



MARZO 2021

Responsabilidad de intermediarios de Internet en América Latina: Hacia una regulación inteligente de la economía digital

Gonzalo Bustos Frati*

Pablo A. Palazzi*

Silvana Rivero*

(*) CETyS, Centro de Estudios en Tecnología y Sociedad de la Universidad de San Andrés



INTAL



ASOCIACIÓN
LATINOAMERICANA
DE INTERNET

CDSF
←—→
COMERCIO DIGITAL
SIN FRONTERAS

Catalogación en la fuente proporcionada por la Biblioteca Felipe Herrera del Banco Interamericano de Desarrollo

Bustos Frati, Gonzalo.

Responsabilidad de intermediarios de internet en América Latina: hacia una regulación inteligente de la economía digital / Gonzalo Bustos Frati, Pablo A. Palazzi, Silvana Rivero.

p. cm. — (Monografía del BID ; 919)

Incluye referencias bibliográficas.

1. Internet service providers-Law and legislation-Latin America. 2. Electronic commerce-Latin America. 3. Information technology-Economic aspects-Latin America. I. Palazzi, Pablo Andrés. II. Rivero, Silvana. III. Banco Interamericano de Desarrollo. Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe. IV. Asociación Latinoamericana de Internet. V. Título. VI. Serie.

IDB-MG-919

Códigos JEL: L81, G18, L98, D40, G28

Palabras clave: Comercio Electrónico, Tecnologías 4.0, Regulación, América Latina, COVID-19

<http://www.iadb.org>

Copyright © 2021 Banco Interamericano de Desarrollo. Esta obra se encuentra sujeta a una licencia Creative Commons IGO 3.0 Reconocimiento-NoComercial-SinObrasDerivadas (CC-IGO 3.0 BY-NC-ND) (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/igo/legalcode>) y puede ser reproducida para cualquier uso no-comercial otorgando el reconocimiento respectivo al BID. No se permiten obras derivadas.

Cualquier disputa relacionada con el uso de las obras del BID que no pueda resolverse amistosamente se someterá a arbitraje de conformidad con las reglas de la CNUDMI (UNCITRAL). El uso del nombre del BID para cualquier fin distinto al reconocimiento respectivo y el uso del logotipo del BID, no están autorizados por esta licencia CC-IGO y requieren de un acuerdo de licencia adicional.

Note que el enlace URL incluye términos y condiciones adicionales de esta licencia.

Las opiniones expresadas en esta publicación son de los autores y no necesariamente reflejan el punto de vista del Banco Interamericano de Desarrollo, de su Directorio Ejecutivo ni de los países que representa.





AGRADECIMIENTOS

Expresamos nuestro agradecimiento a los profesionales que surgen en detalle a continuación, por su predisposición al diálogo y por brindarnos información de utilidad para la elaboración del presente documento:

Adriana Burgos (México)

Aníbal Gómez Medina (Paraguay)

Brenda Dvoskin (Argentina)

Claudia Muñoz (México)

Eliana Videla (Uruguay)

Erica De Holanda (Brasil)

Juan Carlos Lara (Chile)

Laura Nahabetian Brunet (Uruguay)



ABREVIATURAS

- AAIP • Agencia de Acceso a la información pública
- ACR • Acuerdos comerciales regionales
- ADPIC • Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual
- AGCS • Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
- AP • Alianza del Pacífico
- CEPAL • Comisión Económica para América Latina y el Caribe
- CETyS • Centro de Estudios en Tecnología y Sociedad
- CIDH • Comisión Interamericana de Derechos Humanos
- CPTPP • Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership
- DEPA • Digital Economic Partnership Agreement
- DDHH • Derechos Humanos
- IICC • Infraestructuras críticas
- INAI • Instituto Nacional de Acceso a la información
- MERCOSUR • Mercado Común del Sur
- OCDE • Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos
- OEA • Organización de Estados Americanos
- OMC • Organización Mundial del Comercio
- GTCE-OMC • Grupo de Trabajo en Comercio Electrónico de la Organización Mundial del Comercio
- PSI • Prestador de servicios de Internet
- PI • Propiedad intelectual
- RDII • Responsabilidad de intermediarios de Internet
- SIDH • Sistema Interamericano de Derechos Humanos
- T-MEC • Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá 2.0
- TL-CUEM 2.0 • Nuevo Tratado entre México y la Unión Europea
- UDESA • Universidad de San Andrés
- UE • Unión Europea
- UNCTAD • United Nations Conference on Trade and Development
- UNICEF • United Nations International Children's Fund
- URCDP • Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales



INDICE

RESUMEN EJECUTIVO	06
INTRODUCCIÓN	09
1 • ANÁLISIS CONCEPTUAL: EL ROL DE LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET EN EL ECOSISTEMA DIGITAL	11
1.1 Rol de los intermediarios de Internet en la economía digital	12
1.2 Responsabilidad de intermediarios y DDHH	20
1.3 Hacia una regulación inteligente de la responsabilidad de intermediarios de Internet	35
2 • ANÁLISIS DE LOS MARCOS REGULATORIOS A NIVEL NACIONAL	45
2.1 Argentina	45
2.2 México	51
2.3 Uruguay	56
3 • ACUERDOS SOBRE COMERCIO DIGITAL EN AMÉRICA LATINA	60
3.1 Breve caracterización de la agenda de comercio digital en la región	61
3.2 Disposiciones sobre RDII, localización de datos y derechos aduaneros	62
3.3 Disposiciones sobre comercio digital según país	65
3.4 Los países de la región en el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico de la OMC	71
4 • ANÁLISIS PROSPECTIVO DE ESCENARIOS REGIONALES	75
4.1 Sobre los ejes y los escenarios	75
4.2 Sobre las dimensiones de análisis	80
4.3 Los cuatro escenarios	81
4.4 Impacto de la pandemia sobre los escenarios	84
5 • DESAFÍOS, OPORTUNIDADES Y RECOMENDACIONES PARA UNA REGULACIÓN INTELIGENTE DE LA RDII	89
5.1 Abordaje regional	89
5.2 Argentina, México, Uruguay	92
5.3 Consideraciones finales: Hacia una regulación inteligente de la RDII basada en principios	96
BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA	104
ANEXO	113



RESUMEN EJECUTIVO¹



El presente informe es fruto de una investigación del Centro de Estudios en Tecnología y Sociedad (**CETYS**) sobre el estado de situación en materia de responsabilidad de intermediarios de Internet (RDII) en los países de la región, en especial, en México, Argentina y Uruguay.

Por “intermediarios de Internet” nos referimos a aquellos prestadores de servicios de Internet que ofrecen:

- acceso y conectividad a Internet;
- servicios de alojamiento de contenidos -caching o hosting-;
- motores de búsqueda; y
- plataformas en línea, que permiten la publicación de contenido por los usuarios, tales como redes sociales, aquellas de publicación de noticias y opiniones, de *streaming* y de comercio electrónico.

Por su impacto sistémico en el ecosistema digital, la cuestión de la responsabilidad de los intermediarios de Internet es uno de los aspectos de la economía basada en datos que implica mayores desafíos a nivel regulatorio y en materia de políticas públicas, en tanto requiere una solución integral.

Atravesamos un periodo de profunda incertidumbre y creciente complejidad acerca del futuro de la gobernanza de la economía digital, en general, y en materia de RDII, en particular. Esto no es un fenómeno exclusivo de América Latina, sino de carácter global. Esto supone la existencia de un escenario abierto en el que los países latinoamericanos tienen la posibilidad de hacer una diferencia para no solo dejar una marca propia en las discusiones de la ciberdiplomacia sino también, y fundamentalmente, consolidar un ecosistema digital regional capaz de impactar en el comercio digital global y de constituirse en una pieza clave en su gobernanza.

Varios países de la región latinoamericana carecen de normas particulares sobre responsabilidad de intermediarios de Internet. En concreto, se destaca normativa particular aplicable en Brasil, Chile, Paraguay y ahora México, estando la mayoría orientada a ciertos aspectos legales (ej. propiedad intelectual y/o comercio electrónico). De todos modos, ha habido avance a nivel jurisprudencial

¹ Esta investigación fue realizada en el marco del Programa de Bienes Públicos Regionales (BPR) del BID, específicamente del Programa de Promoción del Comercio Digital para América del Sur (RG-T3094) que coordina Ana Basco, especialista del INTAL-BID.

sobre la materia, resoluciones que han tendido a aplicar principios del Sistema Interamericano y aquellos relativos a la responsabilidad por daños. En ambas fuentes (legal y jurisprudencial) se perciben estándares sentados en la no responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet por los actos y contenidos de terceros, a lo que le sigue la no aplicación de la responsabilidad objetiva y la no obligatoriedad de aplicar mecanismos de monitoreo y vigilancia sobre los contenidos que circulan en la Red.

Ahora bien, ante la falta de marcos regulatorios la alternativa no es la adopción apresurada de medidas sin un estudio prospectivo o de técnicas reglamentaristas marcadas por la fragmentación en jurisdicciones nacionales. Esto puede a la vez afectar a las externalidades positivas de la economía digital -erosionando los efectos de red e imponiendo barreras de entrada- y a los derechos individuales en juego en la esfera pública.

En efecto, ciertas iniciativas legales que hoy se están debatiendo en varios gobiernos y parlamentos de países de la región podrían limitar la participación de nuevos actores en el entorno digital, condicionar la actividad vigente, y obstaculizar la constitución de un ecosistema digital latinoamericano integrado.

Al pensar los marcos normativos aplicables, es imprescindible que se tengan en cuenta las características y desafíos que afrontan en tanto intermediarios del ecosistema digital, con el objetivo de lograr que las acciones que se adopten sean razonables, proporcionales y acordes al progreso del entorno digital latinoamericano.

Asimismo, es fundamental evitar que las múltiples conversaciones relativas a la economía digital se solapen y confundan. Por ejemplo, asuntos como propiedad intelectual o el derecho de la competencia tienen un impacto sistémico sobre Internet y por tanto afectan las reglas de juego de los intermediarios, pero no deben confundirse.

La alternativa es en cambio iniciar un camino marcado por la búsqueda de un marco normativo inteligente, basado en principios de aplicación flexible y responsable, que privilegie y maximice los beneficios derivados de la actividad de los intermediarios de Internet en términos de fomento a la innovación y libertad de expresión, procurando minimizar los efectos no deseados.

La convergencia en estándares regionales sobre DDHH puede constituir un punto de partida del diseño de una regulación inteligente de la responsabilidad de intermediarios de Internet. Mediante el establecimiento de estándares comunes, mecanismos de reconocimiento mutuo y principios flexibles, se puede conformar una zona de intercambio seguro de datos con 520 millones de usuarios potenciales (y 310 millones de hispano-parlantes). Se trataría de la tercera zona

segura con mayor cantidad de usuarios potenciales en el mundo, luego de China y la India, pero donde se respeten altos estándares de protección de datos personales en línea con los DDHH.

Otro vector de convergencia, tanto a nivel bloque como interbloque, puede provenir de la agenda comercial, en tanto todos los países analizados, ya sea los países parte de la AP como los del MERCOSUR, integran el Grupo de Trabajo en Comercio Electrónico de la OMC (con 81 miembros, de los 164 que forman parte del Tratado de la OMC).

Estos principios han de ser co-creados por las múltiples partes interesadas a partir de debates genuinos sobre el futuro de la economía digital regional y global. En virtud de que dicha conversación se vería facilitada si partiera de una línea de base común, sugerimos recuperar cuatro lineamientos que resultaron claves para el despliegue de Internet, si bien reconceptualizándolos a la luz de nuevos desafíos y desarrollos institucionales:

- 1. Corresponde la diferenciación de roles entre quien edita o publica contenido de quien permite que terceros suban o difundan contenido, a la vez que no aplica la responsabilidad objetiva, ni cabe la exigencia de mecanismos previos de monitoreo y vigilancia. Se requiere claridad, especificidad y precisión en las condiciones previstas al aplicar mecanismos de “puerto seguro”. En caso de moderación de contenido se deben respetar reglas razonables de transparencia.*
- 2. Sujeción al test tripartito ante límites a la libertad de expresión y acceso a la información.*
- 3. Fomento a la economía del conocimiento y de la innovación basada en datos.*
- 4. Respeto a la tradición latinoamericana en materia de Derechos Humanos en entornos digitales.*

Finalmente, se plantea aquí que el contexto importa. La coyuntura crítica provocada por la pandemia del virus Covid-19 puede generar un valioso sentido de urgencia en los hacedores de política pública de los países de la región, orientado a diseñar alternativas en el nivel nacional y regional. Esto puede dar lugar a un nuevo proceso de cooperación regional orientado a la transformación digital convergente, o por el contrario, a un escenario de aceleraciones digitales asimétricas, competitivas y sub-óptimas en la región. Esto dependerá de múltiples factores, desde luego, pero destacamos la robustez, pluralidad y transparencia de los procesos de consultas multisectoriales que se impulse dentro de cada país, así como de los procesos de cooperación y medidas de creación de confianza entre los países de la región.



INTRODUCCIÓN



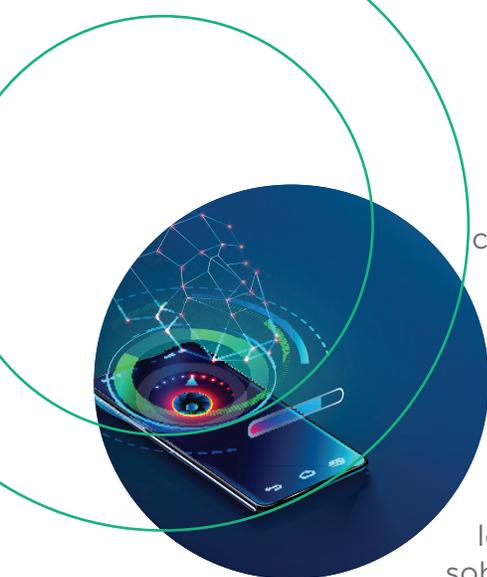
El presente es un informe fruto de una investigación del Centro de Estudios en Tecnología y Sociedad (**CETyS**) sobre el estado de situación en materia de responsabilidad de intermediarios de Internet en los países de la región, en especial, en México, Argentina y Uruguay.

Los objetivos de este estudio han sido los siguientes:

- i) evaluar el marco regulatorio sobre RDII en los países de la región que son miembros de la Alianza del Pacífico (México, Perú, Colombia y Chile) y del Mercosur (Argentina, Paraguay, Uruguay y Brasil), con énfasis en los tres casos ya señalados;
- ii) indagar en el impacto que este estado de situación provoca en la gobernanza y vitalidad del ecosistema digital a nivel global, regional y nacional;
- iii) explorar los lineamientos conceptuales de una regulación inteligente sobre RDII (y otros aspectos del ecosistema digital), basada en principios de aplicación flexible; y
- iv) sentar algunas bases para un proceso de convergencia regional en torno a los procesos de transformación digital, de modo de potenciar el desarrollo y el comercio digital en la región e impulsar la conformación de un mercado digital regional.

El estudio se estructura en cinco partes. Las primeras cuatro proponen diversos tipos de abordajes: análisis conceptual, análisis normativo comparado, análisis de acuerdos comerciales, y análisis de múltiples escenarios prospectivos.

Específicamente, el primer capítulo propone un análisis conceptual. Indaga en la definición de responsabilidad de intermediarios de Internet (RDII) asociada al rol que cumplen en el entorno digital y refiere a las implicancias de la actividad de los intermediarios de Internet para el crecimiento y el desarrollo económico. Asimismo, describe los derechos en juego en la actividad desplegada en el entorno digital, expone las características del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y reconoce a la libertad de expresión como derecho fundamental, así como el papel que los prestadores de servicios de Internet tienen en este marco, y describe el sistema de responsabilidad de la tradición continental aplicable a los países de la región, con una mención del régimen tuitivo previsto para el consumidor. Adi-



cionalmente, sienta algunas de las bases para la elaboración de un marco normativo “inteligente”, previa identificación de los sistemas de RDII más difundidos a nivel global y descripción de los debates actuales asociados a la RDII.

El segundo capítulo propone un análisis comparado de los marcos regulatorios nacionales sobre RDII en Argentina, México y Uruguay. Se describe la normativa vigente, los últimos casos judiciales y/o administrativos destacados sobre la temática, y las iniciativas a nivel legislativo. El objetivo perseguido es obtener información sobre el nivel regulatorio actual en la materia, las temáticas abordadas en torno a la afectación de derechos, las tendencias en las resoluciones alcanzadas por los órganos competentes y el interés que se tiene sobre RDII derivado de las iniciativas regulatorias más relevantes que han sido publicadas en los últimos tiempos para su debate.

El tercer capítulo dirige su atención a las dinámicas de creación de normas internacionales sobre comercio digital, fundamentalmente, acuerdos comerciales regionales (ACR), y de forma subsidiaria, la labor del Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en la Organización Mundial de Comercio (GTCE-OMC). En concreto, se analizan los ACR firmados por Argentina, México y Uruguay, atendiendo a ciertas disposiciones sobre comercio digital: a) responsabilidad de intermediarios de Internet (RDII); b) flujos de datos transfronterizos; c) localización de instalaciones informáticas; y d) derechos aduaneros sobre productos digitales.

El cuarto capítulo está dedicado al análisis prospectivo, el cual está basado en dos ejes: la velocidad de la transformación digital (ralentización-aceleración) y el grado de coordinación entre las agendas digitales de los países de la región (convergencia-divergencia). En cada caso se considera el impacto potencial de la pandemia del virus Covid-19. Aquí la mirada particular sobre la RDII se inscribe en una perspectiva más amplia de la economía digital, que procura analizar tres dimensiones complementarias: i) Estrategias y políticas de desarrollo del ecosistema digital nacional; ii) Gobernanza de los flujos de datos; y iii) Estrategias y políticas de inserción en el ecosistema digital global.

Por último, se plantea un capítulo integrador que sirve como una síntesis de los principales hallazgos de esta investigación, ahora presentados en términos de desafíos, oportunidades y recomendaciones, tanto a nivel regional como en los casos nacionales de México, Argentina y Uruguay. A su vez, se proponen 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.

Por último, se presenta un Anexo donde se extiende el análisis normativo y comercial a los casos de Chile, Colombia, Perú, Brasil y Paraguay.

ANÁLISIS CONCEPTUAL: EL ROL DE LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET EN EL ECOSISTEMA DIGITAL



El objetivo de este capítulo inicial es abordar conceptualmente la cuestión de la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet (RDII), genéricamente denominados “intermediarios de Internet”. La propuesta consiste en un abordaje sistémico de la responsabilidad de los intermediarios de Internet donde se integren los diversos aspectos económicos, axiológicos y técnicos que definen al rol central que estos desempeñan en el ecosistema digital.

El capítulo se divide en tres partes. La primera sección introduce lo relativo al rol de los intermediarios de Internet en la economía digital. Se caracteriza a los intermediarios de Internet y se indaga en su papel en aquellos procesos de creación de valor.

La segunda parte pone el foco en la dimensión axiológica. En particular, se reflexiona sobre los derechos humanos (DDHH) en juego ante la actividad realizada en Internet, el papel que los intermediarios de Internet juegan como facilitadores del ejercicio de estos derechos, concluyendo sobre la necesidad de velar por la protección y garantía de estas prerrogativas, entre las que se encuentra la libertad de expresión, y de arraigar las discusiones regionales en el Sistema Interamericano de DDHH. Adicionalmente, se describe el sistema de responsabilidad de la tradición continental aplicable a los países de la región, con un apartado destinado al régimen tuitivo aplicable al consumidor.

Por último, la tercera parte introduce la noción de un marco normativo “inteligente”. Se distinguen los múltiples vectores que pueden dar lugar a la normativa sobre RDII, se comparan los modelos de RDII más difundidos en el derecho comparado, se describen los debates actuales en torno a la RDII, y se indaga conceptualmente en una “regulación inteligente” basada en principios, en lugar de reglamentaciones estrictas que puedan dar lugar a la fragmentación en jurisdicciones nacionales, las que en ocasiones producen impacto transfronterizo.

1.1 ROL DE LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET EN LA ECONOMÍA DIGITAL

Esta primera sección introduce lo relativo al rol de los intermediarios de Internet en la economía digital. Se define a los intermediarios de Internet, a la vez que se indaga en el papel que ocupan en los procesos de creación de valor y en las características centrales de la economía basada en datos.

1.1.1 CARACTERIZACIÓN DE LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET

Los intermediarios de Internet² hacen posible la actividad en línea como actualmente la conocemos. En concreto, nos referimos a aquellos prestadores de servicios de Internet que ofrecen³:

- acceso y conectividad a Internet;
- servicios de alojamiento de contenidos -caching o hosting-;
- motores de búsqueda; y
- plataformas en línea, que permiten la publicación de contenido por los usuarios, tales como redes sociales, aquellas de publicación de noticias y opiniones, de *streaming* y de comercio electrónico.

Esto incluye no solo a los grandes prestadores de servicios sino también a una innumerable cantidad de pequeñas y medianas empresas y emprendedores individuales. Además, comprende actores públicos y privados, tanto nacionales como extranjeros.

El desarrollo de estos actores genera un sinnúmero de posibilidades y oportunidades, pero a la vez implica complejos desafíos a nivel regulatorio y de políticas públicas.

1.1.2 LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET EN LA ECONOMÍA DIGITAL

Siguiendo a la OCDE, el intermediario de Internet puede desempeñar una variedad de roles que conducen a la creación de valor.⁴ Haciendo hincapié en aquellos vinculados con el comercio digital, estos roles incluyen:

- agregar información sobre compradores, proveedores y productos;

2 · El intermediario de Internet o prestador de servicios de Internet es aquel actor cuya actividad consiste en el ofrecimiento de servicios digitales de distinta índole y no debe ser confundido con aquellos intermediarios tradicionales del entorno *offline* que actúan como parte de la cadena de comercialización (ej. agentes, corredores, distribuidores, etc.) y a quienes les resultan de aplicación reglas que difieren de aquellas contempladas para los Intermediarios de Internet.

3 · La clasificación no es exhaustiva y se realiza con fines ilustrativos, no pretende brindar un catálogo completo de todos los servicios que son ofrecidos en Internet.

4 · OCDE, Perset, Karine, *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*, 2010, 15. Disponible aquí: <https://www.oecd.org/internet/ieconomy/44949023.pdf>



- facilitar la búsqueda de productos apropiados;
- reducir las asimetrías de información a través de la provisión de productos y experiencia transaccional;
- reunir compradores y vendedores para transacciones y
- proveer confianza al mercado para mejorar las transacciones.

Asimismo, en relación con el impacto positivo que los prestadores de servicios de Internet producen en términos macroeconómicos, la OCDE enumera una serie de elementos de interés, entre los cuales destacamos que:

- contribuyen en la innovación y productividad de muchas formas, en particular, permiten que aprender, compartir y beneficiarse de buenas ideas resulte más fácil y rápido;
- benefician el crecimiento económico, en tanto que ofrecen un mayor y más eficiente acceso a nuevos mercados, lo que ayuda a las empresas, tanto existentes como nuevas, a obtener una presencia en línea inmediata, integrarse a las cadenas de valor globales y generar ingresos en un mercado ampliado;
- impulsan el comercio internacional, no solo al operar como empresas multinacionales sino también, en algunos casos, al facilitar que otras empresas se expandan a mercados extranjeros sin necesariamente tener que abrir establecimientos en dichos territorios;
- disminuyen los costos de búsqueda de los consumidores que compran en Internet, quienes pueden comparar precios y productos de diferentes vendedores de manera más fácil e integral, pueden trascender las limitaciones de la distancia y cuentan con nuevas opciones para obtener bienes. A su vez, al favorecer un mayor acceso al mercado a los vendedores, se genera una mayor competencia que tiende a bajar los precios, lo que deriva en mayor consumo;
- hacen al mercado más eficiente al reducir los costos de transacción y permitir nuevos tipos de transacciones; y
- asumen funciones realizadas por los servicios públicos de radiodifusión, defensa civil, agencias, la oficina de correos, bibliotecas y lugares públicos de reunión, proporcionan servicios básicos “públicos” como mapas, correo, mensajes, mensajes de emergencia y listados de trabajo, etc.⁵

De acuerdo con la CEPAL, la economía centrada en la innovación basada en datos puede actuar como catalizador de un cambio estructural orientado al desarrollo, fomentando la inversión de largo plazo, la diversificación de la estructura productiva, la mayor convergencia en los niveles de productividad del conjunto de la economía, y la inclusión social.⁶

5 · OCDE, *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*, OCDE Publishing, Paris, 2019, 28 a 32. Disponible aquí: https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/an-introduction-to-online-platforms-and-their-role-in-the-digital-transformation_53e5f593-en

6 · A su vez, la CEPAL ha iniciado una conversación de escala regional sobre la economía digital, que tomamos como un punto de partida posible para encuadrar regionalmente el diálogo inter-bloque entre los países de la AP y el MERCOSUR. Cfr. CEPAL. *Economía digital para el cambio estructural y la igualdad*. 99. Disponible aquí: https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/35408/S2013186_es.pdf A su vez, ver la Agenda Digital para América Latina y el Caribe (eLAC2020), elaborada por el CEPAL.



tre los países infraconectados y los países hiperdigitalizados, a la vez que dichas brechas se verifican hacia dentro de los países, y se ven agudizadas por motivos geográficos, socioeconómicos, generacionales y de género. Si estas brechas no se abordan de un modo sistémico y coordinado, contribuirán a exacerbar las desigualdades existentes en cuanto a los ingresos, a la vez que justificarán la incorporación de nuevas regulaciones sobre bases jurisdiccionales nacionales que pueden comprometer los efectos de red que hacen de Internet la plataforma global de innovación y crecimiento que hoy es. Es imperioso reflexionar sobre las posibilidades que poseen los países en desarrollo para ser parte de esa revolución en términos de creación y captura de valor, y qué se debe hacer para mejorar el *statu quo*.¹⁰

Asimismo, existen múltiples desafíos en torno a la evolución en los modelos de negocio y los incentivos para los actores económicos del ecosistema digital. En relación con estos últimos aspectos, cabe decir que la innovación basada en datos convierte esos desafíos en oportunidades para industrias tales como las del entretenimiento y de contenidos (películas, música, libros, noticias, entre otros).¹¹ Si bien el avance de la tecnología inicialmente pareció poner en riesgo las ventajas competitivas con las que contaban los actores establecidos del sector de PI en la economía tradicional, el entorno digital ha generado grandes beneficios económicos al estar caracterizado, tal como indican Cory y Castro, por economías de escala y efectos de red¹² que permiten potenciar sus modelos de negocios, así como hacer más accesibles sus productos.

Al mismo tiempo, tanto desde el sector de PI como de medios se ha planteado como necesario el establecimiento de mecanismos de compensación, que impactan sobre la estructura de incentivos en el ecosistema digital, en especial de los intermediarios de Internet. Como se dijo, las conversaciones sobre competencia, dominancia y RDII pueden compartir ciertas aristas, pero difieren en objeto y sustancia. Es necesario sostener sendas conversaciones de forma simultánea, pero sin confundirlas.

10 · UNCTAD, *Informe sobre la Economía Digital, Creación y captura de valor: Repercusiones para los países en desarrollo*, Ginebra 2019, 3. Disponible aquí: https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/der2019_overview_es.pdf

11 · Asimismo, la mayor actividad en la Red provocó que conductas delictivas que antes eran desplegadas en el ámbito comercial offline se trasladan al espacio online, y en ocasiones eleven su impacto. Como ejemplo, pueden mencionarse prácticas ilícitas como el fraude informático, el acceso ilegal a datos personales, las infracciones a la propiedad intelectual a través de la copia y difusión de contenidos digitales, la suplantación de identidad digital, el daño informático y el ransomware, entre otros.

12 · Nigel Cory y Daniel Castro, ITIF, *Elaboración de una agenda comercial digital abierta e innovadora para América Latina*, Nov 2018, 5. Disponible aquí: http://www2.itif.org/2018-comercio-digital-america-latina.pdf?_ga=2.17502705.973538474.1584023853-329018489.1578430691

A su vez, otro desafío para la normativa sobre RDII proviene de que los intermediarios de Internet suelen ser instrumentalizados por los Estados para dotar de mayor capacidad de *enforcement* a sus normativas relativas al comportamiento de los actores en el ciberespacio.

Ante estas circunstancias, los formuladores de políticas plantean obligaciones de monitoreo activo y/o regulaciones que obligan a implementar mecanismos de moderación de contenido a cargo de los Intermediarios de Internet. Soluciones algunas que no solo implican medidas restrictivas, costosas y desproporcionadas que desincentivan y ahogan la inserción de los países de la región en la economía digital, sino incluso generan un desbalance en los derechos ejercidos en la Red que alegan resguardar. De este modo, se reconoce que las exigencias de monitoreo del contenido no solo socavan el discurso sino también disuaden la innovación.¹³

Por tanto, una de las reglas que debe priorizarse al diseñar propuestas es aquella referida a que los intermediarios de Internet, cualquiera fuere su función, no deben estar obligados a monitorear e identificar activamente el contenido entendido ilegal y como consecuencia, la falta de identificación proactiva del contenido ilegal no los debe hacer responsables.¹⁴

De acuerdo con la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA,¹⁵ con el objetivo de controlar ciertas expresiones, tanto el Estado como actores privados han buscado aprovechar la posición que ocupan los intermediarios de Internet como puntos de control (*gatekeepers*) del acceso y uso de Internet. El interés se motiva, entre otras cosas, en que a los Estados y actores privados les resulta más fácil identificar y exigirles a estos actores que a los responsables directos del contenido y/o expresión. Esto se debe a la cantidad de usuarios, que frecuentemente no se encuentran identificados o que pueden encontrarse en múltiples jurisdicciones.¹⁶

Adicionalmente, la Relatoría Especial indica que existe un mayor incentivo económico en buscar la responsabilidad de un intermediario que en buscar la de un usuario individual”.¹⁷ Esto último, asociado al hecho de que los prestadores de servicios de Internet se presumen con mayor solvencia que aquel usuario potencial infractor de derechos.

13 · Anupam Chander, Centre for International Governance Innovation, *Internet Intermediaries as Platforms for Expression and Innovation*, November 2016, 1, Disponible aquí: https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/GCIG_no.42.pdf

14 · Joan Barata, Center for Democracy & Technology, *Positive Intent Protections: Incorporating a Good Samaritan principle in the EU Digital Services Act*, 2020, 14. Disponible aquí: <https://cdt.org/wp-content/uploads/2020/07/2020-07-29-Positive-Intent-Protections-Good-Samaritan-principle-EU-Digital-Services-Act-FINAL.pdf>

15 · OEA, *Libertad de expresión e Internet*, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, CIDH, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13, 31 de diciembre 2013, párr. 93. Disponible aquí: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_internet_web.pdf

16 · Ver Laura Denardis, *The Internet in Everything*, Yale, New Heaven/London, 2020; *The global war for Internet governance*, Yale, New Heaven/London, 2014. y M. Levy Daniel.,; C. Aguerre, 2019, *Intermediarios de Internet. Consideraciones para reflexionar en el contexto de Argentina*. Centro de Estudios en Tecnología y Sociedad (CETyS), 2019-2, 5. Disponible aquí: https://repositorio.udesa.edu.ar/ispui/bitstream/10908/16475/1/%5BP%5D%5BW%5D_DT2019-2_Aguerre_-_Levy.pdf

17 · OEA, *Libertad de expresión e Internet*, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, CIDH, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13, 31 de diciembre 2013, párr. 93. Disponible aquí: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_internet_web.pdf

En vista a los diferentes intereses y derechos en juego, las distintas partes interesadas, incluyendo al Estado como actor clave, se plantean diversas opciones de diseño institucional en términos regulatorios. En los hechos, el grado de apertura en la Red o de restricciones en el uso de Internet, en la actividad que realizan los intermediarios de Internet y en el ejercicio de derechos en este entorno, dependerá en buena medida de quien resulte más favorecido en la puja de intereses de la economía política digital, así como de la madurez de los consensos multisectoriales en torno a un ecosistema basado en datos que sea abierto y transparente, y se encuentre anclado en una Internet universal, interoperable, resiliente y segura.¹⁸

Esta situación caracterizada por progresos, retos, presiones y diversas agendas nacionales, genera diseños regulatorios divergentes, en ocasiones contrapuestos y en general elaborados desde enfoques sesgados, sin un plan integral de acción claro. Muchos de estos diseños normativos aplican a la actividad que realizan los intermediarios de Internet, y por tanto repercuten de modo sistémico sobre Internet por los potenciales efectos transfronteros que estas regulaciones fragmentadas pueden presentar - en América Latina se identifican algunas tendencias en este sentido¹⁹.

Asimismo, las más recientes medidas restrictivas a nivel global y regional tienden a presentarse como mecanismos necesarios por motivos de seguridad nacional. Por ejemplo, amenazas sobre ciberseguridad o riesgos de desinformación, que conducen a restricciones en términos de localización de datos (por ej. el caso de las regulaciones en Rusia²⁰, la India²¹ o incluso Francia²²) o de libertad de expresión (por ej. Ley NetzDG en Alemania o la propuesta regulatoria sobre desinformación en Brasil), respectivamente. En general, sin embargo, ciertas definiciones opacas pueden servir para encubrir restricciones encubiertas al comercio o medidas discriminatorias, originadas en presiones de actores establecidos.²³ Esto se ve particularmente incentivado por un escenario internacional signado por la puja entre potencias, las cuales están recurriendo de forma creciente a este tipo de prácticas.

Como resultado, la arquitectura de la Red que permite un ecosistema de libre flujo de datos generador de innovación y desarrollo socioeconómico, es decir, en

18 · Daniel Drezner plantea que la globalización económica incrementa los beneficios para las economías que cooperan mediante esquemas regulatorios globales, pero que no afecta los costos de adaptación a nivel local frente a procesos de cambio regulatorio. Ahora bien, estos costos de ajuste variarán considerablemente según los sectores afectados y los factores de producción, por lo que los actores establecidos optarán más por una estrategia de ejercer la voz, antes que una estrategia de salida o de adaptación interna. Ver Drezner, Daniel, *All Politics is global*, Princeton University Press, Princeton/Oxford, 2007.

19 · Venezuela y Cuba han adoptado estrategias estrictas a través de reglas que imponen a los intermediarios de Internet deberes de monitoreo y tienden a regular el discurso. Ver Internet & Jurisdiction Policy Network publication, "Key Findings of the Internet & Jurisdiction and ECLAC Regional Status Report 2020", 30. Disponible aquí: <https://form.iotform.com/201824024145343>

20 · Ley federal Rusa "On amendments to certain legislative acts of the Russian Federation for clarification of personal data processing information and telecommunication networks" (No. 242-FZ). Disponible aquí: <https://pd.rkn.gov.ru/authority/p146/p191/>

21 · Limitadas al sector financiero. Ver normas disponibles aquí: https://src.bna.com/D5n?_qa=2.1233439471131408265.1575749815-1922557974.1575749815

22 · Luego del caso Schrems II la CNIL propuso que los datos de salud de franceses en poder del estado no podían estar alojados en la nube de Microsoft. El máximo tribunal administrativo francés rechazó esa postura.

23 · Para un análisis del fenómeno del "proteccionismo digital" donde el foco están en las medidas de localización de datos, ver Aaronson, Susan, "Why Trade Agreements are not Setting Information Free: The Lost History and Reinvigorated Debate over Cross-Border Data Flows", in *World Trade Review*, 2016; y "The Digital Trade Imbalance and Its Implications for Internet Governance", *Global Commission on Internet Governance Paper Series*, 2016.

tanto uno de los principales bienes públicos globales, está expuesto a posibles riesgos. Ante este escenario, los países latinoamericanos podrían agudizar el problema mediante una mayor fragmentación normativa o, por el contrario, encontrar un camino alternativo que sienta las bases de un mercado digital común, y contribuya a la resiliencia del ecosistema digital global.

Como señalan Nigel Cory y Daniel Castro:

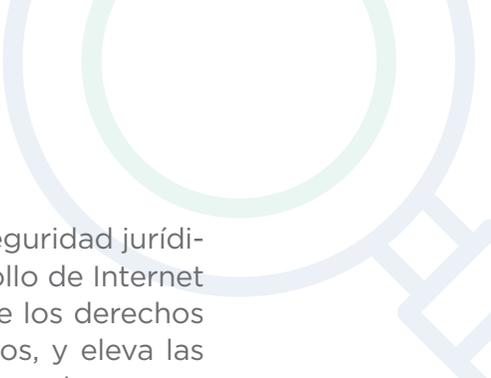
existe un riesgo real de que los países de América Latina sucumban a las presiones nacionalistas para aplicar una estrategia de proteccionismo digital que socavaría la capacidad de la región para desarrollar un mercado digital regional verdaderamente competitivo e innovador (...). Solo mediante una acción concertada y global, los países de América Latina pueden aprovechar los beneficios de las economías de escala y de red que surgen de la alineación de sus mercados nacionales a través de un mayor acceso a mercados, facilitación del comercio más fluida y políticas digitales armonizadas e interoperables.²⁴

En este punto, no se deben perder de vista las falencias propias de nuestra región, las que podrían poner en riesgo el éxito de los procesos de transformación digital que se pretendan impulsar tanto en el nivel nacional como regional. En efecto, América Latina se caracteriza por una falta de infraestructura en telecomunicaciones, una amplia brecha digital, precariedad en los sistemas de logística, baja inclusión financiera, y baja alfabetización digital, entre otras particularidades, las que no pueden desconocerse al momento de plantear una estrategia en torno a la economía digital. Como resultado, su participación en la economía digital global es mucho menor a su potencial. Por ejemplo, la participación de la región en el mercado minorista mundial de comercio electrónico es bastante pequeña (alrededor del 4 por ciento), y las proyecciones señalan que incluso disminuirá en los próximos años.²⁵

Como veremos en el Capítulo 2, varios países de la región latinoamericana carecen de normativa particular sobre RDII. Entre los países que cuentan con este tipo de normas se destacan Brasil, Chile, Paraguay y ahora México, si bien la mayoría solo trata exclusivamente materia específica relativa a por ejemplo, propiedad intelectual y/o comercio electrónico. Esta ausencia de normativa particular lleva a la postre a la aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil. A la vez, suelen existir dificultades para acceder a la justicia y/u obtener una solución efectiva y oportuna, ya sea por los costos asociados o por la extensión temporal que lleva el reconocimiento de derechos. Si bien en este aspecto se identifican avances aislados con el objetivo de paliar la deficiencia, en general la tendencia es el desinterés en diagramar una línea de base común que se traduzca en un marco

24 · Nigel Cory y Daniel Castro, ITIF, *Elaboración de una agenda comercial digital abierta e innovadora para América Latina*, Nov 2018, 3 y 4. Disponible aquí: http://www2.itif.org/2018-comercio-digital-america-latina.pdf?_ga=2.17502705.973538474.1584023853-329018489.1578430691

25 · *Ibid.*, 7.



legal ajustable a necesidades locales y regionales. Esto genera inseguridad jurídica y, fundamentalmente, incertidumbre sobre el futuro y el desarrollo de Internet -base del ecosistema digital-, lo que deja indefensos gran parte de los derechos en juego, obstaculiza las dinámicas de innovación basada en datos, y eleva las barreras de entrada para nuevos jugadores, emprendedores y pymes, a la vez que genera mayor exclusión social y profundiza las brechas digitales.

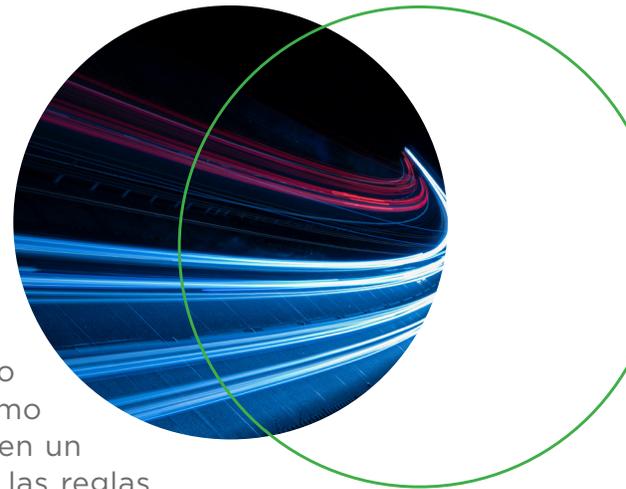
Los gobiernos cuentan con facultades institucionales para abordar estas problemáticas, o para agudizarlas. Por ejemplo, pueden facilitar u obstaculizar el surgimiento y progreso de una determinada actividad económica. En efecto, el marco legal y las políticas públicas aplicables a una actividad o industria pueden facilitar su impulso y desarrollo o, por el contrario, favorecer su estancamiento e incluso su final.²⁶ Asimismo, pueden facilitar u obstaculizar la creación de medidas de construcción de confianza y la coordinación de políticas a nivel internacional. Así como la falta de coordinación y el proteccionismo digital pueden generar una multiplicidad de estándares alternativos, y agudizar las dinámicas suma-cero de competencia intra-regional, la coordinación de políticas a nivel regional y global puede favorecer la creación de bienes públicos y la conformación de una zona de intercambio seguro de datos más densamente poblada del mundo.

Es por ello que, al pensar los marcos normativos aplicables, es imprescindible que se tengan en cuenta las características y desafíos que afrontan en tanto intermediarios del ecosistema digital, con el objeto de lograr que las acciones que se adopten sean coordinadas, razonables, proporcionales y acordes al progreso del entorno digital latinoamericano. En los hechos, sin embargo, ciertas iniciativas legales que hoy se están debatiendo en varios gobiernos y parlamentos de países de la región podrían limitar la participación de nuevos actores en el entorno digital, condicionar la actividad vigente, y obstaculizar la constitución de un ecosistema digital latinoamericano integrado. Las normas que tienden a establecer menores obstáculos (ej. prescripción de exigencias sobre localización de instalaciones informáticas exclusivamente ante motivos de seguridad nacional rigurosamente delimitados, libre flujo de datos personales, apoyo en prácticas de tratamiento seguro de datos, reglas claras sobre límites a la responsabilidad por contenidos de terceros) permiten mayor libertad, precisión, certidumbre y escalabilidad en el ejercicio de la actividad. Esto en términos generales va de la mano de la generación de más incentivos y claridad en cuanto a la previsión de contingencias para quien opta por desempeñarse en el entorno digital.

Asimismo, es fundamental evitar que las múltiples conversaciones relativas a la

26 · En el Derecho comparado se pueden identificar regulaciones que han sido más flexibles con la industria tecnológica como es el caso de Estados Unidos y aquellas que resultaron mayormente restrictivas, como en el caso de la Unión Europea o Asia. Ver Anupam Chander, How Law Made Silicon Valley, 63 Emory L. Rev. 639 (2014). Disponible aquí: <https://law.emory.edu/elj/content/volume-63/issue-3/articles/how-law-made-silicon-valley.html>

economía digital se solapen y confundan. Por ejemplo, si bien existen varios aspectos donde la conversación sobre propiedad intelectual (PI) afecta la relativa a la RDII (como lo demostró la reciente normativa de México sobre propiedad intelectual), ambas cuestiones deben diferenciarse (tal como queda de manifiesto en el T-MEC, donde se plantearon dos esquemas de puerto seguro alternativos, uno para cada cuestión²⁷). Del mismo modo, asuntos como derecho de la competencia tienen un impacto sistémico sobre Internet y por tanto afectan las reglas de juego de los intermediarios de Internet, pero tampoco deben confundirse. En tal sentido, un elemento clave para una regulación inteligente implica combinar un abordaje sistémico de la problemática con una rigurosidad en términos de las diversas conversaciones que se están sosteniendo en los ámbitos de decisión política. Cada asunto debe ser abordado de forma diferente, porque plantean desafíos distintos e interpela a jugadores diversos.



En síntesis, es necesario proyectar un marco inteligente y responsivo, basado en principios de aplicación flexible y sostenible en el tiempo, donde se privilegie y maximice los beneficios derivados de la actividad de los intermediarios de Internet en términos de desarrollo innovativo y ejercicio de la libertad de expresión, procurando minimizar aquellos efectos no deseados vinculados a la posible afectación a los usuarios y las amenazas que implica para los titulares de otros derechos que se ejercen en el ecosistema.

1.2 RESPONSABILIDAD DE INTERMEDIARIOS Y DDHH

Esta sección identifica los derechos que se ejercen en el ecosistema digital. Luego aborda las características del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, refiere a la libertad de expresión como derecho humano de gran relevancia para el Sistema, y realiza un especial análisis del papel de los intermediarios de Internet para el ejercicio de los derechos humanos que consagra y promueve este marco regional. Asimismo, se describe el sistema de responsabilidad de la tradición continental en los que se enmarcan los países de la región, el que suele diferenciar entre responsabilidad contractual y extracontractual y, a la vez, delimita los fundamentos y las reglas aplicables a la responsabilidad objetiva y subjetiva de acuerdo con el factor de atribución. Adicionalmente, se realiza un breve desarrollo sobre las particularidades del régimen de responsabilidad aplicable al consumidor, con el fin de entender sus especificidades y a la vez hacerlo parte de la discusión.

²⁷ · La sección 19.17 del TMEC trata en forma general el tema de la RDII y el cap. 20 trata lo mismo pero para derecho de autor.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA se pronunció con relación a que la circulación de informaciones e ideas en Internet no sería posible sin estos actores (intermediarios de Internet), quienes cumplen un rol esencial para el ejercicio del derecho de buscar y recibir información en línea, potenciando la dimensión social de la libertad de expresión en los términos que lo ha definido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²⁸

Tal como indica la UNESCO, los intermediarios tienen un papel clave y positivo que desempeñar en el fomento de los derechos.²⁹ Para velar por los derechos en el entorno digital los intermediarios de Internet tendrán que comprometerse en seguir principios alineados a estándares internacionales. Sumado a eso, resultará necesario que los mismos se adapten a bases regionales comunes, con particular enfoque en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Múltiples derechos constitucionales suelen estar en juego en la actividad desplegada en Internet. Entre los más frecuentes, mencionamos los derechos a la libertad de opinión, de expresión y de acceso a la información. Relacionados con estos, se reconocen los vinculados a la participación política, de asociación y reunión, el derecho a la educación, el acceso a la cultura, entre otros. Adicionalmente, han resultado mayormente amenazados aquellos vinculados a la privacidad y datos personales, el honor y la dignidad. Asimismo se detectan los derechos a la propiedad intelectual, principalmente derechos de autor. Por último, otros que pueden mencionarse son los que amparan el interés superior de niñas, niños y adolescentes, y el de los consumidores.

Los mencionados derechos son ejercidos por sus titulares y por los usuarios que interactúan en el ecosistema de Internet. Gran parte de estos derechos han obtenido un mayor alcance y desarrollo en este entorno de Internet, a la vez que, como contrapartida, varios han sido objeto de mayores amenazas y afectaciones.

En particular, Internet es una tecnología multi-propósito de vital importancia para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.³⁰ A través de los prestadores de servicios de Internet, un sinnúmero de usuarios se conectan, debaten, comunican, se informan, realizan transacciones, entre otras actividades que permite

28 · OEA, *Libertad de expresión e Internet*, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, CIDH, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13, 31 de diciembre 2013, párr. 92. Disponible aquí: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_internet_web.pdf

29 · UNESCO, MacKinnon, Rebecca y otros, *Fostering Freedom Online: The Role of Internet Intermediaries*, UNESCO series on Internet Freedom, 2014, 15. Disponible aquí: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000231162>

30 · Lo cual incluso ha sido reconocido legislativamente. Por ejemplo el congreso argentino aprobó la ley 26.032, que consta de un solo artículo y en el cual se reconoce que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión.

desplegar Internet. La vulneración de este derecho podría darse de numerosas formas, entre ellas: prohibición de acceso total o parcial a Internet, censura a través de exigir medidas de monitoreo o control, o el bloqueo, suspensión y/o cancelación de sitios o contenidos dudosos sin intervención de organismos competentes.

Por su parte, la protección de los derechos personalísimos (ej. derechos a la privacidad e intimidad y el honor) es necesaria en el ámbito digital para brindar seguridad y confianza al usuario *online*. Algunos aspectos que se asocian a estos atributos están referidos a la circulación de informaciones o imágenes notoriamente falsas o alteradas, o que importan violaciones graves a la privacidad exhibiendo contenido que por su naturaleza debe quedar bajo la esfera privada.

Debe considerarse que estas prerrogativas en análisis cuentan con un mayor o menor grado de protección en base al interés público que está en juego. De este modo, aquellas personas públicas (ej. funcionarios públicos, candidatos, celebridades) verán mermado su derecho frente al de la sociedad con interés en estar informada sobre el actuar y desempeño de estos individuos. Ejemplos de esto son las noticias e informaciones que se consideran de interés público, ya sea que resulten parte de la esfera pública (ej. denuncia de un caso de corrupción pública) o pertenezcan a la esfera privada (ej. violencia intrafamiliar).

Otro aspecto a considerar en el ejercicio de estos derechos está vinculado a una economía basada en datos para la que resulta cada vez más imprescindible la generación de confianza y seguridad acerca del resguardo de dichos derechos, y con respecto al tratamiento que se haga de la información del usuario.

Otros derechos, como los derivados de la propiedad intelectual, se vieron en primera instancia afectados por la distribución masiva y reproducción sin autorización de contenidos protegidos. En la práctica, a partir de identificar y desarrollar nuevos modelos de negocio se comprueba que estos derechos tienden a gozar de un ambiente propicio para la difusión, despliegue y escalabilidad del uso de los intangibles a través de la Red. A la vez, no debe desconocerse que la propiedad intelectual, ejercida dentro del alcance de la ley, es un mecanismo más para incentivar el desarrollo e innovación en una economía basada en el conocimiento.³¹

Por último, resulta prioritario el amparo de aquellos derechos asociados al inte-

31 · Al respecto, cabe mencionar lo que introduce el Digital Economic Partnership Agreement (Chile, Singapur, Nueva Zelanda), el primer ACR centrado específicamente en la economía digital (todavía en negociación, si bien se conoce un borrador), el cual plantea que “los flujos de datos transfronterizos y compartir datos permiten una innovación basada en datos”, y se reconoce la importancia de “un dominio público rico y accesible”, así como de “la innovación tecnológica, la creatividad y el transferencia y difusión de tecnología, para beneficio mutuo de los productores y usuarios del conocimiento, como un medio para lograr el bienestar social y económico”. Asimismo, se afirma la “importancia de los materiales informativos, como bases de datos de acceso público de derechos de propiedad intelectual registrados que ayudan en la identificación de la materia que ha caído en el dominio público”.

rés superior de niñas, niños y adolescentes. Las políticas públicas tendientes a su protección deben diagramarse con un enfoque integral. En este esquema es fundamental la construcción de capacidades a nivel educativo, y no solo pensar la solución en términos punitivos. En tal sentido, UNICEF ha indicado que “Es importante promover, desde las políticas públicas, una convivencia digital que respete los derechos de todos los chicos. Sumado a ello construir capacidades en el sector educativo que les permitan lidiar con los conflictos que muchas veces se generan en las redes y trascienden el aula o viceversa. También promover la armonización de los mecanismos de denuncia frente a violaciones de los derechos que garantice su protección en Internet”³²

Consensuar principios y marcos que otorguen certeza a las operaciones de los intermediarios de Internet, como así también al accionar de los usuarios en el entorno digital, garantiza el ejercicio de los derechos humanos, en un marco armónico de convivencia.

De acuerdo con lo expresado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA, una de las medidas que más afecta la actuación de los intermediarios de Internet es el régimen de responsabilidad que legalmente se les imponga por contenidos de terceros. Este marco es fundamental para generar los incentivos adecuados para la protección y garantía de los derechos humanos. En todos los casos estas reglas sobre responsabilidad deben seguir el test tripartito de legalidad, necesidad y proporcionalidad.³³

El test tripartito es un principio básico del derecho internacional, que ha tenido acogida en el Sistema Interamericano a través del desarrollo que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se trata de un examen aplicable a posibles restricciones a la libertad de expresión, ya sea en el marco de Internet o fuera de él. Ahora bien, cabe preguntarse: ¿cómo se reinterpretan los principios del test en el ámbito de la regulación de las plataformas, en particular, los conceptos de necesidad y proporcionalidad? Entendemos que el test tripartito aplicado a Internet tiene que favorecer la libertad de circulación de información en un medio cuya arquitectura está diseñado justamente para eso pero donde el derecho, los intereses sectoriales y los litigios así como políticas públicas erradas pueden hacer que este medio pierda su virtualidad.

El equilibrio reside en seguir tutelando los intereses existentes (tales como, derecho de autor, seguridad nacional, privacidad e intimidad y honor) garantizando

32 · UNICEF, Paola Paolini y María José Ravalli, *KidsOnline, Chicos Conectados. Investigación sobre percepciones y hábitos de niños, niñas y adolescentes en internet y Redes sociales*, 2016, 60. Disponible aquí: <https://www.unicef.org/argentina/media/1636/file/Kids-online.pdf>

33 · OEA, *Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente*, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, CIDH, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17, 2017, párr. 104. Disponible aquí: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET_2016_ESP.pdf

la proporcionalidad y necesidad de las medidas de protección adoptadas para no destruir ni obstaculizar arbitrariamente el libre acceso y flujo de información. Un claro ejemplo negativo es el establecer responsabilidad automática y objetiva a los actores intermediarios de Internet o el exigir medidas desproporcionadas y no razonables para evitar o reducir la afectación de otros derechos, las que no se condicen con el fin perseguido (sucede cuando se ordenan medidas de bloqueo total o parcial de plataformas o aplicaciones en vez de limitar la indisponibilidad al contenido específico que genera la afectación).

A través de los Principios de Manila organizaciones civiles defensoras de los derechos humanos a nivel global se han pronunciado sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet indicando entre sus estándares que estos actores nunca deben ser responsabilizados conforme los lineamientos del modelo de responsabilidad objetiva por alojar contenido ilícito de terceros, ni deben ser obligados a monitorear contenido proactivamente como parte de un régimen de responsabilidad de intermediarios.³⁴

1.2.1.1

DERECHO AL OLVIDO

Un apartado aparte merece el instituto del derecho al olvido. Corresponde en principio diferenciar esta cuestión de la discusión aplicable a la RDII pero sin dejar de señalar que los estándares generales que se desprenden de una decisión judicial, terminan aplicándose por analogía a otros ámbitos³⁵.

En efecto, consideramos que en su debate no deben desconocerse los principios regionales comunes que debería compartir con otros asuntos que son parte del diálogo sobre el ecosistema digital. Esto así, toda vez que su adopción (asociada a la desindexación de contenido) podría tener implicancias en la información disponible en Internet.

De todos modos, en miras a alcanzar soluciones de políticas públicas atinadas para el fomento y facilitación de la transformación digital y tal como ya fuera mencionado, debe procurarse no mezclar y superponer las distintas conversaciones que derivan de los variados retos que se desprenden de la actividad ejercida en el entorno digital.

Hecha esta aclaración, y con el fin de echar luz sobre los principios en clave regional que deben primar, a continuación se describe sucintamente el fallo de derecho comparado que dio vida a esta doctrina - que con posterioridad tuvo

34 · The Manila Principles on Intermediary Liability, Background Paper, Version 1.0, 30 May 2015, i.d. 24, Disponible aquí: https://www EFF.org/files/2015/07/08/manila_principles_background_paper.pdf

35 · Por ejemplo la Corte Constitucional de Colombia en la decisión SU-420 de 2019 consideró sentencias previas, entre ellas, T-277 de 2015 en la que se había pronunciado sobre el instituto del derecho al olvido.

recepción en el artículo 17 del Reglamento General de Protección de Datos de la UE de 2016 (GDPR sus siglas en inglés)³⁶, para luego mencionar algunas de las conclusiones a las que se arribó a nivel regional en vista del Sistema Interamericano de DDHH.

Los orígenes de este instituto se remontan a 2014 en el asunto C-131/12³⁷, que tuvo por objeto una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional, recibida en el Tribunal de Justicia el 9 de marzo de 2012, en el procedimiento entre Google Spain, S.L., Google Inc. y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González ante el Tribunal de Justicia (Gran Sala).



El Tribunal de Justicia de la Unión Europea debió establecer en su resolución el alcance de la actividad de los buscadores como proveedores de contenidos en virtud de la normativa vigente a esa fecha (Directiva 95/46), la responsabilidad del gestor del motor de búsqueda conforme la citada Directiva y el derecho de cancelación y/o oposición con relación al derecho al olvido.

Como resultado, el Tribunal de Justicia estimó que los motores de búsqueda realizan tratamiento de datos personales. También consideró que los gestores son responsables de dicho tratamiento y que los usuarios pueden exigir al intermediario que suprima los resultados obtenidos al utilizar datos personales, dando lugar al instituto comúnmente llamado “derecho al olvido”.

Si bien en esta sentencia se realiza un análisis del derecho a la información, toda vez que se hace referencia y ponderación del interés del público en acceder a la información frente al derecho del individuo a que esa información ya no esté disponible, priorizando este último derecho en el caso en análisis; regionalmente se identifican reflexiones que observan las conclusiones adoptadas. Estas observaciones en el ámbito regional no deben omitirse al momento de pretender establecer una doctrina como la descrita en América Latina.

Así es como la Corte Constitucional de Colombia en el caso “Gloria c/ Casa Editorial El Tiempo” (Sentencia T-277)³⁸, se pronunció sobre este instituto. En esta causa una ciudadana interpuso acción de tutela por considerar violados sus derechos fundamentales al buen nombre, la intimidad, el debido proceso, de petición y al trabajo. La alegada vulneración se habría derivado de la publicación de

36 · Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos).

37 · Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Google Spain S.L., Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González, 2014.

38 · Corte Constitucional, Acción de tutela instaurada por Gloria contra la Casa Editorial El Tiempo. Expediente T-4296509, Bogotá, D. C., Sentencia T-277, 12 de mayo de 2015.

una nota periodística en la que se informaba sobre la supuesta participación de la accionante en hechos constitutivos de delito, con relación a los cuales nunca fue declarada culpable, así como la posterior indexación de dicho contenido por el motor de búsqueda Google.com.

El tribunal se refirió a la solución del caso Costeja, indicando que la Sala encontraba dos razones que permitían afirmar que esa medida no resultaba idónea en el caso concreto. La segunda de las razones que brinda, que es la que nos interesa para este análisis, radica en la necesidad de garantizar el derecho a la libertad de expresión en internet.

La Sala estimó que ordenar al motor de búsqueda Google.com que bloquee de sus resultados el portal de Internet del medio de comunicación donde se informa de la captura e investigación penal en contra de Gloria, implicaría hacerle responsable por una información que aquel no generó y por la que no debe endilgársele responsabilidad, además la medida entrañaba la posibilidad de convertir al motor de búsqueda en un censor o controlador de los contenidos publicados por los usuarios que acceden a la Red. Esto, a juicio de la Sala podía afectar la arquitectura de Internet por la vía de desconocer sus principios rectores de acceso en condiciones de igualdad, no discriminación, y pluralismo.

Continúa indicando que la posibilidad de ordenar al motor de búsqueda que proceda a des-indexar o bloquear de sus resultados la página web correspondiente a la noticia publicada por la Casa Editorial El Tiempo no debe ser aplicado al caso, pues representa una afectación quizá más gravosa al derecho a la libertad de expresión que la misma eliminación de contenidos.

Con relación a la responsabilidad que cabe al motor de búsqueda por la lesión a los derechos fundamentales afectados, el Tribunal consideró que la vulneración del derecho fundamental no es imputable en este caso a Google en tanto no es responsable de producir la información.

Por su parte, en palabras de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA “el derecho internacional de los derechos humanos no protege o reconoce el llamado “derecho al olvido”, en los términos delineados por el TJUE en el caso Costeja. Por el contrario, la Relatoría Especial estima que la aplicación en las Américas de un sistema de remoción y desindexación privada de contenidos en línea con límites tan vagos y ambiguos resulta particularmente problemática a la luz del amplio margen normativo de protección de la libertad de expresión bajo el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.³⁹”

39 · OEA, *Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente*, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, CIDH, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17, 2017, párr. 132. Disponible aquí: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET_2016_ESP.pdf

El Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos⁴⁰ comprende distintas declaraciones, convenciones y protocolos de los que se derivan los mandatos y funciones de los órganos del sistema - la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁴¹ y la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴² - así como las obligaciones de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos⁴³ en materia de derechos humanos.

Entre los documentos que conforman el Sistema Interamericano de DDHH⁴⁴ se incluyen la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica); los protocolos adicionales a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales; las Convenciones para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará”; la discriminación contra las personas con discapacidad; el racismo, la discriminación racial y formas conexas de intolerancia y toda forma de discriminación e intolerancia y sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores.

La OEA⁴⁵ tiene por fin lograr un orden de paz y justicia, fomentar su solidaridad y defender su soberanía, su integridad territorial y su independencia (artículo 1 de la Carta de la OEA).

Desde que fue creada la OEA ha adoptado instrumentos internacionales que se han convertido en la base normativa de un sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos, al reconocerlos, establecer obligaciones tendientes a su promoción y protección, y crear órganos destinados a velar por su observancia.⁴⁶

Este sistema debería ser la base de encuentro entre los países que conforman la región con el objetivo de unir esfuerzos y conciliar posturas en torno a la transformación digital a la que se aspira.

40 · En adelante denominado “Sistema Interamericano de DDHH” o “SIDH”.

41 · En adelante denominada “la CIDH”, “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”.

42 · En adelante denominada “la Corte IDH”, “la Corte” o “la Corte Interamericana”.

43 · En adelante denominada la OEA.

44 · Asimismo, se incorporan la Carta de la OEA, la Carta Democrática Interamericana y la Carta Social de las Américas. Adicionalmente, son parte las declaraciones aprobadas por la CIDH, entre las que se encuentran: Principios sobre Libertad de Expresión; Principios sobre Políticas de Memoria en las Américas; Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de todas las Personas Migrantes, incluidos los Refugiados, los Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas.

45 · Al 24 de enero de 2020, según la información disponible en la página del Departamento de Derecho Internacional de la OEA, entre los Estados Miembros de la OEA se encuentran Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Paraguay, Perú y Uruguay, es decir, todos los Estados miembros del Mercosur y aquellos parte de la Alianza Pacífico.

46 · OEA, CIDH, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*. OEA/Ser.L/V/1.4, rev. 16. 24 enero 2020, 7 y 8. Disponible aquí: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/DocumentosBasicos-es.pdf>



1.2.3

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO PARTE DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DDHH

A continuación, nos centraremos en las normas sobre libertad de expresión que dispone la Convención Americana de DDHH⁴⁷ y en aquello establecido en la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Ello, sin desconocer la importancia y desarrollo que ha tenido este derecho como parte del Sistema Universal de Protección de los DDHH y en particular, su consagración en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Artículo 19) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 19).

El Art. 13 de la Convención Americana sobre DDHH⁴⁸ reconoce al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. De este modo, indica que este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Continúa indicando que el ejercicio de este derecho no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Por su parte, la Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión⁴⁹ incluye aquellos principios vinculados con la protección a este derecho, a la luz del artículo 13 de la Convención Americana y los estándares internacionales. Así la Declaración indica: el derecho de buscar, recibir y difundir información y opiniones libremente; el derecho de toda persona a acceder a la información sobre sí misma o sus bienes en forma expedita y no onerosa, ya sea que se encuentre en registros públicos o privados; la estipulación de que la censura previa, la interferencia o presión directa o indirecta que restrinja el derecho de libertad de expresión deben estar prohibidas por ley; aquellos principios vinculados a la preservación de la pluralidad y diversidad de los medios de comunicación; entre otros.⁵⁰

Según la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA “El sistema interamericano es el sistema internacional que da mayor alcance y amplitud a la

47 · Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

48 · Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

49 · Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108º período ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 octubre del 2000.

50 · OEA, CIDH, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*. OEA/Ser.L/V/I.4, rev. 16. 24 enero 2020, 15. Disponible aquí: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/DocumentosBasicos-es.pdf>

libertad de pensamiento y expresión, diseñado para reducir las restricciones a la libre circulación de información, opiniones e ideas, amparado en un concepto amplio de la autonomía y la dignidad de las personas. Según la jurisprudencia interamericana este derecho es además la “piedra angular” de una sociedad democrática, fundamental para el avance de los objetivos del desarrollo, y una herramienta indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos fundamentales.”⁵¹

La Comisión Interamericana se pronunció sobre la triple función del derecho a la libertad de expresión en el sistema democrático: a) como derecho individual que permite el pensamiento con perspectiva propia y la comunicación; b) como medio para la deliberación abierta y desinhibida sobre asuntos de interés público; c) como instrumento esencial en la garantía de otros derechos humanos.⁵²

Atento no resultar un derecho absoluto, el artículo 13 de la Convención Americana de DDHH prevé el marco general de las limitaciones a la libertad de expresión. Por tal motivo, la jurisprudencia interamericana desarrolló un “test tripartito” que exige 1) que la limitación sea definida a través de una ley formal y material (principio de legalidad); 2) que la limitación sea necesaria e idónea para el logro de los fines que persigue (principio de legitimidad); y 3) que sea proporcionada a esa finalidad (principio de necesidad y proporcionalidad).

Además, se destaca que las responsabilidades ulteriores derivadas del ejercicio abusivo de la libertad de expresión deben ser siempre ordenadas por un juez independiente e imparcial, con el objetivo de respetarse la garantía del debido proceso.

Estas medidas en todos los casos deben ser proporcionadas, no discriminatorias ni producir efectos discriminatorios, ni constituir censura a través de medios indirectos, prohibidos por el artículo 13.3 de la Convención Americana de DDHH.⁵³

El reconocimiento de la libertad de expresión como garantía de la libre circulación de ideas y expresiones, pero a la vez pensada como derecho que brinda oportunidades para el ejercicio de otros derechos, resulta una conquista del Sistema Universal de los DDHH y del Sistema Interamericano que no debe perderse de vista al momento de establecer los lineamientos que a nivel regional deben orientar la actividad en el entorno digital.

51 · OEA, *Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente*, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, CIDH, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17, 2017, párr. 69. Disponible aquí: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET_2016_ESP.pdf

52 · OEA, *Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente*, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, CIDH, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17, 2017, párr. 70. Disponible aquí: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET_2016_ESP.pdf

53 · OEA, *Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente*, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, CIDH, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17, 2017, párr. 74. Disponible aquí: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET_2016_ESP.pdf



1.2.4

LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET ANTE EL MARCO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DDHH

La Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet de 2011⁵⁴ establece que “Ninguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo (“principio de mera transmisión”)”.

Adicionalmente, indica que “Como mínimo, no se debería exigir a los intermediarios que controlen el contenido generado por usuarios y no deberían estar sujetos a normas extrajudiciales sobre cancelación de contenidos que no ofrezcan suficiente protección para la libertad de expresión”.

La Corte Interamericana ha enfatizado que la libertad de expresión comprende el derecho abstracto a hablar o escribir y aquel derecho a la difusión del pensamiento, la información, las ideas y las opiniones cualquiera fueren los medios adoptados para hacerlo. Para garantizar efectivamente esta libertad el Estado no debe restringir la difusión a través de la prohibición o regulación desproporcionada o irrazonable de los medios. Limitaciones desproporcionadas, que desnaturalizan el funcionamiento de Internet y limitan su potencial democratizador como medio al alcance de un universo expansivo de personas, constituyen directamente y en la misma medida, una afectación de la libertad de expresión.⁵⁵ De este modo, se reconoce la aplicación de la garantía de la libertad de expresión en Internet de igual modo que a otros medios de comunicación.

En el Informe Anual 2014⁵⁶ la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA al referirse a las conclusiones y recomendaciones sugirió a los Estados miembros “Proteger a los actores que participan como intermediarios de Internet y brindan servicios técnicos respecto de cualquier responsabilidad por los contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, de conformidad con los estándares internacionales sobre la materia.”

En efecto, se identifica consenso por parte de la comunidad de derechos humanos sobre que limitar la responsabilidad de los intermediarios de Internet brinda las condiciones para la promoción de la libertad de expresión.⁵⁷

54 · Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP). Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet. 1 de junio de 2011, 2 a. y b., Disponible aquí: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>

55 · OEA, CIDH, Informe Anual 2013, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo IV: Libertad de Expresión e Internet, OEA/Ser.L/V/II.149, Doc. 50, 2013, párr. 101. Disponible aquí: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/2014_04_22_IA_2013_ESP_FINAL_WEB.pdf

56 · OEA, CIDH, Informe Anual 2014, Informe de la Relatoría especial para la Libertad de Expresión, Capítulo de Conclusiones y Recomendaciones, OEA/Ser.L/V/II Doc. 13, 2015, párr. 18 c. Disponible aquí: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202014.pdf>

57 · Anupam Chander, Centre for International Governance Innovation, *Internet Intermediaries as Platforms for Expression and Innovation*, November 2016, 2. Disponible aquí: https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/GCIG_no.42.pdf

En búsqueda de soluciones, la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión en Internet de 2011, mencionada en forma previa, destaca que la autorregulación puede ser una herramienta efectiva para abordar expresiones injuriosas.⁵⁸ Para que funcione, los intermediarios deben comprometerse con el respeto y promoción de la libertad de expresión y actuar con transparencia.

La transparencia en torno a las políticas de remoción de contenidos de los intermediarios es relevante. La Relatoría Especial considera que es de suma importancia que los intermediarios proporcionen información clara sobre el tipo de contenido que podría ser removido de la plataforma según sus términos de servicio o políticas aplicables a la comunidad, así como la forma en la que la remoción podría ejecutarse y si hay algún mecanismo de reclamo disponible para aquel usuario que considere que su contenido ha sido eliminado, suspendido y/o inhabilitado de modo incorrecto.⁵⁹

A modo de conclusión, se advierte al Sistema Interamericano de DDHH como marco característico de los Estados Americanos y de este modo, de aquellos países que conforman la región latinoamericana. Cuenta con trayectoria normativa y jurisprudencial que ha permitido coordinar y asentar principios en términos de derechos humanos, lo que colabora en la necesidad de buscar criterios comunes y reducir las diferencias derivadas de los sistemas normativos nacionales, las que en ocasiones se incrementan ante las particularidades del contexto económico, social y político predominante.

Este esquema fortalecido de derechos humanos debe priorizarse al diseñar aquellos lineamientos, principios y/o buenas prácticas que deben imperar en la región. A tales fines se deberá tener en cuenta el papel de los intermediarios de Internet para el ejercicio de los derechos humanos, con particular énfasis en la libertad de expresión y las posibles alternativas tanto públicas como privadas y/o combinación de ambas, para que estas prerrogativas sean priorizadas, resguardadas y razonablemente delimitadas en su ejercicio, de acuerdo al resultado del balance que su interacción exige.



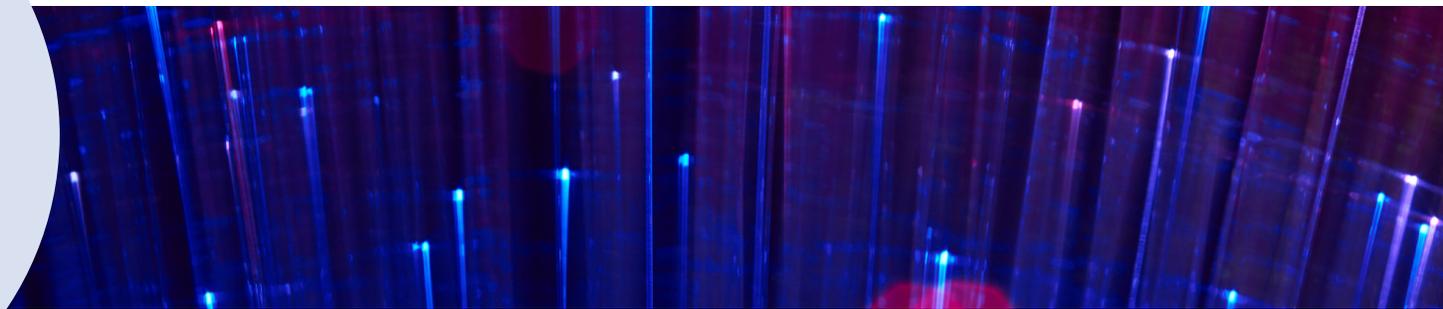
1.2.5

SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LA TRADICIÓN CONTINENTAL

Previo a describir los sistemas sobre RDII que predominan, es interesante realizar un breve repaso sobre el marco de responsabilidad que ha sido acogido por

58 · Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP). Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet. 1 de junio de 2011, 1 e., Disponible aquí: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>

59 · OEA, *Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente*, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, CIDH, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17, 2017, párr. 118. Disponible aquí: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET_2016_ESP.pdf



la región. Esto colaborará en la tarea a dilucidar el mejor y más adecuado sistema de responsabilidad aplicable a la actividad desarrollada en Internet.

Siguiendo al modelo francés, los códigos civiles de los países de la región se enmarcan en la tradición continental europea, la que contiene, al menos, dos grupos distintos de normas destinadas a regular la obligación de reparar daños. Por un lado, aquellas reglas aplicables a la responsabilidad por incumplimiento obligacional y por el otro, la responsabilidad por daños derivados del hecho ilícito. En efecto, este sistema tiende a regular de manera separada la obligación de reparar según que ella tenga por causa el incumplimiento de una obligación o la violación del deber general de no dañar.⁶⁰

La diferencia entre ambos campos de la responsabilidad civil se encontraría, en un caso (responsabilidad contractual) para el cual la obligación de reparar el daño surge como consecuencia de la trasgresión de un vínculo preexistente, y que vincula a cada una de las partes con la otra. En el otro supuesto (responsabilidad extracontractual), en cambio, existe una obligación del deber general de no dañar a otro, impuesto por la ley, y es recién luego de dicha violación que las partes quedarán vinculadas de modo específico por medio de la obligación de reparar.

Sin perjuicio de esta diferenciación esbozada, se destaca el surgimiento de iniciativas proclives a lograr la total unificación de regímenes (contractual y extracontractual), tendencia que conduce del dualismo al monismo, lo que se refleja en reformas formuladas en las últimas décadas.⁶¹

En otro orden de ideas, debe diferenciarse entre el factor de atribución objetivo o subjetivo. En el primer tipo de imputación, el deudor se exime demostrando el caso fortuito, el hecho de un tercero, o el hecho de la víctima, es decir, solo puede invocar la ruptura del nexo causal. En la segunda, el deudor se exime mediante la demostración de su falta de culpa.

60 · Sebastián Picasso, "La unificación de la responsabilidad civil en el proyecto". Revista Derecho Privado. Año I, N°3. Ediciones Infojus, p. 33 Id SAIJ: DACF130013, 34, 35 y 37. Disponible aquí: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf130013-picasso-unificacion-responsabilidad_civil_en.htm

61 · Sebastián Picasso, "La unificación de la responsabilidad civil en el proyecto". Revista Derecho Privado. Año I, N°3. Ediciones Infojus, p. 33 Id SAIJ: DACF130013, 38, 40 y 43. Disponible aquí: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf130013-picasso-unificacion-responsabilidad_civil_en.htm



En cuanto a los factores subjetivos, la culpa se asocia con la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.⁶²

Atento a que en varios de los países en análisis no se verifica una regulación particular aplicable a los intermediarios de Internet, los fundamentos del marco de responsabilidad descrito previamente han sido los fijados al momento de decidir en materia de responsabilidad por daños aplicable a estos sujetos.

En torno a ello, la regla que ha primado es la no aplicación de responsabilidad por el actuar de terceros y asimismo, la aplicación de responsabilidad subjetiva derivada de la idea de culpa, prescindiendo de aquella responsabilidad objetiva asociada a la cosa o actividad riesgosa. Entonces, se trata de no responder por los actos y contenidos de terceros (los usuarios) y a la vez, de aplicar la responsabilidad derivada de la culpa que tiene lugar en la medida que el intermediario de Internet tomó conocimiento de una infracción, de acuerdo al sistema que prevalece (notificación en instancia privada, administrativa o judicial), y no adoptó las medidas razonables para subsanar la situación denunciada, incumpliendo de este modo con su deber de diligencia.

Esto se desprende, en mayor o menor medida, de la normativa que a la fecha se ha formulado (ej. Brasil, Chile, Paraguay y ahora México), cómo de la jurisprudencia que prevalece en los países en análisis (Ver 2. Análisis de los marcos regulatorios a nivel nacional y Anexo punto 1. Responsabilidad de Intermediarios de Internet: otros casos latinoamericanos). En ambas fuentes se perciben principios sentados en la no responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet por los actos y contenidos de terceros, a lo que le sigue la no aplicación de la responsabilidad objetiva y la no obligatoriedad de aplicar mecanismos previos de monitoreo y vigilancia sobre los contenidos que circulan en la Red.

En definitiva entendemos que la región goza de un camino recorrido, al contar no solo con el Sistema Interamericano, sino también con el marco de responsabilidad que caracteriza a América Latina. De ambos derivan un sinnúmero de instrumentos, doctrina y jurisprudencia desarrollada a lo largo del tiempo que han fundado y en los que han evolucionado principios. Todo este bagaje de conocimiento y experiencia debe servir como eje de confluencia al momento de diagramar el futuro digital al que aspira la región.

62 · Ricardo Luis Lorenzetti, Presidente de la Comisión (Decreto 191/2011). Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, 183 y 184. Disponible aquí: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>

1.2.5.1

TUTELA AL CONSUMIDOR

La irrupción de ramas como el “derecho del consumidor” dialogan con el derecho civil. En este caso, el consumidor resulta el fundamento del régimen tuitivo, y a la vez, el destinatario de este sistema normativo protectorio.⁶³

En términos generales, el régimen de responsabilidad en materia de consumo cuenta con ciertas características, tales como: a) La objetivación de la responsabilidad del proveedor fundada en la necesidad de tutelar la confianza y seguridad de los consumidores; b) La expansión en materia de legitimados activos y, paralelamente, la ampliación del espectro de legitimados pasivos; c) El reconocimiento expreso de la vigencia del principio de reparación integral; d) La explícita consagración de beneficios probatorios; e) La vigencia de soluciones sancionatorias; f) la regla de interpretación a favor del consumidor; g) la obligación de seguridad; h) el deber de advertencia; i) función preventiva en materia de prácticas abusivas; j) aplicación de daños punitivos; entre otras.⁶⁴

Según CEPAL⁶⁵, el objetivo de los marcos internacionales para la protección del consumidor en el comercio electrónico ha sido fomentar en gobiernos la formulación de normas y políticas para la protección eficaz de los consumidores, la implementación de esquemas de autorregulación y la orientación sobre las características esenciales de la divulgación de información y las prácticas comerciales justas. Los principales marcos de referencia internacionales son las Directrices para la Protección de los Consumidores en el Contexto del Comercio Electrónico de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor.

Proteger a los consumidores forma parte de una importante política pública en toda economía de mercado que resulta necesaria para dar seguridad en las transacciones electrónicas. Sin la tutela del consumidor adecuada, el mercado se vuelve salvaje y anómico. Pero ello no quiere decir que las defensa del consumidor se transforme en la excusa para desvirtuar realidades (ej. como que las transacciones en una plataforma tienen lugar entre comprador y vendedor y no junto con la plataforma) o para reemplazar principios sólidos establecidos en torno a la economía digital de los intermediarios de Internet (por ej. la obligación de no monitorear se da de bruces con la responsabilidad objetiva que pregona y establece el derecho del consumidor).

63 · Carlos A. Hernández y Sandra A. Frustagli. “Daños al consumidor: reflexiones sobre el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”. Revista Derecho Privado. Año I, N° 3. Ediciones Infojus, p. 188, Id SAIJ: DACF130017, 189 y 192. Disponible aquí: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf130017-hernandez-danos_al_consumidor_reflexiones.htm

64 · Carlos A. Hernández y Sandra A. Frustagli. “Daños al consumidor: reflexiones sobre el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012”. Revista Derecho Privado. Año I, N° 3. Ediciones Infojus, p. 188, Id SAIJ: DACF130017, 196, 198, 192, 204 y 210. Disponible aquí: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf130017-hernandez-danos_al_consumidor_reflexiones.htm

65 · CEPAL. eLAC 2018. *La nueva revolución digital. De la Internet del consumo a la Internet de la producción*, 95. Disponible aquí: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/38604/4/S1600780_es.pdf

La Directiva sobre comercio electrónico de la Unión Europea⁶⁶ aborda en su Sección 4 la problemática en torno a la responsabilidad de los intermediarios de Internet (aunque solo trata algunos de estos), previendo como principio la no responsabilidad de quienes prestan servicios de mera transmisión o alojamiento temporario y estableciendo un sistema basado en el conocimiento efectivo (responsabilidad subjetiva) para los que proveen servicios de alojamiento. Sumado a eso, como regla plantea la no existencia de una obligación general de supervisión.

A nivel regional, la normativa de comercio electrónico vigente en Paraguay (Ver Anexo punto 1) plantea como regla un esquema de responsabilidad basado en el conocimiento efectivo.

De este modo, los marcos regulatorios pueden conciliar el régimen aplicable al consumidor con aquél previsto para los intermediarios de Internet.

1.3 HACIA UNA REGULACIÓN INTELIGENTE DE LA RESPONSABILIDAD DE INTERMEDIARIOS DE INTERNET

Esta última parte sienta algunas bases para la elaboración de un marco normativo “inteligente”: diferencia los múltiples vectores que pueden dar lugar a la normativa sobre RDII, discrimina los modelos de RDII más difundidos en el derecho comparado, describe los actuales debates en torno a la RDII e indaga conceptualmente en una “regulación inteligente” basada en principios.

1.3.1 VECTORES PARA LA CREACIÓN DE NORMATIVAS

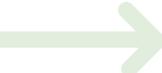
La regulación de la responsabilidad civil de los intermediarios de Internet puede generarse a partir de diversos vectores:

1. Leyes especiales: Algunos países como EEUU o bloques como la UE han regulado con normas especiales como la DMCA, de la que deriva el sistema de “puerto seguro” (*safe harbor*) o CDA (secc. 230), de la que se desprende la doctrina del “buen samaritano” (*good samaritan*), en el caso de Estados Unidos o la Directiva de Comercio Electrónico como el caso de la EU, la que plantea el principio del “conocimiento efectivo”. Sin embargo, no es posible diferenciar en una sola ley especial los distintos supuestos.

⁶⁶ · Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, 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)

2. Jurisprudencia: En algunas situaciones puede suceder que no exista una ley especial, y que los tribunales tengan que decidir los casos que se van presentando basados en principios generales del derecho adaptados a la cuestión de la RDII. Tal fue lo que ocurrió en Argentina con reclamos judiciales que terminaron siendo resueltos en base a principios generales del derecho civil, pero estableciendo nuevas obligaciones como la de no monitorear contenidos, baja de contenidos en determinados supuestos o de responsabilidad civil subjetiva.
3. Acuerdos preferenciales de comercio internacional: La inclusión de disposiciones relativas al comercio digital en los acuerdos preferenciales de comercio no es una tendencia nueva a nivel global, aunque sí es un fenómeno más reciente en los acuerdos celebrados por países de la región. De un total de 279 acuerdos notificados hasta mayo de 2017, 75 incluían disposiciones sobre comercio electrónico y en muchos casos con normas especiales sobre RDII (ej. acuerdo Argentina-Chile, Uruguay-Chile, T-MEC o México-Centroamérica). Esta tendencia se está profundizando y de hecho ya existen acuerdos exclusivos sobre la economía digital (ej. el DEPA entre Chile, Singapur y Nueva Zelanda).
4. Regímenes internacionales de comercio internacional: Se trata de un vector todavía en ciernes, que nos remite directamente al sistema multilateral de comercio GATT-OMC. En concreto, supondría que el Grupo de Trabajo de Comercio Electrónico de la OMC logre generar un acuerdo vinculante en la materia, si bien todavía se encuentra en una etapa de negociación inicial.

Los vectores 1 y 2 serán analizados en el capítulo 2. Los vectores 3 y 4 serán abordados en el capítulo 3.



1.3.2

MODELOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS DE INTERNET

En la Figura 1 se describen los distintos sistemas de responsabilidad que han sido identificados al analizar esta temática, resaltando y comparando sus características.

Sumado a ello, se brindan ejemplos de experiencias a nivel legislativo y judicial donde han tenido expresión estos modelos. A la vez, se identifican los efectos que estos distintos marcos pueden tener ante los derechos que se ejercen en la Red.

Por último, se plantea el impacto que cada sistema puede generar en la economía digital en términos de incentivos, riesgos y contingencias.

Figura 1
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 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 (<i>safe harbor</i>), 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 asociadas 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 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 asociadas 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) ⁶⁷ .	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 asociadas a la afectación de intereses de terceros.

Fuente: Elaboración propia en base a Cortes, 2014⁶⁸ y Levy y Aguerre, 2019⁶⁹

67 · En el texto que resultó aprobado en 2019 el artículo es el 17. A pesar de mejorar su redacción, la versión final del artículo de la Directiva aún en la actualidad genera cuestionamientos en torno a su alcance e impacto, los que posiblemente se dilucidarán en su implementación.

68 · Carlos Cortés Castillo, "Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en Internet y el impacto en el entorno digital", en: Bertoni, Eduardo Andrés (comp.), *Internet y Derechos Humanos. Aportes para la discusión en América Latina*, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2014, 74 a 83. Disponible aquí: <http://www.palermo.edu/cele/pdf/InternetYDDHH.pdf>

69 · M. Levy Daniel, C. Aguerre, 2019, *Intermediarios de Internet. Consideraciones para reflexionar en el contexto de Argentina*. Centro de Estudios en Tecnología y Sociedad (CETYS), 2019, 8 y 9. Disponible aquí: https://repositorio.udesa.edu.ar/jspui/bitstream/10908/16475/1/%5BP%5D%5BW%5D_DT2019-2_Aguerre_-_Levy.pdf



1.3.3

DEBATES ACTUALES SOBRE LOS MODELOS DE RESPONSABILIDAD

A partir de los años 90, durante el incipiente desarrollo de la denominada “era digital”, se adoptaron reglas sobre responsabilidad de intermediarios tendientes a brindar una respuesta clara a los riesgos derivados de la publicación y difusión de contenidos por terceros.

El primer país en proponer una solución fue Estados Unidos, por medio de la Sección 230 de la *Communications Decency Act* de 1996 (CDA)⁷⁰, la cual establece inmunidad para los intermediarios de Internet en los siguientes términos: “ningún proveedor o usuario de un servicio informático interactivo será tratado como editor o portavoz de la información proporcionada o difundida por otro proveedor de contenido de información”. Adicionalmente, en 1998 el país aprobó la *Digital Millennium Copyright Act*⁷¹, donde se planteó un puerto seguro para los Intermediarios de Internet, quienes no son considerados responsables por el contenido de terceros en la medida que cumplan con las condiciones allí previstas, entre las que se encuentran la implementación de un mecanismo privado de notificación y bajada ante supuestas infracciones a los derechos de autor.

En Europa, la Directiva sobre comercio electrónico⁷² planteó en su Sección 4 una solución que estableció un régimen legal para proteger a los intermediarios de Internet de la responsabilidad por el contenido, excepto cuando fueran más allá de su función de “mero conducto” o “caché” de la información proporcionada por los usuarios. Asimismo, en el caso de los servicios de alojamiento exigió el cumplimiento con el deber de diligencia ante conocimiento efectivo de la ilicitud.

En nuestra región, el Marco Civil de Internet de Brasil⁷³ adoptado en 2014 dispuso como regla general que el proveedor de conexión a internet no sería responsable civilmente por daños surgidos por contenido generado por terceros. Sumado a eso, previó que el proveedor de aplicaciones de Internet solamente podrá ser responsabilizado por daños que surjan del contenido generado por terceros si, después de una orden judicial específica, no toma las previsiones para, en el ámbito de los límites técnicos de su servicio y dentro del plazo asignado, tornar indisponible el contenido identificado como infractor, exceptuando las disposiciones legales que se opongan. Cabe aclarar que la norma estableció como excepción a la regla el caso de infracciones a derechos de autor y a derechos conexos, lo que dependerá de la previsión legal específica, y a la vez en su-

70 · Communications Decency Act, 47 United States Code § 230

71 · Digital Millennium Copyright Act (1998)

72 · Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, 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)

73 · Marco Civil de Internet de Brasil, 12.965, (2014).



puestos de difusión de imágenes u otros materiales de desnudez o actos sexuales de carácter privado, para los que prevé un mecanismo de notificación privada.

Entre otras, estas bases legales que han permitido forjar un ambiente propicio para el desarrollo de la actividad en Internet son actualmente objeto de debate. Gran parte de estas discusiones derivan del gran desarrollo y diversidad de nuevos productos y/o servicios, de las herramientas de moderación de contenidos existentes, de la diseminación de desinformación y mensajes con discurso de odio en contextos electorales y de emergencia sanitaria, entre otros tantos eventos que ocupan parte de la agenda pública y suscitan algún tipo de discusión en torno a la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet.

Así es como en Estados Unidos la gestión actual de Gobierno, a través del Departamento de Justicia, envió una propuesta de reforma a la Sección 230 de la CDA, tendiente a revisar el texto de la norma con el objetivo de exigir un mayor control y remoción de contenido ilegal y legal pero perjudicial, y hacer responsable al intermediario por el contenido ilegal de terceros ante un obrar de mala fe (*Bad Samaritans*).⁷⁴ El proyecto legislativo implementa reformas que el Departamento de Justicia consideró necesarias en sus Recomendaciones de junio de 2020. La iniciativa legislativa también ejecuta la directiva del presidente Donald Trump por medio de la Orden Ejecutiva sobre la prevención de la censura en línea.⁷⁵

En la Unión Europea, la Comisión Europea (CE) anunció que pretende modernizar el actual marco legal (Directiva sobre comercio electrónico) a través de lo que llama un marco normativo aplicable a los servicios digitales. Como parte de su cometido, la CE realizó un proceso de consulta pública con el objetivo de contar con aportes que sirvan de apoyo y evidencia en la determinación del alcance de las reglas a proponer. Entre las cuestiones que se discute está lo referido a la responsabilidad de intermediarios y revisión de los parámetros y lineamientos

74 · En la línea planteada originalmente por la Sección 230, el T-MEC, en vigor desde julio de 2020, incluye un capítulo exclusivo sobre comercio digital, cuyo Artículo 19.17 (Servicios Informáticos Interactivos) establece normativa específica sobre responsabilidad de intermediarios. El artículo se basa en la distinción entre Servicios Informáticos Interactivos y Proveedor de Contenido de Información tal como se estableció en la sección 230 de la CDA de Estados Unidos. Allí establece que ninguna Parte adoptará o mantendrá medidas que traten a un proveedor o usuario de un servicio informático interactivo como proveedor de contenido de información para determinar la responsabilidad por daños relacionados con la información almacenada, procesada, transmitida, distribuida o puesta a disposición por el servicio, excepto en la medida en que el proveedor o usuario, en su totalidad o en parte, haya creado o desarrollado la información.

75 · Department of Justice, Justice News, The Justice Department Unveils Proposed Section 230 Legislation, September 2020. Disponible aquí: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-unveils-proposed-section-230-legislation>

que a la fecha han sido adoptados.⁷⁶ Cabe mencionar que con anterioridad la UE contó con un debate en torno a la Directiva de Copyright que resultó finalmente aprobada en 2019, en la que se plantea una obligación para los Intermediarios de Internet de obtener autorización de los titulares de derechos y en su defecto, implementar medidas necesarias para evitar que los contenidos estén disponibles (mayores esfuerzos).⁷⁷

En Brasil, en tanto, se ha iniciado un debate sobre la responsabilidad de intermediarios a través de la presentación de un proyecto de ley⁷⁸, bajo el argumento de combatir la difusión de desinformación. La redacción propuesta se aleja de las reglas previstas en el Marco civil vigente en el país. De igual modo, a nivel jurisprudencial se han identificado cuestionamientos en torno al artículo 19 del Marco Civil de Internet, el cual requiere una orden judicial previa y específica para tornar indisponible el contenido supuestamente infractor. La causa se encuentra en la actualidad en trámite ante el Supremo Tribunal Federal.⁷⁹

Sumado a las propuestas legislativas se encuentran aquellas iniciativas de autorregulación y co-regulación planteadas por organizaciones de la sociedad civil a nivel regional e internacional tendientes a abordar la moderación de contenidos. Artículo 19, Access Now, Electronic Frontier Foundation, Derechos Digitales, Observacom, entre otros referentes de la sociedad civil han publicado aportes aplicables a los esquemas de moderación. La propuesta de Artículo 19⁸⁰ plantea un modelo de autorregulación que incluya un Consejo de Redes Sociales conformado por las múltiples partes interesadas, caracterizado por ser transparente, participativo, independiente y fiable. Access Now⁸¹, por su parte, propone el desarrollo de principios básicos de derechos humanos en la moderación de contenidos, y de este modo lineamientos tales como el de prevención del daño, evaluación de impacto, transparencia, necesidad y proporcionalidad, no discriminación, entre otros. En América Latina, Observacom junto a otras organizaciones civiles regionales ofrece recomendaciones sobre principios, estándares y medidas específicas de co-regulación y regulación pública.⁸²

Estas alternativas, al igual que los procesos de revisión iniciados desde los propios reguladores, persiguen fines legítimos y aportan elementos interesantes que permiten enriquecer el debate multisectorial. En efecto, la complejidad de las pro-

76 · European Commission, The Digital Services Act package, June 2020. Disponible aquí: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package>

77 · Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE.

78 · Projeto de Lei nº 2630, de 202, Lei das Fake News, (2020).

79 · Supremo Tribunal Federal, 987 - Discussão sobre a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que determina a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros, Relator: MIN. DIAS TOFFOLI, Leading Case: RE 1037396. Disponible aquí: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package>

80 · Mayor información en: <https://www.article19.org/social-media-councils/>

81 · Access Now, 26 recommendations on content governance, a guide for lawmakers, regulators, and company policy makers, Disponible aquí: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5160549&numeroProcesso=1037396&classeProcesso=RE&numeroTema=987>

82 · Organizaciones latinoamericanas, Estándares para una regulación democrática de las grandes plataformas que garantice la libertad de expresión en línea y una Internet libre y abierta. Una perspectiva latinoamericana para lograr procesos de moderación privada de contenidos compatibles con los estándares internacionales de derechos humanos, Julio 2020. Disponible aquí: <https://www.observacom.org/wp-content/uploads/2020/09/Estandares-regulacion-grandes-plataformas-Internet.pdf>



blemáticas y desafíos que nos aquejan nos plantea la necesidad de un entendimiento en conjunto, centrado en la búsqueda de políticas eficientes a largo plazo. En vistas a tal objetivo, consideramos que el camino a seguir no es la adopción apresurada de medidas sin un estudio prospectivo o de técnicas reglamentaristas marcadas por la fragmentación en jurisdicciones nacionales. Esto puede a la vez afectar a las externalidades positivas de la economía digital -erosionando los efectos de red e imponiendo barreras de entrada- y a los derechos individuales en juego en la esfera pública. Al pensar los marcos normativos aplicables, en cambio, es imprescindible considerar las características y desafíos que afrontan en tanto intermediarios del ecosistema digital, con el objetivo de lograr que las acciones que se adopten sean razonables, proporcionales y acordes al progreso del entorno digital latinoamericano. La alternativa es iniciar un camino marcado por la búsqueda de un marco normativo inteligente, basado en principios de aplicación flexible y responsiva, que privilegie y maximice los beneficios derivados de la actividad de los intermediarios de Internet en términos de fomento a la innovación y libertad de expresión, procurando minimizar los efectos no deseados.

1.3.4

UNA REGULACIÓN INTELIGENTE BASADA EN PRINCIPIOS

El concepto de “regulación inteligente” fue introducido en las discusiones sobre ambientalismo, a fines de los años 90 e inicios del siglo XXI, en búsqueda de actualizar los modelos mentales a partir de los cuales se pensaba a la gobernanza ambiental y el diseño de políticas regulatorias. El enfoque, también denominado “regulación integradora”, ponía el foco en la complejidad que suponía regular un fenómeno global a partir del acuerdo entre múltiples partes interesadas con instituciones y jurisdicciones diversas. Partía de reconocer la existencia de lo que llamaba “pluralismo regulatorio” y planteaba normativas basadas en principios en lugar de recomendaciones reglamentaristas, de modo que dichos principios fueran aplicables a una gran variedad de circunstancias, más allá de las diferencias en materia política y social.⁸³

La idea de una “regulación inteligente” para el ecosistema digital es bastante más reciente. En 2018, el relator de la ONU sobre DDHH, David Kaye, utilizó el concepto para abordar la compleja cuestión de la moderación de contenidos en plataformas digitales, y plantear la necesidad de un nuevo enfoque que permitiera ir más allá de los mecanismos logrados a partir del principio general de la “auto-regulación” de los intermediarios de Internet.⁸⁴

83· Ver Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren, *Smart Regulation: Designing Environmental Policy* Oxford, UK: Oxford University Press; Gunningham, Neil and Sinclair, Darren, “Integrative Regulation: A Principle-Based Approach to Environmental Policy”. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=212608>; y Gunningham, Neil & Sinclair, Darren. (2017). “Smart regulation”, chapter in *Regulatory Theory*, pp.133-148. DOI 10.22459/RT.02.2017.08.

84· En su reporte, centrado en la cuestión de la moderación de contenidos, el relator de la ONU recomienda a los estados una regulación inteligente, alejada de la reglamentación con “mano pesada”, centrada en “garantizar la transparencia y la solución de la empresa para permitir al público tomar decisiones sobre cómo participar en foros en línea y si participar”. Asimismo, el informe sostiene que los “Estados sólo deben tratar de restringir el contenido de conformidad con una orden de una autoridad judicial independiente e imparcial, y de conformidad con el debido proceso y las normas de legalidad, necesidad y legitimidad. Los Estados deberían abstenerse de imponer sanciones desproporcionadas, ya sean fuertes multas o encarcelamiento, a los intermediarios de Internet, dado su significativo efecto negativo sobre la libertad de expresión”. Ver Kaye, D. “Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression”, Human Rights Council, UN, A/HRC/38/35, April 2018.

La caracterización de “regulación inteligente” utilizada en este informe no pretende de ningún modo clausurar un debate que recién se inicia y todavía permanece abierto a una exploración mentada y profunda por parte de las múltiples partes interesadas. Tan solo nos interesa señalar una serie de lineamientos básicos para encuadrar dicho debate.

Por empezar, el debate debería hacer propias las lecciones que nos aportan dos grandes conversaciones acerca del ecosistema digital. La primera conversación refiere a la gobernanza de Internet. Durante la primera década del siglo XXI esta conversación global pareció poder ordenarse a partir de un clivaje conceptual entre un modelo multisectorial y un modelo intergubernamental de cooperación regulatoria. El “modelo multisectorial” estaba centrado en la cooperación entre “múltiples partes interesadas” y ponía el acento en el carácter evolutivo del ecosistema digital, en la complejidad sociotécnica de Internet en tanto bien público global, abierto, libre y seguro, y en el liderazgo de actores privados en ciertas condiciones y áreas de gobernanza global. El modelo intergubernamental estaba centrado en la cooperación entre actores internacionales establecidos, en particular, estados nación y organismos internacionales de carácter multilateral, y en la autonomía estatal relativa necesaria para impulsar políticas públicas legítimas con el objetivo de lograr el desarrollo en contextos de transformación digital asimétrica.

La segunda conversación refiere a la regulación de los flujos de información, y afecta más al nivel nacional que al global. En este caso, durante un tiempo las preferencias se podían partir de un clivaje conceptual entre dos formas ideales y contrapuestas de regulación, una pública y reglamentarista, la otra privada y auto-regulada.

Ambas conversaciones solían además combinarse, lo que daba mayor fortaleza a uno de los polos en cada par. Así, era esperable que un país con un “enfoque gubernamental” de la gobernanza de Internet expresara a su vez una preferencia por un modelo reglamentarista de regulación de la responsabilidad de los intermediarios de Internet. Del mismo modo, era esperable que un país con un “enfoque multisectorial” expresara una preferencia por un modelo regulatorio afín a la “auto-regulación” de las plataformas.

Esta lógica binaria reconocía ciertos grises, casos donde se verificaba mayor complejidad que la predicha, pero se abordaba más como una excepción que una norma.⁸⁵

85 · Por ejemplo, países donde se expresa una preferencia intergubernamental en un aspecto de la gobernanza del ciberespacio, y al mismo tiempo, una preferencia más multisectorial en otro (ej. alineamiento con Convención de Budapest sobre Ciberdelito y suscripción de las RTI 2012 de la ITU). Hacia 2014, Maurer y Morgus propusieron llamar “estados oscilantes” a estos casos esquivos (*swing states*). Su propuesta planteaba una actualización de una lógica en última instancia también binaria, pero más responsiva de la complejidad que buscaba describir y comprender, en tanto admitía contradicciones y reconocía variedades institucionales. En un estudio posterior, Carolina Aguerre y Hernán Galperin plantearon algunas observaciones a este enfoque, en tanto no permitía divisar los propios matices que se proponía reconocer. Sin embargo, consideraron que había permitido complejizar la conversación sobre gobernanza global de Internet, si bien todavía quedaba mucho por hacer para comprender las dinámicas complejas que tienen lugar en América Latina como espacio para construir políticas digitales conjuntas. Ver Tim Maurer y Robert Morgus, *Tipping the Scale: An Analysis of Global Swing States in the Internet Governance Debate*, CIGI, Paper Series N°2, June 2014; y Aguerre y Galperin, (2015), “Internet Policy Formation in Latin America: Understanding the Links Between the National, the Regional, and the Global”, *Internet Policy Observatory*.

Iniciado la tercera década del siglo XXI, y en plena coyuntura crítica generada por la pandemia, es evidente que este modelo, basado en dicotomías a partir de las cuales se pretendía clasificar a todos los actores de una realidad cada vez más compleja, da claras señales de agotamiento heurístico.

Ahora bien, partir de donde nos dejaron aquellas dos conversaciones, con sus luces y sombras, es clave para comprender la complejidad del escenario global y regional que viene, sin dejar por ello de apostar por una regulación inteligente que permita fortalecer la vitalidad, diversidad y seguridad del ecosistema digital.

Cuando se publicaron sus primeros trabajos sobre la regulación inteligente, a fines de los años 90, Gunningham y Sinclair no tenían modo de vislumbrar el mundo que veinte años después haría posible el Acuerdo de París, ni mucho menos lo que vendría después. Pero la realidad plural y compleja a la que hacían alusión ya no respondía al mundo de 1992, en el que se firmó el Protocolo de Kioto. Todavía no estaba claro hacia dónde debían moverse las partes interesadas, pero ya resultaba evidente que las categorías utilizadas para pensar el futuro debían ser otras.

En las discusiones sobre el futuro de la economía y la esfera pública digital, hoy atravesamos un proceso semejante, un periodo incierto marcado por la búsqueda de soluciones rápidas a problemas complejos.

La cuestión de la responsabilidad de intermediarios de Internet es uno de los aspectos que requiere una solución integral, por su impacto sistémico en el ecosistema digital; donde la adopción de medidas apresuradas o de técnicas reglamentaristas puede afectar tanto los derechos individuales en la esfera pública, como las externalidades positivas que han hecho de la economía digital un ecosistema libre, abierto y competitivo, donde se tiende a eliminar, y no a crear, las barreras de entrada.

Se trata de velar por un marco de responsabilidad que se caracterice por ser preciso, claro, razonable, proporcional y sostenible en el tiempo. Esto supone iniciar un camino de regulación inteligente basado en principios, de aplicación responsiva y flexible en múltiples y diversos complejos institucionales, según herramientas y/o mecanismos diversos, que tienda a:

- 
- a) facilitar el tratamiento en una economía basada en datos y del flujo transfronterizo con confianza;
 - b) velar por el amparo del derecho del individuo a la protección de datos, en línea con la tradición latinoamericana de Derechos Humanos;
 - c) facilitar la armonización entre marcos de limitación de responsabilidad y otras herramientas disponibles, menos invasivas del libre flujo de datos con el objetivo de encontrar soluciones novedosas



en términos de diseño institucional, eficaces en el balance de derechos en juego ante la actividad que realizan los intermediarios de Internet, que se traduzca tanto en medidas efectivas como en sistemas de rendición de cuentas y transparencia entre las distintas partes interesadas en el desarrollo del ecosistema digital; y, por último,

- d) que facilite la coordinación de políticas digitales a nivel regional, en virtud de que una solución en materia de RDII para ser integral requiere un abordaje conjunto a nivel latinoamericano.

ANÁLISIS DE LOS MARCOS REGULATORIOS A NIVEL NACIONAL



Salvo el caso aislado de Brasil, América Latina se caracteriza por no contar hasta el momento con una regulación general⁸⁶ aplicable a la responsabilidad de los intermediarios de Internet a pesar de los intentos frustrados que existieron. Sin perjuicio de ello, se detectan ciertos avances en la región sobre materias específicas (ej. propiedad intelectual y comercio electrónico). Esto se encuentra mayormente vinculado a acuerdos de libre comercio suscriptos, los cuales resultan el justificativo para la formulación de reformas legislativas con el objetivo de implementar los compromisos asumidos.

Ahora bien, ante la carencia de reglas claras sobre el alcance de la responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios de Internet, se verifica un avance de esta delimitación a nivel jurisprudencial. En ciertas jurisdicciones el desarrollo alcanzado por medio de la justicia ha generado antecedentes e incluso en ocasiones ha logrado armonía, balance de derechos y forjado el establecimiento de estándares y lineamientos que resultan reconocidos y aplicados en la actualidad.

En este capítulo nos centraremos en el análisis de Argentina, México y Uruguay. El examen comparativo tiene por objeto identificar la normativa vigente, los últimos antecedentes a nivel administrativo y/o judicial que han desarrollado la temática y las iniciativas a nivel legislativo que se verificaron en torno a la responsabilidad de los intermediarios de Internet.

En el Anexo extenderemos el análisis a los casos de Chile, Colombia, Perú, Brasil y Paraguay.

2.1 ARGENTINA

2.1.1 NORMATIVA APLICABLE

No existe una regulación general ni específica sobre la responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios de Internet. De todos modos, resultan de aplica-

⁸⁶ · Por “general” apuntaremos a aquella regulación de responsabilidad de los intermediarios de Internet aplicable cualquiera fuere el derecho involucrado, mientras que cuando hacemos mención a una regulación “específica” nos referiremos a aquella que alcance solo a cierta rama del derecho (ej. propiedad intelectual, defensa del consumidor, derechos personalísimos, etc.)

ción las reglas generales sobre responsabilidad civil (contractual o extracontractual) y/o penal. En el primero de los casos (responsabilidad civil) el factor de atribución subjetivo se encuentra previsto en el artículo 1724 del Código Civil y Comercial de la Nación, mientras que el factor de atribución objetivo se desprende del artículo 1722⁸⁷. El Código Civil y Comercial de la Nación recepta también como novedad desde el 2015 la responsabilidad civil preventiva en el art. 1710⁸⁸. En cuanto al segundo de los supuestos (responsabilidad penal) los tribunales han tenido que resolver, principalmente, en torno a los artículos 71, 72 y 72 bis de la Ley de Propiedad Intelectual. Asimismo, en aquellos casos en que se entienden vulnerados derechos constitucionales es común que se acuda a acciones expeditas (ej. amparo), tal como prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional⁸⁹.

2.1.2

CASOS ADMINISTRATIVOS Y/O JUDICIALES

Afectación de derechos personalísimos (honor, buen nombre, etc.)

Se ha producido gran desarrollo jurisprudencial a través de acciones civiles presentadas por particulares (en su mayoría celebridades) contra los intermediarios de Internet, en especial, los prestadores de servicios de motores de búsqueda, con el objetivo de ser indemnizados por daños y perjuicios atento resultar vinculado su nombre e imagen a páginas de contenido sexual o difamatorio.

Estas acciones principales han contado, en su mayoría, con previas medidas cautelares las que han sido solicitadas con el objetivo de suspender, bloquear y/o eliminar el contenido entendido ofensivo. Las decisiones judiciales que acogieron estas medidas preliminares inicialmente se resolvieron en términos amplios (bloqueo de un nombre en el buscador), lo que ocasionaba una afectación a derechos en juego, principalmente aquellos relacionados con la libertad de expresión. Con el tiempo pasaron a resolverse en términos más restrictivos con el objetivo de balancear de un modo proporcionado el derecho de quien se entiende ofendido, con aquel que posee la sociedad al libre acceso a la información (por ejemplo indicando exactamente las urls a bloquear).

87 · Art. 1721 CCCN.- Factores de atribución. La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.

Art. 1724 CCCN.- Factores subjetivos. Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

Art. 1722 CCCN.- Factor objetivo. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario.

88 · Art.1710 CCCN.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.

89 · Artículo 43 CN. Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.



La Corte Suprema se pronunció en uno de estos casos, puntualmente en el fallo “Rodríguez, María Belén” (2014)⁹⁰, cuya postura fue luego ratificada en “Gimbutas” (2017)⁹¹ por la nueva composición de la Corte.

Entre los argumentos centrales que esboza el máximo tribunal está aquel vinculado a que no corresponde juzgar la eventual responsabilidad de los motores de búsqueda de acuerdo con las normas que establecen una responsabilidad objetiva, desinteresada de la idea de culpa. Corresponde hacerlo, en cambio, a la luz de la responsabilidad subjetiva. De este modo, refuerza la postura sobre que la libertad de expresión sería mellada de admitirse una responsabilidad objetiva que prescinde de toda idea de culpa.

También la Corte se pronunció sobre que a la inexistencia de una obligación general de vigilar le sigue la inexistencia de responsabilidad.

Continúa indicando que se configura un comportamiento antijurídico por parte del buscador cuando, con relación al material o a la información proveniente de terceros que ha sido indexada y ofrecida a los usuarios, toma un conocimiento efectivo de que está causando un perjuicio individualizado y no obstante ello, no adopta las medidas necesarias como para corregir o hacer cesar dicha situación lesiva de la esfera jurídica ajena.

A los efectos de determinar cuando se configura el conocimiento efectivo, sostuvo que conviene sentar una regla que distinga los casos en que el daño es manifiesto y grosero, a diferencia de otros en los que es opinable, dudoso o exige un esclarecimiento.

Aquellos casos que resulten manifiestamente ilícitos basta la notificación extrajudicial. El tribunal realizó una enumeración enunciativa sobre los supuestos en que podría entenderse un contenido de ese tenor.

Para los demás casos dudosos (no manifiestamente ilícitos), aquellos que exijan un esclarecimiento que deba debatirse o precisarse, corresponde exigir la notificación de autoridad judicial o administrativa competente.

Por su parte, debe mencionarse la reciente causa iniciada por la actual vicepresidenta y ex presidenta de la Nación sobre medidas cautelares y prueba anticipada contra Google Inc. derivada de menciones referidas a su persona en el panel de conocimiento del motor de búsqueda.

90 · Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicio, 28 de octubre de 2014.

91 · Corte Suprema de Justicia de la Nación, Gimbutas, Carolina Valeria cl Google Inc. si daños y perjuicios, CIV 114474/2006/CSI y Gimbutas, Carolina Valeria cl Google Inc. si hábeas data, 12 de septiembre de 2017.

El juez de primera instancia hizo lugar al pedido formulado por la actora y admitió la realización de la medida de prueba anticipada con el objeto de que se lleve a cabo la tarea pericial en informática solicitada, haciéndole saber a la accionada que deberá arbitrar los medios para conservar los datos asociados al nombre de la accionante, a partir del 17.05.2020 hasta el día en que se realice la pericia, que surjan del contenido del panel de conocimiento del buscador “Google” de una persona destacada. Sobre esta resolución se presentó recurso de apelación el que fue desestimado por el tribunal de cámara⁹².

Afectación a los derechos de los consumidores

En concordancia con lo resuelto por la Corte conforme los fallos citados en forma previa, la Cámara Comercial en el caso “Kosten” (2018)⁹³ consideró que el operador de un mercado electrónico de ventas o subastas *on line* no era responsable civilmente cuando no ha desempeñado un papel activo que le permita adquirir conocimiento o control de los datos almacenados, es decir, cuando ha tenido un rol neutro y ha sido un mero canal, que se limita a proporcionar un foro.

Estableció que dicha exención es una consecuencia lógica de la inexistencia de una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen los usuarios, y de la no obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas. De ahí que, a la inexistencia de una obligación general de vigilar le siga, como regla, la inexistencia de responsabilidad, tal como lo declaró nuestra Corte Suprema en el caso “Rodríguez, María Belén”.

Afectación a la Propiedad Intelectual

El titular de los derechos de autor de la película argentina “Un cuento Chino” presentó una denuncia penal (2013)⁹⁴ en base a la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) contra el administrador de YouTube y los usuarios que cargaron copia de la película en la plataforma.

El Tribunal en el fallo expresó que los contenidos que se suben a YouTube no son conocidos anticipadamente por los que administran el sitio y de hecho, en la mayoría de los casos provienen de filmaciones de particulares, ediciones privadas, o de medios periodísticos, o de la decisión positiva de difusión gratuita por parte de quienes tienen derechos reconocidos sobre una obra, etc.

92 · Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, Fernández de Kirchner, Cristina Elisabet c/ Google LLC s/ Medidas preliminares y de Prueba anticipada. Causa n° 4368/2020, 17 de septiembre de 2020.

93 · Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala D, Kosten, Esteban C/ Mercado Libre S.R.L. S/ Ordinario, registro n° 34503/2014, 2018. El criterio de este precedente volvió a repetirse en un caso siguiente CNCom, Sala C, Ferraro v. Carg Group y Mercadolibre.

94 · Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 5 CCC, 13630/2012/CA2. “P., L. y otros”. Sobreseimientos. JI 20/162, 28 de octubre de 2013.

Por ello, consideró que no tenía cabida la pretensión de la querrela de considerar ex ante a los explotadores del sitio como garantes de los contenidos de esa página y/o partícipes necesarios de las acciones delictivas o ilegales que se puedan realizar a través de la incorporación de los videos que se suban.

Entendió que la responsabilidad del sitio recién se haría presente, ex post, cuando el que invoca el carácter de titular de un derecho lo puso efectivamente en conocimiento, individualizando en concreto los contenidos que pueden lesionar o restringir sus derechos.

En otra causa más reciente (2018), el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal absolvió⁹⁵ a los dueños del portal Taringa en la causa penal donde se los acusaba de llevar adelante las acciones tipificadas en Arts. 71, 72 y 72 bis de la LPI, en base a entender que desde el sitio se ofrece a usuarios anónimos la posibilidad de compartir y descargar gratuitamente archivos cuyo contenido no se encuentra autorizado para publicar por parte del autor.

El tribunal se pronunció sobre la negativa de considerar a los imputados como coautores del delito y otorgarles responsabilidad subjetiva en la publicación de las obras protegidas por derecho de autor y cuestionó que la acusación no haya dirigido su imputación a quienes efectivamente subieron los contenidos. Por tal motivo, se termina pronunciando a favor de la absolución respecto de los acusados.

En este último caso, se hace mención y análisis del pronunciamiento de la Corte en el fallo “Rodríguez, María Belén”.



2.1.3

PROYECTOS DE LEY Y OTRAS INICIATIVAS

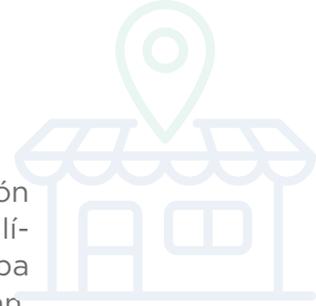
Afectación a distintos derechos

El proyecto de ley Fellner - Pinedo (actualmente caduco) de regulación de la “responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet” brindaba un marco legal general sobre la responsabilidad de los intermediarios de Internet.

En 2016, la iniciativa regulatoria tuvo un debate abierto y amplio entre los representantes de la sociedad civil, la comunidad técnica, academia, el sector privado y el gobierno, dando lugar a un proyecto unificado impulsado por el senador Federico Pinedo (bloque Cambiemos) y la senadora Liliana Fellner (bloque PJ-FPV), que recibió media sanción⁹⁶ en el Senado.

95 · Tribunal oral en lo Criminal y Correccional Nro. 26 de la Capital Federal, CCC 16029/2009/TO1/1, 17 de diciembre de 2018.

96 · Media sanción al Proyecto de ley sobre responsabilidades de los proveedores de Internet, 20 de octubre de 2016 (942/16).



La norma propuesta contemplaba un mecanismo de protección judicial (acción sumarísima) para las personas que se encuentren afectadas por contenidos ilícitos o perjudiciales que se difundan en Internet. De este modo, se determinaba que los intermediarios no son responsables por los contenidos que generan, publican o suben sus usuarios a internet, salvo cuando tengan conocimiento efectivo de ese contenido a partir de una orden judicial.

A fines de 2017 obtuvo un dictamen positivo por parte de las comisiones de la Cámara de Diputados donde tuvo giro, dictamen que no logró votarse en el pleno por la coyuntura de ese momento. En 2018, fueron frustrados los esfuerzos por poner en agenda el proyecto de ley con media sanción, resultando uno de los artículos objeto de controversia el referido a la autorregulación, lo que provocó que a fin de año el mismo caduque.

La iniciativa legislativa recibió reconocimiento explícito⁹⁷ por el Relator Especial sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (ONU) y el Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Afectación a la Propiedad Intelectual

El proyecto de ley⁹⁸ que tiene por objetivo efectuar una reforma integral del Código Penal contempla en el capítulo referido a los delitos contra la propiedad intelectual, una pena aplicable al proveedor de servicios de internet que, teniendo conocimiento efectivo de la falta de autorización, continuare permitiendo el uso de su sistema informático para la comisión de las conductas referidas. Tales conductas son descritas en términos de quien, sin la autorización previa y expresa del titular de los derechos, pusiere a disposición del público obras, interpretaciones, fonogramas o emisiones de organismos de radiodifusión a través de un sistema informático, o las almacenare, efectuare hospedaje de contenidos, los reprodujere o distribuyere.

La falta de precisión en la redacción del texto propuesto se aleja de los estándares internacionales de protección de derechos humanos como así también de la trayectoria a nivel judicial y experiencia legislativa previa.

Afectación a los derechos de los consumidores

Los Proyectos de ley con relación a la materia⁹⁹ tienen por fin efectuar una reforma integral al régimen de defensa del consumidor. Entre sus previsiones, en

97 · Mandato del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión en conjunto con la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, REFERENCIA: OL ARG 1/2018, 26 de abril de 2018. Disponible aquí.

98 · Poder ejecutivo, Mensaje n° 60/19 Proyecto de ley de reforma al Código Penal de la Nación, 25 de marzo de 2019 (52/2019).

99 · Olga Ines Brizuela y Doria de Caray otros, Proyecto de reforma a la ley de defensa del consumidor, 29 de agosto de 2019 (2576/19), Cornejo, Alfredo, Proyecto de Código de Defensa del Consumidor, 26 de junio de 2020 (3143/2020) y Schwindt, María Liliانا, proyecto de Código de Defensa de las y los consumidores, 1 de octubre de 2020 (5156/2020)

el capítulo destinado a la contratación a distancia refiere a la responsabilidad del operador electrónico, lo que se vincula con el artículo que establece reglas sobre conexidad y en este sentido, derechos del consumidor en cuanto a la prevención del daño, acción directa o el reclamo de resarcimiento de los daños.

Estas iniciativas al plantear la aplicación de responsabilidad objetiva se distancian de los antecedentes tanto judiciales como de propuestas legislativas que han sido parte de la discusión en torno a la RDII.

2.2 MÉXICO

2.2.1 NORMATIVA APLICABLE

No existe una regulación general sobre la responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios de Internet, pero sí específica referida a la propiedad intelectual aprobada recientemente. De todos modos, resultan de aplicación las reglas generales sobre responsabilidad civil (contractual o extracontractual) y/o penal. En el primero de los casos (responsabilidad civil) el factor de atribución subjetivo se encuentra previsto en el artículo 1910 del Código Civil Federal, mientras que el factor de atribución objetivo se desprende del artículo 1913.¹⁰⁰ Adicionalmente, en aquellos casos en que se entienden vulnerados derechos constitucionales es común que se acuda a acciones expeditas (ej. amparo), según prevén los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Afectación a la Propiedad Intelectual

De acuerdo a los compromisos asumidos en el T-MEC, en junio de 2020 se logró la aprobación de una reforma a la Ley Federal del Derecho de Autor¹⁰¹, pendiente de reglamentación, por la que se reforman y adicionan diversas disposiciones a esta normativa.

En cuanto a los intermediarios de Internet incluye un capítulo V denominado “De las Medidas Tecnológicas de Protección, la Información sobre la Gestión de Derechos y los Proveedores de Servicios de Internet” el que establece la definición de Proveedor de Acceso a Internet y la de Proveedor de Servicios en

100 · Art. 1910 CCF. El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

Art. 1913 CCF. Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o substancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

101 · Ley Federal del Derecho de Autor, (2020).

Línea, indicando entre las funciones de este último, las de: (a) almacenamiento temporal; (b) almacenamiento a petición de un usuario y (c) direccionamiento o vinculación a usuarios a un sitio en línea.

De este modo, la norma prevé como regla para los Proveedores de Servicios de Internet la no responsabilidad siempre y cuando acrediten que ellos no controlen, inicien o dirijan la conducta infractora, aunque tenga lugar a través de sistemas o redes controladas u operadas por ellos o en su representación.

A continuación, prevé pautas diferenciando de acuerdo a la función que cumplen: Para los Proveedores de Acceso a Internet indica que no serán responsables cuando no inicien la cadena de transmisión de los materiales o contenidos ni seleccionen los materiales o contenidos de la transmisión y los destinatarios, e incluyan y no interfieran con medidas tecnológicas efectivas estándar, que protegen o identifican material protegido por la ley.

En cuanto a los Proveedores de Servicios en Línea¹⁰² establece que no serán responsables cuando, de manera expedita y eficaz, remuevan, retiren, eliminen o inhabiliten el acceso a contenidos habilitados o transmitidos sin el consentimiento del titular y que estén alojados en sus sistemas o redes, ante un aviso del titular del derecho o representante o ante una resolución emitida por autoridad competente. De este modo, se valida un sistema de notificación y retiro tanto en instancia privada como administrativa y judicial. Además, se prevé la obligación de tomar las medidas conducentes para prevenir que el contenido probablemente infractor se vuelva a subir posteriormente al aviso de baja.

Sumado a ello, se prevé para estos últimos proveedores el deber de retiro, inhabilitación o suspensión unilateralmente y de buena fe, del acceso a la publicación, la difusión, comunicación pública y/o la exhibición del material o contenido, para

102 Artículo 114 Octies.- ... II. Los Proveedores de Servicios en Línea no serán responsables de las infracciones, así como de los datos, información, materiales y contenido que se encuentren almacenados o se transmitan o comuniquen a través de sus sistemas o redes controlados u operadas por ellos o en su representación, y en los casos que direccionen o vinculen a usuarios a un sitio en línea, cuando:

a) De manera expedita y eficaz, remuevan, retiren, eliminen o inhabiliten el acceso a materiales o contenidos dispuestos, habilitados o transmitidos sin el consentimiento del titular del derecho de autor o derecho conexo, y que estén alojados en sus sistemas o redes, una vez que cuente con conocimiento cierto de la existencia de una presunta infracción en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Cuando reciba un aviso por parte del titular de los derechos de autor o derechos conexos o por alguna persona autorizada para actuar en representación del titular, en términos de la fracción III de este artículo, o

2. Cuando reciba una resolución emitida por autoridad competente que ordene el retiro, remoción, eliminación o deshabilitación del material o contenido infractor.

En ambos casos se deberán tomar medidas razonables para prevenir que el mismo contenido que se reclama infractor se vuelva a subir en el sistema o red controlado y operado por el Proveedor de Servicios de Internet posteriormente al aviso de baja o a la resolución emitida por la autoridad competente.

b) Si retiran, inhabilitan o suspenden unilateralmente y de buena fe, el acceso a la publicación, la difusión, comunicación pública y/o la exhibición del material o contenido, para impedir la violación de las disposiciones legales aplicables o para cumplir las obligaciones derivadas de una relación contractual o jurídica, siempre que tomen medidas razonables para notificar a la persona cuyo material se remueva o inhabilite.

c) Cuenten con una política que prevea la terminación de cuentas de infractores reincidentes, la cual sea de conocimiento público de sus suscriptores;

d) Incluyan y no interfieran con medidas tecnológicas efectivas estándar que protegen o identifican material protegido por esta Ley, que se desarrollan a través de un proceso abierto y voluntario por un amplio consenso de titulares de derecho de autor y proveedores de servicios, que están disponibles de manera razonable y no discriminatoria, y que no imponen costos sustanciales a los proveedores de servicios o cargas sustanciales en sus sistemas o redes, y

e) Tratándose de los Proveedores de Servicios en Línea a que se refieren los incisos b) y c) de la fracción II del artículo 114 Septies, deberán, además de lo previsto en el inciso inmediato anterior, no recibir un beneficio financiero atribuible a la conducta infractora, cuando el proveedor tenga el derecho y la capacidad de controlar la conducta infractora. ...

impedir la violación de las disposiciones legales aplicables o para cumplir las obligaciones derivadas de una relación contractual o jurídica, siempre que tomen medidas razonables para notificar a la persona cuyo material se remueva o inhabilite.

Adicionalmente, se exige a estos Proveedores de Servicios en Línea la implementación de una política que prevea la terminación de cuentas de infractores reincidentes en los sistemas y redes controlados u operados por ellos.

A la vez, se prevé la inclusión y no interferencia con medidas tecnológicas efectivas estándar que protegen o identifican material protegido por esta ley.

Incluso parte de estos proveedores deberán no recibir un beneficio financiero directa o indirectamente atribuible a la conducta infractora, cuando el proveedor tenga el derecho y la capacidad de controlar la conducta infractora.

Por su parte, se establece un mecanismo de contra-aviso para aquel usuario cuyo contenido sea removido, retirado, eliminado o inhabilitado para dar lugar a habilitar el contenido objeto del contra-aviso. De este modo, se pretende plantear procedimientos para la legítima defensa de quien se entiende con derecho a reclamar por aquel contenido removido, retirado, eliminado o inhabilitado.

En los párrafos finales del capítulo se prevé, por un lado, como regla que los Proveedores de Servicios de Internet no estarán obligados a supervisar o monitorear sus sistemas o redes para buscar activamente posibles violaciones al derecho de autor o los derechos conexos protegidos por la ley y que ocurran en línea, y por el otro lado, se indica que la imposibilidad de un Proveedor de Servicios de Internet para cumplir los requisitos previstos en este artículo por sí mismo no genera daños y perjuicios por violaciones a derecho de autor y derechos conexos protegidos por esta ley.

Debe considerarse que algunas de las obligaciones previstas por esta norma están sujetas a reglamentación, la que como hemos indicado se encuentra pendiente de emisión.

Por último, es importante mencionar que la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México ha presentado una acción de inconstitucionalidad respecto a la reforma de la Ley Federal del Derecho de Autor alegando posibles violaciones a la libertad de expresión, al derecho de propiedad, a la libertad de comercio o trabajo y a derechos culturales, entre otras prerrogativas. Esta acción busca que la Suprema Corte de Justicia de la Nación deje sin efecto las reformas aprobadas recientemente.¹⁰³ El pronunciamiento que se desprenda de esta causa podría

103 · CNDH. Comunicado de prensa, CNDH presentó 46 acciones de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 7 de agosto de 2020. Disponible aquí: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2020-08/COM_2020_245.pdf y Red en Defensa de los Derechos Digitales, CNDH Considera inconstitucionales reformas a la ley federal de derecho de autor y al código penal federal, Ago 10, 2020. Disponible aquí: <https://r3d.mx/2020/08/10/cndh-considera-inconstitucionales-reformas-a-la-ley-federal-de-derecho-de-autor-y-al-codigo-penal-federal/>

contar con impacto en el mecanismo de aviso y retirada en instancia privada y el procedimiento unilateral de retirada previstos en la norma, pero no así en el régimen de limitación de responsabilidad establecido y derivado del T-MEC.

Otra de las normas consecuencia de los tratados internacionales de cooperación y comercio firmados por el país y que resultó objeto de aprobación en junio de 2020 fue una nueva Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial¹⁰⁴, la que abroga la Ley de Propiedad Industrial y que incluye medidas provisionales que permiten a la autoridad (Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial) ordenar al presunto infractor o a terceros la suspensión, bloqueo, remoción de contenidos o cese de los actos que constituyan una violación a la ley a través de cualquier medio virtual, digital o electrónico, conocido o por conocerse. En caso de que la persona física o moral a la cual le fueron impuestas las medidas no acate lo ordenado en las mismas, se hará acreedor a las sanciones de multas o clausura (temporal). La misma entrará en vigor en noviembre de 2020.



2.2.2

CASOS ADMINISTRATIVOS Y/O JUDICIALES

Afectación a la Propiedad Intelectual

En 2017 tuvo lugar la sentencia dictada por la Segunda Sala de la Corte en el caso “Alestra”. En este caso, a través del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) se dictaron medidas provisionales que ordenaban a una empresa telefónica suspender el servicio de Internet de un sitio web señalado como responsable de permitir bajar música sin autorización de sus legítimos titulares.

De este modo, se ordenó suspender el acceso a la página de internet a efectos de impedir el acceso a los usuarios. Adicionalmente, se requirió que en la página de internet se coloque la leyenda por la que se informara que la medida se adoptó en cumplimiento a las disposiciones previstas en la Ley de la Propiedad Industrial, Ley Federal del Derecho de Autor y su ordenamiento reglamentario. Con posterioridad, se determinó que estas medidas provisionales resultaban definitivas.

No obstante ello, la decisión final determinó la improcedencia de la medida atento no haberse demostrado que el total de música en el sitio era ilegal, considerando que la medida era desproporcionada.

¹⁰⁴ · Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, (2020).



A juicio del tribunal, la medida cautelar impuesta constituyó una restricción indebida al ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Bajo el análisis del test tripartito¹⁰⁵ del Sistema Interamericano, la Segunda Sala entendió que la orden de suspensión de la página de Internet de la quejosa no cumplía con los requisitos de necesidad y proporcionalidad.

En efecto, consideró que las restricciones impuestas no se limitaban a restringir la inclusión de las ya referidas obras musicales en la página de Internet, sino que trascendían a esas obras artísticas a tal grado que se estableció un bloqueo absoluto -aunque temporal- de la citada página web.

Tales medidas restrictivas constituían una violación frontal al principio subyacente a la libre circulación de contenidos, información e ideas a través de medios virtuales, consistente en que “el flujo de información por Internet debe restringirse lo mínimo posible”.

La Segunda Sala concluyó que las medidas provisionales impuestas por el Instituto responsable, al restringir o limitar no solo aquellos contenidos que presuntamente constituyen una violación a derechos de autor, sino la totalidad de la información, datos y expresiones de la página web de la quejosa, se traducían en una medida innecesaria y desproporcional, que no resultaba admisible desde la óptica de los derechos humanos reconocidos por el Estado Mexicano; de ahí que debió confirmarse el amparo otorgado a la parte quejosa.¹⁰⁶



2.2.3

PROYECTOS DE LEY Y OTRAS INICIATIVAS

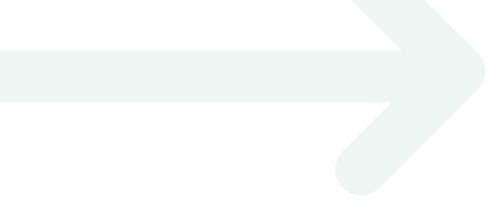
Afectación a la Propiedad Intelectual

Se han detectado proyectos presentados tanto con relación a la Ley Federal del Derecho de Autor como a la Ley de Propiedad Industrial, algunos de los cuales resultaron aprobados recientemente, lo que demuestra el alto interés en la materia.

Por su parte, en algunas de las iniciativas se identifican modificaciones cuestionables en términos de ejercicio de estos derechos en el entorno digital, como en la descrita a continuación.

105 · Para que las limitaciones al referido derecho humano, ejercido a través de una página web, puedan considerarse apegadas al parámetro de regularidad constitucional, resulta indispensable que reúnan las siguientes condiciones: (I) deben estar previstas por ley; (II) deben basarse en un fin legítimo y (III) deben ser necesarias y proporcionales.

106 · Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 1/2017, 19 de abril de 2017.



En abril de 2020, el diputado Sergio Mayer Bretón presentó una propuesta normativa que tiene por objeto reformar la Ley Federal del Derecho de Autor.

Con esta iniciativa el legislador pretende establecer una obligación para los fabricantes o importadores de soportes, aparatos, instrumentos técnicos o cualquier otro que permita la reproducción sonora, visual o audiovisual, en cualquiera de sus modalidades conocidas o por conocerse, que sean idóneos para almacenar, compactar, duplicar o reproducir cualquier tipo de obras protegidas por la Ley Federal del Derecho de Autor, siendo obligados solidarios el distribuidor y comercializador al público de los equipos, aparatos, soportes o instrumentos técnicos, o cualquier otro que permita la reproducción sonora, visual o audiovisual.

La obligación consiste en el pago de una remuneración compensatoria por la reproducción y copia de obras de origen lícito, para uso personal y privado de quien la realiza, sin que existan fines de lucro directo o indirecto.

Se prevé que esta compensación monetaria sea recaudada por las sociedades de gestión colectiva de interés público. Esta remuneración se computará en base a cuantías, las que se calcularán de acuerdo a los siguientes criterios: 1. frecuencia en el uso; 2. capacidad de almacenamiento; 3. proporción respecto del precio final y 4. Usos y costumbres internacionales.

La remuneración compensatoria por copia privada no se plantea en términos de licencia general para la reproducción con fines de lucro, sino como compensación justa por las pérdidas económicas que se “presumen” sufre la industria y los creadores al inhibir la explotación normal de las obras.

De este modo, se asume que los dispositivos de almacenamiento digital son utilizados para guardar copias privadas de obras protegidas por derecho de autor y por tal motivo se justificaría la recaudación prevista en esta iniciativa.¹⁰⁷



2.3

URUGUAY



2.3.1

NORMATIVA APLICABLE

No existe una regulación general ni específica sobre la responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios de Internet. De todos modos, resultan de aplica-

¹⁰⁷ · Sergio Mayer Bretón, Diputado de la República, Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la ley federal del derecho de autor en materia de remuneración compensatoria por concepto de copia privada, 15 de abril de 2020.

ción las reglas generales sobre responsabilidad civil (contractual o extracontractual) y/o penal. En el primero de los casos (responsabilidad civil) el factor de atribución subjetivo se encuentra previsto en el artículo 1319 del Código Civil¹⁰⁸. Asimismo, en aquellos casos en que se entienden vulnerados derechos constitucionales es común que se acuda a acciones expeditas (ej. amparo), según se desprendería de una interpretación de los artículos 7, 72 y 332 de la Constitución de la República¹⁰⁹.



2.3.2 CASOS ADMINISTRATIVOS Y/O JUDICIALES

No se identificaron casos sobre responsabilidad de intermediarios de Internet. De todos modos, se detectó jurisprudencia asociada a la importancia, función y alcance de la libertad de expresión en los sistemas democráticos. En efecto, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay¹¹⁰, al decidir la primera de un conjunto de acciones de inconstitucionalidad planteadas contra la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual, afirmó, en consonancia con lo establecido por la Corte Interamericana, que la interpretación del artículo 13 de la Convención debe hacerse bajo un doble estándar: el democrático y el de la doble dimensión.

Así expuso que “A través del ‘estándar democrático’, la Corte Interamericana propone que la libertad de expresión es un valor que, si se pierde, pone en peligro la vigencia de los principios esenciales para la existencia de una sociedad democrática. La protección del derecho a expresar las ideas libremente se torna así fundamental para la plena vigencia del resto de los derechos humanos. En efecto, sin libertad de expresión no hay una democracia plena, y sin democracia, la triste historia hemisférica ha demostrado que desde el derecho a la vida hasta la propiedad son puestos en un serio peligro”.

Agrega que “el ‘estándar de las dos dimensiones’ postula que el contenido de la libertad de expresión no debe vincularse solo con el aspecto individual del derecho, sino que también se relaciona con la dimensión colectiva o social del mismo.”

108 · Art. 1319 CC. Todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño, impone a aquél por cuyo dolo, culpa o negligencia ha sucedido, la obligación de repararlo.

Cuando el hecho ilícito se ha cumplido con dolo esto es, con intención de dañar constituye un delito; cuando falta esa intención de dañar, el hecho ilícito constituye un cuasidelito.

En uno y otro caso, el hecho ilícito puede ser negativo o positivo, según que el deber infringido consista en hacer o no hacer.

109 · Artículo 7 CR. Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general.

Artículo 72 CR. La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

Artículo 332 CR.- Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas.

110 · Suprema Corte de Justicia de Uruguay, IUE 1-18/2015. Directv de Uruguay Limitada c/ Poder Legislativo. Acción de inconstitucionalidad, Sentencia No. 79 de 5 de abril de 2016.



2.3.3

PROYECTOS DE LEY Y OTRAS INICIATIVAS

Afectación a distintos derechos

El proyecto original de regulación de la prestación de servicios mediante plataformas informáticas establecía un régimen estricto de responsabilidad para las aplicaciones que intermedian en servicios. Luego de escuchar a diferentes actores, recibió modificaciones y llegó a obtener media sanción¹¹¹ a fines del 2016 por la Cámara de Representantes.

La iniciativa, en su media sanción, pretendía regular a todos los servicios prestados en el territorio uruguayo, a título oneroso, que utilizaran para su contratación una plataforma informática de intermediación.

Esta propuesta normativa pretendía, de una manera amplia y difusa, establecer un marco aplicable a las aplicaciones digitales parte de los que muchos identifican como “economía colaborativa”.

Así es que dichos servicios estarían sujetos a las disposiciones del ordenamiento jurídico que les sean de aplicación, en función de la actividad que desarrollen, con independencia de la utilización de medios electrónicos para su contratación.

Los titulares de las plataformas informáticas de intermediación estarían obligados a disponer, por los mismos medios electrónicos de prestación del servicio, de forma permanente, fácil, directa y gratuita, tanto a los destinatarios del servicio de que se trate como a los órganos competentes, el adecuado acceso a la información que establezca la reglamentación. Esta última tendría especialmente en cuenta la transparencia, las garantías para los destinatarios del servicio de que se trate, las características técnicas y las herramientas para que los órganos del Estado puedan ejercer sus competencias.

Adicionalmente, establecía que los servicios regulados por la propuesta de ley se ajustarían a los siguientes principios generales: A) Equivalencia funcional; B) Inalteración del derecho preexistente y C) Libre competencia.

111 · Media sanción, Cámara de representantes, Prestación de servicios mediante plataformas informáticas, 13 de diciembre de 2016.

Figura 2
RDII en México, Argentina y Uruguay

		MÉXICO	ARGENTINA	URUGUAY
Normativa aplicable	<i>General</i>	No	No	No
	<i>Específica</i>	Sí, sobre Propiedad Intelectual	No	No
Casos administrativos y/o judiciales	<i>Temática</i>	Propiedad intelectual	Derechos personalísimos (Corte Suprema "Rodríguez, María Belén"), defensa del consumidor y propiedad intelectual (casos penales)	No se identificaron casos
Proyectos de ley	<i>General</i>	No	Sí, caduco	Sí, caduco
	<i>Específico</i>	Sí, sobre Propiedad Intelectual	Sí, sobre Propiedad Intelectual y Defensa del Consumidor	No
Sistema de responsabilidad que predomina		Inmunidad condicionada	Responsabilidad subjetiva	No definido

Fuente: elaboración propia



ACUERDOS SOBRE COMERCIO DIGITAL EN AMÉRICA LATINA



En los últimos años, varios trabajos han llamado la atención sobre el vínculo entre el comercio internacional y la gobernanza digital, en particular, a partir de la creciente regulación del flujo transfronterizo de datos a través de disposiciones sobre comercio electrónico incluidas en acuerdos preferenciales (bilaterales, regionales y plurilaterales) celebrados en el marco del sistema GATT-OMC.¹¹²

Este capítulo se propone indagar en la participación de Argentina, México y Uruguay en este emergente complejo de regímenes de comercio digital,¹¹³ con especial atención a los compromisos asumidos en materia de RDII, localización de instalaciones informáticas y no discriminación en materia de flujos transfronterizos de datos.¹¹⁴

La inclusión de disposiciones relativas al comercio digital en los acuerdos preferenciales de comercio no es una tendencia nueva a nivel global, aunque sí es un fenómeno más reciente en los acuerdos celebrados por países de la región. A nivel internacional, el primer ACR con disposiciones sobre comercio digital, celebrado entre Nueva Zelanda y Singapur, data de 2001. Desde entonces el número de ACR con este tipo de disposiciones ha aumentado de manera relativamente continua. De un total de 279 ACR notificados hasta mayo de 2017, 75 incluían disposiciones sobre comercio electrónico¹¹⁵.

A su vez, además del número de acuerdos con disposiciones de comercio digital, también se han incrementado la cantidad y el alcance de estas disposiciones. La complejidad y densidad de los capítulos sobre comercio digital han ido en aumento, y hoy incluso se están negociando acuerdos exclusivamente centrados en la economía digital, como ocurre con el Digital Economic Partnership Agree-

112 · Ver Aaronson, Susan (2015), "Why Trade Agreements are not Setting Information Free: The Lost History and Reinvigorated Debate over Cross-Border Data Flows", in *World Trade Review*; Burri, Mira (2017), "New Legal Design for Digital Commerce in Free Trade Agreements", *Digiworld Economic Journal*, No. 107, 3rd Q. 2017, p. 1; Mishra, Neha (2017), "International trade, Internet governance and the shaping of the digital economy", ARTNeT Working Paper Series, No. 168; y Monteiro, José-Antonio y Teh, Robert (2017), "Provisions on electronic commerce in regional trade agreements", WTO Staff Working Paper, No. ERSD-2017-11. Disponible aquí: <http://hdl.handle.net/10419/163426>

113 · Ver Nye, Joseph. Jr (2013), "The Regime Complex for Managing Global Cyber Activities", *CIGI Paper Series* N°1, Mayo 2014. Disponible aquí: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/argentina-y-uruguay-lanzan-la-guia-evaluacion-de-impacto-en-la-proteccion-de-datos>

114 · Los casos de Brasil, Chile, Colombia, Paraguay y Perú, se abordan en el Anexo.

115 · Monteiro, José-Antonio and Teh, y Robert, Provisions on Electronic Commerce in Regional Trade Agreements (June 2017). WTO Working Paper ERSD-2017-11 (July 2017), <https://ssrn.com/abstract=3005148>.

ment (DEPA), negociado entre Chile, Singapur y Nueva Zelanda.¹¹⁶

El capítulo parte de una caracterización regional. Luego pone el foco en el nivel nacional, indagando en cuatro tipos de disposiciones: a) responsabilidad de intermediarios de Internet (RDII); b) disposiciones sobre flujos de datos transfronterizos; c) localización de instalaciones informáticas; y d) derechos aduaneros sobre productos digitales. Asimismo, es necesario considerar como una dinámica complementaria lo que ocurre en el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en la OMC. La cuarta y última parte del capítulo se dedica a abordar esta cuestión.

3.1

BREVE CARACTERIZACIÓN DE LA AGENDA DE COMERCIO DIGITAL EN LA REGIÓN

El comportamiento de los países de la región en relación con la firma de acuerdos preferenciales con disposiciones sobre comercio electrónico es algo dispar. A primera vista, parecen identificarse dos grupos con distintas velocidades, pero luego se señalan algunos matices de consideración.

En principio, entonces, el grupo de países que integra la Alianza Pacífico (AP) expresa una tendencia favorable a la firma de acuerdos con este tipo de contenidos, *vis a vis* sus vecinos del MERCOSUR, tanto de forma conjunta como de forma unilateral. De hecho, los países parte de la AP no solo se destacan a nivel regional, sino que figuran entre los más activos a nivel global, ya que su Protocolo Adicional cuenta con más de 50 disposiciones sobre comercio digital¹¹⁷, con aspectos que van desde la localización de servidores hasta la transferencia transfronteriza de información.

En cuanto al MERCOSUR, incluye disposiciones relativas a protección del consumidor, el reconocimiento mutuo de certificados de firma digital (Resolución GMC 37/2006 y Decisión CMC 11/19), la eliminación del cobro de cargos de roaming internacional a los usuarios finales dentro del bloque (Decisión CMC 1/19). A su vez, de forma reciente ha aprobado una Agenda Digital (Decisión CMC 27/17). En materia de acuerdos preferenciales, en tanto, la lista se limita al acuerdo en principio con la UE.

En cuanto a futuros acuerdos comerciales a nivel bloque, los países de la AP llevan adelante actualmente negociaciones con Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Singapur. Los países parte del MERCOSUR, en tanto, están en negociaciones con India, Corea del Sur, Canadá y El Líbano, así como en negociaciones avanzadas con la UE. No obstante, salvo el caso del “Acuerdo en Principio” del texto del Acuerdo EU-Mercosur, no existe evidencia accesible respecto al contenido

¹¹⁶ · El DEPA es el primer acuerdo de comercio dedicado exclusivamente a la economía basada en datos. No obstante, no incluye disposiciones sobre RDII. Lo que sí establece son algunos lineamientos sobre innovación basada en datos, en tanto reconoce “la importancia de un rico y accesible dominio público”.

¹¹⁷ · Monteiro, José-Antonio y Teh, Robert, Provisions on Electronic Commerce in Regional Trade Agreements (June 2017). WTO Working Paper ERSD-2017-11 (July 2017), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3005148>

relativo a comercio digital en los procesos negociadores mencionados.¹¹⁸

Ahora bien, el escenario es todavía más complejo, con diversas velocidades y trayectorias dentro de cada bloque.¹¹⁹ En la propia AP, más allá de los acuerdos con EEUU, encontramos una interesante diversidad en materia de socios externos, cuya evolución resultará clave: los vínculos de Chile con TPP y el DEPA (en negociación); los de Colombia y Perú con UE, Japón y Corea del Sur; y los de México con el T-MEC y en el TL-CUEM.

En la región, los países con más acuerdos (suscriptos o en negociación) que incluyen capítulos o disposiciones sobre comercio digital son Chile (10 acuerdos, dos de ellos en negociaciones), seguido de México y Perú (ambos seis acuerdos), y Colombia (cinco acuerdos). Más atrás, encontramos a los países parte del MERCOSUR (todos con tres acuerdos, excepto Paraguay, con dos). En virtud de que ambos países han celebrado tanto acuerdos extra-regionales (ej. TPP o T-MEC) como acuerdos intra-regionales (Chile con Argentina, Uruguay y Brasil; México con Centroamérica) con disposiciones sobre comercio digital, cabe decir que Chile y México son los países de la región con una diplomacia comercial más orientada al ecosistema digital.

3.2

DISPOSICIONES SOBRE RDII, LOCALIZACIÓN DE DATOS Y DERECHOS ADUANEROS

El MERCOSUR y la AP y los acuerdos bilaterales entre países de la región (ej. acuerdos de Chile con Argentina, Uruguay o Brasil, o México-Centroamérica) no establecen disposiciones sobre RDII. Las disposiciones existentes se registran en los acuerdos con países o bloques extra-regionales (EEUU, UE, Japón, Corea del Sur y Australia, junto al TPP y el DEPA). A su vez, en términos de su ámbito de aplicación, se restringen a lo relativo a propiedad intelectual.

En la Figura 3 se enumeran (más recientes primero) los acuerdos entre países de la región y países o bloque extra-regionales que incluyen disposiciones sobre RDII. Se indica en cada caso el año, el capítulo al que pertenecen las disposiciones (en todos los casos, PI) y los artículos de interés.



118 · El acuerdo “en principio” está sujeto a la revisión legal y formal de los textos y las ofertas respectivas de acceso al mercado y por eso no se considera un texto legal definitivo.

119 · Otro aspecto de importancia para indagar en los alcances y límites de la agenda digital regional a nivel bloque e inter-bloque es el desarrollo institucional a nivel bloque. Sin embargo, no abordaremos aquí esta problemática porque nos desvía del foco. Digamos al menos que ambos bloques establecieron un área con un diseño institucional semejante para coordinar el desarrollo de una agenda digital conjunta a nivel de bloque, así como el diálogo inter-bloque: el Grupo Agenda Digital (GAD).

El GAD de la AP fue creado en julio de 2016, durante la XI Cumbre de la AP, como sub-grupo dependiente del Grupo de Innovación, con el “mandato de elaborar e implementar la Agenda Digital de la Alianza del Pacífico”. Casi un año más tarde, durante la cumbre presidencial de Cali, celebrada en junio de 2017, se lo promovió a Grupo de Agenda Digital, uno de los 24 grupos técnicos de la AP (GAD-AP).

El GAD del MERCOSUR, en tanto, fue creado a partir de fines de 2018, en espejo con dicha estructura en el AP, aunque con una leve aunque interesante diferencia: la incorporación de las “habilidades digitales” entre las cuestiones a desarrollar en el Grupo. Hasta entonces, el bloque suramericano inscribía las discusiones relativas a comercio electrónico en el Sub Grupo de Trabajo N°13, de comercio electrónico, y el N°1, de Comunicaciones.

Figura 3

Acuerdos de países latinoamericanos con disposiciones sobre RDII

- **T-MEC**
Artículo 19.17 (Servicios Informáticos Interactivos) establece distinción entre Servicios Informáticos Interactivos y Proveedor de Contenido de Información.
- **TPP**
Artículo 18.82 (Legal Remedies and Safe Harbours) de la Sección dedicada a los ISP (Section J).
- **Colombia-Corea del Sur**
“Medidas Especiales contra Infractores Reincidentes de Derecho de Autor en Internet” (Punto 3, artículo 15.8, capítulo sobre PI).
- **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).
- **Perú-Japón**
Capítulo sobre Derechos de Propiedad Intelectual (cap. 11) incluye un artículo relativo a Proveedores de Servicios de Internet (art. 185).
- **Chile-Australia**
Artículo específico sobre Responsabilidad de los Proveedores de Servicios en capítulo sobre PI (Artículo 17.40).
- **Acuerdos bilaterales de Chile, Perú y Colombia con Estados Unidos**
Artículos específicos en capítulos sobre PI.
- **TL-CUEM 2.0**
Artículos X-56 a X-58 de la sub-sección 2 de la Sección C del capítulo 20 sobre PI).

Fuente: elaboración propia

Como vemos, de los tres casos principales (México, Argentina y Uruguay), solo México ha incorporado disposiciones sobre RDII en sus acuerdos preferenciales. En el caso de Argentina y Uruguay, resalta el rol que han jugado los acuerdos bilaterales con Chile tanto con Argentina y Uruguay, y actualmente negocia con Brasil, así como el “acuerdo en principio” con la Unión Europea.

La Figura 4 está enfocada en los tres casos principales. Pone el foco en cuatro categorías: transferencia transfronteriza de datos, uso y la ubicación de instalaciones informáticas, derechos aduaneros, y no discriminación de flujos de información.

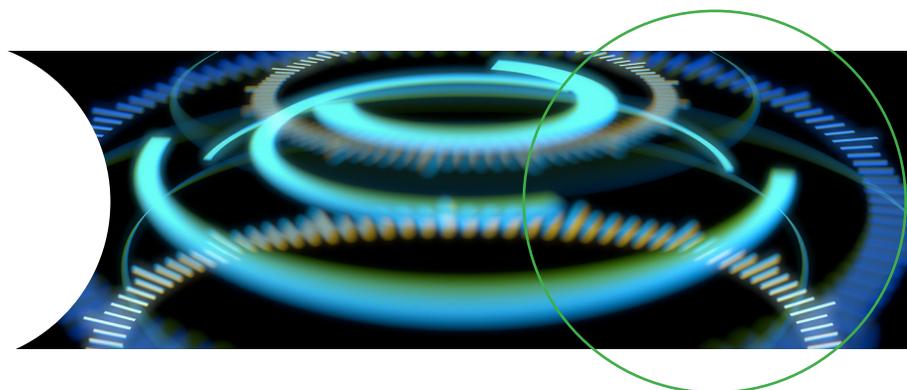


Figura 4

Transferencia transfronteriza de datos en México, Argentina y Uruguay

	MÉXICO	ARGENTINA	URUGUAY
Transferencia transfronteriza de datos	<p>México incorpora disposiciones sobre la libre transferencia transfronteriza de información para la actividad comercial en sus acuerdos, incluso a nivel intra-regional, desde 2004 (México-Panamá, México, Centro-América, TPP-11, AP, T-MEC).</p> <p>El borrador del TL-CUEM 2.0 incluye una cláusula de revisión con plazo de tres años después de su entrada en vigor para negociar disposiciones relativas al libre flujo transfronterizo de información.</p>	<p><i>Argentina-Chile</i> Se permite la transferencia transfronteriza de información para la actividad comercial. Misma fórmula que acuerdos de Chile con Uruguay y Brasil (en negociación).</p> <p><i>UE-MERCOSUR</i> (Acuerdo en principio)</p> <p>Establece disposiciones en materia de protección a la privacidad y flujos de datos personales (art. 54.1.f. ii).</p>	<p><i>Uruguay-Chile</i> Se permite la transferencia transfronteriza de información para la actividad comercial. Misma fórmula que acuerdos de Chile con Argentina y Brasil (en negociación).</p> <p><i>UE-MERCOSUR</i> (Acuerdo en principio)</p> <p>Establece disposiciones en materia de protección a la privacidad y flujos de datos personales (art. 54.1.f. ii).</p>
Ubicación de las instalaciones informáticas	<p>Los acuerdos más recientes firmados por México prohíben exigir la instalación o el uso de instalaciones informáticas como condición para la realización de negocios en ese territorio (TPP-11, AP, T-MEC).</p>	<p><i>Acuerdo Argentina-Chile</i> Se reconoce “la importancia de no exigir a una persona de la otra Parte usar o ubicar las instalaciones informáticas en el territorio de esa Parte, como condición para la realización de negocios en ese territorio”.</p>	<p><i>Acuerdo Argentina-Chile</i> A diferencia del acuerdo celebrado entre Chile y Argentina, el acuerdo entre Chile y Uruguay prohíbe las exigencias de uso y localización de instalaciones informáticas, y se acerca más al modelo adoptado en la AP, y por tanto México.</p>
Derechos arancelarios	<p>Se los prohíbe en acuerdos con Panamá, Centroamérica AP, CP-TPP, T-MEC, TL-CUEM 2.0</p>	<p>Se los prohíbe en el acuerdo con Chile y el acuerdo en principio UE-MERCOSUR</p>	<p>Se los prohíbe en el acuerdo con Chile y el acuerdo en principio UE-MERCOSUR</p>
Acuerdos que prohíben discriminar productos digitales	<p>Disposiciones específicas en acuerdos con AP, Centroamérica, TPP TMEC, TL-CUEM 2.0</p>	<p>Disposiciones generales en acuerdo con Chile</p>	<p>Disposiciones generales en acuerdo con Chile</p>

Fuente: elaboración propia

3.3 DISPOSICIONES SOBRE COMERCIO DIGITAL SEGÚN PAÍS

En esta sección se abordan los casos de Argentina, México y Uruguay, indagando en cuatro variables:¹²⁰

- Acuerdos internacionales que incluyen disposiciones sobre comercio electrónico y digital;
- Responsabilidad de Intermediarios en los acuerdos comerciales,
- Derechos aduaneros y disposiciones contra la discriminación de productos digitales, y
- Localización de instalaciones informáticas y flujos transfronterizos de información.

3.3.1 ARGENTINA

Acuerdos internacionales que incluyen disposiciones sobre comercio electrónico y digital

- MERCOSUR
- Argentina-Chile (vigente desde mayo 2019)
- UE-MERCOSUR (en negociaciones)

A su vez, Argentina es suscriptor de la Convención de Budapest sobre Ciberdelito desde 2018 y suscriptor del Convenio 108, ambos del Consejo de Europa.

Responsabilidad de Intermediarios en los acuerdos comerciales

Argentina no ha celebrado acuerdos internacionales que establezcan pautas vinculantes relativas a la RDII.

El **MERCOSUR** no incluye disposiciones sobre responsabilidad de intermediarios de Internet entre sus disposiciones relativas a propiedad intelectual.

El borrador del **acuerdo entre la UE y el MERCOSUR** tampoco incluye normativa específica. Lo único que dispone es que las partes deberán establecer pautas de cooperación y diálogo sobre los problemas regulatorios suscitados por el comercio electrónico sobre la base de términos y condiciones comunes, en relación con diversos aspectos específicos, entre los que se incluye “la responsabilidad de los proveedores de servicios intermediarios con respecto a la transmisión o el almacenamiento de información”. La cooperación debe enfocarse en intercambio de información sobre normativa y su implementación (capítulo sobre propiedad intelectual, *artículo 50, inciso b*).

¹²⁰ Para un análisis de los casos de Brasil, Chile, Colombia, Perú y Paraguay, ver el Anexo.

Derechos aduaneros y disposiciones contra la discriminación de productos digitales

Tanto el acuerdo con Chile como el acuerdo en negociación entre el MERCOSUR y la UE establecen que ninguna parte suscriptora podrá aplicar derechos aduaneros, tasas o cargos a la importación o exportación por medios electrónicos de productos digitales.

Ambos textos mencionan expresamente la posibilidad de imponer impuestos internos y otras cargas internas sobre productos digitales transmitidos electrónicamente.

El gobierno argentino informó en abril de 2020 que se retiraba de las negociaciones que las demás partes del MERCOSUR están celebrando con India, Corea del Sur, Canadá y El Líbano. Si bien no se conocen versiones de dichos procesos negociadores, es esperable que incluyan capítulos sobre comercio electrónico.

Localización de instalaciones informáticas y flujos transfronterizos de información

El **acuerdo Argentina-Chile** establece disposiciones respecto a las instalaciones informáticas y el flujo transfronterizo de datos. En concreto, dispone que cada Parte permitirá la transferencia transfronteriza de información por medios electrónicos, cuando esta actividad sea para la realización de la actividad comercial de una persona de una parte.

Dispone que cada Parte podrá tener sus propios requisitos regulatorios sobre la transferencia de información por medios electrónicos, pero que se permitirá la transferencia transfronteriza de información por medios electrónicos, incluyendo la información personal, cuando esta actividad sea para la realización de la actividad comercial de una persona de una Parte.

En materia de instalaciones informáticas, a diferencia de los acuerdos Chile-Uruguay o Chile-Brasil, el texto solo señala un norte, pero no establece pautas vinculantes. En concreto, dispone que las partes “reconocen la importancia de no exigir a una persona de la otra Parte usar o ubicar las instalaciones informáticas en el territorio de esa Parte, como condición para la realización de negocios en ese territorio”. Asimismo, sostiene que las partes se comprometen a intercambiar buenas prácticas, experiencias y marcos regulatorios vigentes respecto a la localización de servidores.

El **acuerdo en principio entre el Mercosur y la UE**, en tanto, establece disposiciones en materia de protección a la privacidad y flujos de datos personales. Sin embargo, deja en claro que dichas restricciones no deben aplicarse de un modo discriminatorio o de forma tal que resulten una barrera encubierta al comercio (54.1.f. ii).

Acuerdos internacionales que incluyen disposiciones sobre comercio electrónico y digital

- México-Panamá (3 abril 2004)
- México-Centroamérica (22 noviembre 2011)
- Alianza Pacífico (en vigor desde 2016)
- CP-TPP (en vigor para México desde 2018)
- T-MEC (en vigor desde julio de 2020)
- TL-CUEM 2.0

A su vez, México ha sido invitado a ser parte de la Convención de Budapest sobre Ciberdelito.

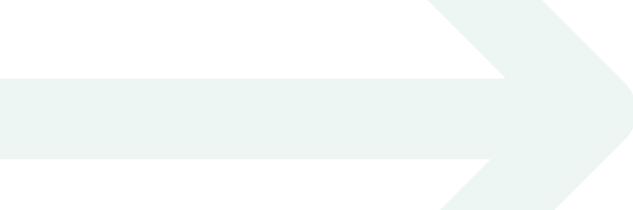
Responsabilidad de Intermediarios en los acuerdos comerciales

Acuerdos internacionales que incluyen disposiciones sobre RDII:

- TPP
- T-MEC
- TL-CUEM 2.0

El **Tratado Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico (TPP-11)** establece reglas vinculantes en la materia. En vigor desde diciembre de 2018, el acuerdo incorpora una sección dedicada a los ISP (Section J), cuyo artículo 18.82 (Legal Remedies and Safe Harbours) reconoce “la importancia de facilitar el desarrollo continuo de servicios en línea legítimos que operan como intermediarios” a la vez que requiere la existencia de “procedimientos de aplicación que permitan la acción efectiva de los titulares de derechos contra la infracción de derechos de autor”. En concreto, el artículo establece que la normativa debe incluir: a) incentivos legales para la cooperación entre ISPs y titulares de *copyright*; y b) limitaciones en la ley para evitar la imposición de condenas de daños a ISPs por violaciones al *copyright* que no controlan, inician o dirigen.

También dispone que cada parte debe prescribir en su normativa interna las condiciones para que los ISP califiquen entre las limitaciones mencionadas, o generar un marco a partir del cual exista una organización de partes interesadas que vele por elaborar guías para los ISP, monitorear las denuncias de uso indebido de material con *copyright* y certificar que efectivamente corresponda bajar cierto contenido de las redes, entre otras funciones.



En segundo lugar, el **Tratado de Libre Comercio México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC)**, en vigor desde julio de 2020, incluye un capítulo exclusivo sobre comercio digital, cuyo Artículo 19.17 (Servicios Informáticos Interactivos) establece normativa específica sobre responsabilidad de intermediarios. El artículo se basa en la distinción entre Servicios Informáticos Interactivos y Proveedor de Contenido de Información tal como se estableció en la sección 230 de la CDA de Estados Unidos.

Allí establece que “ninguna Parte adoptará o mantendrá medidas que traten a un proveedor o usuario de un servicio informático interactivo como proveedor de contenido de información para determinar la responsabilidad por daños relacionados con la información almacenada, procesada, transmitida, distribuida o puesta a disposición por el servicio, excepto en la medida en que el proveedor o usuario, en su totalidad o en parte, haya creado o desarrollado la información”.

No obstante, el acuerdo establece que el Artículo 19.17 no se aplicará a México hasta después de tres años de la fecha de entrada en vigor del Tratado (es decir, julio de 2023).

Finalmente, el acuerdo con la Unión Europea modernizado (**TLCUEM 2.0**) también incluye regulación específica en materia de *enforcement* de propiedad intelectual. Se trata de los artículos X-56 a X-58 de la sub-sección 2 de la Sección C del capítulo 20 (Propiedad Intelectual). Allí, no se establecen excepciones a la responsabilidad de los intermediarios, sino que se les otorgan prerrogativas a los magistrados para emitir órdenes tanto contra infractores supuestos como contra intermediarios (incluyendo proveedores de servicios de Internet).

En concreto, se establecen medidas provisionales, sanciones y mandatos. De acuerdo con las medidas provisionales, cada parte asegurará que, ante pedido de una parte vulnerada, las autoridades judiciales puedan, entre otras prerrogativas, emitir una orden interlocutoria contra el presunto infractor destinada a prevenir cualquier infracción inminente o la continuación de las presuntas infracciones, así como contra un intermediario (cuyos servicios están siendo utilizados por un tercero para infringir un derecho de propiedad intelectual).

Derechos aduaneros y disposiciones contra la discriminación de productos digitales

Todos los acuerdos firmados por México mencionados supra establecen que ninguna parte suscriptora podrá aplicar derechos aduaneros, tasas o cargos a la importación o exportación por medios electrónicos de productos digitales.

Algunos acuerdos firmados por México (en concreto, los más recientes) mencionan expresamente la posibilidad de imponer impuestos internos y otras car-

gas internas sobre productos digitales transmitidos electrónicamente (AP, TPP, TMEC y Mx-UE).

Algunos acuerdos firmados por México también establecen la prohibición de discriminar productos digitales (AP, Mx-Centroamérica, TPP, TMEC y Mx-UE).

Localización de instalaciones informáticas y flujos transfronterizos de información

Los acuerdos más recientes firmados por México establecen que ninguna parte podrá exigir a una persona cubierta usar o localizar instalaciones informáticas en el territorio de esa parte, como condición para el ejercicio de su actividad de negocios, aunque se reconocen excepciones para alcanzar un objetivo legítimo de política pública (TPP-11, AP, T-MEC).

El primer acuerdo que estableció disposiciones sobre el libre flujo transfronterizo de datos para México fue el **acuerdo con Panamá**, de 2004, lo que lo posiciona como un acuerdo pionero. Su artículo 14.10 establece que “Cada Parte permitirá que sus personas y las personas de la otra Parte transmitan información electrónica, desde y hacia su territorio, cuando sea requerido por dicha persona, de conformidad con la legislación aplicable en materia de protección de datos personales y tomando en consideración las prácticas internacionales”.

El primer acuerdo que estableció disposiciones sobre localización de datos para México fue la **AP** (en su Primer Protocolo Modificatorio al Primer Protocolo Adicional al Acuerdo Marco), si bien como reflejo de lo que se estaba negociando en el CP-TPP.¹²¹

- Derechos aduaneros (Art. 13.4)
- No discriminación de productos digitales (13.4 bis).
- Transferencia transfronteriza de información (Art. 13.11).
- Uso y Localización de instalaciones informáticas (Art. 13. 11Bis)

Finalmente, el “**acuerdo en principio**” con la UE contiene una cláusula de revisión que establece que tres años después de su entrada en vigor será necesario negociar disposiciones relativas al libre flujo transfronterizo de información.

¹²¹ · El primer inciso del 13.11 establece que “Las Partes reconocen que pueden tener sus propios requisitos regulatorios para la transferencia de información por medios electrónicos”. No obstante, su segundo inciso ciñe un poco más la discrecionalidad, al definir que “Cada parte permitirá la transferencia transfronteriza de información por medios electrónicos, incluyendo la transferencia de información personal, para el ejercicio de la actividad de negocios de una persona cubierta”. El Artículo 13.11 Bis, relativo a la localización de datos, es más tajante, en tanto dispone que “Ninguna Parte podrá exigir a una persona cubierta usar o localizar instalaciones informáticas en el territorio de esa Parte, como condición para el ejercicio de su actividad de negocios”. Sin embargo, se deja constancia que esto no impedirá a una Parte “adoptar o mantener medidas incompatibles” con dicho requisito “para alcanzar un objetivo legítimo de política pública, siempre que dichas medidas no se apliquen en forma que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable, o una restricción encubierta al comercio”.

Acuerdos internacionales que incluyen disposiciones sobre comercio electrónico y digital

- MERCOSUR
- Uruguay-Chile (en vigor desde 2019)
- UE-MERCOSUR (en negociaciones)

A su vez, Uruguay está en proceso de ser invitado a participar de la Convención de Budapest sobre Ciberdelito.

Responsabilidad de Intermediarios en los acuerdos comerciales

Uruguay no ha celebrado acuerdos internacionales que establezcan pautas vinculantes relativas a la RDII.

El **MERCOSUR** no incluye disposiciones sobre responsabilidad de intermediarios de Internet entre sus disposiciones relativas a propiedad intelectual.

El borrador del **acuerdo entre la UE y el MERCOSUR** tampoco incluye normativa específica. (Ver análisis incluido en columna dedicada a Argentina).

Derechos aduaneros y disposiciones contra la discriminación de productos digitales

Como en el caso de Argentina, tanto el acuerdo de Uruguay con Chile como el acuerdo en negociación entre el MERCOSUR y la UE establecen que ninguna parte suscriptora podrá aplicar derechos aduaneros, tasas o cargos a la importación o exportación por medios electrónicos de productos digitales.

Ambos textos mencionan expresamente la posibilidad de imponer impuestos internos y otras cargas internas sobre productos digitales transmitidos electrónicamente.

En tanto país parte del MERCOSUR, Uruguay está actualmente celebrando negociaciones avanzadas con la Unión Europea, y en estado más inicial con India, Corea del Sur, Canadá y El Líbano. Si bien no se conocen versiones de estos últimos procesos negociadores, es esperable que incluyan capítulos sobre comercio electrónico. En especial el acuerdo con Canadá, que forma parte del T-MEC.

Localización de instalaciones informáticas y flujos transfronterizos de información

El **acuerdo Uruguay-Chile** establece disposiciones respecto a las instalaciones informáticas y el flujo transfronterizo de datos. A diferencia del celebrado entre Chile y Argentina, que plantea disposiciones menos restrictivas, el acuerdo entre Chile y Uruguay avanza más en materia de regulación de los flujos transfronterizos de datos y de prescripción de las exigencias de localización de instalaciones informáticas. En tal sentido, la fórmula de la letra sigue más el modelo adoptado en la AP.

En concreto, dispone que cada Parte permitirá la transferencia transfronteriza de información por medios electrónicos, incluyendo la información personal, cuando esta actividad sea para la realización de la actividad comercial de una persona de una Parte.

En segundo lugar, establece que una Parte no podrá exigir a una persona de la otra Parte usar o ubicar las instalaciones informáticas en el territorio de esa Parte, como condición para la realización de negocios en ese territorio. Sin embargo, reconoce que cada Parte podrá tener sus propios requisitos regulatorios relativos al uso de instalaciones informáticas, como por ejemplo para asegurar la seguridad y confidencialidad de las comunicaciones.

Ahora bien, en ambos aspectos se admite la imposición de medidas incompatibles con sendas disposiciones para alcanzar un objetivo legítimo de política pública, siempre que las medidas no se apliquen de forma que constituyan un medio de discriminación arbitraria o injustificable, o una restricción encubierta al comercio.

El borrador de **acuerdo entre el Mercosur y la UE**, en tanto, establece disposiciones en materia de protección a la privacidad y flujos de datos personales (art. 54). Para no redundar en el análisis de las disposiciones incluidas, ver la columna detallada sobre Argentina.

3.4 LOS PAÍSES DE LA REGIÓN EN EL GRUPO DE TRABAJO SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO DE LA OMC

Si bien la OMC atraviesa un proceso de reforma estructural de resultado incierto, en los últimos años se ha posicionado como el principal organismo multilateral para explorar la creación de normas de cooperación reguladora en materia de economía digital. No obstante, cabe mencionar tres hechos clave que definen los alcances y límites de esta trayectoria:

- i) no es el conjunto de 164 países parte de la OMC el que impulsa este nuevo rol para el organismo, sino una coalición plurilateral de 81 países que

integran el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico (GTCM-OMC), constituido en 2018 a partir de un mandato original de 1998;

ii) los países que integran dicha coalición, dispuestos a iniciar los trabajos exploratorios en la materia, coinciden en que la moratoria de la imposición de derechos de aduana a las transmisiones electrónicas ha de volverse permanente o por lo menos prorrogarse. Dicho consenso, con sus matices, es el núcleo de la coalición, y se manifiesta en las repetidas prórrogas a la moratoria establecida por la OMC en 1998 a la imposición de derechos de aduana a las transmisiones electrónicas. Sin embargo, estas prórrogas son un instituto de baja institucionalización, el cual responde a un delicado equilibrio de poderes, cuya continuidad en el tiempo no está asegurada¹²²; y

iii) existen ciertos países con economías emergentes de peso, como India y Sudáfrica, que todavía cuestionan que la OMC deba avanzar en estas cuestiones, y proponen en cambio que dicho rol sea ejercido por la agencia de Naciones dedicada a Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Asimismo, dichos países se han manifestado a favor de revisar el alcance de la moratoria, en virtud de que consideran que dicho instrumento fue creado para poner freno a la arancelización de productos físicos, cuando lo que va en aumento es el intercambio de productos digitalizables.¹²³

Ahora bien, en lo que refiere estrictamente a nuestra región se da algo interesante: dentro del GTCM-OMC encontramos a buena parte de los países latinoamericanos, y más específicamente, a todos los países que integran los bloques sub-regionales MERCOSUR y AP. Esto suscita un interrogante: la pertenencia al Grupo de Trabajo en Comercio Electrónico de la OMC (con 81 miembros, de los 164 que forman parte del organismo), ¿puede servir como vector de convergencia regional, tanto a nivel bloque como interbloque?

La respuesta es, por el momento negativa, pues no hay mayor coordinación en el foro, ni siquiera considerando la oportunidad que se abre a partir de las tensiones planteadas en torno a la postergación de la moratoria sobre derechos aduaneros a productos digitales.

Los países de la AP exploraron una agenda conjunta, pero como se verá, muy limitada. Argentina ha tendido algunos puentes con países de la región, y precisamente para referirse a aspectos relativos a la Propiedad Intelectual (comunicación con Costa Rica y Colombia, y comunicación con Brasil). Asimismo, fue durante la cumbre de la OMC en Buenos Aires en 2018 que se sentaron las bases

122 · En materia impositiva, en tanto, el consenso creciente parece ser permitir la imposición de impuestos o tasas internas. Esto surge de muchas de las comunicaciones presentadas por países parte del Grupo de Trabajo de la OMC, y de muchos de los acuerdos preferenciales de comercio con disposiciones sobre comercio electrónico. Aquí incluimos a los países latinoamericanos.

123 · Este tipo de controversia en torno al foro internacional preferido para ejercer un rol de vector en materia de ciberdiplomacia no es algo nuevo. En los años 80 asistimos a la polémica en torno a dónde debían definirse los estándares de Internet, ya en la OSI ya en la IEEE, y en los años 90 y durante los primeros años del siglo XXI se planteó una discusión semejante acerca del rol de la ICANN y la ITU en materia de gobernanza de Internet.

para la consolidación del bloque, y la incorporación de China. No obstante, se trata de un desarrollo incipiente. El país de la región más activo en este foro ha sido Brasil, lo que acaso indique una cierta preferencia por una ciberdiplomacia comercial más basada en un formato plurilateral y multilateral *vis a vis* acuerdos regionales de comercio. No obstante, esto no se ha traducido en una búsqueda de proyección de liderazgo a nivel sub-regional o regional.

En conjunto, los países latinoamericanos han elaborado seis comunicaciones: cuatro presentó Brasil (una en conjunto con Argentina), otra la Argentina (en conjunto con Colombia y Costa Rica) y otra los países que conforman la Alianza Pacífico.¹²⁴



La comunicación de Brasil y la Argentina (firmada por Brasil, luego revisada para incluir a la Argentina) se centra en la cuestión del derecho de autor, y por tanto tiene implicancias sobre la cuestión de la RDII. En concreto, enfoca en el equilibrio de derechos y obligaciones, y parte del concepto de “insuficiencia de valor”, al que define como la “diferencia entre la tasa de aumento de las regalías distribuidas a los titulares de derechos de autor y la tasa de aumento de los ingresos digitales globales”. También aborda cuestiones como transparencia y jurisdicción (INF/ECOM/16/Rev.1).

El país latinoamericano que más activo se ha mostrado en este foro ha sido Brasil. Más allá del documento co-firmado por Argentina, el documento que sintetiza mejor la posición de Brasil es el INF/ECOM/27. Allí se consigna una serie de “principios relativos al acceso a Internet y su utilización para el comercio digital”. Se plantean disposiciones posibles sobre transferencia transfronteriza de información por medios electrónicos y protección de datos personales, y se establece una serie de parámetros para las excepciones a las futuras reglamentaciones.

La comunicación de la Argentina, Colombia y Costa Rica (INF/ECOM/1), en tanto, pone el foco en el comercio de mercancías y el comercio de servicios, aunque también hace mención al régimen ADPIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio). El *paper* propone “establecer un programa de negociación amplio y coherente que englobe todos los aspectos pertinentes del comercio electrónico y tenga en cuenta todas las disciplinas pertinentes de la OMC”. A su vez, procura “centrarse en aclarar las disciplinas existentes de la OMC y en establecer nuevas normas cuando sea necesario”, en tanto considera que “la finalidad no sería entablar amplias negociaciones sobre el acceso a los mercados, sino centrarse en las cuestiones y los sectores que contribuyen al desarrollo del comercio de mercancías y servi-

¹²⁴ · Un detalle digno de mencionar sobre Brasil es su alto grado de activismo en el Grupo de Comercio Electrónico de la OMC, si bien no en materia de negociaciones sobre comercio digital en el plano bilateral o sub-regional, lo que acaso indique una preferencia por una ciberdiplomacia comercial más basada en un formato pluri y multilateral *vis a vis* acuerdos preferenciales de comercio.

cios directamente relacionados con las actividades de comercio electrónico”. En tal sentido, consigna que “la negociación de nuevas disciplinas deberá basarse en la aclaración de las disciplinas existentes que figuran en el AGCS y en otros instrumentos de la OMC, y en lo posible, en las normas internacionales pertinentes cuando existan”.

En materia de desarrollo, por último, se plantea la necesidad de “disponer de flexibilidad en la consolidación de la apertura de los mercados y en el establecimiento de nuevos compromisos sobre cuestiones de reglamentación”.

Finalmente, el *paper* presentado de forma conjunta por México, Colombia, Perú y Chile (INF/ECOM/35) presenta la particularidad de que plantea una propuesta de texto inicial “inspirada en compromisos actuales del marco de la Alianza del Pacífico”. La propuesta está centrada en la cooperación, y consiste en señalar la importancia de cinco líneas de acción:

- a) trabajar conjuntamente para facilitar el uso del comercio electrónico por las microempresas y las pequeñas y medianas empresas;
- b) intercambiar información y experiencias sobre leyes, reglamentos y programas en la esfera del comercio electrónico, en particular los relacionados con la protección de la información personal, la protección del consumidor, la seguridad de las comunicaciones electrónicas, la autenticación, los derechos de propiedad intelectual y el gobierno electrónico;
- c) colaborar para mantener los flujos transfronterizos de información como un elemento esencial en el fomento de un entorno dinámico para el comercio electrónico;
- d) fomentar el comercio electrónico promoviendo la elaboración de códigos de conducta, contratos modelo, sellos de aprobación, directrices y mecanismos que utilice el sector privado; y
- e) participar activamente en foros regionales y multilaterales para promover el desarrollo del comercio electrónico.



ANÁLISIS PROSPECTIVO DE ESCENARIOS REGIONALES



Este capítulo está dedicado al análisis prospectivo, el cual está basado en dos ejes: la velocidad de la transformación digital (ralentización-aceleración) y el grado de coordinación entre las agendas digitales de los países de la región (convergencia-divergencia).

Como resultado, se plantean cuatro escenarios estilizados posibles:

- Escenario 1: Ralentización digital + divergencia regional
- Escenario 2: Ralentización digital + convergencia regional
- Escenario 3: Aceleración digital + divergencia regional
- Escenario 4: Aceleración digital + convergencia regional

Se consideran los países que integran el MERCOSUR (Argentina, Uruguay, Brasil y Paraguay) y la Alianza Pacífico (Chile, México, Colombia, Perú), en tanto los bloques subregionales a los que pertenecen los tres casos de interés específico (Argentina, México y Uruguay).

En cada caso se considera el impacto potencial de la pandemia del virus Covid-19.

Cabe señalar que la mirada particular sobre la RDII se inscribe en una perspectiva más amplia de la economía digital, que procura analizar tres dimensiones complementarias: i) Estrategias y políticas de desarrollo del ecosistema digital nacional; ii) Gobernanza de los flujos de datos; y iii) Estrategias y políticas de inserción en el ecosistema digital global.

La estructura del capítulo es la siguiente. En primer lugar, se definen y describen los ejes que explican los escenarios, y las tres dimensiones bajo análisis. A continuación, se presenta un análisis comparado de los cuatro escenarios para las tres dimensiones bajo análisis. Finalmente, se considera el impacto de la pandemia de Covid-19, indagando en los modos en que puede favorecer y dificultar ciertos escenarios.

4.1 SOBRE LOS EJES Y LOS ESCENARIOS

El primer eje se relaciona con los procesos de transformación digital a nivel nacional. La construcción tipo ideal se hace atendiendo al factor tiempo. Dis-



tinguimos así entre dos categorías: *aceleración* y *ralentización*.

Por “aceleración” nos referimos a una respuesta tipo ideal en la que los gobiernos procuran maximizar la transición digital, la innovación tecnológica y el libre flujo de información para el desarrollo temprano de bienes públicos y ventajas competitivas para las partes interesadas de base nacional, en particular, compañías y talento locales (*vis a vis* sus competidores en países con economías semejantes, incluso en la región).

Esto contempla políticas en materia de conectividad y acceso universal a TICs, modernización, digitalización, simplificación y agilización de la administración pública, creación de instituciones con mayor acceso por parte del ciudadano y con capacidad de coordinación estratégica e integración intersectorial de múltiples partes interesadas, provisión de bienes públicos para el ecosistema basado en datos (por ej. estándares comunes para infraestructura crítica a nivel técnico y lógico, puntos de intercambio de tráfico, obras de infraestructura para una logística integrada, *frameworks* comunes a nivel regulatorio, estándares comunes para una gobernanza de datos abiertos en los organismos públicos), digitalización de servicios de interés público, políticas de ciudadanía digital, creación de programas de inclusión digital para grupos vulnerables, estrategias de concientización en el uso responsable de herramientas digitales, desarrollo de habilidades digitales y programas de transferibilidad de trabajadores en profesiones en declive a profesiones emergentes, creación de incentivos fiscales y financieros para el fomento de industrias con base en la economía del conocimiento y para el impulso de procesos de transformación digital a nivel organizacional, estrategias para incrementar la participación y competitividad nacional en los flujos globales y regionales de comercio digital, y normativas inteligentes sobre responsabilidad de intermediarios basadas en principios y aplicables de forma flexible.

Por “ralentización” nos referimos a una respuesta tipo ideal donde los gobiernos reglamentan de forma tutelar los flujos de información, en la esfera pública digital o en el comercio digital, para reducir los potenciales riesgos de la transición digital en materia de gobernanza o economía. Esto es, para defender cierta noción del orden social en la esfera pública digital, o sostener el valor de las ventajas competitivas de los actores económicos predominantes (*vis a vis* los actores de la economía digital, tanto externos como locales).

Esta respuesta también implica una política destinada a “ganar tiempo” para el desarrollo de capacidades endógenas mediante la postergación de un acuerdo sobre comercio digital en la OMC. De este modo, se ralentiza en el nivel global pero con el objeto de obtener mayor margen de maniobra para acelerar en el nivel nacional. Esto también pasaría, por ejemplo, si a nivel local se combinan subsidios para sectores más expuestos a la transformación digital combina-

do con una estructura de incentivos para su cambio organizacional y para el desarrollo de habilidades digitales a nivel masivo. Se ralentiza en un sentido para acelerar en otro. El problema es que es difícil identificar en qué casos la ralentización sería una preferencia, o más bien una estrategia para lograr una preferencia.¹²⁵

Hecha la aclaración, aquí encontramos políticas tendientes a incrementar los puntos de control estatal sobre el ecosistema digital y limitar los puntos de intercambio a nivel internacional; normativas reglamentaristas que hacen responsables a los intermediarios a partir de enfoque ampliado de la responsabilidad objetiva y los inscriben en una gobernanza tutelada de la esfera pública;¹²⁶ elevado nivel regulatorio en torno a la actividad desplegada en la Red con algún punto de conexión a nivel local, requisitos restrictivos de localización de datos a las compañías extranjeras e incluso a compañías locales, límites irracionales para el flujo transfronterizo de datos, normativas de ciberseguridad con estándares definidos de manera abierta o criterios opacos, que no se diferencian tan fácilmente de las relativas al diseño de un proteccionismo digital; y el establecimiento de derechos arancelarios sobre productos digitales.

El segundo eje se relaciona con los procesos de cooperación e integración regional impulsados por los países bajo estudio, AP y MERCOSUR. Aquí la cuestión no es el factor tiempo sino el factor espacio, en especial, la región. Lo que nos interesa son las posibles respuestas estratégicas a nivel subregional y regional de los gobiernos nacionales a los desafíos comunes que presenta el comercio digital global. Atendiendo a la distribución de preferencias de los países de la región, distinguimos entre dos categorías ideales: *divergencia* y *convergencia*.

Por “convergencia” nos referimos a una respuesta ideal donde los gobiernos de los países del MERCOSUR y la AP establecen una política de cooperación incremental en materia de comercio digital, con el objetivo de desarrollar ventajas conjuntas, y consolidar el ecosistema digital latinoamericano, un mercado común de mas de 520 millones de usuarios potenciales, capaz de impactar en la gobernanza y la participación del comercio global.

Aquí encontramos políticas que establecen disposiciones comunes sobre co-

125 · Aquí recuperamos la lectura de Gonzalo Bustos del planteo de Jeffry Frieden (1999), según la cual (Frieden) “sostiene que la proyección de una interacción social (como la inserción de un país en un orden internacional cada vez más interdependiente) presenta varios resultados posibles, a los que cada dirigencia política clasifica según su propio orden de preferencias, las cuales moldearían los intereses nacionales. La noción de “interés nacional” confunde entonces dos cosas diferentes, afirma Frieden: las preferencias y las estrategias”. Ver Bustos, 2016, p. 334).

126 · Esta gobernanza “tutelada” sería una respuesta a una esfera digital que ha sido securitizada. Por “securitización” se parte de los estudios de Barry Buzan, Ole Wæver, and Jaap de Wilde, (1998). Esto es, se parte de la teoría constructivista de que la realidad es una construcción social que debe ser abordada como un complejo evolutivo (Kratochwill, 2013), y se sostiene que ciertos discursos pueden ser construidos como “amenazas” para el orden que se pretende proteger, y por tanto ser objeto de políticas de seguridad. En tal sentido, la securitización de las esferas públicas (digitales ya no tiene sentido aclararlo, por cierto) supone que los contenidos que allí circulan requieren una tutela, como una forma de mitigar los riesgos para la gobernanza.

mercado digital; consenso en torno a principios (de aplicación flexible a cada complejo institucional) sobre responsabilidad de intermediarios que fomentan el desarrollo del ecosistema digital y resguardan la tradición regional en derechos humanos; reconocimiento entre los países de reglas adecuadas para el flujo transfronterizo de datos mediante herramientas de fácil acceso y uso y constitución de una zona regional de intercambio seguro; fortalecimiento de su participación y una voz común en los foros de la ciberdiplomacia, tanto en foros multilaterales (OMC, ITU, GGE) como multisectoriales (IGF, LACIG-F);¹²⁷ programas de financiamiento regionales para la infraestructura digital; estrategias conjuntas para el armado de programas de inclusión digital en la región, desarrollo de habilidades digitales y transferibilidad de trabajadores de profesiones en declive a profesiones emergentes;¹²⁸ incentivos para la creación de puntos de interconexión; la ampliación de los mandatos y recursos de la Agenda Digital para América Latina y el Caribe (eLAC2020) a nivel regional, y del Grupo Agenda Digital (GAD) en el MERCOSUR y la AP, mediante mayores capacidades de coordinación estratégica e integración intersectorial; y a nivel más general, programas de desarrollo, investigación e innovación conjuntos.

En su máxima expresión, esta respuesta ideal de “convergencia” regional se podría manifestar en un acuerdo sobre comercio y desarrollo digital, orientado a generar una zona de intercambio seguro de 520 millones de usuarios donde se fomenta la innovación tecnológica y se respetan los derechos humanos. Este combinaría: una agenda de base (ej. despapelización, reconocimiento de certificados de firma digital, transparencia en normas sobre economía digital); con disposiciones orientadas a generar un ecosistema digital con escala regional (ej. estándares comunes para una gobernanza de datos abiertos en los organismos públicos, cooperación en ciberseguridad, reconocimiento soluciones de pago digitales, eliminación definitiva de aranceles a servicios digitales entre las partes, y prescripción de la exigencia de localización de instalaciones informáticas salvo excepciones basadas en motivos de seguridad pública, en especial en materia de salud); y ciertos elementos de una regulación de avanzada (ej. disposiciones sobre abordaje ético de la inteligencia artificial, uso de *blockchain* en salud para trazabilidad de medicamentos, estándares comunes para el teletrabajo y la telemedicina).

Por “divergencia” nos referimos a la respuesta ideal donde los gobiernos de los países del MERCOSUR y la AP elaboran estrategias unilaterales y no cooperativas de inserción en el ecosistema digital global, para mantener o desarrollar ventajas

127 · Partimos de considerar la participación en el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico de la OMC, como es el caso de los países parte tanto de la AP como del MERCOSUR, como un indicador o proxy de los que están más interesados en dinamizar esta agenda de comercio digital en el marco de la OMC. Esto, vis a vis los países que forman parte de la OMC pero no integran dicho grupo en general, y en particular, los países que, como India y Sudáfrica, proponen postergar las negociaciones, enfocarlas en las cuestión del desarrollo, y trasladarlas al ámbito de la UNCTAD, en lugar de la OMC, en tanto foro multilateral pleno.

128 · Ver el informe conjunto del Banco Interamericano Desarrollo (BID) y LinkedIn (Microsoft), denominado ¿Hasta dónde pueden llevarte tus habilidades? Cómo utilizar los datos masivos para entender los cambios en el mercado laboral (Nota técnica BID, IDB-TN-1501, agosto 2018).

en materia comercial y geopolítica (*vis a vis* países con menores recursos relativos para impulsar procesos de transformación digital, en especial en la región).¹²⁹

Aquí encontramos falta de coordinación en políticas públicas y dinámicas de competencia intrabloque e interbloque; desconfianza en los flujos transfronterizos de datos a nivel regional; medidas restrictivas de los flujos de datos transfronterizos (por factores económicos o de seguridad nacional); normativas de ciberseguridad con criterios heterogéneos, a veces deliberadamente opacos, y en general desafectas a la construcción de medidas de confianza; mecanismos de proteccionismo digital (como localización de datos o derechos aduaneros a productos digitales); falta o disminución de estándares para atraer inversiones en negocios digitales (“race to the bottom”); divergencia de posiciones en los foros multilaterales como multisectoriales; el predominio de acuerdos sobre comercio digital extrazona *vis a vis* intrazona; y pujas para atraer talentos en transformación digital a nivel global, pero en especial regional. Si existen planes sostenidos de transformación digital a nivel nacional, la falta de coordinación y la desconfianza a nivel regional dificulta el desarrollo de efectos de red para negocios digitales, reglas consensuadas para los intermediarios de Internet, y estándares comunes para una zona de intercambio seguro de información.

A nivel institucional, el diálogo incipiente y el intercambio de experiencia entre los Grupos de Agenda Digital (GAD) de la Alianza Pacífico y el MERCOSUR se estanca. Los países con mayor apertura comercial, como los asociados en la Alianza Pacífico y en especial los integrantes de la OCDE, profundizan dicha dirección aperturista, aunque postergando el liderazgo emergente que supieron mostrar en materia digital. Los países con menor apertura comercial, como los asociados en el MERCOSUR, profundizan sus tendencias centrífugas y celebran acuerdos con diversos actores sin una agenda digital común, lo que erosiona aún más la “unión aduanera imperfecta” y disrumpe definitivamente la fórmula 4+1 de la Decisión 32/2000.

En materia de responsabilidad de intermediarios, la pauta es el disenso, la multiplicidad de normas alternativas e interpretaciones en el plano jurisprudencial. Mencionamos tres vectores que pueden introducir fuerzas centrífugas en las políticas públicas: la diversidad creciente de acuerdos con disposiciones sobre comercio digital (por ejemplo, diversos enfoques sobre intermediarios en T-MEC y TL-CUEM 2.0); la diversa gravitación política de los actores establecidos en medios y propiedad intelectual en cada país (de manifiesto en un sentido reactivo en Argentina en 2018, y de un modo proactivo en México en 2020); y las crecientes prerrogativas estatales en materia de reglamentación de los mecanismos de moderación de contenidos (como en Brasil y en Estados Unidos). Como resultado, se configura 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.

129 · Cabe enfatizar que ambas distinciones son así de tajantes en su carácter binario solamente a los fines ilustrativos de un análisis prospectivo. Es evidente que en la realidad la norma sería el gris. En el primer eje esta idealización conceptual es más evidente o al menos nos resulta más obvia porque nos referimos a un proceso más reciente, cuya evolución todavía resulta totalmente incierta. En el segundo eje, en cambio, podemos acudir a la historia, en virtud de que el proceso de cooperación regional es de larga duración. Como señala Bustos, el Mercosur siempre estuvo caracterizado por la coexistencia de líneas de divergencia y convergencia se daba tanto en el Mercosur. Bustos, Gonzalo (2016). *Inserción estratégica suramericana: alcances y límites de los intereses conjuntos en América del Sur (1985-2015)*, Eudeba, Buenos Aires, 2016.

4.2 SOBRE LAS DIMENSIONES DE ANÁLISIS

En cada escenario, se consideran tres dimensiones:

i) Estrategias y políticas de desarrollo del ecosistema digital nacional

Aquí el concepto clave es *economía*. Se incluye la discusión sobre economía digital y desarrollo de un ecosistema basado en datos de base nacional. Estrategias de desarrollo, reglas de juego respecto a las responsabilidades de los intermediarios de Internet, normativa nacional sobre comercio electrónico y digital, incentivos, impuestos, derechos aduaneros, mecanismos de compensación. El fenómeno del “proteccionismo digital” se incluye aquí sustentado en su manifestación más clara hasta la fecha a partir de medidas de localización de datos, así como las dinámicas de *race to the bottom*. También se incluyen las políticas de formación de habilidades digitales masivas y los procesos de transformación digital de organizaciones, en especial las públicas.

ii) Gobernanza de los flujos de datos

Aquí el concepto clave es *flujos de datos*. Encontramos normativa sobre flujos transfronterizos de datos, protección de datos personales, ciberseguridad, localización de datos (por ej. disposiciones sobre instalaciones informáticas en AP o acuerdos bilaterales de Chile con Argentina, Uruguay y Brasil), y disposiciones sobre responsabilidad de los intermediarios relativas a su rol en la esfera pública (por ej. disposiciones sobre libertad de expresión y restricciones por motivos de seguridad nacional, seguridad democrática o afectación al honor).

iii) Estrategias y políticas de inserción en el ecosistema digital global

Aquí el concepto clave es la *región*. ¿Se coopera o se compite? La cooperación, ¿se da a nivel bloque (MERCOSUR, AP), interbloque o a partir de otros vectores?¹³⁰ La agenda de comercio digital, ¿es una agenda defensiva u ofensiva? ¿Qué trayectoria se sigue en el nivel global y regional en materia de ciberdiplomacia?¹³¹ ¿Qué grado de coordinación en políticas digitales existe en los bloques regionales, a nivel diálogo AP-MERCOSUR, o en el nivel bilateral en la región?

130 · Por ej., el conjunto de acuerdos bilaterales de Chile con tres países MERCOSUR con disposiciones sobre comercio digital, si bien todavía inicial, plantea un esquema más de red tipo hub-and-spoke, alternativo al esquema de cooperación e integración en bloques sub-regionales.

131 · Por “ciberdiplomacia” entendemos la diplomacia de normas relativas a la gobernanza de los sistemas ciber-físicos. Hacemos propia la definición base de Shaun Riordan (2019), que la define como la diplomacia de normas relativas a la gobernanza del ciberespacio. Es una definición que ha sido tomada por los gobiernos de algunos países, como en el caso de Argentina. En su Glosario de Términos sobre Ciberseguridad, del Comité de Ciberseguridad de 2018, cita al investigador y diplomático norteamericano, y la define como “la diplomacia puesta al servicio de la cooperación y creación de normas para el ciberespacio”.

4.3 LOS CUATRO ESCENARIOS

Como se dijo ya, los atributos en cada escenario se ordenan en tres dimensiones. En las figuras 5, 6 y 7, respectivamente, se presenta una síntesis de cada una de ellas, con matrices que permiten un análisis comparativo entre los diversos escenarios.¹³²

Figura 5
Desarrollo del ecosistema digital de base nacional

Dimensión/ escenarios	ESCENARIO 1 Ralentización digital + divergencia regional	ESCENARIO 2 Ralentización digital + convergencia regional	ESCENARIO 3 Aceleración digital + divergencia regional	ESCENARIO 4 Aceleración digital + convergencia regional
<p>Desarrollo del ecosistema digital de base nacional</p> <p><i>Estrategias de desarrollo, reglas de juego respecto a las responsabilidades de los intermediarios de Internet, normativa nacional sobre comercio electrónico y digital, incentivos, impuestos, derechos aduaneros, mecanismos de compensación, formación de habilidades digitales y procesos de transformación digital</i></p>	<p>Normas reglamentaristas sobre responsabilidad de intermediarios en línea con una visión estricta de la responsabilidad objetiva.</p> <p>Normas de localización de datos y derechos aduaneros a productos digitales como bases para diversos esquemas nacionales de proteccionismo digital.</p> <p>Mecanismos de compensación que favorecen a los actores establecidos de medios (ej. impuestos al click) y de propiedad intelectual (ej. “mayores esfuerzos”).</p>	<p>Medidas de proteccionismo digital a nivel nacional y de bloque, a partir de cierta coordinación en políticas de localización de datos y derechos aduaneros a productos digitales.</p> <p>Adopción de una norma reglamentarista sobre responsabilidad de intermediarios a nivel nacional, a partir de la internalización de normas modelo en MERCOSUR y AP, en línea con una visión estricta de la responsabilidad objetiva (riesgo creado). Se impone un incremento de cargas para los actores de la economía digital, en particular para los prestadores de servicios de Internet.</p>	<p>En búsqueda de mayor espacio para políticas de desarrollo acelerado a nivel nacional, se recurre a medidas de presión impositiva a nivel nacional, y proteccionismo digital a nivel regional, sin bases consensuadas, ni medidas transparentes.</p> <p>Escenario de aceleraciones digitales asimétricas en la región. Pujas por captar inversiones en obras de infraestructura y negocios digitales lleva a que algunos países disminuyan sus exigencias impositivas y se debiliten los estándares de protección de derechos humanos (ej. <i>race to the bottom</i> en protección de datos y mayores límites al ejercicio de la libertad de expresión)</p> <p>Establecimiento de reglas dispares a nivel intrabloque por motivos económicos o de seguridad tanto en MERCOSUR como AP (ej. protección de datos personales, definición y tratamiento de infraestructuras críticas, mecanismos de compensación para actores establecidos), lo que incrementa los esfuerzos de los actores de la economía digital para cumplir con los distintos deberes aplicables.</p>	<p>Una agenda de cooperación densa en desarrollo y comercio digital para incrementar la participación nacional y regional de los actores del mercado latinoamericano en la economía global (ej. protección de las IICC en materia de salud, identidades digitales, encriptación, gobernanza y ética de la IA). Foco en el desarrollo de bienes públicos regionales (ej. infraestructura digital, normativas comunes).</p> <p>Normativa inteligente de responsabilidad de intermediarios basada en principios y de aplicación flexible, que contemple reglas claras en torno al deber de diligencia o puerto seguro, y con resguardo en la tradición regional en derechos humanos.</p>

Fuente: elaboración propia

132 · En estas figuras no se considera el impacto de la pandemia del virus Covid-19. Para un análisis de su potencial impacto en cada caso, véase el próximo apartado.

Figura 6
Gobernanza de los flujos de datos

Dimensión/ escenarios	ESCENARIO 1 Ralentización digital + divergencia regional	ESCENARIO 2 Ralentización digital + convergencia regional	ESCENARIO 3 Aceleración digital + divergencia regional	ESCENARIO 4 Aceleración digital + convergencia regional
<p>Gobernanza de los flujos de datos</p> <p><i>Protección de datos personales, ciberseguridad, disposiciones sobre flujos transfronterizos de datos, localización de datos y disposiciones sobre responsabilidad de los intermediarios relativas a su rol en la esfera pública</i></p>	<p>Regulaciones deliberadamente opacas sobre ciberseguridad como restricciones encubiertas al libre flujo de información, tanto en el comercio digital (ej. en torno a localización de base de datos) como en la esfera digital.</p> <p>Normativa sobre protección de datos personales divergente con altas exigencias en torno a la transferencia internacional de datos personales, pocas excepciones o mecanismos complejos para implementar transferencias. No reconocimiento de adecuación de las reglas a nivel intra-regional.</p> <p>Fijación de elevados y múltiples deberes en torno al tratamiento de datos personales, con posible ampliación del ámbito de aplicación, lo que implica una superposición normativa en ciertos supuestos.</p>	<p>Reglas regionales sobre ciberseguridad que encubren limitaciones al libre flujo de datos con otras regiones (o bloques).</p> <p>Normativa sobre protección de datos personales consensuada pero con altas exigencias en torno a la transferencia internacional de datos personales y con tendencia a la sobre-regulación (ej. mecanismos vinculados al ejercicio del derecho al olvido), si bien con reconocimiento de adecuación a nivel intra-regional.</p>	<p>Reglas sobre protección de datos personales dispares en torno a la transferencia internacional de datos personales, si bien ajustadas a una economía basada en datos. Falta de reconocimiento de adecuación a nivel intra-regional.</p> <p>Múltiples reglamentaciones a nivel nacional sobre la responsabilidad de intermediarios de Internet con relación a la afectación del honor y privacidad o doctrinas de seguridad nacional en el espacio informacional.</p>	<p>Estándares comunes sobre transferencia internacional de datos personales y principios sobre responsabilidad de intermediarios de Internet, tendientes a proteger el derecho del individuo a la protección de datos, pero facilitando el tratamiento en una economía basada en datos, y que resulten de aplicación flexible a cada complejo institucional.</p> <p>Reconocimiento de adecuación inter-bloque (MERCOSUR-AP) a las reglas aplicables a nivel regional. Constitución de una zona de intercambio seguro de datos de 520 millones de personas con estándares de protección de los DDHH.</p> <p>Logro de consenso regional sobre reglas aplicables al tratamiento de datos personales que concilian el derecho a la privacidad de la información y el desarrollo de una economía basada en datos.</p>

Fuente: elaboración propia

Figura 7
Inserción en el ecosistema digital global

Dimensión/ escenarios	ESCENARIO 1 Ralentización digital + divergencia regional	ESCENARIO 2 Ralentización digital + convergencia regional	ESCENARIO 3 Aceleración digital + divergencia regional	ESCENARIO 4 Aceleración digital + convergencia regional
<p>Inserción en el ecosistema digital global</p> <p><i>¿Se coopera o se compite? La cooperación, ¿se da a nivel bloque (MERCOSUR, AP), interbloque o a partir de otros vectores? La agenda de comercio digital, ¿es una agenda defensiva u ofensiva? ¿Qué trayectoria se sigue en el nivel global y regional en materia de ciberdiplomacia? ¿Qué grado de coordinación de las políticas digitales existe en los bloques regionales, a nivel inter-bloque, o en el nivel bilateral en la región?</i></p>	<p>No hay coordinación de políticas digitales en el nivel regional, y dentro de cada bloque son muy limitadas. Proliferación de diversas barreras a los flujos transfronterizos en la región, por motivos de seguridad nacional o factores económicos.</p> <p>Desarticulación y estancamiento de los GADs de MERCOSUR y AP. Escasa/nula coordinación en los foros multilaterales (OMC, GGE e ITU), y desinterés y difusa agenda regional en los foros multisectoriales. Nuevas postergaciones de la moratoria a los derechos arancelarios a los productos digitales en la OMC.</p>	<p>Estrategias defensivas conjuntas en materia de ciberdiplomacia, centradas en postergar la agenda de comercio digital a nivel regional y regional en pos de concentrar esfuerzos intra-región, sea fortaleciendo capacidades digitales y/o a la espera de la transformación digital de industrias tradicionales.</p> <p>Alineamiento con India y Sudáfrica para postergar las negociaciones sobre comercio digital, y trasladarlas a la UNCTAD, si bien no necesariamente para dinamizar una agenda alternativa.</p> <p>Fin de la moratoria a los derechos arancelarios a los productos digitales en la OMC, y establecimiento de aranceles extra-región en varios países, salvo los que mantienen una orientación aperturista más clara (ej. países AP) .</p>	<p>Esquemas de regulación de los prestadores de servicios de Internet con base en el puerto seguro o deber de diligencia, pero sin consenso regional ni contemplación de los estándares de derechos humanos del Sistema Interamericano.</p> <p>Países parte del MERCOSUR celebran diversos acuerdos bilaterales sobre comercio digital, disrumpiendo la Decisión CMC 32/2000. Múltiples velocidades de aceleración en la AP, sin vectores convergentes (México integrado a T-MEC y TL-CUEM, Chile a DEPA y TPP, Colombia y Perú más cerca del diálogo UE-Japón y Corea del Sur). Agenda meramente defensiva (ej. proveedores de confianza en IICC).</p> <p>Dinámicas competitivas entre clubes internacionales de cooperación regulatoria. Clivaje regional sobre qué foro debe canalizar las discusiones sobre comercio digital (la OMC, en clave comercial y formato plurilateral) o la UNCTAD (en clave desarrollista y formato multilateral).</p>	<p>Ampliación de los mandatos de los GADs de cada bloque. Mayores capacidades de coordinación institucional e integración inter-sectorial.</p> <p>Acuerdo sobre cooperación en ciberseguridad en la AP (ej. protección de IICC en salud) y en materia de comercio digital en MERCOSUR (ej. eliminación de derechos arancelarios sobre bienes digitales, y prescripción de localización de datos salvo motivos de seguridad pública).</p> <p>Logro de consenso regional para conciliar objetivos de comercio y desarrollo digital (ej. eLAC). Una ciberdiplomacia coordinada en los foros multilaterales (OMC, ITU, GGE) y multisectoriales (IGF, LACIGF) sienta las bases del liderazgo regional en el Grupo de Trabajo en Comercio Electrónico de la OMC, donde se logra la ampliación de la membresía a países con economías emergentes, incluyendo India y Sudáfrica.</p>

Fuente: elaboración propia

4.4 DE LA PANDEMIA SOBRE LOS ESCENARIOS

Escenario 1:

Ralentización digital + divergencia regional

A medida que se flexibilizan o levantan las medidas de distanciamiento social establecidas para hacer frente a la pandemia del Covid-19, disminuyen los incentivos para impulsar procesos de transformación digital.

En el nivel nacional, ciertas medidas adoptadas para digitalizar servicios como opciones de emergencia son progresivamente desarticuladas, según el accionar político de los actores económicos, en especial actores establecidos afectados por los costos de adaptación. Considerando que muchas de estas medidas de digitalización se aprobaron temporalmente mientras se prolongara la pandemia, caducan automáticamente una vez declarada la finalización de las medidas de confinamiento y distanciamiento.

Esta ralentización de hecho, en general carente de una visión sistémica y más bien efectuada de forma descoordinada según sectores y según países, produce efectos negativos en un doble sentido. Por un lado, interrumpe las curvas de aprendizaje de los agentes de transformación digital, tanto del sector público como del sector privado, lo que fomenta la fuga de talentos con interés en dichos procesos hacia países decididos a dar el salto. Por el otro lado, genera efectos adversos en la propia sociedad civil, por las dificultades y costos de adaptación vinculados a efectuar tantos cambios de lógica en poco tiempo, y porque las únicas políticas digitales que logran sostenerse son aquellas relativas a la vigilancia y la seguridad, lo que introduce incentivos para consolidar un sentido común adverso a la digitalización.

Una tendencia general iniciada durante la pandemia que sí se mantiene una vez superada es la presión fiscal sobre las plataformas, la cual se agudiza, aunque esto se traduzca en mayores costos para los usuarios y por tanto en un incentivo para ampliar la brecha en materia de acceso a conectividad y contenidos.

A nivel regional, si bien el locus de la digitalización se desvaloriza como vector de desarrollo e incremento del bienestar, se registra una situación de excepción en materia de seguridad cibernética, donde las agencias públicas involucradas tienen fuertes incentivos para sostener políticas en materia de vigilancia. No obstante, no cooperan entre sí. En materia de ciberseguridad y seguridad informática, se fortalecen los discursos en torno a la seguridad “por oscuridad”.

En suma, la regulación restrictiva de los flujos de información se muestra como

el principal legado de las digitalizaciones aceleradas impulsadas durante las cuarentenas, lo que agudiza las presiones para adoptar un marco normativo para intermediarios de Internet más cercano a la responsabilidad objetiva. Las narrativas asociadas a la ciberseguridad, acompañadas de normativas deliberadamente opacas, son utilizadas como discurso legitimador para la imposición de restricciones encubiertas al comercio (ej. localización de datos y apertura de código fuente) y a los derechos individuales (ej. descriptación forzada).



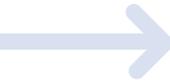
Escenario 2: Ralentización digital + convergencia regional

A medida que se flexibilizan y levantan las medidas de distanciamiento social establecidas para hacer frente a la pandemia del Covid-19, disminuyen los incentivos para impulsar procesos de transformación digital acelerados. Al mismo tiempo, sin embargo, el escenario generado por la pandemia favorece ciertas dinámicas de cooperación regional. Señalamos dos vectores centrípetos.

En primer lugar, en materia económica, los gobiernos coinciden en que la crisis económica generada por la pandemia agudizará la crisis del comercio internacional, haciendo necesarios ciertos instrumentos de emergencia con impacto en el ecosistema digital. A nivel internacional, se favorece el acuerdo en recurrir a esquemas estrictos de proteccionismo digital, incluso con medidas inter-bloque. Esto sobre todo en los países parte del MERCOSUR, en virtud de la dependencia de sendero más aperturista en la inserción internacional de los países de la AP, donde la fragmentación en trayectorias individuales volverá obsoleto al bloque. En ambos casos, la presión fiscal sobre las plataformas se agudiza.

Otro vector para la convergencia favorecido por la pandemia es de índole securitario. Las agencias públicas vinculadas con la seguridad, a partir de un mandato institucional ampliado y normativas opacas, desarrollan fuertes incentivos para sostener políticas expansivas en materia de vigilancia cibernética, ciberinteligencia y tutela de la esfera informacional. Esto impacta en materia de responsabilidad de intermediarios de Internet, puesto que los bloques establecen disposiciones comunes de carácter reglamentarista para proteger las prerrogativas estatales en materia de seguridad nacional, seguridad democrática y defensa al honor.

Si bien el desarrollo de las agendas digitales tanto de la Alianza Pacífico como del MERCOSUR se ralentiza, el diálogo entre los GAD de cada bloque sirve como plataforma para iniciar la convergencia sobre la base de cierta estandarización de medidas proteccionistas y en materia de seguridad.



Escenario 3:

Aceleración digital + divergencia regional

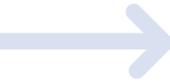
A medida que se prolongan las medidas de distanciamiento social establecidas para hacer frente a la pandemia del Covid-19, se incrementan los incentivos para impulsar procesos de transformación digital de la economía doméstica, y acelerar el proceso de maduración de su ecosistema digital.

A nivel regional, sin embargo, la falta de coordinación de políticas digitales se traduce en dinámicas de suma-cero, marcadas por la competencia entre países vecinos por el acceso a fuentes de financiamiento para emprender sus procesos de aceleración digital en materia de servicios críticos (ej. salud y educación).

A nivel nacional, los gobiernos adoptan medidas de emergencia con impacto sistémico sobre el ecosistema digital. Se agudiza la presión fiscal sobre los intermediarios de Internet y los costos asociados a mecanismos de compensación para favorecer actores establecidos afectados por la transición digital de la economía y por la crisis económica generada por la pandemia.

A medida que el impacto económico de la pandemia se profundiza, algunos gobiernos implementan políticas de proteccionismo digital, en carácter excepcional (ej. localización de datos o restricciones a los flujos transfronterizos). Si bien inicialmente se las tolera a nivel regional e incluso dentro de cada bloque, en tanto un mayor espacio para legítimas políticas en un periodo excepcional, se las utiliza de forma incremental, sin bases consensuadas, ni transparencia.

Estas dinámicas de competencia y la desconfianza, a largo plazo, pueden generar una carrera a la baja en estándares. Identificamos dos formas tipo ideales de apostar a esta vía para desarrollar ventajas competitivas para los actores económicos del mercado digital: afectar los estándares de protección de derechos humanos (*race to the bottom* en protección de datos de salud, en tecnologías de reconocimiento facial o tracking de personas, pero también en materia de libertad en expresión, por ej.). Otros países mantienen mayores estándares en materia de protección de datos (incluso en línea con el GDPR), si bien no siempre mantienen sus estándares de transparencia en lo relativo a los flujos de información (ej. utilizar medidas opacas sobre ciberseguridad para establecer medidas discriminatorias en materia de flujo de datos o localización de instalaciones informáticas).



Escenario 4:

Aceleración digital + convergencia regional

A medida que se prolongan las medidas de distanciamiento social establecidas para hacer frente a la pandemia del Covid-19, se incrementan los incentivos para

impulsar procesos de transformación digital, y para probar alternativas en materia de política pública, también en materia de cooperación regulatoria.

La continuidad de las medidas de distanciamiento social establecidas para hacer frente a la pandemia del Covid-19 genera incentivos para impulsar procesos de transformación digital de forma acelerada, pero también para coordinar políticas en el nivel regional, y generar bienes públicos para el ecosistema digital latinoamericano.

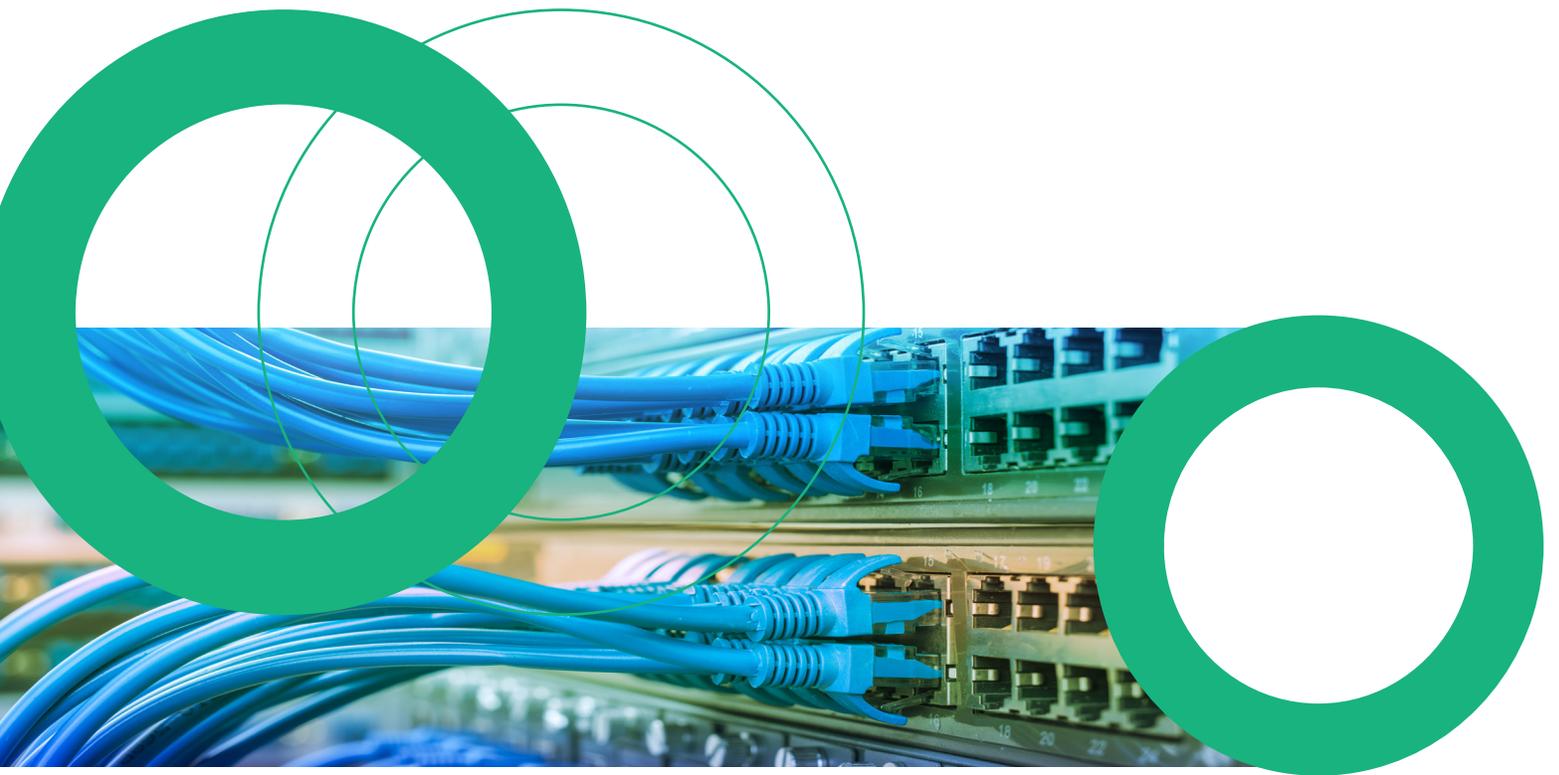
Como resultado, los gobiernos de los países de la AP y el MERCOSUR reconocen que la cooperación es la mejor estrategia para disminuir los costos de adaptación a una transición digital acelerada, y a partir de una convergencia en la acción antes que programática, se afronta la crisis como una ventana de oportunidad para acelerar el desarrollo de una agenda digital común.

El diálogo entre el GAD de cada bloque, iniciado en 2018, es un primer vector de convergencia. Los temas definidos como prioritarios en sendos grupos marcan la pauta: a) Infraestructura digital y conectividad; b) Seguridad y confianza en el ambiente digital; c) Economía digital; d) Gobierno digital, gobierno abierto e innovación pública; e) Aspectos regulatorios; f) Habilidades digitales; y g) Coordinación en foros internacionales y regionales sobre temas de la agenda digital y de gobernanza de internet.

AP lidera en iniciativas de integración de la región al ecosistema digital global (ej. infraestructura para una logística integrada a nivel regional y a las economías de la cuenca Pacífico, para favorecer una proyección de los campeones digitales, en especial marketplaces en el sector retail, logística y turismo). Los países del MERCOSUR, en particular Argentina y Uruguay (que ya han comenzado a regular aspectos de las relaciones laborales en la economía digital), ponen el foco en programas de desarrollo de habilidades digitales (ej. creación de un hub sub-regional dedicado a favorecer procesos de transferibilidad de los trabajadores de las ocupaciones en declive a las emergentes).

Otro vector de convergencia proviene de un agenciamiento entre las redes provenientes del ámbito de la salud y las del ámbito de la ciberseguridad. La necesidad de cooperar para proteger las infraestructuras críticas (IICC) asociadas a los sistemas públicos de salud, comenzando por establecer definiciones comunes acerca de la infraestructura, genera una discusión pública que complementa y enriquece el debate relativo a la cuestión de los proveedores de confianza para las IICC, y permite desarrollar un debate de alcance regional, que convoca a múltiples partes interesadas. Esto contribuye a una dinámica de *spill-over* que impacta sobre el resto de la agenda digital. Las medidas se proponen ir más allá de la construcción de confianza, y avanzan en dos sentidos. En materia normativa, establecen un acuerdo sobre cooperación en ciber-

seguridad inter-bloque, el cual a nivel doctrinario toma las bases de los consensos logrados en el GGE y la profundiza para condenar a los ciberataques sobre sistemas ciber-físicos con impacto en los sistemas de salud, e inscribir la regulación en el marco del derecho internacional humanitario. A su vez, se desarrollan obras de infraestructura digital común para la gestión de centros de investigación en salud. A partir de la experiencia, aprendizaje y confianza desarrolladas, el proyecto sienta las bases para proyectar una nube latinoamericana, que dé sustento técnico a la zona de intercambio seguro con respeto de los derechos humanos más grande del mundo.



DESAFÍOS, OPORTUNIDADES Y RECOMENDACIONES PARA UNA REGULACIÓN INTELIGENTE DE LA RDII



En este capítulo final se presenta una síntesis de los principales hallazgos de esta investigación, ahora presentados en términos de desafíos, oportunidades y recomendaciones, tanto a nivel regional como en los casos nacionales de México, Argentina y Uruguay.

Estos desafíos, oportunidades y recomendaciones están pensados con el fin de lograr un escenario de aceleración y convergencia, entendido como aquel más propicio para la protección y desarrollo de los activos del entorno digital. Las recomendaciones en materia de cooperación regional e internacional están orientadas a facilitar una aceleración digital conjunta, en línea con el Escenario 4 proyectado en el capítulo 4, cuyo punto de partida sea darle una solución sistémica a la cuestión de la RDII que tienda a fortalecer y diversificar el ecosistema digital en la región. Se distingue entre un abordaje más general de la economía digital y uno más específico en materia de responsabilidad de intermediarios de Internet.

Finalmente, se establecen algunas bases conceptuales en torno a la idea de una “regulación inteligente” basada en principios como una base común para las conversaciones sobre la gobernanza digital en la región.

5.1 ABORDAJE REGIONAL

5.1.1 DESAFÍOS

Varios países de la región latinoamericana carecen de normativa particular sobre RDII. A su vez, a nivel regional suelen existir dificultades para acceder a la justicia y/u obtener una solución efectiva y oportuna, ya sea por los costos asociados o por la extensión temporal que lleva el reconocimiento de derechos.

Se destaca normativa específica aplicable a la afectación de ciertos derechos en Chile, Paraguay y ahora México. En cuanto a Brasil, cuenta con una regulación general sobre RDII en base al Marco Civil de Internet, si bien actualmente se encuentra cuestionada, y existen propuestas regulatorias alternativas e incluso contrarias a este marco de derechos (Ver Anexo punto 1).

El desafío es desarrollar una regulación inteligente, basada en principios arraigados en la tradición latinoamericana e internacional en materia de DDHH, donde se equilibre el foco en garantizar la libertad de expresión, el respeto a los derechos personalísimos y los derechos de autor y de propiedad industrial, el fomento de la innovación tecnológica en una economía basada en datos y que permita armonizar entre marcos de limitación de responsabilidad de un modo inteligente y mecanismos de autorregulación.

En materia de agenda en comercio digital, un grupo de países ha contraído compromisos específicos sobre la cuestión de los intermediarios de Internet: la AP. Sin embargo, esto fue más bien como reflejo de los procesos negociadores en el TPP, y no se verifica en la normativa del bloque sub-regional, sino más bien en los respectivos acuerdos bilaterales de sus países parte con EEUU, la UE, Australia, Japón y Corea del Sur. El bloque de México, Chile, Perú y Colombia lidera en disposiciones sobre comercio digital en sus textos fundacionales, pero todavía tiene el desafío de consolidar una ciberdiplomacia dentro del espacio, y de proyectarla en la región. Chile (acuerdos con Argentina, Uruguay y Brasil) y México (acuerdos con Panamá y Centroamérica) han iniciado una trayectoria en este sentido, si bien no de forma coordinada.

Los países miembros del MERCOSUR, en tanto, tienen el desafío de dinamizar al bloque como actor en la ciberdiplomacia sub-regional, regional y global. Explorar esta vía requiere ir más allá de las críticas a la Decisión CMC 32/2000 para explicar que el bloque no haya logrado generar nuevas ventajas institucionales para sus miembros vía la firma de acuerdos comerciales, en este caso, a través de disposiciones sobre comercio digital. En cambio, se trata de explorar una “regulación inteligente” de carácter multinivel que procure y permita celebrar acuerdos sobre cooperación regulatoria en materia de desarrollo y economía digital, en especial orientados a generar zonas de intercambio seguro de datos, donde se establezca la pauta de libre flujo de información con confianza, y reglas claras sobre RDII, tendientes a fortalecer el desarrollo del ecosistema digital conjunto, y el respeto a los derechos de los usuarios. Es evidente que la fórmula 4+1 presenta condicionantes de peso a la hora de negociar una agenda de comercio digital proactiva, y que quizá sea oportuno explorar escenarios alternativos en materia de diseño institucional de acuerdos, al menos en lo específico a facilitación del comercio digital.

El contexto importa. En ambos, la coyuntura crítica provocada por la pandemia del virus Covid-19 puede generar un valioso sentido de urgencia en los hacedores de política pública de los países de la región, orientado a diseñar alternativas en el nivel nacional y regional. Esto puede dar lugar a un nuevo proceso de cooperación regional orientado a la transformación digital convergente, o por el contrario, a un escenario de aceleraciones digitales asimétricas, competitivas y sub-óptimas en la región.

La incertidumbre y complejidad acerca del futuro de la gobernanza de la economía digital, en general, y en materia de RDII, en particular, no es un fenómeno exclusivo de la región latinoamericana, sino de carácter global (ej. cuestionamientos respecto a los mecanismos de moderación de contenidos en múltiples países, preocupación por la circulación de noticias falsas en la Red, etc.). Esto supone la existencia de un escenario abierto en el que los países latinoamericanos tienen la posibilidad de hacer una diferencia y dejar una marca propia en las discusiones de la ciberdiplomacia.

La convergencia en estándares regionales sobre DDHH puede constituir un punto de partida del diseño de una regulación inteligente de la responsabilidad de intermediarios, basada en principios y no reglamentarista, en clave latinoamericana. Mediante el establecimiento de estándares comunes, mecanismos de reconocimiento mutuo y principios flexibles, se puede conformar una zona intercambio seguro con 520 millones de usuarios potenciales (y 310 millones de hispano-parlantes). Se trataría de la tercera zona segura con mayor cantidad de usuarios potenciales en el mundo, luego de China y la India, pero donde se respeten altos estándares de protección de datos personales en línea con los DDHH. Un ejemplo positivo de cooperación regional es la guía para la evaluación del impacto a la privacidad realizada en forma conjunta entre la Agencia de Acceso a la Información Pública de Argentina y la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales de Uruguay¹³³. El citado documento orienta a las empresas y organismos públicos para que, desde una etapa temprana, las prácticas y proyectos que puedan afectar los derechos de las personas sean evaluados y constituidos de acuerdo a ciertos criterios de seguridad e integridad. Este documento se realizó por iniciativa propia de ambos organismos, sin la necesidad de ningún tratado o acuerdo internacional. Este proceso de elaboración conjunto de reglas podría ser mas amplio e incluir a otros reguladores.

Otro vector de convergencia, tanto a nivel bloque como interbloque, puede provenir del hecho de que todos los países analizados, tanto los países parte de la AP como los del MERCOSUR, integran el Grupo de Trabajo en Comercio Electrónico de la OMC (con 81 miembros, de los 164 que forman parte del Tratado de la OMC). En este *venue*, sin embargo, no hay mayor coordinación. Los países de la AP exploraron una agenda conjunta, como se vio en el capítulo 3, pero muy limitada.

Finalmente, las transformaciones digitales iniciadas como respuesta a la pandemia, como se señaló en el capítulo 4, abren una ventana de oportunidad para programas de cooperación en desarrollo y comercio digital entre los países de la región y sus socios estratégicos.

¹³³ · Argentina y Uruguay lanzan la guía "Evaluación de Impacto en la Protección de Datos", Disponible aquí: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/argentina-y-uruguay-lanzan-la-guia-evaluacion-de-impacto-en-la-proteccion-de-datos>



5.1.3

RECOMENDACIONES

Diseño de espacios de encuentro multisectorial y multi-nivel, orientados a generar los lineamientos para establecer una zona de intercambio seguro con 520 millones de usuarios potenciales y altos estándares en DDHH y transparencia.

Se trata de generar espacios de construcción de confianza, definición de estándares comunes y co-creación de mecanismos de reconocimiento mutuo. Las experiencias deben estar comprometidas en garantizar el balance de derechos humanos en juego, así como el impulso y progreso de la economía digital. Fortalecer el diálogo interbloque entre los GADs de la AP y el MERCOSUR es central. La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, como oficina creada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la OEA, también puede resultar un espacio propicio para el intercambio de ideas y generación de discusiones para el logro de consensos y legitimidad en cuanto a los equilibrios y estándares que deben ser preservados en la región. Otros actores claves a considerar son eLAC, INTAL, CELAC y CAF, entre otros.

Convocatoria a mesas de trabajo multisectoriales y multi-nivel, que tengan por objetivo desarrollar una conversación regional en torno a la figura de una regulación inteligente de la RDII, basada en principios de aplicación flexible.

Las mesas deben propender a la formulación crítica de principios generales sobre el ecosistema digital, en especial sobre la RDII. Para ello, se deben formular propuestas que generen incentivos de participación concreta por parte de las múltiples partes interesadas.

En este punto, será fundamental evitar que las múltiples conversaciones relativas a la economía digital se solapen y confundan. Por ejemplo, si bien existen varios aspectos donde la conversación sobre propiedad intelectual (PI) afecta a la relativa a la RDII (como planteó la reciente normativa sobre derecho de autor de México), ambas cuestiones deben diferenciarse. Del mismo modo, asuntos como derecho de la competencia tienen un impacto sistémico sobre Internet y por tanto afectan las reglas de juego de los intermediarios, pero tampoco deben confundirse. En tal sentido, un elemento clave para una regulación inteligente implicará combinar un abordaje sistémico de la problemática con una rigurosidad en términos de las diversas conversaciones que se están sosteniendo en los ámbitos de decisión política.

5.2 ARGENTINA, MÉXICO, URUGUAY

Estas recomendaciones de carácter general para la región se acompañan de recomendaciones específicas para los tres países de interés para esta investigación: Argentina (Figura 8), México (Figura 9) y Uruguay (Figura 10).

Figura 8

Desafíos, oportunidades y recomendaciones para Argentina

	DESAFÍOS	OPORTUNIDADES	RECOMENDACIONES
Argentina	<ul style="list-style-type: none"> · Consolidar un marco normativo inteligente que establezca seguridad jurídica en torno a la RDII y que, a partir de una perspectiva integral, logre generar un consenso entre múltiples partes interesadas, tomando como base la experiencia jurisprudencial y legislativa. · Generar consensos pluripartidistas amplios y perdurables en torno al desarrollo del ecosistema basado en datos, que permita desarrollar una agenda digital de políticas de Estado, capaces de sostenerse en el largo plazo. · Proyectar un mayor liderazgo a nivel regional en materia de ciberdiplomacia, sobre la base de un balance entre los objetivos del desarrollo y el comercio digital, por un lado, y entre el fomento de la economía basada en datos y la protección de los derechos humanos, por el otro. 	<ul style="list-style-type: none"> · Trayectoria a nivel judicial a partir del <i>leading case</i> “Rodríguez, María Belén” (2014), adoptado como precedente por diversas resoluciones judiciales, en distintas instancias, para dar solución a reclamos por diversos derechos afectados. A su vez, existe cierto recorrido en el debate legislativo sobre RDII (Proyecto de ley Fellner - Pinedo), el cual supone una singular oportunidad de aprendizaje para elaborar políticas con consenso pluripartidario. · Experiencias en procesos de creación de capacidades digitales en áreas críticas del ciberespacio, si bien de alcance limitado y sin continuidad. Asimismo, se identifican formulaciones de buenas prácticas por agencias estatales, lo que ha colaborado en brindar claridad y flexibilidad en los marcos aplicables (ej. Autoridad de Control del Régimen de Protección de Datos Personales). Existe acuerdo político para el avance del fomento y promoción de actividades industriales parte de la economía del conocimiento. · Experiencia creciente en ciberdiplomacia (ej. GAD del MERCOSUR, GTCE-OMC, acuerdo con Chile). Experiencia inicial en la búsqueda de estándares comunes (ej. comunicaciones sobre PI con Colombia y Costa Rica, y con Brasil, en el GTCE-OMC) y buenas prácticas en la región (ej. guía para el impacto de la privacidad emitida de forma conjunta por autoridades de datos en Uruguay y Argentina). 	<ul style="list-style-type: none"> · Generación de espacios de diálogo entre los diferentes actores de la economía digital para debatir principios sobre RDII como base para una “regulación inteligente”. El caso “Rodríguez, María Belén” como punto de partida. Para ello, se deben formular propuestas que generen incentivos de participación concreta por parte de las múltiples partes interesadas. · Armado de mesas intersectoriales y multidisciplinarias integradas por distintos organismos del Estado (en especial del Poder Legislativo, por su centralidad como arena donde generar consensos pluripartidistas), con competencia en temáticas parte del ecosistema digital. Su objetivo es intercambiar experiencias, coordinar acciones y aunar esfuerzos en torno a planes y/o programas con capacidad para trascender distintas gestiones de gobierno, y facilitar una estrategia y proyección de una agenda digital a mediano y largo plazo. · Profundizar el diálogo y la coordinación sobre agenda digital entre Jefatura de Gabinete (en tanto ministerio coordinador de gobierno) y Cancillería (en tanto ministerio a cargo de las relaciones internacionales), para profundizar la articulación entre las políticas digitales y las estrategias de ciberdiplomacia.

Fuente: elaboración propia

Figura 9
Desafíos, oportunidades y recomendaciones para México

	DESAFÍOS	OPORTUNIDADES	RECOMENDACIONES
México	<ul style="list-style-type: none"> · Iniciar un proceso de transformación digital de carácter sistémico, que (i) parta de una estrategia nacional donde se integren los diversos abordajes de múltiples agencias estatales (ej. IMPI, INAI e INDA) y se desarrolle una mayor coordinación entre organismos públicos y las múltiples partes interesadas; (ii) que fomente el desarrollo acelerado de su ecosistema digital local, considerando su interdependencia creciente con economías con mayor desarrollo relativo en el marco del T-MEC y el TL-CUEM 2.0; y (iii) que procure articular políticas digitales a nivel regional, conciliando múltiples esquemas de inserción del país en el ecosistema digital (ej. vía T-MEC, vía AP, vía acuerdos bilaterales con Panamá y Centroamérica, vía acuerdos con bloques como MERCOSUR). · Establecer una trayectoria en materia de RDII que (i) permita internalizar los principios establecidos en el capítulo 19 del T-MEC a partir de la impronta del ecosistema digital mexicano; (ii) parta de diferenciar lo establecido en dicho acuerdo respecto al puerto seguro relativo a RDII (Cap. 19.17) y el relativo a PI (Cap. 18); (iii) evite recurrir a reglas aisladas, donde se establezcan disposiciones sobre RDII a partir de diversos vectores compartimentados sin una perspectiva integral y evolutiva del ecosistema digital (ej. PI, defensa del consumidor, protección al honor, noticias falsas); y (iv) procure equilibrar, por un lado, entre los diversos enfoques de sus socios en el T-MEC y el TL-CUEM 2.0, y por el otro, entre el fomento de la innovación basada en datos y la protección de los derechos individuales. 	<ul style="list-style-type: none"> · Posición privilegiada para facilitar acuerdos sobre disposiciones de comercio y desarrollo digital a nivel panregional. Rol de enlace y gestor de espacios de diálogo entre los dos bloques sub-regionales con mayor proyección internacional en el ecosistema digital. Nodo clave en el ecosistema digital global. Posición privilegiada para tender puentes entre distintos países de la región para el logro de cooperación e interoperabilidad de los marcos legales aplicables a la economía digital. · Coyuntura favorable (T-MEC y Ley Federal del Derecho de Autor) para la aplicación de reglas ya vigentes en torno a la RDII y la adopción de buenas prácticas sobre otros aspectos claves que brinden seguridad y fomenten la economía digital. México podría posicionarse como país pionero en emprender una iniciativa tendiente a generar consenso entre las múltiples partes interesadas y legitimar el proceso de <i>enforcement</i>. 	<ul style="list-style-type: none"> · Ser anfitrión de espacios institucionales donde los países de América Latina intercambien experiencias y buenas prácticas, construyan confianza, y coordinen políticas en torno al fomento de la economía digital. Promover en los foros regionales e internacionales la creación de mecanismos para facilitar la armonización de distintos marcos normativos a nivel país. · Fortalecer el diálogo interbloque AP-MERCOSUR, y promover la articulación de una comunicación conjunta en el GTCE-OMC, y a la vez extender la red de acuerdos bilaterales intra-regionales con disposiciones sobre comercio digital. · Definir normativas y buenas prácticas sobre RDII de acuerdo con el capítulo 19 del T-MEC, planteando un esquema de puerto seguro específico para la materia, diferenciado de las disposiciones relativas a Propiedad Intelectual que pudieran resultar complementarias. · Propender en las negociaciones del TL-CUEM 2.0 a lograr un alineamiento con el enfoque planteado en el T-MEC en materia de RDII, para evitar la suscripción de acuerdos con enfoques diferenciados. · Diseñar políticas que trasciendan la dicotomía basada en mantener disponible o no el contenido, en búsqueda de soluciones menos restrictivas, pero con igual o mayor impacto positivo, y que resulten efectivas en el resguardo de la diferencia entre quien publica contenido propio de quien permite que terceros suban contenidos, tal como diferencia el TMEC (art. 19.17) entre el editor y el distribuidor de contenidos, siempre buscando reforzar la economía digital.

Fuente: elaboración propia

Figura 10
Desafíos, oportunidades y recomendaciones para Uruguay

	DESAFÍOS	OPORTUNIDADES	RECOMENDACIONES
Uruguay	<ul style="list-style-type: none"> · Iniciar un nuevo proceso de transformación digital, que: (i) maximice la trayectoria de desarrollo pionero del país en gobierno, infraestructura y habilidades digitales; (ii) profundice el proceso de creación de capacidades digitales entre los decisores políticos, para facilitar la elaboración de un plan integral que permita superar el esquema actual de propuestas aisladas, no siempre ancladas en un conocimiento cabal de la arquitectura socio-técnica de Internet; y (iii) explore nuevas áreas de la economía basada en datos donde el país tiene condiciones para su posicionamiento a nivel regional y global. · Dinamizar la agenda de cooperación internacional en comercio digital, y profundizar el perfil global de Uruguay como país pionero en crear capacidades digitales en el sector público y la ciudadanía. Esto en lo relativo a: (i) alternativas que contribuyan a que los países del MERCOSUR negocien acuerdos sobre comercio y desarrollo digital de forma consensuada; (ii) acuerdos bilaterales con disposiciones sobre comercio digital con países con proyección en la gobernanza del ecosistema basado en datos (ej. acuerdo con Chile); e (iii) incursionar en nuevos foros de participación global, donde el país puede jugar un rol clave como hacedor de normas internacionales (ej. Digital9). 	<ul style="list-style-type: none"> · Elaborar una nueva generación de políticas digitales orientadas a fortalecer el desarrollo de la economía digital uruguaya (Ej. RDII); partiendo de la experiencia acumulada en materias como gobierno digital, infraestructura para conectividad universal y habilidades digitales, así como del régimen de incentivos para la radicación de inversiones productivas y la red de acuerdos bilaterales sobre inversión. · Proyectar un liderazgo regional en el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico de la OMC, donde los países de la región tienen la oportunidad de representar la conciliación entre los objetivos del comercio y el desarrollo digital; y consolidar el perfil de Uruguay como país pionero en desarrollo de capacidades digitales en el sector público y la ciudadanía, a partir de una participación activa en el grupo Digital 9, que concentra a los países con mayor desarrollo en la agenda de gobierno digital. 	<ul style="list-style-type: none"> · Convocatoria de las múltiples partes interesadas a participar en grupos de trabajo que permitan explorar los desafíos que Uruguay tiene a nivel economía digital, y cuyo punto de partida sea una agenda consensuada en la temática sobre RDII. A la par, desarrollar programas de capacitación de decisores políticos, para facilitar un abordaje sistémico de la economía digital y desarrollar una agenda integral para su desarrollo. Esquemas de cooperación para el intercambio de información, mejores prácticas y experiencias con países vecinos pueden resultar herramientas útiles para el logro de los objetivos propuestos. · Profundizar el diálogo interbloque entre los GAD del MERCOSUR y la AP. Adicionalmente, dinamizar la agenda de cooperación internacional del MERCOSUR en materia de desarrollo digital, como un modo de facilitar la formación de consensos a nivel bloque respecto a la agenda de comercio digital. Asimismo, fortalecer el trabajo a nivel conjunto en el Grupo de Trabajo sobre Comercio Electrónico en la OMC. Por último, contar con una política de participación activa en el Digital 9, orientada a fortalecer el rol de los gobiernos abiertos en la economía basada en la innovación de datos.

Fuente: elaboración propia

CONSIDERACIONES FINALES: HACIA UNA REGULACIÓN INTELIGENTE DE LA RDII BASADA EN PRINCIPIOS

Por su impacto sistémico en el ecosistema digital, la cuestión de la responsabilidad de los intermediarios de Internet es uno de los aspectos de la economía basada en datos que requiere una solución integral.

En este punto, el escenario global y regional actual parece estar marcado por cierto consenso creciente en torno a la necesidad de repensar las categorías elaboradas en los años 90 para maximizar el desarrollo de Internet, en el marco de su proceso de comercialización y expansión global. No obstante, dicho acuerdo no se verifica en los modos en que estas categorías han de ser revisadas. En buena parte, la heterogeneidad responde a que la necesidad de revisión de algunos de los instrumentos conceptuales y jurídicos vigentes que constituyen la fibra de la gobernanza digital responde a múltiples desafíos de muy diversa índole.

Por empezar, entre los hacedores de políticas públicas, la puja entre las principales potencias por el predominio en las ventajas productivas y comerciales relativas al ecosistema digital global tiende a fortalecer los argumentos asociados a la seguridad nacional, vis a vis consideraciones acerca de la innovación y el desarrollo económico, por un lado, y acerca de los derechos humanos, por el otro. Esto, a su vez, se ve potenciado en virtud de una mayor complejización de la relación entre el libre flujo de información y los procesos de fortalecimiento de los regímenes democráticos, como demuestra el peso creciente de los fenómenos de desinformación y el impacto polarizante que presentan los discursos de odio.

Asimismo, vemos que se solapan discusiones acerca de aspectos muy diversos, pero con alguna implicancia para la responsabilidad de intermediarios de Internet. Ante la proliferación de las llamadas noticias falsas, se actualizan los argumentos asociados a su necesaria intervención en defensa del honor, mientras que jugadores de sectores tradicionales, como los titulares de derechos de propiedad intelectual, pujan por establecer pautas más alineadas con la responsabilidad objetiva, al tiempo que los medios de prensa, afectados por la transformación digital de sus modelos de negocio, proponen que las discusiones relativas a la responsabilidad de los intermediarios de Internet se aborden con un sentido compensatorio, bajo la hipótesis de que así se podría favorecer una mayor nivelación en las condiciones de juego en tanto actores económicos del ecosistema digital.

Como resultado, este escenario parece conducir menos a un saludable debate entre múltiples partes interesadas que a la adopción apresurada de medidas sin un estudio prospectivo o de técnicas reglamentaristas marcadas por la fragmentación en jurisdicciones nacionales.

Estas tendencias pueden a la vez afectar a las externalidades positivas de la economía digital, erosionando los efectos de red e imponiendo barreras de entrada, y poner en riesgo los derechos individuales en juego en la esfera pública.

La alternativa supone iniciar un camino de regulación inteligente basado en la co-creación de principios que resulten sostenibles y responsivos. Es decir, por un lado, que puedan traducirse en herramientas y/o mecanismos diversos a medida que surjan nuevos desafíos regulatorios que todavía no alcanzamos a avizorar, en virtud de la complejidad del ecosistema digital. Y por el otro, que faciliten una aplicación flexible, adaptable a múltiples contextos socio-históricos, en arreglo a complejos institucionales alternativos.

Estos principios han de tender a facilitar:

- la creación de efectos de red;
- el flujo transfronterizo de datos con confianza;
- la armonización entre marcos de limitación de responsabilidad y otras herramientas disponibles para lograr balancear los derechos en juego sin interponer nuevos puntos de control en la Red;
- la protección de los derechos individuales y el alineamiento con la rica tradición latinoamericana e internacional de Derechos Humanos; y
- el establecimiento de mecanismos de transparencia y rendición de cuentas entre las distintas partes interesadas en el desarrollo del ecosistema digital; y
- la coordinación de políticas digitales a nivel regional, en virtud de que una solución en materia de RDII para ser integral requiere un abordaje conjunto a nivel latinoamericano.

Lejos estamos aquí de pretender definir de forma exhaustiva cuáles han de ser dichos principios para una regulación inteligente sobre RDII. Estos han de ser co-creados por las múltiples partes interesadas a partir de debates genuinos sobre el futuro de la economía digital regional y global, con los intermediarios de Internet como actores clave. No obstante, esa conversación se vería facilitada si partiera de una línea de base común. En tal sentido, para iniciar sugerimos recuperar cuatro lineamientos que resultaron piedras basales para el despliegue de Internet, si bien hoy cabe reconceptualizarlos a la luz de nuevos desafíos y desarrollos institucionales.

Los primeros dos lineamientos potenciales refieren específicamente a RDII, y se basan en la experiencia legal - judicial planteada por países de la región haciendo uso en sus fundamentos de estándares del Sistema Interamericano a la par que reflejan una posición tendiente a brindar las condiciones para que el avance de la innovación a nivel regional sea una realidad. Los otros dos lineamientos potenciales son de carácter más general, si bien de interés en tanto refieren a la gobernanza de la economía basada en datos y el desarrollo de un ecosistema digital con centro en el ser humano, y en tanto, contribuyen a dilucidar los matices necesarios para pensar los balances de derechos en juego:

1. Corresponde la diferenciación de roles entre quien edita o publica contenido de quien permite que terceros suban o difundan contenido, a la vez que no aplica la responsabilidad objetiva, ni cabe la exigencia de mecanismos previos de monitoreo y vigilancia. Se requiere claridad, especificidad y precisión en las condiciones previstas al aplicar mecanismos de “puerto seguro”. En caso de moderación de contenido se deben respetar reglas razonables de transparencia.

De acuerdo a como lo hizo la sección 230 de la CDA hace dos décadas, o como lo propone el art. 19.17 del TMEC para sus países suscriptores, se debe diferenciar entre quien edita o publica contenidos en Internet de quien permite a terceros que suban o difundan contenidos. La consecuencia de ello es que no se puede responsabilizar por la actividad de terceros al titular del servicio y/o la plataforma que no edita o publica contenidos; lo que, a la vez, conduce a la no aplicación de responsabilidad objetiva y a la no obligatoriedad de implementar mecanismos previos de monitoreo y vigilancia.

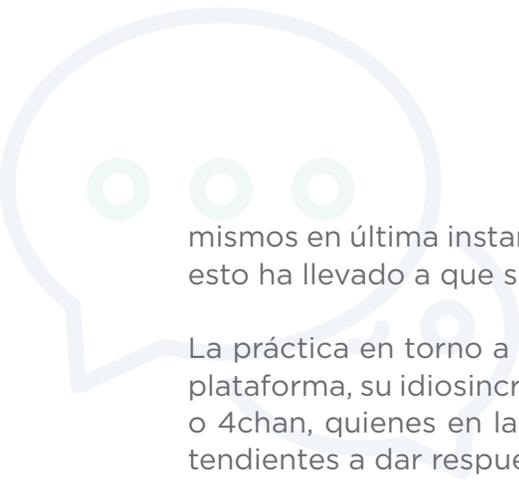
Tal como fue reconocido por la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el caso María Belén Rodríguez¹³⁴, los intermediarios de Internet no tienen una obligación general de monitorear, supervisar y/o vigilar los contenidos que se suben a la Red por terceros. La doctrina de la responsabilidad objetiva afecta la libertad de expresión en tanto prescinde de toda idea de culpa y no permite juicio de reproche a aquél a quien se endilga responsabilidad.

En igual sentido, Chile (2010) y Brasil (2014), a pesar de diferir en su alcance y tratamiento, son países que han adoptado reglas que recogieron gran parte de los principios mencionados, y que han logrado brindar certidumbre para la actividad socio-económica desarrollada en el entorno digital. No obstante ello, y en oposición a la necesidad de asegurar reglas claras y perdurables en el tiempo, en la actualidad el marco legal de Brasil se encuentra cuestionado, e incluso existen propuestas legislativas contrarias a los principios allí sentados.

Como en Brasil, existen otros ejemplos a nivel internacional en los que se está polemizando la permanencia de estos principios. Podemos mencionar la propuesta de revisión de la doctrina sentada en la Sección 230 CDA de Estados Unidos o aquella iniciativa anunciada por la Comisión Europea sobre la elaboración de un nuevo marco legal para los servicios digitales en la Unión Europea.

No puede desconocerse que en virtud de los desafíos ya consignados la diferenciación entre quien permite que se suban contenidos (y que no participan de la creación del contenido) y los terceros que suben contenido en la web 2.0 se complejiza. En efecto, ciertas plataformas han comenzado a intervenir en cuestiones de índole política mediante etiquetado de contenidos, remoción de los

¹³⁴ · Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicio, 28 de octubre de 2014.



mismos en última instancia o incluso bloqueo de cuentas de usuarios. Al tiempo, esto ha llevado a que se agudice el debate sobre la moderación de contenidos.

La práctica en torno a la moderación de contenidos depende en parte de cada plataforma, su idiosincrasia y perfil. No es lo mismo Facebook que Twitter, Reedit o 4chan, quienes en la actualidad se encuentran realizando diversos esfuerzos tendientes a dar respuesta a estos desafíos (ej. Oversight Board de Facebook).

Sin embargo, no existe una solución simple. Actualmente las prácticas de moderación de contenidos despiertan cuestionamientos por parte de los actores de la sociedad civil, defensores de los derechos digitales, quienes entienden necesario plantear alternativas que den respuesta a los efectos no deseados de estas prácticas.

Ahora bien, más allá de la pertinencia de repensar las reglas creadas hace ya dos décadas para el desarrollo inicial de un ecosistema digital global, la diferencia en la actividad que realiza cada actor del ecosistema sigue siendo sustancial; ya que no es lógico juzgar con las mismas reglas a un usuario que sube un contenido (ilegal o legal pero) perjudicial y a la plataforma que permite comunicarse a los usuarios.

Por su parte, al momento de aplicar mecanismos de puerto seguro resulta imprescindible la claridad, especificidad y precisión en las condiciones exigidas, con el fin de lograr un equilibrio entre los distintos derechos en juego. Cuanta más ambigüedad exista sobre el contenido entendido manifiestamente ilícito y aquel considerado dudoso o sujeto a esclarecimiento, el proceso a seguir e incluso la oportunidad del generador del contenido de tomar conocimiento y ejercer su defensa, mayor será la incertidumbre sobre el alcance que debe tener la implementación de aquellos mecanismos de puerto seguro. Estos deberían sentarse sobre bases sólidas que ofrezcan seguridad y garantías a la actividad desplegada en Internet que facilita el ejercicio de derechos en línea.

Asimismo, se debe procurar velar porque en la práctica facultativa de la moderación de contenidos se garanticen reglas razonables de transparencia que permitan empoderar a los distintos actores del ecosistema digital, con énfasis en los usuarios, quienes con acceso a mayor información estarán facultados para cuestionar e incluso proponer mejoras de estas herramientas.

Por último, no podemos desconocer la distinción entre plataformas que cuentan con una función “activa” con relación a contenidos de terceros y aquellas que jugarían un papel exclusivamente “pasivo”. Esto, si bien no le atribuimos la categoría de publicaciones en sentido tradicional a ninguno de los dos casos. Dicha distinción entre plataformas que contarían con un rol activo con relación a contenidos de terceros y aquellas que jugarían un papel exclusivamente pasivo ha

comenzado a aparecer en la jurisprudencia, como lo evidencia el caso Roomates en USA bajo la CDA secc. 230, o algunos casos del TJUE derivados de la aplicación de la Directiva sobre comercio electrónico de la Unión Europea.

Sin embargo, lo cierto es que al interior de muchas de las organizaciones que cumplen el rol de intermediarios de Internet existen distintas funciones, productos y servicios que pueden adquirirse de manera conjunta, indistinta o alternada. Por tal motivo no es posible diferenciar activos de pasivos sin más para luego adoptar conclusiones legales universales y estáticas. El rol pasivo o neutro es un indicador que permite entender cuando una plataforma no ha tomado partido ni participado en un contenido que fue subido por un tercero, pero no parecería ser el único elemento para decidir sobre su responsabilidad civil. Incluso en el contexto actual, donde impera un complejo entramado de oferta de servicios digitales, la diferenciación que ha desarrollado el TJUE parecería provocar ciertos cuestionamientos y complicaciones para su efectiva aplicación.

Como conclusión, insistimos en la necesidad de que explorar actualizaciones normativas en la línea de una regulación inteligente no se contraponga con mantener las reglas fundamentales que no solo han acompañado el desarrollo de Internet, sino que lo han hecho posible.

2. Sujeción al test tripartito ante límites a la libertad de expresión y acceso a la información

Como fue reconocido por la Corte Constitucional de Colombia¹³⁵ y en la Segunda Sala de la Corte de México¹³⁶, en el Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos se ha desarrollado un examen que debe ser aplicado a casos donde se restrinja la libertad de expresión. Conocido como test tripartito, este demanda que para considerarse legítima la imposición de una limitación al derecho a la libertad de expresión debe cumplir con tres requisitos: i. que la limitación se encuentre contemplada en la ley (principio de legalidad); ii. que la misma pretenda garantizar determinados objetivos, considerados admisibles (principio de legitimidad); y iii. que sea necesaria y proporcionada para lograr dicho fin (principio de necesidad y proporcionalidad).

Algunos de los casos de la región desarrollados demuestran que este test ha sido valorado al momento de analizar si las restricciones que los Estados imponen a la libertad de expresión satisfacen estos preceptos acumulativos, con especial análisis del principio de necesidad y proporcionalidad. Como se dijo, este permite verificar si las medidas adoptadas restringen en la menor medida

135 · Corte Constitucional, Acción de tutela instaurada por Gloria contra la Casa Editorial El Tiempo. Expediente T-4296509, Bogotá, D. C., Sentencia T-277, 12 de mayo de 2015.

136 · Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 1/2017, 19 de abril de 2017.

posible el derecho a la libertad de expresión y si son adecuadas para el interés legítimo perseguido relativo a la protección de otros derechos en puja.

En esta línea, las prohibiciones genéricas al funcionamiento de ciertos sitios web o aplicaciones e incluso la indisponibilidad indiscriminada de contenido no resultan compatibles con el derecho humano a la libertad de expresión, y constituyen restricciones que no tienen correlato con las presuntas violaciones de derechos que se pretenden salvaguardar.

Ahora bien, en torno a este test se presenta una serie de interrogantes: ¿De qué modo debe ser aplicado frente a las restricciones a la libertad de expresión impuestas por los Estados a la actividad desarrollada en Internet? ¿Cómo debe ser probado el cumplimiento de este test? ¿Los Estados deben procurar demostrar el cumplimiento con estos lineamientos a través de una justificación basada en evidencias?

El Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de la ONU, David Kaye, al pronunciarse sobre los desafíos que presenta abordar los discursos de odio mediante la moderación de contenidos, ha expresado que los Estados regularmente afirman propósitos adecuados para imponer limitaciones a la expresión (principio de legitimidad) pero no demuestran que estos límites satisfagan pruebas de legalidad o necesidad y proporcionalidad. Por esta razón entiende que las reglas deben aplicarse de manera estricta y de buena fe, con una supervisión sólida y transparente.¹³⁷

Otro cuestionamiento que puede derivarse de este examen es el siguiente: ¿Es posible la aplicación de este test no ya para analizar la actividad de los Estados sino la de los Intermediarios de Internet frente a sus usuarios? En este último caso, ¿cómo deberían implementarse e interpretarse estos principios? En este punto, Kaye indicó que las empresas deben explicar en qué se basan las restricciones, así como demostrar la necesidad y proporcionalidad de cualquier acción sobre el contenido. En igual sentido, destacó la transparencia y coherente aplicación de las políticas como parte de ese cometido.¹³⁸

3. Fomento a la economía del conocimiento y de la innovación basada en datos

El conocimiento es el motor del crecimiento económico, y este ha de adquirirse, crearse, aplicarse y difundirse para propender al desarrollo.¹³⁹ A la vez, en una economía cada vez más centrada en la innovación basada en datos, Internet re-

137 · United Nations. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/74/486, par. 7, October 2019.

138 · United Nations. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/HRC/38/35, par. 28, April 2018.

139 · World Bank. *Building Knowledge Economies Advanced Strategies for Development*, 23, 2007. Disponible aquí: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/>

sulta el principal bien público global, plataforma para todas las demás plataformas, y en tanto tal, ha de mantenerse abierta, interoperable, segura, confiable, y no discriminatoria.

De este lineamiento de base se desprenden diversas lecturas. Por ejemplo, que las disposiciones incluidas en acuerdos comerciales entre países de la región donde se señala la importancia de no exigir el uso y la ubicación de instalaciones informáticas como condición para la realización de negocios en dicho territorio (ej. acuerdos AP, Chile-Argentina, Chile-Brasil y Chile-Uruguay) son acordes a lograr fomento en la actividad económica. No solo eso: también resultan estratégicas para facilitar la construcción de efectos de red en el marco de una zona de intercambio seguro con altos estándares de protección de datos.

Por otro lado, al momento de diseñar marcos tendientes a delimitar la RDII, los derechos de propiedad intelectual deben ser reconocidos y garantizados en balance con otros derechos, cuya protección podría resultar de mayor interés público. Se trata de lograr una transición partiendo de un enfoque que los percibe con intereses contrarios hacia una nueva visión que los reconoce complementarios.

4. Respeto a la tradición latinoamericana en materia de Derechos Humanos en entornos digitales

Este punto comprende el reconocimiento y protección efectiva de los derechos humanos por las múltiples partes interesadas en la gobernanza digital de la región, en línea con las tradiciones universal y latinoamericana en la materia. En especial, actores del sector público y del sector privado deben ser conscientes de su rol en el ecosistema digital, y realizar esfuerzos razonables en torno al ejercicio pleno de estos derechos.

Es necesario aplicar un enfoque basado en los derechos humanos por los distintos actores que conforman Internet, el que asegure la protección y promoción de esos derechos. Esto refiere a acciones y medidas tales como el compromiso en respetar los DDHH, el test tripartito, y garantías que aseguren la no discriminación.

Como punto de partida se ha de proponer y consensuar, nacional y regionalmente, mejores prácticas y procedimientos que tengan por objetivo garantizar el ejercicio de estas prerrogativas en el entorno digital, minimizar los riesgos de afectación de derechos, y contar con mecanismos que permitan balancear intereses, y reducir los efectos no deseados.

A pesar de referir a una base de usuarios geográfica y culturalmente diversa, los principios rectores y los mecanismos de *soft law* que proporcionan los instru-

mentos regionales, potenciados por las herramientas internacionales, fijan lineamientos y orientan la actuación que se espera de las distintas partes interesadas, en sus respectivos roles, con el objetivo de prevenir, mitigar y controlar la afectación de los derechos humanos en el entorno digital.

En suma, estos planteos en torno a estos cuatro lineamientos constituyen solo una línea de base potencial para lo que viene. En la coyuntura crítica creada por la pandemia, el desafío para los decisores políticos de los países de América Latina se complejiza, a la vez que la oportunidad que se presenta se hace más notable: Una regulación inteligente sobre responsabilidad de intermediarios de Internet puede ser el punto de partida para una aceleración digital convergente, que permita consolidar un ecosistema digital regional con 520 millones de usuarios potenciales, capaz de impactar en el comercio digital global, y de ser una pieza clave en su gobernanza.





BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

Publicaciones académicas y artículos de divulgación

- Aaronson, Susan (2015), “Why Trade Agreements are not Setting Information Free: The Lost History and Reinvigorated Debate over Cross-Border Data Flows”, in World Trade Review.
- O Aaronson, Susan (2016), “The Digital Trade Imbalance and Its Implications for Internet Governance”, Global Commission on Internet Governance Paper Series.
- Aaronson, Susan (2018), “A Fresh Approach to Governing Cross-Border Data Flows”, unpublished, Diplomatura en Gobernanza Digital, Universidad San Andrés.
- Access Now, 26 recommendations on content governance, a guide for lawmakers, regulators, and company policy makers, Disponible en: <https://www.accessnow.org/cms/assets/uploads/2020/03/Recommendations-On-Content-Governance-digital.pdf>
- Aguerre y Galperin, (2015), “Internet Policy Formation in Latin America: Understanding the Links Between the National, the Regional, and the Global”, Internet Policy Observatory.
- Aguerre y Galperin, (2015), “Internet Policy Formation in Latin America: Understanding the Links Between the National, the Regional, and the Global”, Internet Policy Observatory.
- Barata, Joan, Center for Democracy & Technology, Positive Intent Protections: Incorporating a Good Samaritan principle in the EU Digital Services Act, 2020. Disponible en: <https://cdt.org/wp-content/uploads/2020/07/2020-07-29-Positive-Intent-Protections-Good-Samaritan-principle-EU-Digital-Services-Act-FINAL.pdf>
- Barrinha, André y Renard, Thomas (2017), “Cyber-diplomacy: the making of an international society in the digital age”, Global Affairs, DOI: 10.1080/23340460.2017.1414924. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/23340460.2017.1414924>
- Bendiek, Annegret (2014), “Tests of partnership: transatlantic cooperation in cyber security, internet governance, and data protection”, Berlin (SWP Research Paper 5/2014). URN: <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0168-ssoar-385574>
- Botero, Carolina “Una de las Ley Lleras por fin será Ley y reformará el derecho de autor en Colombia”, Fundación Karisma, 24 de mayo de 2018. Disponible en: <https://web.karisma.org.co/una-de-las-ley-lleras-por-fin-sera-ley-y-reformara-el-derecho-de-autor-en-colombia/>
- Botero, Carolina, “La Ley Lleras continúa”, 05 de octubre de 017. Disponible en: <https://web.karisma.org.co/la-ley-lleras-continua/>
- Burri, Mira (2017), “New Legal Design for Digital Commerce in Free Trade Agreements”, Digiworld Economic Journal, No. 107, 3rd Q. 2017, p. 1.
- Burri, Mira (2017a), “The Regulation of Data Flows Through Trade Agreements”, Georgetown Journal of International Law, Vol. 48, No. 1, 2017.
- Busnello, Felipe and Frosio, Giancarlo, “Brazilian supreme court adopts common law tests for intermediary liability in copyright case”, The Center for Internet and Society at Stanford Law School, 24 de junio de 2015. Disponible en: <https://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/06/brazilian-supreme-court-adopts-common-law-tests-intermediary-liability-copyright-case>
- Bustos, Gonzalo (2016), Inserción estratégica suramericana: alcances y límites de los intereses conjuntos en América del Sur (1985-2015), Eudeba, Buenos Aires, 2016.

- Bustos, Gonzalo (en prensa). “Plurilateralismo competitivo en la OMC: alcances y límites de la coalición de países en favor de regular el comercio electrónico”, working paper del Centro de Tecnología y Sociedad, Universidad de San Andrés, y el área de Relaciones Internacionales de FLACSO Argentina.
- Cabello, Sebastián, La nueva regulación europea de Copyright: ejes clave para el debate en América Latina, Centro de Estudios en Tecnología y Sociedad (**CETyS**), 2019-4, Universidad de San Andrés, Argentina, 2019. Disponible en: <https://repositorio.udea.edu.ar/jspui/bitstream/10908/16695/1/%5BP%5D%5BW%5D%20-%20Cabello%2C%20Sebasti%C3%A1n%20M..pdf>
- Cabrera, Carolina Botero, “Ley Lleras 2 es inconstitucional”, El espectador, 21 de enero de 2013. Disponible en: <https://www.elespectador.com/opinion/ley-lleras-2-es-inconstitucional-columna-402262>
- Castillo Cortés, Carlos, “Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en Internet y el impacto en el entorno digital”, en: Bertoni, Eduardo Andrés (comp.), Internet y Derechos Humanos. Aportes para la discusión en América Latina, Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2014. Disponible en: <http://www.palermo.edu/cele/pdf/InternetyDDHH.pdf>
- CELE, Tendencias legislativas sobre libertad de expresión e internet en Paraguay, Octubre 2019. Disponible en: https://www.palermo.edu/Archivos_content/2019/cele/octubre/Tendencias-legislativas-en-Paraguay.pdf
- Chander, Anupam, How Law Made Silicon Valley, 63 Emory L. Rev. 639 (2014). Disponible en: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/elj/vol63/iss3/3>
- Chander, Anupam, Centre for International Governance Innovation, Internet Intermediaries as Platforms for Expression and Innovation, November 2016. Disponible en: <https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/GCIG%20no.42.pdf>
- CNDH. Comunicado de prensa, CNDH presentó 46 acciones de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 7 de agosto de 2020. Disponible en: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2020-08/COM_2020_245.pdf
- Connect Americas y Asociación Latinoamericana de Internet, Dra. Kati Suominen, Aceleración del Comercio Digital en América Latina y el Caribe. Disponible en: http://www.alai.lat/wp-content/uploads/2019/02/Late_Study_Full_ESP.pdf
- Cory, Nigel y Castro, Daniel, ITIF, Elaboración de una agenda comercial digital abierta e innovadora para América Latina”, Nov 2018. Disponible en: http://www2.itif.org/2018-comercio-digital-america-latina.pdf?_ga=2.17502705.973538474.1584023853-329018489.1578430691
- Denardis, Laura, The global war for Internet governance, Yale, New Heaven/London, 2014.
- Denardis, Laura, The Internet in Everything, Yale, New Heaven/London, 2020.
- Drezner, Daniel, All Politics is global, Princeton University Press, Princeton/Oxford, 2007.
- Guerrero, Carlos, “Bajada de contenidos por derechos de autor”, Hiperderecho, 24 de marzo de 2020. Disponible en: <https://hiperderecho.org/2020/03/bajada-de-contenidos-por-derechos-de-autor/>
- Gunningham, Neil & Sinclair, Darren. (2017). “Smart regulation”, chapter in Regulatory Theory, pp.133-148. DOI 10.22459/RT.02.2017.08.
- Gunningham, Neil and Sinclair, Darren, “Integrative Regulation: A Principle-Based Approach to Environmental Policy”. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=212608>.
- Gunningham, Neil, Grabosky, Peter and Sinclair, Darren, Smart Regulation: Designing Environmental Policy Oxford, UK: Oxford University Press.

- Hernández, Carlos A. y Frustagli, Sandra A.. Daños al consumidor: reflexiones sobre el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012. Revista Derecho Privado. Año I, N° 3. Ediciones Infojus, p. 188, Id SAIJ: DACF130017. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf130017-hernandez-danos_al_consumidor_reflexiones.htm
- Indecopi, Agencia Digital, 2018. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3742118/Agenda+digital+16.05.2018.pdf/4f28e644-deed-b4d9-b4b4e4eeb6ff09f0>
- Internet & Jurisdiction Policy Network publication, Key Findings of the Internet & Jurisdiction and ECLAC Regional Status Report 2020. Disponible en: <https://form.jotform.com/201824024145343>
- Juárez, Geraldine, “Ley Lleritas a la Corte Constitucional de Colombia”, Hipertextual, Jun 12, 2012. Disponible en: <https://hipertextual.com/2012/06/ley-lleritas-a-la-corte-constitucional-de-colombia>
- Kim, Sangbae (2014), “Cyber Security and Middle Power Diplomacy: A Network Perspective”, in The Korean Journal of International Studies Vol.12 No. 2 (December 2014), 323-352. <http://dx.doi.org/10.14731/kjis.2014.12.12.2.323>
- Lara, Juan Carlos Lara y Vera, Francisco, Responsabilidad de los prestadores de servicios de internet, Policy Paper, Nro.3. Disponible en: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp03.pdf>
- Levy Daniel, M.; C. Aguerre, 2019, Intermediarios de Internet. Consideraciones para reflexionar en el contexto de Argentina. Centro de Estudios en Tecnología y Sociedad (CETyS), 2019-2. Disponible en: <https://repositorio.udes.edu.ar/jspui/bitstream/10908/16475/1/%5BP%5D%5BW%5D%20DT2019-2%20Aguerre%20-%20Levy.pdf>
- Lorenzetti, Ricardo Luis, Presidente de la Comisión (Decreto 191/2011). Highton de Nolasco, Elena y Kemelmajer de Carlucci, Aída, Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>
- Maurer, T. y Morgus, R. “Tipping the Scale: An Analysis of Global Swing States in the Internet Governance Debate”, CIGI, Paper Series N°2, June 2014.
- Michalczewsky, Kathia y Ramos, Alejandro (2017), “E-regulación en América Latina”, en Ideas de Integración 246, Intal. Disponible en: <http://conexionintal.iadb.org/2017/03/08/comercio-electronico-en-america-latina-la-brecha-normativa-2/>
- Mishra, Neha (2017), “International trade, Internet governance and the shaping of the digital economy”, ARTNeT Working Paper Series, No. 168.
- Monteiro, José-Antonio y Teh, Robert (2017), “Provisions on electronic commerce in regional trade agreements”, WTO Staff Working Paper, No. ERSD-2017-11. Available at: <http://hdl.handle.net/10419/163426>
- Organizaciones latinoamericanas, Estándares para una regulación democrática de las grandes plataformas que garantice la libertad de expresión en línea y una Internet libre y abierta. Una perspectiva latinoamericana para lograr procesos de moderación privada de contenidos compatibles con los estándares internacionales de derechos humanos, Julio 2020. Disponible en: <https://www.observacom.org/wp-content/uploads/2020/09/Estandares-regulacion-grandes-plataformas-Internet.pdf>
- Picasso, Sebastián, “La unificación de la responsabilidad civil en el proyecto”. Revista Derecho Privado. Año I, N°3. Ediciones Infojus, p. 33 Id SAIJ: DACF130013. Disponible en: http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf130013-picasso-unificacion_responsabilidad_civil_en.htm

- Red en Defensa de los Derechos Digitales, CNDH considera inconstitucionales reformas a la ley federal de derecho de autor y al código penal federal, Ago 10, 2020. Disponible en: <https://r3d.mx/2020/08/10/cndh-considera-inconstitucionales-reformas-a-la-ley-federal-de-derecho-de-autor-y-al-codigo-penal-federal/>
- Riordan, Shaun (2019), Ciberdiplomacy, Polity Press.
- Solingen, Ethel y Malnight, Joshua (2016), “Globalization, Domestic Politics, and Regionalism”, in The Oxford Handbook of Comparative Regionalism, edited by Tanja A. Börzel and Thomas Risse, Oxford University Press.
- The Manila Principles on Intermediary Liability, Background Paper, Version 1.0, 30 May 2015. Disponible en: https://www.eff.org/files/2015/07/08/manila_principles_background_paper.pdf
- Thelle, Martin H. y Jespersen, Svend T., EDiMA, European Digital Media Association, Online Intermediaries: Assessing the Economic Impact of the EU’s Online Liability Regime (Asociación Europea de Medios Digitales, enero 2012. Disponible en: <https://www.copenhageneconomics.com/dyn/resources/Publication/publicationPDF/9/189/0/1253-01%20Edima%20Online%20Intermediaries%20Report%20FINAL%2010JAN2012.pdf>

Artículos periodísticos

- Hoy “Califican de censura previa resolución judicial que beneficia a Calé”, 30 de julio de 2014. Disponible en: <https://www.hoy.com.py/nacionales/califican-de-censura-previa-resolucion-judicial-que-beneficia-a-cale>
- El Espectador, “La complicada Ley Lleras”, 19 de abril de 2018. Disponible en: <https://www.elespectador.com/opinion/editorial/la-complicada-ley-lleras-articulo-751009>
- Última Hora, “Galaverna prohíbe difusión de fotos y videos”, 30 de julio de 2014. Disponible en: <https://www.ultimahora.com/galaverna-prohibe-difusion-fotos-y-videos-n816402.html>

Casos administrativos y judiciales

ESPAÑA

- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Google Spain S.L., Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González, 2014.

ARGENTINA

- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, Fernández de Kirchner, Cristina Elisabet c/ Google LLC s/ Medidas preliminares y de Prueba anticipada. Causa n° 4368/2020, 17 de septiembre de 2020.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala D, Kosten, Esteban C/ Mercado Libre S.R.L. S/ Ordinario, registro n° 34503/2014, 22 de marzo de 2018.
- Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 5 CCC, 13630/2012/CA2. “P., L. y otros”. Sobreseimientos. JI 20/162. 28 de octubre de 2013.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Gimbutas, Carolina Valeria cl Google Inc. si daños y perjuicios, CIV 114474/2006/CSI y Gimbutas, Carolina Valeria cl Google Inc. si hábeas data, 12 de septiembre de 2017.

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicio, 28 de octubre de 2014.
- Tribunal oral en lo Criminal y Correccional Nro. 26 de la Capital Federal. CCC 16029/2009/TO1/1, 17 de diciembre de 2018.

MÉXICO

- Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 1/2017, 19 de abril de 2017.

URUGUAY

- Suprema Corte de Justicia de Uruguay, IUE 1-18/2015. Directv de Uruguay Limitada c/ Poder Legislativo. Acción de inconstitucionalidad, Sentencia No. 79 de 5 de abril de 2016.

CHILE

- Corte de Apelaciones de Concepción, Sentencia sobre recurso de apelación, causa Paulina Fuentes Almendra y otro c/Entel S.A. Carmen Gloria Yáñez Vargas, Rol N° 1223-2003, sentencia de 21 de diciembre de 2007.
- Corte de Apelaciones de Santiago, Séptima Sala, fallo sobre recurso de protección, Roxana Suazo Ayala c/ Sitio web www.reclamos.cl, rol N° 11.538-2008 (acumulado el rol 11.539-2008), sentencia de 9 de abril de 2009. Sentencia confirmada por Corte Suprema de Justicia, Rol N° 3047-2009, de 6 de julio de 2009.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso, Causa n° 228/2012. Resolución n° 50461, 30 de Julio de 2012.
- Corte Suprema. Ana Silva Umaña y otros con Diario Red Digital y otros, 2017.

COLOMBIA

- Corte Constitucional, Sentencia T-277/15 Acción de tutela instaurada por Gloria contra la Casa Editorial El Tiempo. Expediente T-4296509, Bogotá, D. C., 12 de mayo de 2015.
- Corte Constitucional. Expediente T-3.623.589, Sentencia T-040/13, Acción de Tutela instaurada por Guillermo Martínez Trujillo contra Google Colombia Ltda y la Casa Editorial El Tiempo, 28 de enero de 2013.
- Corte Constitucional. Expediente T-5.771.452 AC - Sentencia SU-420/19, 12 de septiembre de 2019.

BRASIL

- Supremo Tribunal Federal, STF discutirá validade de regra do Marco Civil da Internet sobre responsabilização de sites e redes sociais, 02 de marzo de 2018. Disponible en: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371229>
- Tribunal Superior de Justicia, Orkut (Google Brasil Internet LTDA), Apelación especial núm. 1512647 / MG (2013 / 0162883-2)

Documentos oficiales y propuestas legislativas

ONU

- Mandato del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión de la ONU en conjunto con la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, REFERENCIA: OL ARG 1/2018, 26 de abril de 2018. Disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Legislation/OL-ARG-1-2018.pdf>
- Relator Especial de la ONU sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión. “Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression”, Human Rights Council, UN, A/HRC/38/35, April 2018.
- Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP). Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet, 2011. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>
- UNCTAD (2017), World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy.
- UNCTAD, Informe sobre economía digital 2019. Creación y captura de valor: repercusiones para los países en desarrollo, Ginebra 2019. Disponible en: https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/der2019_overview_es.pdf
- UNESCO, MacKinnon, Rebecca y otros, Fostering Freedom Online: The Role of Internet Intermediaries, UNESCO series on Internet Freedom, 2014. Disponible en: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000231162>
- UNICEF, Paola Paolini y María José Ravalli, KidsOnline, Chicos Conectados. Investigación sobre percepciones y hábitos de niños, niñas y adolescentes en internet y Redes sociales, 2016. Disponible en: <https://www.unicef.org/argentina/media/1636/file/Kids-online.pdf>
- United Nations. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/HRC/38/35, par. 28, April 2018.
- United Nations. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/74/486, par. 7, October 2019.
- CEPAL (2018), Agenda digital para América Latina y el Caribe hacia 2018 (eLAC2018).
- CEPAL, eLAC 2018. La nueva revolución digital. De la Internet del consumo a la Internet de la producción. Disponible en: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/38604/4/S1600780_es.pdf
- CEPAL, Mario Castillo, coordinador, Economía digital para el cambio estructural y la igualdad, 2013. Disponible en: http://www.cepal.org/ilpes/noticias/paginas/3/54303/Economia_digital_para_cambio.pdf

OEA

- Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.
- Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión, adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108° período ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 octubre del 2000.
- OEA, CIDH, Informe Anual 2013, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Capítulo IV: Libertad de Expresión e Internet, OEA /Ser.L/V/II.149, Doc. 50, 2013. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/2014_04_22_IA_2013_ESP_FINAL_WEB.pdf
- OEA, CIDH, Informe Anual 2014, Informe de la Relatoría especial para la Libertad de Expresión, Capítulo de Conclusiones y Recomendaciones, OEA/Ser.L/V/II Doc. 13, 2015. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202014.pdf>
- OEA, CIDH. Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano. OEA/Ser.L/V/I.4, rev. 16. 24 enero 2020. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/DocumentosBasicos-es.pdf>
- OEA, Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, CIDH, OEA/Ser.L/V/II CIDH/RELE/INF.17/17, 2017. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/INTERNET_2016_ESP.pdf
- OEA, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, CIDH, OEA/Ser.L/V/II.134 Doc. 5 rev. 1, 2009, Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/anuales/Informe%20Anual%202008%201%20ESP.pdf>
- OEA, Libertad de expresión e Internet, Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, CIDH, OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF. 11/13, 31 de diciembre 2013. Disponible en: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_internet_web.pdf

OCDE

- OCDE, An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation, OCDE Publishing, Paris, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>
- OCDE, Perset, Karine, The Economic and Social Role of Internet Intermediaries, 2010,. Disponible en: <https://www.oecd.org/internet/ieconomy/44949023.pdf>

MERCOSUR

- MERCOSUR, Decisión CMC 27/17, Agenda Digital del MERCOSUR

ARGENTINA

- Código Civil y Comercial de la Nación, 26.994, (2014).
- Constitución de la Nación Argentina (1853), última reforma 1994.
- Alfredo Cornejo, Proyecto de Código de Defensa del Consumidor, 26 de junio de 2020 (3143/2020).
- Media sanción al Proyecto de ley sobre responsabilidades de los proveedores de Internet, 20 de octubre de 2016 (942/16).

- Olga Ines Brizuela y Doria de Caray otros, Proyecto de reforma a la ley de defensa del consumidor, (S-2576/19), 29 de agosto de 2019.
- Poder ejecutivo, Mensaje n° 60/19 Proyecto de ley de reforma al Código Penal de la Nación, , 25 de marzo de 2019 (52/2019).
- Propiedad Intelectual, 11.723, (1933).
- María Liliana Schwindt, proyecto de Código de Defensa de las y los consumidores, 1 de octubre de 2020 (5156/2020).

MÉXICO

- Código Civil Federal (1928), última reforma 2020.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), última reforma 2020.
- Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, (2020).
- Ley Federal del Derecho de Autor, (2020).
- Sergio Mayer Bretón, Diputado de la República, Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la ley federal del derecho de autor en materia de remuneración compensatoria por concepto de copia privada, 15 de abril de 2020.

URUGUAY

- Código Civil, (2010).
- Constitución de la República, (1967), última reforma 2004.
- Media sanción. Cámara de representantes. Prestación de servicios mediante plataformas informáticas, 13 de diciembre de 2016.

CHILE

- Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual, modificada por ley 20.435 (2010).

COLOMBIA

- Ley 679, (2001).

PERÚ

- Comunidad Andina. Decisión 351, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, (1993).
- Decisión 351 (1993). Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.
- Ley sobre el Derecho de Autor, Decreto legislativo 822, (1996).

BRASIL

- Estatuto del Niño y del Adolescente (1990 modificado por ley 11.829 - 2008).
- Marco Civil de Internet de Brasil, 12965 (2014).
- Projeto de Lei n° 2630, de 202, Lei das Fake News, (2020).

PARAGUAY

- Edgardo Ortiz, diputado, Proyecto de ley “Que obliga a proveedores de aplicaciones y redes sociales a suspender y retirar publicaciones con carácter ofensivos o difamatorio” (D-1745454), 10 de octubre de 2017.

- Ley N° 5653, Establece mecanismos de protección de Niños, Niñas y Adolescentes contra contenidos nocivos de Internet (2016).
- Ley N° 4868, Comercio electrónico (2013).

UE

- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, 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).
- European Commission, The Digital Services Act package, June 2020. Disponible en <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/digital-services-act-package>
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos).
- Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE.

EEUU

- Communications Decency Act, 47 United States Code § 230.
Department of Justice, Justice News, The Justice Department Unveils Proposed Section 230 Legislation, September 2020. Disponible en: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-unveils-proposed-section-230-legislation>
- Digital Millennium Copyright Act (1998).



ANEXO

MARCO REGULATORIO NACIONAL Y ACUERDOS SOBRE COMERCIO DIGITAL EN OTROS PAÍSES DE LA REGIÓN

ÍNDICE

• INTRODUCCIÓN	113
1 • RESPONSABILIDAD DE INTERMEDIARIOS DE INTERNET: OTROS CASOS LATINOAMERICANOS	114
1• CHILE	114
1.1 Normativa Aplicable	114
1.2 Casos administrativos y/o judiciales	115
2• COLOMBIA	117
2.1 Normativa aplicable.....	117
2.2 Casos administrativos y/o judiciales	118
2.3 Proyectos de ley y otras iniciativas	120
3• PERÚ	121
3.1 Normativa aplicable	121
3.2 Casos administrativos y/o judiciales	122
4• BRASIL	123
4.1 Normativa aplicable	123
4.2 Casos administrativos y/o judiciales	124
4.3 Proyectos de ley y otras iniciativas	125
5• PARAGUAY	126
5.1 Normativa aplicable	126
5.2 Casos administrativos y/o judiciales	128
5.3 Proyectos de ley y otras iniciativas	128
FIG 11 NORMATIVA SOBRE RDII EN CHILE, COLOMBIA, PERÚ, BRASIL Y PARAGUAY	129
2 • ACUERDOS SOBRE COMERCIO DIGITAL EN OTROS PAÍSES	130
2.1 BRASIL	131
2.2 CHILE	132
2.3 COLOMBIA	134
2.4 PARAGUAY	135
2.5 PERÚ	136



Introducción

En este Anexo se presenta una ampliación del capítulo 2 centrado en los marcos regulatorios a nivel nacional y del apartado 3.3. que trata los acuerdos de comercio con disposiciones sobre comercio digital suscriptos por países latinoamericanos.

En cuanto al capítulo 2, el punto 1 del presente amplía el análisis a los casos de Chile, Colombia, Perú, Brasil y Paraguay efectuando similar estudio comparativo en términos de normativa aplicable, casos administrativos y/o judiciales y propuestas legislativas en torno a la RDII.

Esta ampliación de países tiene por objetivo brindar una mirada regional de la materia objeto de análisis, de la cual se puedan extraer buenas y malas experiencias y a la vez, reforzar ciertas tendencias a nivel América Latina.

Con relación al apartado 3.3., el punto 2 del presente pone el foco en Brasil, Chile, Colombia, Paraguay y Perú. Al igual que para los casos de Argentina, Uruguay y México ya analizados, se indaga en cuatro variables:

- Acuerdos internacionales que incluyen disposiciones sobre comercio electrónico y digital;
- Responsabilidad de Intermediarios en los acuerdos comerciales,
- Derechos aduaneros y disposiciones contra la discriminación de productos digitales, y
- Localización de instalaciones informáticas y flujos transfronterizos de información.



1

RESPONSABILIDAD DE INTERMEDIARIOS DE INTERNET: OTROS CASOS LATINOAMERICANOS

1

CHILE

1.1 **Normativa aplicable**

No existe una regulación general sobre la responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios de Internet, pero sí específica referida a la propiedad intelectual. Además, resultan de aplicación las reglas generales sobre responsabilidad civil (contractual o extracontractual) y/o penal. En aquellos casos en que se entienden vulnerados derechos constitucionales es común que se acuda a acciones expeditas (ej. acción constitucional).

Afectación a la propiedad intelectual

En Chile se reguló la responsabilidad de los intermediarios de Internet a través de la Ley 20.435 de 2010 modificatoria de la Ley 17.336 de Propiedad Intelectual¹⁴⁰, con el objeto de implementar las obligaciones del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y a la vez, modernizar la ley conforme los nuevos desafíos del entorno tecnológico.

De este modo la norma incorpora un capítulo III denominado “Limitación de Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet” dentro del Título IV “Disposiciones Generales” el que prevé como regla general que en el caso de aquellas infracciones a los derechos protegidos por la Ley de Propiedad Intelectual cometidos por terceros, que ocurran a través de sistemas o redes controladas u operadas por personas naturales o jurídicas (intermediarios de Internet), los prestadores de tales servicios no serán obligados a indemnizar el daño, en la medida que cumplan con las condiciones previstas para limitar tal responsabilidad, conforme a la naturaleza del servicio prestado.

En estos casos, los prestadores de servicio solo podrán ser objeto de las medidas prejudiciales y judiciales a que refiere el artículo 85 R. De todos modos, la ley indica que estas previsiones se establecen sin perjuicio de la aplicación de las normas generales de responsabilidad civil.

140 · Chile. Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual, modificada por ley 20.435 (2010).

En efecto, la norma divide a los prestadores de servicios de Internet según su actividad; por un lado, los prestadores de servicios de transmisión de datos, enrutamiento o suministro de conexiones; por otro, quienes ofrecen servicios que temporalmente almacenen datos mediante un proceso de almacenamiento automático y por último, quienes brindan servicios que a petición de un usuario almacenan, por sí o por intermedio de terceros, datos en su red o sistema, o que efectúan servicios de búsqueda, vinculación y/o referencia a un sitio.

La ley prevé en cada caso particular requisitos especiales para no entenderlos responsables. Para quienes prestan servicios de almacenamiento o de búsqueda, vinculación y/o referencia a un sitio contempla un mecanismo de notificación y bajada en instancia judicial.

Sumado a ello, se prevén requisitos generales a cumplir en todos los supuestos, exceptuando de este caso a los proveedores que ofrezcan servicios de búsqueda, vinculación y/o referencia a un sitio en línea.

Adicionalmente, la norma incluye una regla general sobre la no obligación de supervisar. En ese orden de ideas indica que los prestadores de servicios no tendrán la obligación de supervisar los datos que transmitan, almacenen o referencien ni la obligación de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas.

Se incluye el supuesto de quien a sabiendas, proporcione información falsa relativa a supuestas infracciones a los derechos de propiedad intelectual, quien deberá indemnizar los daños causados a cualquier parte interesada.

Por último, se plantea la obligación para los prestadores de servicios de Internet de comunicar por escrito a sus usuarios los avisos de supuestas infracciones que reciban. Los proveedores deberán informar al usuario supuestamente infractor esta situación acompañando los antecedentes proporcionados por el titular del derecho o su representante, dentro del plazo de cinco días hábiles contados desde la recepción de la referida comunicación. De este modo, se incluye un esquema de notificación y notificación.



1.2 Casos administrativos y/o judiciales

Afectación al honor y buen nombre

En 2012 el fiscal Abbott consideró afectado sus derechos por lo que deduce acción constitucional de protección en contra de los administradores del motor de búsqueda “google.cl” y del administrador de correos electrónicos “gmail.cl”. Adicio-

nalmente, recurre de protección contra los administradores de ciertos sitios de internet alegando que en estos “aparecen difundidas afirmaciones de carácter totalmente injuriosas como asimismo calumniosas en contra de su personas, cónyuge, hijos y familia”.

Con motivo de ello, solicita se acoja el recurso intentado y en definitiva se ordene, a todo aquel que resulte ser administrador de alguna de las páginas web mencionadas, eliminar toda información injuriosa en contra suya y de su grupo familiar.

En este caso, la Corte da lugar a la acción constitucional y en consecuencia ordena la eliminación en las respectivas páginas web de las informaciones injuriosas que en ellas se consignaban y que el buscador “google.cl” establezca los filtros necesarios, para evitar publicaciones que presenten inequívocamente contenido de carácter injurioso o cualquier publicación que incurra en una afectación constitucional. Para adoptar dicha resolución no se hace mención y en definitiva, no parece haberse tenido en cuenta el carácter de funcionario público de quien se entendió afectado en la causa. La resolución adoptada en este caso se presenta como una decisión aislada en la materia.¹⁴¹

En el caso Roxana Suazo Ayala c/ Sitio web www.reclamos.cl¹⁴² se trató de una acción constitucional resuelta en 2009 y dirigida contra el administrador de la página web donde usuarios generaban opiniones en supuesta deshonra de una institución educativa. Los recurrentes, la representante y un profesor del colegio en cuestión, recurrieron de protección, en presentaciones separadas, contra el Sitio web para que se ordene el retiro de los reclamos con expresiones injuriosas.

La Corte entendió que eran de aplicación al caso los derechos constitucionales de libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa, el marco de protección de datos personales y el estándar de la neutralidad de la red que a ese entonces había sido incorporado en un proyecto de ley en tratamiento.

En efecto, consideró que “la limitación del libre acceso y libre tráfico a Internet por la vía de obligar al proveedor a revisar todos los contenidos, conduciría casi ineludiblemente a transformar a éste en censor, con el serio riesgo de caer en una censura previa que atentaría contra la garantía constitucional de la libertad de expresión.” Resuelve el caso desestimando ambos recursos.

A través del caso Fuentes c/Entel S.A.¹⁴³ se ha intentado hacer valer una acción de responsabilidad civil extracontractual de los intermediarios por contenidos

141 · Corte de Apelaciones de Valparaíso, Causa n° 228/2012. Resolución n° 50461, 30 de Julio de 2012.

142 · Corte de Apelaciones de Santiago, Séptima Sala, fallo sobre recurso de protección, Roxana Suazo Ayala c/ Sitio web www.reclamos.cl, rol N° 11.538-2008 (acumulado el rol 11.539-2008), sentencia de 9 de abril de 2009. Sentencia confirmada por Corte Suprema de Justicia, Rol N° 3047-2009, de 6 de julio de 2009.

143 · Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia sobre recurso de apelación, causa Paulina Fuentes Almendra y otro c/Entel S.A. Carmen Gloria Yáñez Vargas, Rol N° 1223-2003, sentencia de 21 de diciembre de 2007.

atentatorios del derecho a la honra, se trataba de la publicación de un aviso de oferta de servicios sexuales por una menor de edad. En esta causa civil sobre la misma materia del recurso de protección (acción constitucional de protección del derecho a la honra de la persona y de su familia resuelto en 1999 el cual contaba con las mismas partes), se demandó tanto a la usuaria que generó las publicaciones como a la proveedora de acceso a Internet.

La Corte de Apelaciones de Concepción determinó que las normas por aplicar serían las de responsabilidad extracontractual subjetiva. En cuanto al proveedor de acceso a Internet, la Corte señaló que “como proveedor de acceso a la red, no se encuentra obligado a controlar el ingreso de contenido a la red, es más, debe respetar el principio de la libertad de la información que circula en la red”. Agrega que “no ha faltado a su deber de cuidado o diligencia, al permitir el acceso a la red Internet de una información falsa y lesiva a la víctima y sus padres, porque no estaba en conocimiento de tal situación. Distinta es la situación si ... fuera requerido actuar en tal sentido y no lo hubiera hecho con diligencia y cuidado ...” De este modo, confirma la sentencia que rechaza la demanda.

2 COLOMBIA

2.1 Normativa aplicable

No existe una regulación general sobre la responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios de Internet, pero sí específica referida a los derechos de niños, niñas y adolescentes y la previsión de responsabilidad solidaria en la normativa de la Comunidad Andina que debe ser mencionada. Además, resultan de aplicación las reglas generales sobre responsabilidad civil (contractual o extracontractual) y/o penal. Adicionalmente, en aquellos casos en que se entienden vulnerados derechos constitucionales es común que se acuda a acciones expeditas (ej. acción de tutela).

Afectación a los derechos de los niños, niñas y adolescentes

La ley 679¹⁴⁴ prevé el estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución.

La norma contempla en el artículo 7 que los proveedores o servidores, administradores y usuarios de redes globales de información no podrán alojar en su propio sitio: 1. imágenes, textos, documentos o archivos audiovisuales que im-

¹⁴⁴ Ley 679, (2001).

pliquen directa o indirectamente actividades sexuales con menores de edad. 2. material pornográfico, en especial en modo de imágenes o videos, cuando existan indicios de que las personas fotografiadas o filmadas son menores de edad. 3. vínculos o links, sobre sitios telemáticos que contengan o distribuyan material pornográfico relativo a menores de edad.

Adicionalmente, el artículo 8 inciso 4 incluye la obligación a cargo de los proveedores, administradores y usuarios de redes globales de información de establecer mecanismos técnicos de bloqueo por medio de los cuales los usuarios se puedan proteger a sí mismos o a sus hijos de material ilegal, ofensivo o indeseable con relación a menores de edad.

Afectación a la propiedad intelectual

Se menciona que, a nivel comunitario, la Decisión 351¹⁴⁵ de la Comunidad Andina de Naciones, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, contiene una disposición (Art. 54) que establece la obligación respecto a que ninguna persona natural o jurídica podrá autorizar la utilización de una obra o prestar su apoyo para su utilización, si no cuenta con la autorización del titular de la obra protegida por derechos de autor.

La referencia legal a “prestar apoyo para la utilización” ha sido entendida por la Comunidad Andina de Naciones como “amparo, respaldo, asistencia, cooperación y colaboración, razón por la cual debe considerarse que la prestación de apoyo no sólo incluye actos positivos o de acción, sino también actos negativos o de omisión”.¹⁴⁶



2.2 Casos administrativos y/o judiciales

Afectación al honor y buen nombre

En septiembre de 2019, la Corte se pronunció (fallo SU-420)¹⁴⁷ sobre cuatro casos de acciones de tutela entre particulares, en los que se alegaba la afectación a la honra y al buen nombre. Los accionantes pretendían que el tribunal constitucional ordenara el retiro de distintas redes sociales de las publicaciones que consideraban vejatorias de sus derechos.

145 · Comunidad Andina. Decisión 351, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, (1993).

146 · Indecopi. Agencia Digital, 2018, 46. Disponible aquí: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3742118/Agenda+digital+16.05.2018.pdf/4f28e644-deed-b4d9-b4b4-e4eeb6ff09f0>

147 · Corte Constitucional. Expediente T-5.771.452 AC - Sentencia SU-420/19, 12 de septiembre de 2019.

En oportunidad de pronunciarse sobre los casos en proceso la Corte Constitucional reafirmó que “los intermediarios de Internet no son responsables por el contenido que publican sus usuarios, ya que establecer esta responsabilidad llevaría a limitar la difusión de ideas y les daría el poder para regular el flujo de información en la red, en consecuencia, la responsabilidad es de quien directamente usa las expresiones ofensivas o calumniadoras.”

En cuanto al modo en que los prestadores de servicios de Internet deben responder indicó que: “A pesar de que estas plataformas no son las llamadas a responder por el contenido que publican sus usuarios, en caso de que una autoridad judicial encuentre que un contenido atenta contra los derechos fundamentales de una persona, puede ordenar su remoción directamente a los intermediarios de Internet, en orden a generar una garantía efectiva de las prerrogativas de la persona afectada, porque el infractor no quiere o no puede cumplir con lo ordenado por un juez.”

Asimismo, aclara que no aplica la responsabilidad directa a estos intermediarios de Internet al señalar que el administrador del portal web no es responsable directo de la violación alegada ya que estas plataformas no tienen control sobre el contenido de las publicaciones efectuadas por los usuarios y por ende, no se les debe atribuir responsabilidad directa sobre el mensaje ofensivo distribuido en sus herramientas tecnológicas.

Por lo tanto, la Corte afianza su posición en cuanto a la regla de la no responsabilidad de los intermediarios de Internet por el contenido que publican sus usuarios y prevé que deberán responder en el caso en que una autoridad judicial ordene la remoción del contenido.

En esta causa fueron citadas sentencias anteriores de la Corte en las que se sentaron bases en torno a la responsabilidad de los intermediarios de Internet (sentencias T-040 de 2013, y T-277 de 2015), una de ellas analizada a continuación, lo que demuestra la existencia de un recorrido jurisprudencial robusto sobre la materia.

De este modo, en una acción de tutela instaurada contra Google Colombia Ltda y la Casa Editorial El Tiempo¹⁴⁸ el actor solicitó el amparo a sus derechos fundamentales a la dignidad humana, a la intimidad personal y familiar, al buen nombre, a la honra, al debido proceso, concretamente, la presunción de inocencia, y en consecuencia, que se ordene a las entidades demandadas eliminar de sus registros el artículo titulado “Los hombres de la mafia en los llanos” en el que él surgía mencionado, y asegurar que no vuelva a aparecer a futuro.

148 · Corte Constitucional. Expediente T-3.623.589, Sentencia T-040/13, Acción de Tutela instaurada por Guillermo Martínez Trujillo contra Google Colombia Ltda y la Casa Editorial El Tiempo, 28 de enero de 2013.

Al analizar la legitimación pasiva la Sala advierte que en el caso concreto el responsable de la información emitida, y por ende de su posible rectificación, es el medio de comunicación que recolectó, analizó, procesó y divulgó la noticia, es decir, la casa Editorial El Tiempo, a través de su página electrónica oficial. En ese orden a quien procede realizar la rectificación, en caso dado, es a esta entidad. Por el contrario, para la Sala de Revisión, Google Colombia S.A. no es responsable de la noticia, pues Google presta un servicio de búsqueda de la información que hay en toda la red, y no es quien redacta o publica tal información, sino que es un simple motor de búsqueda al cual no se le puede endilgar la responsabilidad sobre la veracidad o imparcialidad de un respectivo artículo, noticia o columna que aparezca en sus resultados.

Por tanto, la Sala resuelve que no es competencia ni responsabilidad de Google, rectificar, corregir, eliminar o complementar la información que arroja una búsqueda concreta, sino del medio de comunicación, escritor, columnista, etc., que incluye y procesa la información en Internet.



2.3 Proyectos de ley y otras iniciativas

Afectación a la propiedad intelectual

Los proyectos que intentaron modificar el derecho de autor para ajustarlo al Plan Nacional de Desarrollo y los compromisos bilaterales asumidos con EEUU, se han denominado comúnmente como “Ley Lleras”, nombre que deriva del entonces Ministro de Interior y Justicia.

El primero fue el 241 de 2011 por el que se pretendía regular la responsabilidad por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en internet. Este proyecto incluía causales de liberación de responsabilidad de prestadores de servicios de Internet distinguiendo según tipo de intermediario de Internet.

Luego de debates y foros en el Senado, el proyecto fue archivado en noviembre de 2011.

La nueva versión de la Ley Lleras, 201 del 2012, denominada por muchos como Ley Lleras 2.0. fue aprobada de manera extraordinaria, dedicó su articulado a la modificación de las normas sobre derechos de autor en cuanto a sus definiciones, derechos exclusivos, medidas tecnológicas de protección y excepciones y limitaciones, pero excluyendo la regulación de los intermediarios de Internet. Como punto relevante, prohíbe expresamente la retransmisión de señales de televisión a través de Internet sin autorización, siendo dudosa la situación del intermediario de Internet que provea meros enlaces a esas retransmisiones.¹⁴⁹

149 · Juan Carlos Lara y Francisco Vera, Responsabilidad de los prestadores de servicios de internet, Policy Paper, Nro.3, Disponible aquí: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp03.pdf>

La norma aprobada fue objeto de demandas de senadores, quienes alegaron, entre otras cosas, violación de la libertad de expresión y el derecho a la privacidad que protege la Constitución de Colombia, por las limitaciones a la divulgación de información que potencialmente provocan las medidas en relación al *streaming* de señales de televisión a través del Internet.¹⁵⁰

De todos modos, la Corte Constitucional se expresó por su inconstitucionalidad al entender que la misma contaba con vicios de forma.^{151 152}

Han existido otros intentos de introducir nuevas versiones con el fin de actualizar al régimen de derechos de autor en Colombia.¹⁵³ Presentada nuevamente al Congreso en 2014 (conocida como Ley Lleras 4), pero retirada para abrir mesas de diálogo. La nueva versión fue introducida en 2016 (se habló de Ley Lleras 5).¹⁵⁴

En 2018 se incorporó un nuevo proyecto de ley conocido como “Ley Lleras 6”. Esta propuesta fue tramitada con mensaje de urgencia del gobierno con el fin cumplir una exigencia de EE.UU. que había condicionado su aval para que Colombia ingrese a la OCDE en el cumplimiento de obligaciones comerciales pendientes.

Resta aclarar que bajo el nombre de Ley Lleras se habla de dos proyectos de normas con contenido diferente. Por un lado la de 2011 que buscaba crear un mecanismo expedito para sacar de Internet contenido presuntamente violatorio de normas de derecho de autor y la que desde 2012 y sucesivas se ocupan de incrementar las protecciones al derecho de autor y regular el tema de medidas tecnológicas de protección.¹⁵⁵

3 PERÚ

3.1 Normativa aplicable

No existe una regulación general ni específica sobre la responsabilidad aplicable a los prestadores de servicios de Internet, aunque se prevé una responsabilidad solidaria en la normativa de derecho de autor que debe ser objeto de análisis. Asimismo, resultan de aplicación las reglas generales sobre responsabilidad civil

150 · Geraldine Juárez, “Ley Lleritas a la Corte Constitucional de Colombia”, Hipertextual, Jun 12, 2012, Disponible aquí: <https://hipertextual.com/2012/06/ley-lleritas-a-la-corte-constitucional-de-colombia>

151 · Carolina Botero Cabrera, “Ley Lleras 2 es inconstitucional”, El espectador, 21 de enero de 2013, Disponible aquí: <https://www.elespectador.com/opinion/ley-lleras-2-es-inconstitucional-columna-402262>

152 · Carolina Botero, “Una de las Ley Lleras por fin será Ley y reformará el derecho de autor en Colombia”, Fundación Karisma, 24 de mayo de 2018. Disponible aquí: <https://web.karisma.org.co/una-de-las-ley-lleras-por-fin-sera-ley-y-reformara-el-derecho-de-autor-en-colombia/>

153 · El Espectador, “La complicada Ley Lleras”, 19 de abril de 2018. Disponible aquí: <https://www.elespectador.com/opinion/editorial/la-complicada-ley-lleras-articulo-751009>

154 · Carolina Botero, “La Ley Lleras continúa”, 05 de octubre de 2017.

155 · Carolina Botero, “Una de las Ley Lleras por fin será Ley y reformará el derecho de autor en Colombia”, Fundación Karisma, 24 de mayo de 2018, Disponible aquí: <https://www.elespectador.com/opinion/editorial/la-complicada-ley-lleras-articulo-751009>

(contractual o extracontractual) y/o penal. En aquellos casos en que se entienden vulnerados derechos constitucionales es común que se acuda a acciones expeditas (ej. amparo).

Afectación a la propiedad intelectual

En Perú se prevé una responsabilidad solidaria en el artículo 39° de la Ley sobre el Derecho de Autor (LDA)¹⁵⁶. En igual sentido, a nivel comunitario, la Decisión 351¹⁵⁷ de la Comunidad Andina de Naciones, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, contiene una disposición muy similar a la que se encuentra en la normativa peruana.

Ambos cuerpos legales establecen la obligación respecto a que ninguna persona natural o jurídica podrá autorizar la utilización de una obra o prestar su apoyo para su utilización, si no cuenta con la autorización del titular de la obra protegida por derechos de autor. Si bien dicha disposición no fue pensada para ser aplicada en entornos digitales, su redacción ha dado lugar a utilizarla para atribuir responsabilidad a los prestadores de servicios tecnológicos.

La referencia legal a “prestar apoyo para la utilización” ha sido entendida por la Comunidad Andina de Naciones como “amparo, respaldo, asistencia, cooperación y colaboración, razón por la cual debe considerarse que la prestación de apoyo no sólo incluye actos positivos o de acción, sino también actos negativos o de omisión”.¹⁵⁸



3.2 Casos administrativos y/o judiciales

Afectación a la propiedad intelectual

Un caso relevante en la materia y que guarda relación con la regla de responsabilidad solidaria prevista en la LDA involucró al registrador oficial de dominio.pe en el Perú, la Red Científica Peruana. En dicho caso, la Comisión de Derecho de Autor mediante Resolución N° 601-2013/CDA-INDECOPI dictó una medida cautelar contra dicho registrador oficial de dominio.pe, a efectos de que este suspenda el dominio de www.thepiratebay.pe, sitio web donde se podían descargar archivos *torrent*, los cuales se encontraban protegidos por derechos de autor. La autoridad de derechos de autor verificó que en el dominio cuestionado existían obras de autores peruanos en su directorio y concluyó que era necesario bloquear el nombre de dominio peruano con la finalidad de proteger a los autores.

156 · Perú. Ley sobre el Derecho de Autor, Decreto legislativo 822, (1996).

157 · Comunidad Andina. Decisión 351, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, (1993).

158 · Indecopi. Agencia Digital, 2018, 46, Disponible aquí: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3742118/Agenda+digital+16.05.2018.pdf/4f28e644-deed-b4d9-b4b4-e4eeb6ff09f0>

La orden fue revertida en segunda instancia porque nunca se inició un procedimiento principal por infracción a los derechos de autor contra The Pirate Bay.¹⁵⁹

Afectación a los derechos de los consumidores

En la Agenda Digital¹⁶⁰ elaborada por el INDECOPI se desprenden algunos de los criterios que aplica la Comisión de Protección al Consumidor en cuanto a la responsabilidad que asumen las plataformas digitales que actúan como intermediarios, las mismas son resumidas de la siguiente manera:

1. Para el caso de plataformas que crean un *marketplace* o punto de encuentro entre oferta y demanda de terceros, donde la participación de la plataforma es meramente técnica (pues actúan como facilitadores de información y donde no tienen control, ni conocimiento de la información alojada o transmitida a través de ellos), entonces la plataforma no sería considerada responsable por el incumplimiento de las ofertas publicitadas a través de la misma.

2. En el caso de plataformas que interactúan con los proveedores que anuncian a través de las mismas, así como con los vendedores, accediendo al control de la información, se analiza caso por caso el nivel de responsabilidad que le corresponde a la plataforma. En este punto, incluso si los términos y condiciones establecen que la plataforma no resulta responsable por el servicio brindado por un tercero, pero de la información contenida en la misma plataforma y de la forma cómo presenta su publicidad, se entiende lo contrario, es decir, que la plataforma garantiza la prestación del servicio del tercero, entonces la plataforma no podría deslindar responsabilidad.

4 BRASIL

4.1 Normativa aplicable

Afectación a distintos derechos

El Marco Civil de Internet¹⁶¹ dispone como regla general que el proveedor de conexión a internet no será responsabilizado civilmente por daños surgidos por contenido generado por terceros (Art. 18).

159 · Carlos Guerrero, “Bajada de contenidos por derechos de autor”, Hiperderecho, 24 de marzo de 2020, Disponible aquí: <https://hiperderecho.org/2020/03/bajada-de-contenidos-por-derechos-de-autor/>

160 · Indecopi. Agencia Digital, 39, 2018, Disponible aquí: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3742118/Agenda+digital+16.05.2018.pdf/4f28e644-deed-b4d9-b4b4-e4eeb6ff09f0>

161 · Marco Civil de Internet de Brasil, 12.965, (2014).

Adicionalmente, prevé que con el objetivo de asegurar la libertad de expresión e impedir la censura, el proveedor de aplicaciones de Internet solamente podrá ser responsabilizado por daños que surjan del contenido generado por terceros si, después de una orden judicial específica, no toma las previsiones para, en el ámbito de los límites técnicos de su servicio y dentro del plazo asignado, tornar indisponible el contenido identificado como infractor, exceptuando las disposiciones legales que se opongan (Art. 19).

En cuanto a lo aplicable a las infracciones a derechos de autor y a derechos conexos dependerá de la previsión legal específica.

Por último, para los casos que el proveedor de aplicaciones de internet disponibilice contenido generado por terceros de imágenes, videos u otros materiales que contengan escenas de desnudos o de actos sexuales de carácter privado (comúnmente llamado *revenge porn*) será responsabilizado subsidiariamente cuando, posterior al recibimiento de la notificación por el participante o su representante legal (notificación privada), deje de promover, de forma diligente, en el ámbito y en los límites técnicos de su servicio, la indisponibilidad de ese contenido.

Afectación a los derechos de los niños, niñas y adolescentes

De acuerdo al Estatuto del Niño y del Adolescente¹⁶² (Ley 8069 modificada por Ley 11.829) al referirse a la pena de quien adquiera, posea o almacene, por cualquier medio, fotografía, video u otra forma de registro que contenga una escena de sexo explícita o pornográfica que involucre a un niño o adolescente, la norma contempla que no existirá delito si la posesión o el almacenamiento tienen el propósito de comunicar a las autoridades competentes la ocurrencia de conductas descritas en la norma, cuando la comunicación se realiza por el representante legal y empleados responsables de un proveedor de acceso o servicio proporcionado a través de una red informática, hasta la recepción de material por la autoridad policial, el Ministerio Público o el Poder Judicial.



4.2 Casos administrativos y/o judiciales

Afectación al honor y buen nombre

Se produjo una apelación extraordinaria (RE) 1037396 presentada por Facebook en contra de la decisión del Tribunal de Apelaciones Civiles del Colégio Recursal

¹⁶² - Estatuto del Niño y del Adolescente (1990 modificado por ley 11.829 - 2008)

de Piracicaba (SP) que determinó la exclusión de un perfil falso de la red social y la provisión de IP (protocolo de Internet) desde el que se generó. La apelación discute la constitucionalidad del artículo 19 de Marco Civil da Internet, el cual requiere una orden judicial previa y específica para tornar indisponible el contenido supuestamente infractor.

El actor alegó que nunca se había registrado en Facebook, pero, alertado por familiares, descubrió la existencia de un perfil falso, con su nombre y fotos, que solía ofender a otras personas, por lo que solicitó la exclusión del perfil y reparación del daño moral causado.

El Tribunal Especial Civil y Penal del Distrito de Capivari (SP) solo otorgó la obligación de hacer (exclusión del perfil), pero rechazó el reclamo de indemnización. La sentencia se basó en el artículo 19 del Marco Civil.

A juicio de la apelación del demandante, el Tribunal de Apelaciones otorgó daños y perjuicios entendiendo que hacer que la eliminación del perfil falso esté sujeta a una orden judicial específica significaría eximir a los proveedores de toda responsabilidad por daños y perjuicios, contraria al sistema de protección del Código de Protección al Consumidor y el artículo 5, artículo XXXII, de la Constitución Federal, que se ocupa del deber de indemnizar.

En su llamamiento extraordinario ante el Tribunal Supremo, Facebook defiende la constitucionalidad del artículo 19 del Marco Civil de Internet, que tendría como principios rectores la prohibición de la censura, la libertad de expresión y la reserva de jurisdicción.¹⁶³

Afectación a la propiedad intelectual

El Tribunal Superior de Justiça (STJ) tuvo que resolver sobre un reclamo en el que se discutía la responsabilidad del sitio de redes sociales Orkut por contenido generado por usuarios que infringen los derechos de autor en su sitio. El Tribunal dictaminó que los proveedores de contenido no pueden ser considerados responsables de las violaciones de derechos de autor cometidas por terceros si no se benefician de la violación de derechos de autor por parte de sus usuarios. Adicionalmente, el Tribunal consideró que Orkut no es responsable de los enlaces que los usuarios publiquen en páginas externas que contengan material que infrinja los derechos de autor.¹⁶⁴

163 · Supremo Tribunal Federal, “STF discutirá validade de regra do Marco Civil da Internet sobre responsabilização de sites e redes sociais”, 02 de marzo de 2018, Disponible aquí: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371229>

164 · Tribunal Superior de Justiça, Orkut (Google Brasil Internet LTDA), Apelación especial núm. 1512647 / MG (2013 / 0162883-2) Ver Felipe Busnelo and Giancarlo Frosio, “Brazilian supreme court adopts common law tests for intermediary liability in copyright



4.3 Proyectos de ley y otras iniciativas

Afectación a distintos derechos

En mayo de 2020 se presentó una iniciativa (Projeto de Lei nº 2630 de 2020¹⁶⁵) por la que se pretende establecer sanciones a las plataformas en caso de no cumplir con medidas que exige a efectos de combatir la difusión de desinformación. De este modo, la propuesta pretende regular la responsabilidad de los proveedores y aplicaciones en la lucha contra la desinformación y transparencia en Internet.

Las sanciones van desde advertencias, incluidos plazos para la adopción de medidas correctivas, multas, suspensión temporal de actividades e incluso la prohibición del ejercicio de la actividad en el país.

Esta iniciativa ha obtenido aprobación por el Senado, por lo que se encuentra pendiente de tratamiento por la Cámara de Diputados a efectos de convertirse en ley. Cabe advertir que la redacción de esta propuesta se presenta como contraria a la base normativa prevista en el Marco Civil de Internet.



5 PARAGUAY



5.1 Normativa aplicable

Afectación a derechos en el comercio electrónico

En Paraguay puede mencionarse la Ley 4.868¹⁶⁶ (2013) de Comercio Electrónico del 2013. Dicha norma prevé un Capítulo III “Régimen de responsabilidad de los Proveedores” del Título II “Proveedores por vía electrónica a distancia”. En base a ello, es que establece límites de responsabilidad diferenciando entre el proveedor de servicio de intermediación, aquellos que prestan el servicio de alojamiento de datos, los que brindan servicios de enlace y los que prestan el servicio de copia temporal.

Para los tres últimos tipos prevé, a efectos de eximirse de responsabilidad, el no conocimiento efectivo de que la actividad o la información que remiten es ilícita o lesiona bienes y derechos de terceros o que cuando tomen conocimiento de la situación, actúen con diligencia.

case”, The Center for Internet and Society at Stanford Law School, 24 de junio de 2015. Disponible aquí: <https://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/06/brazilian-supreme-court-adopts-common-law-tests-intermediary-liability-copyright-case>

165 · Projeto de Lei nº 2630, de 202, Lei das Fake News, (2020).

166 · Paraguay. Ley N° 4868, Comercio electrónico (2013).

A la vez, la norma contempla cuando se entenderá que el proveedor cuenta con conocimiento efectivo. Así indica que se considerará que se tiene conocimiento efectivo de una infracción a derechos de terceros cuando se reciba una notificación de la infracción de parte de un órgano competente, ya sea administrativo o judicial, que haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retiro o que se imposibilite el acceso a los mismos; y el prestador conociera la correspondiente resolución; sin perjuicio de los procedimientos de detección y retiro de los contenidos, que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios u otros medios de conocimiento efectivo que pudieran implementarse.

Afectación a los derechos de propiedad intelectual

En cuanto a derechos de propiedad intelectual, la Ley 4.868 prevé una cláusula específica, aplicable a todo proveedor, la que establece que en el caso que algún contenido sea divulgado o hecho público en violación a los derechos de propiedad intelectual de algún tercero, éste podrá solicitar a los proveedores que han hecho posible esta divulgación, que los mismos retiren dicho contenido de Internet. Adicionalmente, se incluye que todos los proveedores deberán establecer un mecanismo de retiro de la red de contenidos que violen las disposiciones legales referentes a derechos de autor y derechos conexos, así como los de propiedad industrial. Este mecanismo debe ser público y accesible a cualquier usuario.

Afectación a los derechos de niños, niñas y adolescentes

La ley 5653¹⁶⁷ “De Protección de niños, niñas y adolescentes contra contenidos de Internet” tiene por finalidad la protección integral del niño, niña y adolescente, por los efectos que puedan generar en ellos los contenidos nocivos a que se accedan o se encuentren en internet.

Esta norma prevé como obligación de los proveedores de servicios de internet (ISP) aquella vinculada al suministro de manera obligatoria y gratuita, bajo constancia, a sus clientes, de un software libre con sistemas de detección, filtro, clasificación, eliminación y bloqueo de contenidos nocivos. Además, los proveedores de servicios de internet deberán entregar a todos sus clientes de manera obligatoria un manual instructivo didáctico que indique la forma de instalación y utilización del software libre. Los ISP que no cumplan con lo dispuesto serán sancionados por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), de acuerdo a la gravedad de la infracción y al carácter de reincidente del infractor, con una pena de multa de entre el 0,1% (cero coma uno por ciento) al 3% (tres por ciento) de los ingresos brutos totales percibidos por la prestación de servicios de telecomunicaciones, en el ejercicio fiscal inmediatamente anterior a aquel en el cual se cometió la infracción.

¹⁶⁷ · Ley N° 5653, Establece mecanismos de protección de Niños, Niñas y Adolescentes contra contenidos nocivos de Internet (2016).

La ley contempla la creación del “Observatorio Nacional para la protección de los Derechos de niños, niñas y adolescentes en internet” compuesto por instituciones del Poder Ejecutivo y organizaciones de sociedad civil. Dicho observatorio tendrá entre sus funciones la de monitorear los contenidos que circulan en Internet y realizar informes públicos, al menos semestrales, sobre el cumplimiento de la presente ley; elaborar y actualizar permanentemente el Banco Digital de Sitios y Contenidos Impropios para la Niñez y la Adolescencia, para la consulta de prestadores de servicios de internet (ISP) y público en general; y recibir denuncias sobre prestadores de servicios de internet (ISP) y establecimientos o instituciones de todo tipo que no cumplan con lo dispuesto en la ley y remitir las mismas a las autoridades de aplicación competentes.



5.2 Casos administrativos y/o judiciales

En 2014 se presentó recurso de amparo constitucional por un senador luego del escándalo surgido por la divulgación en las redes sociales de un video en el que se puede observar al legislador manteniendo un encuentro amoroso junto con otras personas. La magistrada dio trámite a ese pedido y otorgó una medida de urgencia para “la prohibición de la divulgación, publicación, generación y/o alteración de contenido multimedia relacionado al senador, sin consentimiento del mismo por parte de cualquier medio de comunicación visual, escrito y en versión digital”.¹⁶⁸



5.3 Proyectos de ley y otras iniciativas

Proyecto de ley¹⁶⁹ “Que obliga a proveedores de aplicaciones y redes sociales a suspender y retirar publicaciones con carácter ofensivo o difamatorio” presentado por el Diputado Nacional Edgar Ortiz.

La iniciativa legislativa buscaba obligar a los proveedores de aplicaciones y redes sociales a suspender y retirar, cuando reciban denuncias de los afectados, cualquier comentario ofensivo o difamatorio, escrito de forma anónima, en sus páginas web contra partidos, movimientos o candidatos electorales, ante denuncias de los afectados, hasta tanto el autor sea identificado con nombre completo, identificación y número de seguridad social.

El proyecto fue rechazado en la propia Comisión de Ciencia y Tecnología de la Cámara de Diputados por considerarse contrario a las disposiciones constitucionales al poner en riesgo la libertad de expresión.¹⁷⁰

168 · Última Hora, “Galaverna prohíbe difusión de fotos y videos”, 30 de julio de 2014, Disponible aquí: <https://www.ultimahora.com/galaverna-prohíbe-difusion-fotos-y-videos-n816402.html> y Hoy “Califican de censura previa resolución judicial que beneficia a Calé”, 30 de julio de 2014, Disponible aquí: <https://www.hoy.com.py/nacionales/califican-de-censura-previa-resolucion-judicial-que-beneficia-a-cale>

169 · Edgardo Ortiz, diputado, Proyecto de ley “Que obliga a proveedores de aplicaciones y redes sociales a suspender y retirar publicaciones con carácter ofensivos o difamatorio” (D-1745454), 10 de octubre de 2017.

170 · CELE, *Tendencias legislativas sobre libertad de expresión e internet en Paraguay*, 7, Octubre 2019, Disponible aquí: https://www.palermo.edu/Archivos_content/2019/cele/octubre/Tendencias-legislativas-en-Paraguay.pdf

Figura 11
Normativa sobre RDII en Chile, Colombia, Perú, Brasil y Paraguay

		CHILE	COLOMBIA	PERÚ	BRASIL	PARAGUAY
Normativa aplicable	<i>General</i>	No	No	No	Sí, Marco Civil de Internet	No
	<i>Específica</i>	Sí, sobre Propiedad Intelectual	Sí, sobre protección de niños, niñas y adolescentes. (Considerar responsabilidad solidaria prevista en la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos)	No, pero se prevé responsabilidad solidaria en la Ley sobre el Derecho de Autor (También Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos)	Sí, protección del niño y el adolescente	Sí, derechos en el comercio electrónico (defensa del consumidor y propiedad intelectual) y protección de niños, niñas y adolescentes
Casos Adm. y/o Jud.	<i>Temática que predomina</i>	Derechos personalísimos	Derechos personalísimos	Propiedad Intelectual y Defensa del Consumidor	Derechos personalísimos y Propiedad Intelectual	Derechos personalísimos
Proyectos de ley	<i>General</i>	No se identificaron	No se identificaron	No se identificaron	No se identificaron	No se identificaron
	<i>Específico</i>	No se identificaron	Sí, archivado (Propiedad intelectual)	No se identificaron	Sí, desinformación	Sí, derechos personalísimos
Sistema de responsabilidad que predomina		Inmunidad condicionada	Responsabilidad subjetiva	No definido	Responsabilidad subjetiva	Responsabilidad subjetiva

Fuente: elaboración propia



2

ACUERDOS SOBRE COMERCIO DIGITAL EN OTROS PAÍSES

2.1 BRASIL

Acuerdos internacionales que incluyen disposiciones sobre comercio electrónico y digital

- MERCOSUR
- Brasil-Chile (en negociaciones)
- UE-MERCOSUR (en negociaciones)

Brasil no ha suscripto la Convención de Budapest sobre Ciberdelito.

Responsabilidad de Intermediarios en los acuerdos comerciales

Brasil no ha celebrado acuerdos internacionales que establezcan pautas vinculantes relativas a la RDII.

El **MERCOSUR** no incluye un capítulo sobre comercio electrónico ni disposiciones sobre responsabilidad de intermediarios. El borrador del **acuerdo entre la UE y el MERCOSUR** tampoco incluye normativa específica a RDII. (Ver análisis dedicado a la Argentina en Figura X1).

Derechos aduaneros y disposiciones contra la discriminación de productos digitales

Tanto el acuerdo entre el MERCOSUR y la UE como el acuerdo entre Brasil y Chile (ambos en negociación) establecen que ninguna parte suscriptora podrá aplicar derechos aduaneros, tasas o cargos a la importación o exportación por medios electrónicos de productos digitales. Ambos textos mencionan expresamente la posibilidad de imponer impuestos internos y otras cargas internas sobre productos digitales transmitidos electrónicamente.

En tanto país parte del MERCOSUR, Brasil está en negociaciones con India, Corea del Sur, Canadá y El Líbano. Si bien no se conocen versiones de estos últimos procesos negociadores, es esperable que incluyan capítulos sobre comercio electrónico. En especial el acuerdo con Canadá, que forma parte del T-MEC.

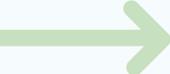
Localización de instalaciones informáticas y flujos transfronterizos de información

El **acuerdo Brasil-Chile** establece disposiciones respecto a las instalaciones informáticas y el flujo transfronterizo de datos, de modo similar, aunque no idéntico, a los acuerdos Chile-Argentina y Chile-Uruguay. En materia de regulación de los flujos transfronterizos de datos, la fórmula es semejante a la adoptada en el acuerdo Chile-Argentina. En concreto, dispone que cada Parte podrá tener sus propios requisitos regulatorios sobre la transferencia de información por medios electrónicos, pero que se permitirá la transferencia transfronteriza de información por medios electrónicos, incluyendo la información personal, cuando esta actividad sea para la realización de la actividad comercial de una persona de una Parte.

En materia de instalaciones informáticas, la fórmula es semejante a la adoptada en el acuerdo Chile-Uruguay, y por tanto más restrictiva que la adoptada en Chile-Argentina. En concreto, establece que una Parte no podrá exigir a una persona de la otra Parte usar o ubicar las instalaciones informáticas en el territorio de esa Parte, como condición para la realización de negocios en ese territorio. Sin embargo, reconoce que cada Parte podrá tener sus propios requisitos regulatorios relativos al uso de instalaciones informáticas, como por ejemplo para asegurar la seguridad y confidencialidad de las comunicaciones.

En ambos aspectos se admite la imposición de medidas incompatibles con sendas disposiciones para alcanzar un objetivo legítimo de política pública, siempre que las medidas no se apliquen de forma que constituyan un medio de discriminación arbitraria o injustificable, o una restricción encubierta al comercio.

El **acuerdo en principio entre la UE y el MERCOSUR** no incluye disposiciones sobre localización de instalaciones informáticas. No obstante, establece disposiciones en materia de protección a la privacidad y flujos de datos personales (art. 54). Para no redundar en el análisis de las disposiciones incluidas, ver la columna detallada sobre Argentina.



2.2 CHILE

Acuerdos internacionales que incluyen disposiciones sobre comercio electrónico y digital

- Chile-Estados Unidos (vigente desde 2004)
- Chile-Colombia (vigente desde 2009)
- Chile-Australia (vigente desde 2009)
- Chile-Tailandia (vigente desde 2015)
- Alianza Pacífico (vigente desde 2016)
- CP-TPP (entrada en vigor para Chile cuando concluya sus procesos jurídicos internos)

- Chile-Argentina (vigente desde 2019)
- Chile-Uruguay (vigente desde 2019)
- Chile-Brasil (en negociaciones)
- DEPA (Chile, Singapur y Nueva Zelanda) (en negociaciones)¹⁷¹

A su vez, es suscriptor de la Convención de Budapest sobre Ciberdelito desde 2017.

Responsabilidad de Intermediarios en los acuerdos comerciales

Acuerdos internacionales que incluyen disposiciones sobre RDII:

- Acuerdo con EEUU (vigente desde 2004)
- Acuerdo con Australia (vigente desde 2009)
- TPP-11 (vigente desde 2018)

El **acuerdo con EEUU** fue el primero que estableció disposiciones vinculantes sobre RDII para Chile. Prácticamente incluye la misma redacción que los acuerdos EEUU-Perú y EEUU-Colombia, celebrados dos años después.

El articulado, en concreto, dispone que cada parte establecerá: a) incentivos legales para la cooperación de los proveedores de servicio; y b) limitaciones en su legislación relativas al alcance de los recursos disponibles contra los proveedores de servicio por infracciones a los derechos de autor que dichos proveedores no controlen, inicien o dirijan, y que ocurran a través de sistemas o redes controladas u operadas por ellos o en su representación.

El acuerdo establece cuatro tipos de servicios a contemplar en esta situación. Para cada tipo, establece una serie de requisitos en términos de comportamiento esperado, como exigencia para calificar al régimen propuesto:

- “(i) transmisión, enrutamiento o suministro de conexiones para el material sin modificar su contenido;
- (ii) almacenamiento temporal (caching) llevado a cabo mediante un proceso automático;
- (iii) almacenamiento a petición de un usuario de material que se aloja en un sistema o red controlada u operada por o para el proveedor, incluidos correos electrónicos y sus archivos adjuntos almacenados en el servidor del proveedor, y páginas web alojadas en el servidor del proveedor; y
- (iv) referir o vincular a los usuarios a un sitio en línea mediante la utilización de herramientas de búsqueda de información, incluidos hipervínculos y directorios”.

¹⁷¹ · El DEPA es el primer acuerdo de comercio dedicado exclusivamente a la economía basada en datos. Está en proceso de negociación, pero ya se conoce un acuerdo en principio. Incluye disposiciones sobre múltiples aspectos, como: facilitación del comercio, tratamiento no discriminatorio de productos digitales, protección de la información personal, localización de instalaciones informáticas, identidades digitales y “tendencias y tecnologías emergentes” (donde se incluye Fintech e inteligencia artificial), lineamientos sobre innovación basada en datos, pymes, inclusión digital, transparencia y solución de controversias. No obstante, no incluye disposiciones sobre RDII.

En segundo lugar, el **acuerdo con Australia**, en su capítulo sobre propiedad intelectual, incluye un artículo específico sobre Responsabilidad de los Proveedores de Servicios (Artículo 17.40). Este establece que cada Parte dispondrá de un “proyecto legislativo” que limite los recursos que pueden estar disponibles contra los proveedores de servicios por infracciones a los derechos de autor o derechos conexos que dichos proveedores no controlen, inicien o dirijan y que ocurran a través de sus sistemas o redes. Esto bajo el supuesto de que dichos proveedores cumplan ciertas condiciones: (a) que retire o inhabilite el acceso al material infractor, una vez que el titular de los derechos lo notifique mediante un procedimiento establecido por cada Parte; y (b) que no reciba un beneficio económico por la actividad infractora, en circunstancias en que tiene el derecho y la capacidad para controlar dicha actividad.

Finalmente, el **TPP-11** establece reglas vinculantes en la materia (Ver análisis en la columna dedicada a México).

Derechos aduaneros y disposiciones contra la discriminación de productos digitales

Casi todos los acuerdos firmados por Chile con disposiciones sobre comercio electrónico (salvo los acuerdos con Argentina y con Tailandia) establecen que ninguna parte suscriptora podrá aplicar derechos aduaneros a los productos digitales ni discriminar los productos digitales de sus contra-partes (Chile-EEUU, Chile-Australia, Chile-Colombia, TPP, AP).

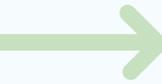
Algunos acuerdos mencionan expresamente la posibilidad de imponer impuestos internos y otras cargas internas sobre productos digitales transmitidos electrónicamente (AP, TPP).

Localización de instalaciones informáticas y flujos transfronterizos de información

Los acuerdos más recientes de Chile que cuentan con disposiciones sobre comercio electrónico incluyen un artículo relativo a prescribir la exigencia de localizar instalaciones informáticas en territorio de una de las partes como condición para acceder al mercado (TPP, AP, Chile-Argentina).

Los acuerdos TPP y AP directamente prohíben tal exigencia. El acuerdo Chile-Argentina, en cambio, señala un norte, pero no establece pautas vinculantes. En concreto señala que las partes “reconocen la importancia de no exigir a una persona de la otra Parte usar o ubicar las instalaciones informáticas en el territorio de esa Parte, como condición para la realización de negocios en ese territorio”. Además, dispone que cada Parte permitirá la transferencia transfronteriza

de información por medios electrónicos, cuando esta actividad sea para la realización de la actividad comercial de una persona de una parte.



2.3 COLOMBIA

Acuerdos internacionales que incluyen disposiciones sobre comercio electrónico y digital

- Colombia-EEUU (vigente desde 2012)
- Colombia, Perú y la Unión Europea (vigente desde 2013)
- Colombia-Corea del Sur (vigente desde 2016)
- Colombia-Costa Rica (vigente desde 2016)
- Alianza Pacífico (vigente desde 2016)

En 2018 Colombia solicitó ingresar al CP-TPP.

A su vez, es suscriptor de la Convención de Budapest sobre Ciberdelito desde 2020.

Responsabilidad de Intermediarios en los acuerdos comerciales

Acuerdos internacionales que incluyen disposiciones sobre RDII:

- Colombia-EEUU (vigente desde 2012)
- Colombia, Perú y la Unión Europea (vigente desde 2013)
- Colombia-Corea del Sur (vigente desde 2016)

El **acuerdo con EEUU** fue el primero que estableció disposiciones vinculantes sobre RDII para Colombia. Prácticamente incluye la misma redacción que los acuerdos EEUU-Chile y EEUU-Colombia (ver análisis en columna dedicada a Chile). En segundo lugar, el **acuerdo entre la UE, Colombia y Perú** (firmado en 2012), relativo a la propiedad intelectual, en la sección 3 del capítulo 3 (Disposiciones relacionadas con derechos de propiedad intelectual), incluye diversos artículos de interés (del 250 al 254).

En concreto, establece que “cada Parte dispondrá las medidas previstas en esta Sección para los proveedores de servicios intermediarios cuando éstos no estuvieran en modo alguno relacionados con la información transmitida”. A su vez, dispone que las partes no podrán establecer “una obligación general de supervisar la información que transmitan o almacenen, ni una obligación general de buscar activamente hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas”. Finalmente, establece distinciones según el tipo de servicio: a) «mera transmisión»; b) «caching»; y c) «alojamiento de datos».

Finalmente, el **acuerdo entre Colombia y Corea del Sur** establece disposiciones relativa a la problemática de interés, aunque no insta a las partes a establecer un marco especial de responsabilidad para los intermediarios digitales. En cambio, se limita a hablar de “Medidas Especiales contra Infractores Reincidentes de Derecho de Autor en Internet”. En concreto, dispone que “Cada Parte procurará tomar medidas efectivas para reducir infracciones reincidentes de derecho de autor y derechos conexos en Internet” (Punto 3, artículo 15.8, capítulo sobre Propiedad Intelectual).

Derechos aduaneros y disposiciones contra la discriminación de productos digitales

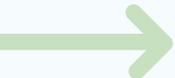
Todos los acuerdos firmados por Colombia con disposiciones sobre comercio electrónico establecen que ninguna parte suscriptora podrá aplicar derechos aduaneros a los productos digitales ni discriminar los productos digitales de sus contra-partes (Colombia-EEUU, Perú-Colombia y Unión Europea, TPP, AP).

La mayoría de los acuerdos mencionan expresamente la posibilidad de imponer impuestos internos y otras cargas internas sobre productos digitales transmitidos electrónicamente (AP, TPP, Colombia-Costa Rica, Colombia-Corea).

El acuerdo con Colombia y la UE no sigue la misma fórmula que el resto de los acuerdos (ver análisis en columna dedicada a Perú).

Localización de instalaciones informáticas y flujos transfronterizos de información

El único acuerdo suscripto por Colombia que incluye disposiciones relativas a la localización de instalaciones informáticas es la Alianza Pacífico, en su Primer Protocolo Modificador al Primer Protocolo Adicional al Acuerdo Marco, firmado en Cali, 2013. (Ver análisis dedicado a México en Figura X1).



2.4 PARAGUAY

Acuerdos internacionales que incluyen disposiciones sobre comercio electrónico y digital

- MERCOSUR
- UE-MERCOSUR (en negociaciones)

A su vez, Paraguay es suscriptor de la Convención de Budapest sobre Cibercrimen desde 2018.

Responsabilidad de Intermediarios en los acuerdos comerciales

Paraguay no ha celebrado acuerdos internacionales que establezcan pautas vinculantes relativas a la RDII.

El **MERCOSUR** no incluye un capítulo sobre comercio electrónico ni disposiciones sobre responsabilidad de intermediarios. El borrador del **acuerdo entre la UE y el MERCOSUR** tampoco incluye normativa específica. (Ver análisis dedicado a la Argentina en Figura X1).

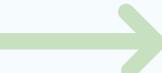
Derechos aduaneros y disposiciones contra la discriminación de productos digitales

El borrador de acuerdo entre la UE y el MERCOSUR establece que ninguna parte suscriptora podrá aplicar derechos aduaneros, tasas o cargos a la importación o exportación por medios electrónicos de productos digitales. También menciona expresamente la posibilidad de imponer impuestos internos y otras cargas internas sobre productos digitales transmitidos electrónicamente.

En tanto país parte del MERCOSUR, Paraguay está en negociaciones con India, Corea del Sur, Canadá y El Líbano. Si bien no se conocen versiones de estos últimos procesos negociadores, es esperable que incluyan capítulos sobre comercio electrónico. En especial el acuerdo con Canadá, que forma parte del T-MEC.

Localización de instalaciones informáticas y flujos transfronterizos de información

El **borrador de acuerdo entre la UE y el MERCOSUR** no incluye disposiciones sobre localización de instalaciones informáticas. No obstante, establece disposiciones en materia de protección a la privacidad y flujos de datos personales (art. 54). Para no redundar en el análisis de las disposiciones incluidas, ver la columna detallada sobre Argentina.



2.5 PERÚ

Acuerdos internacionales que incluyen disposiciones sobre comercio electrónico y digital

- Perú-Canadá (vigente desde 2009)
- Perú-AELC (vigente desde 2010)
- Perú-Colombia-Unión Europea (vigente desde 2013)

- Perú-Corea (vigente desde 2015)
- Alianza Pacífico (vigente desde 2016)
- CP-TPP (entrada en vigor para Perú cuando concluya sus procesos jurídicos internos)

A su vez, es suscriptor de la Convención de Budapest sobre Ciberdelito desde 2019.

Responsabilidad de Intermediarios en los acuerdos comerciales

Acuerdos internacionales que incluyen disposiciones sobre RDII:

- Acuerdo con EEUU (vigente desde 2009)
- Acuerdo con la UE y Colombia
- Acuerdo con Japón (vigente desde 2012)
- TPP-11

El **acuerdo con EEUU** fue el primero que estableció disposiciones vinculantes sobre RDII para Perú. Prácticamente incluye la misma redacción que los acuerdos EEUU-Chile y EEUU-Colombia (ver análisis en columna dedicada a Chile).

En segundo lugar, el **acuerdo Perú-Japón**, en su capítulo sobre Derechos de Propiedad Intelectual (cap. 11), incluye un artículo relativo a Proveedores de Servicios de Internet (art. 185). Allí dispone que “cada Parte establecerá un marco jurídico para la limitación de las obligaciones de los proveedores de servicios de Internet”, con el objeto de “alentar a los ISPs a eliminar de sus servidores los materiales que estén infringiendo los derechos de autor y derechos conexos”.

Asimismo, define que las partes establecerán procedimientos para permitir que quienes han visto violados sus derechos de autor y derechos conexos obtengan rápidamente de los ISPs la información que identifique al presunto infractor, “cuando existan razones legítimas para que estos titulares de derechos obtengan dicha información”.

En tercer lugar, el **acuerdo entre la UE, Colombia y Perú** (firmado en 2012), relativo a la propiedad intelectual, en la sección 3 del capítulo 3 (Disposiciones relacionadas con derechos de propiedad intelectual), incluye diversos artículos de interés (del 250 al 254). (Ver análisis en columna dedicada a Colombia).

Finalmente, el **TPP-11** establece reglas vinculantes en la materia (Ver análisis dedicado a México en Figura X1).

Derechos aduaneros y disposiciones contra la discriminación de productos digitales

Todos los acuerdos firmados por Perú con disposiciones sobre comercio electrónico establecen que ninguna parte suscriptora podrá aplicar derechos aduaneros a los productos digitales ni discriminar los productos digitales de sus contra-partes (Perú-EEUU, Perú-Corea, Perú-Canadá, Perú-Colombia y Unión Europea, TPP, AP).

La mayoría de los acuerdos mencionan expresamente la posibilidad de imponer impuestos internos y otras cargas internas sobre productos digitales transmitidos electrónicamente (AP, TPP, Perú-Canadá, Perú-Corea).

Cabe mencionar que **el acuerdo con Colombia y la UE** no sigue la misma fórmula que el resto de los acuerdos (un capítulo especial sobre comercio electrónico, con una mención específica a la prohibición de imponer derechos de aduana a la importación de productos digitales). En cambio, plantea que “Las Partes acuerdan que una entrega por medios electrónicos será considerada como un suministro de servicios (en conformidad con el capítulo 3 de Suministro transfronterizo de servicios), y no estará sujeta a derechos aduaneros”.

Localización de instalaciones informáticas y flujos transfronterizos de información

Los acuerdos más recientes de Perú que cuentan con disposiciones sobre comercio electrónico incluyen un artículo relativo a prescribir la exigencia de localizar instalaciones informáticas en territorio de una de las partes como condición para acceder al mercado (TPP y AP).