clara, concisa y no implique filtrado o bloqueo.

Seguidamente, se trató el tema del derecho al olvido. Se recordó el surgimiento de este derecho, el cual tuvo origen cuando el ciudadano español Mario Costeja demanda a Google para que se retire información que a él no le gustaba que apareciera cuando se ponía su nombre en el buscador. La solicitud fue hecha ante la autoridad de protección de datos de España, cuya ley buscaba el empoderamiento de los usuarios frente a las empresas que recolectaban datos. El caso llegó hasta el tribunal europeo, que estableció la doctrina de que los usuarios tiene derecho a accionar frente a sus empresas y ordenar a los buscadores que se los desindexe. Luego de este fallo, vienen otros similares en Europa y se empieza a tratarlo en América Latina.

En Perú, la doctrina del derecho al olvido llegó hace unos meses, cuando la autoridad nacional de protección de datos recibe el caso de un ciudadano que solicita la desindexación de una noticia que se refería a él. La autoridad reconoce que Google es responsable por el mero hecho de que las operaciones de tratamiento de datos que realiza son de ciudadanos peruanos. Asimismo, equipara el servicio de búsqueda a una operación de tratamiento de datos. Por lo tanto, Google maneja los datos de los usuarios y es responsable por su mal uso. La resolución es de carácter administrativo y está pendiente de resolución judicial.

También se postuló la conveniencia de enfocar el derecho al olvido desde la privacidad, ya que en este caso basta identificar los elementos q caen bajo este concepto. Además, es más fácil de hacerlo desde este punto de vista que desde el lado de la memoria, ya que en Perú no hay datos oficiales y el discurso oficial no es muy creíble, de manera que existen muchas versiones y no hay una verdad histórica.

En Colombia, las normas de neutralidad de la red no hacen referencia explícita a los intermediarios de Internet. Las reglas de neutralidad de la red son claras, abiertas y no hay restricción para la gestión del tráfico. Las únicas excepciones son los casos de pornografía infantil.

En materia de derechos de autor, el Ministerio de Comercio es la autoridad que encabeza las políticas del sector y trata las obligaciones que se desprenden del tratado de libre comercio, en

donde se establece que se debe sancionar normas que respeten el derecho de autor para promover la innovación. En 2011, hubo un proyecto de ley que trataba de establecer las condiciones a nivel nacional de los compromisos contraídos en los tratados de libre comercio. Actualmente no hay una ley vigente pero han existido discusiones entre el gobierno y diversos sectores interesados, incluyendo la sociedad civil.

Respecto a la jurisprudencia, en 2015 hubo una sentencia de la Corte Constitucional sobre un caso de una persona vinculada a trata de personas en el año 2000 y cuyo proceso penal prescribió, sin que haya recaído ninguna pena sobre ella. Entonces, esta persona solicita a un diario que retire la noticia referente a la situación para proteger el buen nombre y honra. El tribunal administrativo ordeno remover el contenido pero la Corte rectifico y no ordeno retirar sino actualizar el contenido, ya que si bien en el 2000 estaba ajustado a la realidad ahora no. Entonces hay actualizar y el responsable era el diario, que debía implementar herramientas para que no se viera el contenido.

Respecto a la forma de mejorar la regulación, una forma de lograr este objetivo es generar espacios de participación de múltiples partes interesadas para establecer reglas q se apliquen a estos temas

Posteriormente, se analizó la situación en Brasil. Allí se hizo la diferencia entre la situación previa a la sanción del Marco Civil y la posterior. En la primera, la situación era similar al resto de América Latina. Los primeros casos decían que las plataformas eran responsables por permitir que los usuarios publicaran contenidos dañosos, en virtud de la actividad riesgosa que llevaban a cabo. Luego, los tribunales brasileños adoptaron sistemas de responsabilidad subjetiva, basado en la omisión en retirar el contenido luego de haber sido avisado que tal contenido producía daños. Si eran avisados sobre la ilicitud del contenido y no removían rápidamente, eran responsables. El problema era que solo el mero aviso de la persona era condición suficiente para generar responsabilidad, una notificación privada tenía el mismo efecto que una medida cautelar.

Con la sanción del Marco Civil, se estableció que la remoción de contenido únicamente debe hacerse por una orden judicial, que contenga el análisis de necesidad y proporcionalidad. La excepción a este principio está dada por casos de pornografía infantil y revenge porn.

El Marco Civil mejoró la vida de los usuarios en Internet. Existen mecanismos creados por la sociedad civil para monitorear el cumplimiento del Marco Civil y las nuevas empresas utilizan como referencia a la nueva legislación protectoria de la responsabilidad de los intermediarios.

Una vez finalizada la exposición de los panelistas, se le dio la palabra al público asistente para que haga sus preguntas o comentarios. Allí se puso el acento en el deber de los intermediarios de promover y defender los derechos humanos, y en la ausencia de compromiso por parte de aquéllos en materia de libertad de expresión y privacidad. En relación a esto último, se hizo notar que los intermediarios no se comprometen a notificar a los usuarios cuando hay una remoción de contenido y también se alertó sobre el uso de los algoritmos que los intermediarios utilizan para sus actividades. Por otro lado, se remarcó la necesidad de lidiar con las fuentes del contenido, ya que muchas veces el contenido puede ser removido de un sitio pero inmediatamente es subido a otro. También se planteó la necesidad de abordar la

responsabilidad de los intermediarios desde los principios técnicos y jurídicos, que establecen la no responsabilidad por contenido de terceros. En este sentido, debemos tener en cuenta que todo lo que circula en Internet es información y opinión de otros usuarios, lo cual debe ser tenido en cuenta desde el punto de vista de la libertad de expresión.

Asimismo, se remarcó la ausencia de legislación específica sobre intermediarios en América Latina. Una de las excepciones es Chile, en donde se hizo una interpretación expansiva de las obligaciones impuestas por el tratado de libre comercio con Estados Unidos. Además, se informó que en Argentina se está tratando el tema, a través de una serie de principios publicados por la autoridad de aplicación de las comunicaciones. Esta posición fue criticada ya que abordar la temática de responsabilidad de intermediarios a través de una ley de comunicación es perder de vista que es un concepto que va más allá de la propiedad intelectual, es algo más global y comprensivo.

Luego de la participación del público, los panelistas tuvieron la oportunidad de comentar. En esta oportunidad se advirtió acerca del peligro que implicaría poner en cabeza de los intermediarios la facultad de defender los derechos humanos a través del control de los contenidos que indexan o alojan. Pretender que los intermediarios tengan el rol de jueces es darles una facultad que no la tienen, ya que existen poderes estatales que deben garantizar la libertad de expresión.

Respecto a la comisión encargada de preparar el nuevo proyecto de ley de comunicación en Argentina, se postuló que de los principios se deriva la no responsabilidad de los intermediarios. También se remarcó que los principios son solo una guía orientativa para el legislador y que si bien puede ser necesario tratar este tema en una ley de comunicación, también lo es crear una ley específica para regular la responsabilidad de los intermediarios.

Respecto al derecho al olvido, se coincidió en que no existe una verdad oficial. Sin embargo, se postuló que muchas veces se utilizan los derechos de la protección de datos personales como herramientas para resolver problemas relacionados con el honor, la imagen o el buen nombre.

También se puntualizó que Internet se volvió cada vez más importante, es una esfera pública, es el lugar donde la sociedad puede reunirse y hablar en manera neutral y abierta sobre los asuntos de todo el mundo. Toda esta esfera está basada en la propiedad privada (la información se transmite a través de cables submarinos, servidores, centros de almacenamiento de datos que están en manos de privados). Como consecuencia de esta situación, la legislación no es sólo la ley sino los términos y condiciones de las empresas.

Luego de estas intervenciones, nuevamente se le dio la palabra al público. Allí, se planteó la relación entre derecho al olvido y regulación de datos personales, en especial en aquellos países que carecen de legislación específica sobre el caso. También se puso el acento en los sitios que se encargan de posicionar contenido con derecho de autor y su responsabilidad. Además, se afirmó la ingenuidad de decir que los intermediarios no tienen responsabilidad, cuando los términos y condiciones que imponen son condicionantes de la forma en que nos compartamos en la red. Junto a esto, se criticó la ausencia de mecanismos de transparencia sobre la actividad de los intermediarios, ya que si bien existen en algunos casos, éstos no son muy precisos. Por último, se hizo notar que existen asimetrías en los mecanismos de remoción

de contenido, ya que la carga de la prueba pesa sobre el usuario, que debe hacer la tarea de demostrar que el material subido es lícito.

Luego de estos comentarios, tomaron la palabra los panelistas, que remarcaron la diferencia de los sistemas de remoción en caso de violación de derechos de autor, de los casos de remoción por violación a algún derecho personalísimo. También se habló de la ineficiencia del derecho al olvido, ya que no consigue el objetivo deseado por la persona, que es la eliminación del contenido, puesto que el material únicamente es desindexado. Por último, se recalcó la necesidad de conversar sobre estos temas desde un ámbito “multistakeholder”.

Luego de estas intervenciones de los panelistas, se les dio nuevamente la palabra al público. En esta ocasión, se planteó que la responsabilidad de los intermediarios sea vista desde el aspecto de las empresas grandes, que tienen poder económico y político. En este sentido, resulta inverosímil decir que estas empresas no tienen responsabilidad cuando son actores que crean y desarrollan políticas que influyen en Internet.

También se dijo que existen leyes de propiedad intelectual pero no hay leyes que protegen el derecho a acceso a la cultura. Hay que crear leyes de libre circulación de cultura.

Luego, se llegó a las conclusiones finales. Allí se remarcó sobre la necesidad de recrear un nuevo pacto social para el uso de Internet, el cual debe poner límites para evitar que países con leyes más represivas perjudiquen a los países con legislación más abierta y debe ser acordado en reuniones multisectoriales. También se aclaró que la no responsabilidad de los intermediarios únicamente se limita a los contenidos subidos por terceros. Esto no quiere decir que los intermediarios no tengan responsabilidad contractual por actividades que hagan ellos mismos en su rol de empresas o generadores de servicios. Para profundizar este punto, se remarcó que los buscadores son responsables por no remover contenido manifiestamente ilegítimo que no está protegido por la libertad de expresión.

También se hizo notar que entre la alternativa de responsabilizar al intermediario por todo contenido y no responsabilizarlo por nada, existen muchos caminos intermedios que se pueden transitar y es necesario que la sociedad civil se involucre en el tema a través de discusiones multisectoriales.

Asimismo, se remarcó que las legislaciones obligan a la empresa a informar al usuario cuando un contenido subido por él es removido, pero no cuando se trata de remoción de contenido referido a él. No hay tal obligación en los términos de uso.

Por último, se remarcó que las grandes empresas lo son por las preferencias de los usuarios y el éxito o fracaso de aquéllas depende de la calidad del servicio ofrecido.