

CUESTIÓN de DERECHOS

Revista electrónica

Publicación semestral de la **Asociación por los Derechos Civiles**



Milo Lockett

Nº 4 - primer semestre 2013

Dossier:

La libertad de expresión en la era digital. Desafíos y perspectivas.

La libertad en el siglo XXI.
Editorial

El futuro de la libre expresión en la era digital.
Jack Balkin

El derecho a la privacidad y a la libertad de expresión: dos caras de la misma moneda.
Carly Nyst

Libertad de expresión, cultura digital y derechos de autor.
Beatriz Busaniche

Internet: dilemas sobre jurisdicción, derecho aplicable y libertad de expresión.
Manuel Larrondo

Neutralidad de la red y libertad de expresión.
Alberto J. Cerda Silva

Los nuevos nombres de dominio genéricos de ICANN. ¿La Internet abierta en riesgo?
Celia Lerman

Derechos humanos en línea: una agenda aún pendiente para la sociedad civil de América Latina y el Caribe.
Valeria Betancourt

Los intermediarios y los desafíos para la libertad de expresión en Internet.
Ramiro Álvarez Ugarte y Eleonora Rabinovich

ADC / Asociación por los Derechos Civiles

Buenos Aires, Argentina

www.cuestiondederechos.org.ar

www.adc.org.ar

ISSN: 1853-6565

Editores

Director

José Miguel Onaindia

Supervisión Editorial

Alejandro Carrió

Eleonora Rabinovich

Coordinación Editorial

María Inés Pacecca

Diseño Editorial

Estudio Demaro

Dirección Postal: Av. Córdoba 795 - 8° Piso
(C1054AAG) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Tel.fax: (54 11) 5236-0555

República Argentina

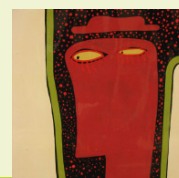
E-mail: revista@adc.org.ar

www.cuestiondederechos.org.ar

www.adc.org.ar

A excepción de aquellos artículos donde conste explícitamente la prohibición, los textos publicados en la revista pueden reproducirse libremente a condición de indicar la fuente y enviar copia de la publicación a “Cuestión de Derechos” por vía electrónica o postal (2 ejemplares para ediciones en soporte papel).

Los artículos reflejan el punto de vista de sus autores, y no necesariamente el de la revista.



Índice

Página 4 ■ Editorial.

Dossier: La libertad de expresión en la era digital. Desafíos y perspectivas.

Página 7 ■ El futuro de la libre expresión en la era digital.
Jack Balkin

Página 24 ■ El derecho a la privacidad y a la libertad de expresión:
dos caras de la misma moneda. *Carly Nyst*

Página 33 ■ Libertad de expresión, cultura digital y derechos de autor.
Beatriz Busaniche

Página 48 ■ Internet: dilemas sobre jurisdicción, derecho aplicable
y libertad de expresión. *Manuel Larrondo*

Página 67 ■ Neutralidad de la red y libertad de expresión.
Alberto J. Cerda Silva

Página 79 ■ Los nuevos nombres de dominio genéricos de ICANN.
¿La Internet abierta en riesgo? *Celia Lerman*

Página 93 ■ Derechos humanos en línea: una agenda aún pendiente
para la sociedad civil de América Latina y el Caribe.
Valeria Betancourt

Página 105 ■ Los intermediarios y los desafíos para la libertad de
expresión en Internet.
Ramiro Álvarez Ugarte y Eleonora Rabinovich



Editorial

La libertad en el siglo XXI



El concepto de libertad de expresión ha ido modificándose a lo largo de la historia. En su libro *La ironía de la libertad de expresión*, Owen Fiss señala que este derecho fue incluido inicialmente en nuestras constituciones para proteger al “orador de la esquina”, quien protestaba encima de una caja en las calles de las ciudades. Desde entonces, mucho ha cambiado y los medios a través de los que se ha podido ejercitar este derecho han evolucionado: todos, ahora, podemos ser —al menos en teoría— oradores en las esquinas.

En efecto, las tecnologías de la información ofrecen el potencial de multiplicar y amplificar las voces de las personas y brindar nuevos caminos para la participación social y política. En este nuevo escenario las discusiones sobre la regulación de Internet se han multiplicado a nivel local, regional e internacional.

En América Latina, distintos países han comenzado a discutir en los últimos años regulaciones relacionadas con diversos aspectos de Internet. En el centro de la agenda legislativa y de políticas públicas se han establecido temas tales como la neutralidad en la red, la responsabilidad de los intermediarios, los delitos informáticos, los derechos de autor y la protección de la privacidad. En muchos de estos casos no se han tenido en cuenta las múltiples afectaciones a la libertad de expresión que pueden resultar de la implementación de políticas y regulaciones mal diseñadas.

Es que las promesas que ofrece el uso de las tecnologías de información y comunicación (TIC) están asociadas, además, a grandes desafíos. Tanto es así que el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas adoptó el año pasado una resolución en la que afirma que los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet, en particular la libertad de expresión. La resolución del Consejo, que no agrega demasiado en materia normativa, puede leerse como una advertencia

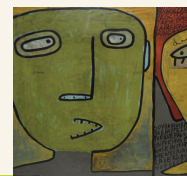
Editorial

frente a la multiplicidad de decisiones —estatales y corporativas— que ponen en riesgo la plena vigencia de los derechos en el ámbito digital.

En 2011, el Relator Especial para la Promoción y Protección de la Libertad de Expresión y Opinión de las Naciones Unidas, Frank La Rue, emitió una declaración que trata los puntos clave y desafíos de los derechos de los individuos a buscar, recibir y compartir información e ideas a través de Internet. Unos meses después los distintos relatores para la libertad de expresión de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Organización de Estados Americanos (OEA) y la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (ACHPR) hicieron lo mismo al emitir una declaración conjunta. Ambos documentos iluminan el camino que debe recorrerse en asuntos que involucren la libertad de expresión en línea y deberían ser tenidos en cuenta por los Estados al momento de legislar sobre estos temas.

Hay algo que parece obvio pero es necesario repetir, una y otra vez: los decisores políticos y los tribunales tienen la obligación de aplicar los estándares de derechos humanos al diseñar políticas públicas y regulaciones, o al resolver conflictos legales vinculados con Internet. En ese sentido, nuestra base normativa común, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ofrece una protección muy generosa para la libertad de expresión, prohíbe la censura previa y fija condiciones muy precisas para delimitar las restricciones permitidas. Esos principios básicos deben estar presentes a la hora de tomar decisiones que afecten el libre flujo de información en un espacio como Internet, que más pronto que tarde será el canal preferido para comunicarnos unos con otros.

Para que esa realidad llegue cuanto antes es imprescindible que haya políticas públicas que busquen acortar la brecha de acceso a Internet que existe en nuestras comunidades, marcadas, invariablemente, por una profunda desigualdad. La promoción del acceso a Internet debe ser una prioridad en una agenda de derechos humanos y —en este sentido— son positivas las medidas que tienden a incrementar el acceso de los sectores más vulnerables. Asimismo, es necesario crear reglas que garanticen la neutralidad de la red para



Editorial

evitar la priorización de las actividades económicas por sobre los derechos de las personas. Es fundamental, además, atender a la actuación de los actores privados que intervienen en el flujo de las comunicaciones en línea, cuyas decisiones y políticas impactan sobre la vigencia de los derechos humanos.

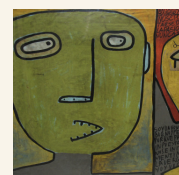
Desde hace varios años, la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) se ha visto crecientemente involucrada en distintas discusiones sobre regulaciones y derechos humanos en Internet y hoy esta temática representa una parte relevante de nuestra agenda de trabajo.

Por medio de este número de nuestra revista electrónica esperamos fortalecer las discusiones que ya se encuentran sobre la mesa y generar otras nuevas. Para eso, convocamos a destacados activistas y académicos que trabajan en Argentina y en la región. Los artículos cubren un abanico temático amplio y presentan diferentes perspectivas sobre varios de los asuntos que integran la agenda de libertad de expresión en Internet. Buscamos, de esta forma, promover el debate y la deliberación en una agenda cada vez más importante y urgente.

José Miguel Onaindia

Presidente
Asociación por los Derechos Civiles

Buenos Aires, junio de 2013.



El futuro de la libre expresión en la era digital

Jack Balkin*

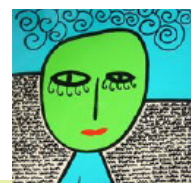
En la era de la información, pensaríamos que la Primera Enmienda es la parte más importante de la Constitución de los Estados Unidos. Después de todo, el derecho a la libertad de expresión está estrechamente relacionado con una economía del conocimiento y un mundo donde el poder y la riqueza dependen en gran medida de las tecnologías de la información, la propiedad intelectual y el control sobre el flujo de información.

Hace un tiempo he comenzado a reflexionar acerca de cómo cambiarán nuestras interpretaciones de la Primera Enmienda con el advenimiento de la era digital. Mi conclusión es que atravesamos una transición cargada de ironía. En tanto que las dimensiones sociales y económicas de nuestras vidas resultan fuertemente influenciadas por las tecnologías y los flujos de información, la Primera Enmienda parece volverse cada vez más irrelevante en las batallas clave por la libertad de expresión. O, más precisamente, la doctrina y la jurisprudencia que utilizo en mis clases sobre la Primera Enmienda devienen irrelevantes.

Los valores fundamentales en que se basa la Primera Enmienda conservan su importancia: proteger a los individuos para que se expresen libremente, para que creen, investiguen, compartan ideas y opiniones, se nutran de las ideas de los demás y promuevan y difundan conocimientos y pensamientos. En un mundo dominado por los *blogs*, los motores de búsqueda y las aplicaciones sociales, estos valores son tan relevantes como lo eran durante la Ilustración, época controlada por las imprentas, los folletos y los pregoneros. Sin embargo, lo que ha cambiado es el contexto tecnológico en el cual intentamos concretar dichos valores.

Así, las decisiones más importantes que afectarán el futuro de la libertad de expresión no se darán en el marco del derecho constitucional. Serán decisiones relativas al diseño tecnológico, a las disposiciones legislativas y administrativas, a la creación de nuevos modelos de negocios y a las actividades colectivas de los usuarios finales. Probablemente no habríamos logrado la libertad de expresión que gozamos en la actualidad sin la producción jurídica de valores constitucionales que tuvo lugar en el siglo veinte. No obstante, en el siglo veintiuno, la preservación de la libertad de expresión necesitará de otras ayudas. Asimismo, los valores inherentes a la libertad estarán subsumidos en un conjunto de preocupaciones más amplio al que denomino política del conocimiento y de la informa-

* Profesor Knight de Derecho Constitucional y de la Primera Enmienda, Facultad de Derecho, Universidad de Yale, Estados Unidos. Este texto fue traducido especialmente para su publicación en la Revista Electrónica Cuestión de Derechos. El original en inglés, titulado "The Future of Free Expression in a Digital Age", fue publicado en *Pepperdine Law Review*, [Vol.36: N, 2008]. Copia electrónica disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1335055> <http://ssrn.com/abstract=1335055>



ción. Para explicar este argumento presentaré algunos ejemplos que, a simple vista, no guardan relación con la doctrina o jurisprudencia relativas a la Primera Enmienda pero sí con la libertad de expresión.

Mi primer ejemplo se basa en el debate contemporáneo sobre la neutralidad de la red. En la actualidad, cada vez más estadounidenses ingresan a Internet a través de proveedores de servicios de red, ya sea empresas de línea de suscripción digital (DSL) o de cable.¹ Estas empresas actúan como canales para la expresión de otros. Por ende, dependemos de ellas para poder tener acceso a la palabra de otros así como dependemos del servicio de telefonía tradicional. Sin embargo, los proveedores de Internet no están sujetos a regulaciones de no discriminación como lo están las empresas de telefonía tradicional, a las que se le aplican las obligaciones comunes de tráfico.² Esto acarrea diversos riesgos. En primer lugar, los proveedores de Internet podrían favorecer el contenido y las aplicaciones de algunos interlocutores o empresas en desmedro de otros.³ Podrían bloquear el acceso a sitios y servicios no favorecidos o bien permitir el acceso de usuarios finales a dichos sitios o servicios solamente si pagan un arancel especial.⁴ Por ejemplo, recientemente Associated Press descubrió que Comcast había bloqueado en forma secreta a BitTorrent, un servicio para el intercambio de archivos que se emplea para mover archivos pesados en Internet.⁵ En segundo lugar, muchos usuarios visitan de manera regular ciertos sitios con mucho tráfico – como eBay, Google o sitios que requieren un ancho de banda considerable.⁶ Los proveedores de servicios de red podrían intentar cobrarle a estos sitios un arancel especial para garantizar tráfico fluido a los usuarios finales.⁷ En tercer lugar, los proveedores podrían brindar mejor tráfico a sus socios o a su propio contenido,⁸ reservando una vía rápida para los socios de contenido favorecidos –tales como los estudios cinematográficos o las redes de televisión– que requieren *streaming*

1 Ver Bill D. Herman, *Opening Bottlenecks: On Behalf of Mandated Network Neutrality*, 59 FED.COMM. L.J. 103,129 (2006).

2 Ver U.S.C. [Código de los Estados Unidos], Título 7, Artículo 202 (2000) (que describe los requisitos de no discriminación para las empresas públicas de servicios informativos); *National Cable & Telecommunications Association v. Brand X Internet Services*, U.S.C. 545, 967, 974-75 (2005) (se observa que la Ley Federal de Comunicaciones actualmente “regula a las empresas de telecomunicaciones pero no a los proveedores de servicios de información como las empresas públicas de servicios informativos”).

3 Barbara van Schewick, *Towards an Economic Framework for Network Neutrality Regulation*, 5 J. TELECOMM. & HIGH TECHNOLOGY. L. 329, 336 (2007) [en adelante van Schewick, *Towards an Economic Framework*].

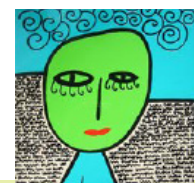
4 Benjamin Rupert, *The 110th Congress and Network Neutrality: S. 215 - The Internet Freedom Preservation Act*, 18 DEPAUL J. ART, TECH. & INT’L INTELL. PROP. L. 325, 240-41 (2008).

5 Ver Peter Svensson, *Comcast Blocks Some Internet Traffic*, S.F. CHRON., 19 octubre, 2007, disponible en <http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?f=/n/a/2007/10/19/financial/f061526D54,DTL&feed=rss.business>.

6 Ver Brian Stelter, *To Curb Traffic on the Internet, Access Providers Consider Charging by the Gigabyte*, N.Y. TIMES, 5 junio, 2008, en A1, disponible en <http://www.nytimes.com/2008/06/15/technology/15cable.html?pagewanted=1>.

7 Idem.

8 Ver van Schewick, *Towards an Economic Framework*, nota 3 *ut supra*; ver además texto que acompaña dicha nota.



ininterrumpido hacia sus consumidores. Por el contrario, los proveedores de servicios de red no protegerían el flujo de contenido (o incluso lo ralentizarían) proveniente de no socios, la competencia, los *amateurs* y los usuarios finales.⁹

El principio de la neutralidad de la red sostiene que, en general, los proveedores de red no pueden discriminar contenidos, sitios o aplicaciones.¹⁰ La puesta en práctica de este principio es más complicada de lo que aparenta.

Una interpretación de la neutralidad de la red (existen muchas) indicaría que los proveedores de Internet no pueden discriminar contenidos, sitios o aplicaciones salvo que sea necesario para el adecuado funcionamiento de Internet; sin embargo, pueden cobrar a sus clientes de banda ancha (por ejemplo, particulares y empresas) diferentes aranceles según el servicio provisto.¹¹

El principio de neutralidad tiene como finalidad mantener las redes digitales abiertas a las diversas clases de contenidos, aplicaciones y servicios que podrían surgir en el futuro.¹² En otras palabras, el propósito de la neutralidad de la red consiste en garantizar que, dentro de lo posible, Internet se conserve como un sistema amplio de circulación de información a través del cual fluya una gran variedad de contenidos, servicios y aplicaciones.

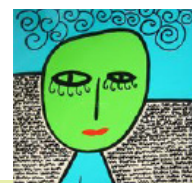
¿Qué relación existe entre el debate sobre la neutralidad de la red y la Primera Enmienda? Cabe destacar que, al menos según la doctrina de la Primera Enmienda, la Constitución no exige la neutralidad de la red. Los proveedores de red como Comcast no son actores estatales. En realidad, la decisión de exigir alguna forma de neutralidad de la red es una elección regulatoria que afecta el despliegue de la tecnología. Dicha elección podría ser impuesta por las regulaciones de la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC, por su sigla en inglés) o por normas emanadas del Congreso, pero es improbable que surja de una interpretación jurídica de la Primera Enmienda. De hecho, un argumento sostiene

9 Ver Svensson, nota 5 *ut supra* (que trata la práctica de Comcast para ralentizar el tráfico de los programas que comparten archivos).

10 Brett M. Frischmann & Barbara van Schewick, *Network Neutrality and the Economics of an Information Superhighway: A Reply to Professor Yoo*, 47 JURIMETRICS J. 383, 387-89 (2007).

11 Ver Rupert, nota 4 *ut supra*; ver también el texto que acompaña dicha nota.

12 Ver LAWRENCE LESSIG, *THE FUTURE OF IDEAS* 46-48, 155-76, 246-49 (2002); Susan Crawford, *The Internet and the Project of Communications Law*, 55 UCLA L. REV. 359 (2007); Frischmann & van Schewick, nota 10 *ut supra*, en 398; van Schewick, *Towards an Economic Framework*, nota 3 *ut supra*, en 329; Tim Wu, *The Broadband Debate, A User's Guide*, 3 J. TELECOMM. & HIGH TECH. L. 69 (2004); Tim Wu, *Network Neutrality, BroadBand Discrimination*, 2 J. TELECOMM. & HIGH TECH. L. 141 (2003); Carta de Timothy Wu, Profesor adjunto, Universidad de Virginia, Facultad de Derecho y Lawrence Lessig, Profesor de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad de Stanford, a Marlene H. Dortch, Secretaria, Comisión Federal de Comunicaciones 3 n.3 (22 agosto, 2003), disponible en http://faculty.virginia.edu/timwu/wu_lessig_fcc.pdf. Entre los eruditos, Christopher S. Yoo argumentó que las normas de la neutralidad de la red no son necesarias para promover la competencia y la innovación, y hasta podrían disminuirlas. Christopher S. Yoo, *Network Neutrality and the Economics of Congestion*, 95 GEO L.J. 1847 (2006); Christopher S. Yoo, *Beyond Network Neutrality*, 19 HARV. J.L. & TECH. 1 (2005) [en adelante Yoo, *Beyond Network Neutrality*]; Christopher S. Yoo, *Would Mandating Network Neutrality Help or Hurt Broadband Competition?: A Comment on the End-to-End Debate*, 3 J. TELECOMM. & HIGH TECH. L. 23 (2004).



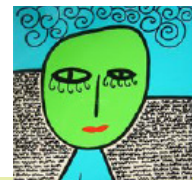
que las normas de la neutralidad de la red incumplen la Primera Enmienda porque impiden que los proveedores de red utilicen su propiedad comunicativa como deseen.¹³ No obstante, no creo que este argumento tenga sustento; las normas de la neutralidad de la red tratan a los proveedores como canales para el discurso de otros y los regulan en su capacidad de conductores.¹⁴ Si la neutralidad de la red viola la Primera Enmienda, se trataría de la misma violación en la que teóricamente incurren las empresas telefónicas, también concebidas como canales para la expresión de terceros.¹⁵

Por ende, al menos según la doctrina actual, la Primera Enmienda no dice mucho sobre la neutralidad de la red. Sin embargo la posibilidad de que los proveedores de red discriminen contenidos, sitios y aplicaciones afecta los valores fundamentales de la libertad de expresión. Gran cantidad de estadounidenses se comunica entre sí a través de banda ancha, y se espera que el porcentaje de comunicación a través de las redes digitales aumente en el futuro. Los proveedores de Internet ofrecen al público en general un servicio indispensable que hace posible la mayor parte de las comunicaciones públicas (y privadas). Si los proveedores pudiesen discriminar los contenidos y los servicios que fluyen a través de las redes, serían los censores más poderosos de los Estados Unidos. Y debido a que vivimos en lo que efectivamente es un duopolio cable-teléfono en lo que respecta a los servicios de banda ancha, la competencia no necesariamente contraatacaría dicha censura.

13 Ver Randolph J. May, *Net Neutrality Mandates: Neutering the First Amendment in the Digital Age*, 3 I/S: J.L. & POLICY FOR THE INFO, SOCIETY 197, 198, 202-204 (2007); ver además Phillip J. Weiser, *Toward a Next Generation Regulatory Strategy*, 35 LOY. U. CHI. L.J. 4, 64-65 (2003) (se observa que “la justificación basada en las plataformas de información para el Título I es que dicho enfoque ayudaría a inmunizar el régimen regulatorio contra los desafíos de la Primera Enmienda”); Yoo, *Beyond Network Neutrality*, nota 12 *ut supra*, en 47-48 (explica como los proveedores de red deberían “ejercitar el control editorial sobre la información que transmiten”); cf. *Comcast Cablevision of Broward County, Inc v Broward County*, 124 F. Supp. 2d 685, 693 (Distrito sur, Florida 2000) (“El operador de cable, a diferencia de los servicios telefónicos, no vende transmisión sino que ofrece una colección de contenido”); Laurence Tribe, *Plenary Address: Freedom of Speech and Press in the 21st Century: New Technology Meets Old Constitutionalism* (21 agosto, 2007), <http://www.tvworldwide.com/events/pff/070819/default.cfm?id=8801&type=wmhigh&test=0> (sugiere los problemas de la Primera Enmienda con la neutralidad de la red o los requisitos de las empresas públicas de servicios informativos para los proveedores de banda ancha por cable.)

14 Ver Jack M. Balkin, *Media Access: A Question of Design*, 76 GEO. WASH. L. REV 933, 934 (2008) [en adelante Balkin, *Media Access*].

15 En *Turner Broadcasting System v FCC (Turner I)*, 512 U.S. 622 (1994), el tribunal rechazó un escrutinio estricto para las obligaciones “de transmisión” para los operadores de cable, al sostener que dichas regulaciones estructurales no se entrometían en el control editorial y que deberían ser analizadas según un nivel intermedio de escrutinio, un test de regulación razonable. *Id.* en 653-62. El tribunal respaldó las regulaciones conformes a dicho estándar. *Turner Broadcasting Sys. V FCC (Turner II)*, 520 U.S. 180, 185 (1997). Los distintos jueces hubieran aplicado el escrutinio estricto basándose en que las normas “de transmisión” interfirieron con las decisiones editoriales. *Turner I*, 512 U.S. en 681-82, pero asumieron que tratar a los proveedores de cable como empresas públicas de servicios informativos – que no podían discriminar con respecto al contenido – no violaría la Primera Enmienda. *Id.* en 681-82, 684 (O’Connor, J. disintieron). La opinión contrapuesta del juez O’Connor se unió a las de los jueces Scalia, Ginsburg y Thomas, argumentando que “si el Congreso pudiese exigir a las empresas telefónicas que operasen como empresas públicas de servicios informativos, podría pedir lo mismo a las compañías de cable; dicho enfoque no sufriría del defecto de preferir a un interlocutor sobre otro”. *Id.*



Pero el debate sobre la neutralidad de la red excede el hecho de que los proveedores de Internet puedan o no discriminar ciertos tipos de contenidos o servicios.¹⁶ Probablemente, la mayoría de las grandes empresas no discriminen las comunicaciones por su tono político o moral (si bien existen excepciones ampliamente conocidas).¹⁷ De hecho, la mayor parte de la discriminación derivará de cuestiones económicas: favorecer a los socios comerciales y proteger el actual modelo del negocio.

En definitiva, el debate sobre la neutralidad de la red trata sobre la mejor manera de estimular la competencia y promover la innovación. Los defensores de las normas que rigen la neutralidad de la red afirman que las redes digitales generarán más aplicaciones útiles en el futuro —y por lo tanto ayudarán a las personas a crear y a distribuir más información— si se mantienen lo más neutrales posible respecto a las diversas clases de contenidos y aplicaciones.¹⁸ Para promover el crecimiento de diferentes tipos de servicios informativos (incluyendo aquellos que ni siquiera imaginamos aún) es fundamental asegurar el carácter no discriminatorio de las redes en lugar de favorecer el actual modelo de negocios con el que se alinean los proveedores de Internet. Si bien es verdad que los proveedores de red pueden ser fuentes de innovación, también pueden mirar con suspicacia productos o servicios creados por otros (o que ellos no ofrezcan) y que consideren amenazadores para su forma de concebir el negocio.

Por ejemplo, en el pasado, AT&T no mostró interés alguno en desarrollar tecnologías de Internet, ya que de hacerlo su control del sistema telefónico se habría visto amenazado.¹⁹ Una Internet no discriminatoria descentraliza las fuentes de innovación porque todos pueden crear servicios y aplicaciones sin la necesidad de contar con el permiso de las empresas que ofrecen banda ancha.²⁰ Quienes son ajenos a los proveedores de banda ancha pueden ser los desarrolladores de las próximas versiones de eBay, Google, Blogger, YouTube, Flickr o Facebook. Hasta donde sé, ninguna de estas aplicaciones provino de una empresa de banda ancha.

¿Qué relación hay entre estas disquisiciones y la Primera Enmienda? ¿Por qué quienes defienden la libertad de expresión deben preocuparse por promover la innovación? La libertad de expresión depende no solo de la ausencia de censura por parte del estado sino también de una infraestructura para la libre expresión.²¹ Esta infraestructura incluye la

16 Obsérvese que las industrias de contenido podrían presionar al estado para exigirles que los proveedores de red instalen filtros para rastrear y evitar violaciones de los derechos de autor.

17 Ver, por ejemplo, Adam Liptak, *Verizon Rejects Text Messages from an Abortion Rights Group*, N.Y. TIMES, 27 septiembre, 2007, en A1 (la cita omitida); Adam Liptak, *Verizon Reverses Itself on Abortion Messages*, N.Y. TIMES, 28 septiembre, 2007, disponible en <http://www.nytimes.com/2007/09/28/business/28verizon.html>.

18 Ver LESSIG, nota 12 *ut supra*, en 138.

19 Ver Id. en 31-33.

20 Ver Id. en 138.

21 Jack M. Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*. 79 Universidad de Nueva York L. REV. 1, 52-55 (2004) [en adelante, Balkin, *Digital*



disponibilidad permanente de medios e instituciones para el conocimiento, la creación y la difusión. Implica también que haya oportunidades para crear y desarrollar tecnologías e instituciones que otras personas puedan utilizar para comunicarse e interactuar. Dos ejemplos contemporáneos son los servicios de telefonía y de intercambio de archivos vía Internet –tal como BitTorrent. Estas aplicaciones nuevas, que permiten compartir e intercambiar información y archivos a bajo costo, fueron posibles porque los emprendedores pudieron implementarlas sobre los protocolos de Internet ya existentes y porque la estructura de Internet permitía la experimentación sin necesidad de solicitar autorizaciones previas. Al elegir un esquema regulatorio que permite que Internet funcione como un sistema multipropósito de transporte de datos, abrimos la puerta a nuevas aplicaciones y servicios que permiten a los usuarios compartir información y opiniones, crear juntos y formar comunidades en línea.

Tomemos como ejemplo la gran variedad de sitios con aplicaciones sociales surgidos durante la década pasada. Esto incluye sitios web 2.0 tales como Facebook y Flickr ²² que realizan simultáneamente diversas funciones. Alojando contenido multimedia (Flickr almacena fotos y Facebook almacena una variedad de contenidos) pero al mismo tiempo son plataformas de comunidades en línea que permiten a las personas comunicarse y compartir intereses y actividades. Las políticas que facilitan este tipo de innovación —y que permiten a muchas personas, no solo a los proveedores de red, conectarse a través de ellas— sirven a los intereses de la libertad de expresión a largo plazo, aunque a primera vista no parezcan vinculadas a censura gubernamental.

De hecho, quienes pregonan la neutralidad de la red a menudo han presentado sus argumentos señalando los peligros de la censura a la red y apelando a la comprensión más evidente de la Primera Enmienda. Sin embargo, **la discusión más amplia en el debate sobre la neutralidad de la red refiere a la política de innovación.** Es allí donde se plantean las principales cuestiones acerca del acceso a los medios y las futuras oportunidades para hablar, escuchar, compartir información y asociarse con otros. ²³

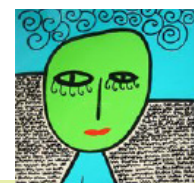
Mi segundo ejemplo remite a la responsabilidad de los intermediarios y en especial al privilegio creado por el artículo 230(c) (1) de la Ley de Telecomunicaciones de 1996. ²⁴ Se

Speech]: ver Yochai Benkler, *Property, Commons and the First Amendment: Towards a Core Common Infrastructure*, en 3 (*Libro blanco para el Programa de la Primera Enmienda*, Brennan Center for Justice en la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York,) (2001), disponible en <http://www.benkler.org/WhitePaper.pdf> (última visita 15 enero, 2009).

²² Página de Inicio de Facebook, <http://www.facebook.com>; Página de Inicio de Flickr, <http://www.flickr.com>.

²³ Brett Frischmann ha sostenido argumentos similares usando el lenguaje del efecto *spillover* [rebalsamiento]. Ver Brett M. Frischmann & Mark A. Lemley, *Spillovers*, 107 COLUM. L. REV. 257, 297 (2007) (“El acceso común no discriminatorio a la infraestructura de Internet facilita la participación generalizada del usuario en una variedad de actividades sociales muy valiosas y productivas”); Brett M. Frischmann, *An Economic Theory of Infrastructure and Commons Management*, 89 MINN. L. REV. 917, 1017-18 (2005) (enfatisa el efecto *spillover* de la actividad no comercial); ver además Benkler, nota 21 *ut supra*, en 26 (sostiene que la construcción de una “infraestructura común central...sirve a los valores fundamentales que promueven la Primera Enmienda”).

²⁴ La Ley de Telecomunicaciones de 1996, Pub. L. Nº 104-104, 110 Stat, 56 (codificada según modificacio-



trata de un artículo seguramente poco estudiado en las clases sobre la Primera Enmienda, si bien ha sido una de las garantías más importantes de la libertad de expresión en Internet -por lo menos en los Estados Unidos. Dicho artículo establece que “ningún proveedor o usuario de un servicio interactivo de computación deberá ser tratado como el editor o el emisor de cualquier información provista por otro proveedor de contenido”.²⁵ En otras palabras, aquellos que proveen conexión a Internet (como las empresas de servicio de banda ancha) no podrán ser responsables por el tráfico que fluye a través de sus redes. Pero más relevante aún es que quienes operan sitios web o servicios en línea donde otros proporcionan el contenido (tales como las salas de chat, los blogs, los servicios de alojamiento web, los motores de búsqueda, los boletines o los sitios de redes sociales como Facebook y Myspace) no serán responsables por lo que dicen quienes usan esas redes, servicios o sitios.²⁶ Si los usuarios escriben comentarios en respuesta a otro comentario en mi blog, no soy responsable de dichas palabras. Blogger, que aloja mi blog, no es responsable por lo que escribo en él; Google, el motor de búsqueda, no es responsable por los resultados de búsqueda que citan o tienen un enlace a lo que expresé, etcétera. Si bien este privilegio se aplica a un gran abanico de delitos y hechos ilícitos relacionados con las comunicaciones, no será de aplicación en las supuestas violaciones a los derechos de propiedad intelectual.²⁷

El artículo 230 regula la responsabilidad de intermediarios, confiriendo a los intermediarios de Internet (tales como los proveedores de red y de servicios en línea) inmunidad contra demandas judiciales basadas en los contenidos suministrados por terceros. Aunque la doctrina de la Primera Enmienda no lo exige²⁸, este criterio ha asegurado la con-

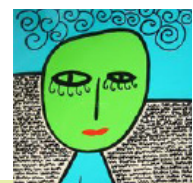
nes en ciertos artículos del Código de los EE.UU Tit. 47); 47 U.S.C. 230 (c) (1) (2000).

25 Art. 230 (c)(1).

26 Ver ejemplo, *Zeran v. Am. Online, Inc.*, 129 F. 3d 327 (4th Cir. 1997) (donde se establece que AOL no es responsable por los comentarios difamatorios publicados por uno de sus usuarios); ver además *Doe v. GTE Corp.*, 347 F. 3d 655 (7th Cir., 2003) (donde se sostiene que GTE no es responsable por el hecho de que uno de sus usuarios utilizó sus sitios para subir videos ilegales de atletas mientras se estaban cambiando en los vestidores).

27 En estos casos, las provisiones de puertos seguros de la Ley de Derechos de Autor Digitales del Milenio (DMCA - Digital Millenium Copyright Act) son de aplicación; en algunos casos, se imponen la obligación de notificación y retiro. 17 U.S.C. 512 (c) (1) (A) (iii) (2004).

28 La analogía más cercana es *Smith v. California*, 361 U.S. 147 (1959). En dicho caso, el Tribunal derogó un estatuto de California que disponía que los dueños de aquellas librerías que acumulaban libros que, en un futuro, fuesen declarados indecentes por la justicia, serían acusados de haber cometido un delito, incluso si los dueños no sabían del contenido de los mismos. La Corte Suprema lo declaró inconstitucional y sostuvo que “si el dueño de una librería es responsable penalmente sin tener conocimiento del contenido ... tendría que restringir la venta de los libros solamente a aquellos cuyo contenido conoce; y por ende, el Estado habría impuesto una limitación sobre la distribución de literatura protegida por la constitución así como también de aquella literatura obscena”. Id. en 153. Existe una similitud entre el art. 230 y el privilegio del distribuidor establecido por el *Common Law*. Ver Redefinición de hechos ilícitos (segundo) art. 581 (“aquel que ... entregue o transmita material difamatorio publicado por un tercero será responsable siempre que supiese o tuviese razón de conocer el carácter difamatorio de dicho material”). Sin embargo, el art. 230 omite la responsabilidad incluso si el proveedor de servicios de computación sabía sobre dicho contenido. Ver, por ejemplo, *Blumenthal v. Drudge*, 992 F. Supp. 44, 52 (D.D.C. 1998). La Ley del Autor de Derechos Digitales del Milenio, en contraposición, impone un sistema de advertencia y de desarme. Ver 17 U.S.C.512(c) (1) (A) (iii) (2004).



solidación de la libre expresión que hoy gozamos en Internet.²⁹ Es decir que este artículo ha protegido a los proveedores de canales y de servicios en línea contra demandas por los contenidos que distribuyen pero que fueron provistos o producidos por terceros.³⁰ La eximición de esta responsabilidad sin duda ha contribuido al desarrollo de un sinnúmero de aplicaciones y servicios que nos permiten comunicarnos y compartir. Si bien el artículo 230 no constituye una pieza perfecta de legislación (puede resultar sobreprotector en algunos aspectos y demasiado permisivo en otros)³¹, ha sido sin duda valioso.

A menudo resulta difícil encontrar y demandar a las personas por sus dichos en Internet.³² La mayoría de los comentarios son anónimos y es complicado hallar a su autor, que incluso podría estar en otro país. Si el demandante o querellante está enojado por lo que alguien publicó en Internet, le es mucho más fácil demandar al proveedor de servicios en línea que permitió la publicación en su sitio, o al proveedor de red que permitió el tráfico. Estas entidades no solo tienen más dinero sino que probablemente sean más fáciles de encontrar.³³ La responsabilidad de los intermediarios produce la llamada *censura colateral*: las amenazas de responsabilidad legal contra la parte A (el canal o el proveedor de servicios en línea) les motiva para intentar controlar o bloquear el discurso de la parte B (el autor del contenido).³⁴

En algunos casos, es sensato hacer responsable a una persona por los dichos de otra. La versión impresa del *New York Times* puede ser responsable por los comentarios publicados por otra persona incluyendo a sus periodistas, sus columnistas y sus anunciantes.³⁵ De hecho, el caso *New York Times v. Sullivan* involucraba un anuncio en el que se basó la demanda por difamación del Jefe de Policía Sullivan.³⁶ De manera similar, las editoriales son responsables de los dichos de los autores cuyos libros publican.³⁷

29 Ver 47 U.S.C. 230 (b) (2) (establece que la política de los Estados Unidos es “preservar el mercado libre, dinámico y competitivo, que existe actualmente para Internet y otros servicios interactivos de computación”).

30 Ver art. 230 (c) (1).

31 El art. 230 (2), por ejemplo, otorga a los dueños de canales completa discreción para censurar el tráfico además de la inmunidad conferida por el art. 230 (1).

32 Seth F. Kreimer, *Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and The Problem of the Weakest Link*, 155 U.P.A. L. REV. 11,13 (2006) (observa el problema de los discursos anónimos que conduce al requerimiento de la responsabilidad del intermediario).

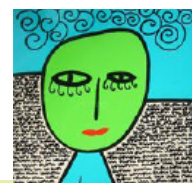
33 Ver Scot Wilson, *Corporate Criticism on the Internet: The Fine Line Between Anonymous Speech and Cybersmear*, 29 PEPP. L. REV. 533, 555 (2002) (sostiene que el art. 230 “ha limitado enormemente el acceso a estos demandados adinerados”).

34 Ver Jack M. Balkin, *Virtual Liberty: Freedom to Design and Freedom to Play in Virtual Worlds*, 90 VA. L. REV. 2043, 2095-98 (2004); J. M. Balkin, *Free Speech and Hostile Environments*. 99 COLUM. L. REV. 2295, 2296-2305 (1999); Michael I. Meyerson, *Authors, Editors and Uncommon Carriers: Identifying the “Speaker” Within the New Media*, 71 NOTRE DAME L. REV. 79,116, 118 (1995).

35 Ver *Cantrell v. Forest City Publ’g Co.*, 419 U.S. 245-253-54 (1974) (aprueba la carga del jurado que permite la imposición de la responsabilidad indirecta sobre cualquier publicista por conocer sobre las falsedades escritas por su personal).

36 *N.Y. Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

37 Ver *Blumenthal v. Drudge*, 992 F. Supp. 44, 49 (D.D.C.1998).



Sin embargo, los proveedores de red y los proveedores de servicios en línea no operan de la misma forma que los diarios y las editoriales.³⁸ Gran cantidad de personas desconocidas y anónimas envían tráfico a través de los proveedores de servicios de Internet (ISP, por su sigla en inglés) y muchas utilizan varios servicios de red. Por ejemplo, el motor de búsqueda de Google toma pequeñas porciones de información (*snippets*) de distintos sitios en diversas partes del mundo y ofrece enlaces hacia ellos.³⁹ Google además tiene Blogger, que ofrece una plataforma de blogs accesible a toda persona que se suscriba. Y en cada uno de esos blogs, el bloguero puede permitir comentarios de terceros. Volviendo al ejemplo del New York Times, su versión en línea, NYT.com (a diferencia de la versión en papel) aloja numerosos blogs y aplicaciones interactivas que permiten a los suscriptores responder a los editores y a los columnistas subiendo sus propias ideas y opiniones.

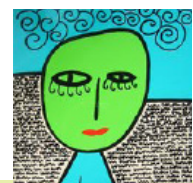
En el contexto de Internet, el problema de la censura colateral es que conduce simultáneamente a demasiada censura y a demasiada poca innovación. Las editoriales de libros tienen especial interés en el trabajo de sus autores, igual que los diarios en el de sus periodistas. Pero si A no tiene ningún vínculo con B, carece de incentivos para defender la palabra y la expresión de B, en tanto que le sobran motivos para evitar un juicio. Entonces, para evitar la responsabilidad legal, A tenderá a censurar mucho. De hecho, A podría evitar la publicación o circulación de cualquier material que no haya creado, escrito o editado por sí mismo. Si fuese responsable por los comentarios publicados en respuesta a mis opiniones en mi propio blog, directamente no los permitiría. Lo mismo ocurre con las versiones en línea de diarios y revistas que permiten comentarios y respuestas de sus lectores. Sin el artículo 230, muchos operadores de sitios web simplemente desactivarían esas funciones. Si bien esta responsabilidad podría incentivar a los proveedores más ricos a desarrollar filtros que quiten los contenidos potencialmente judicializables, es más probable que para evitarse el problema sencillamente clausuren aplicaciones y servicios que pueden ser utilizados por una gran cantidad de personas.⁴⁰

Más allá del problema de la censura colateral, existe la cuestión de los incentivos a la creación de nuevas formas de servicios de información y de medios en línea. Recordemos los ejemplos citados sobre aplicaciones sociales. Antes de desarrollar un servicio en línea que permita a terceras personas publicar material o comentarios en mi servidor o en mi sitio web, evaluaría cuidadosamente si existe la posibilidad de ser demandado por esos materiales o comentarios. Sin la inmunidad del artículo 230, sería muy arriesgado crear aplicaciones sociales que permitieran hacer blogs o subir comentarios, y mucho menos crear un sitio de red social. Ciertamente, las empresas de motores de búsqueda como Goo-

38 Ver *Batzel v. Smith*, 333 F. 3d 1018, 1026 (9th Cir., 2003) (“El Congreso decidió no tratar a los proveedores de servicios interactivos de computación como otros proveedores de información, es decir los diarios, las revistas, la televisión o la radio, responsables por la publicación o la distribución de material obsceno o difamatorio escrito o preparado por otros”. (cita *Blumenthal* 992 F. Supp. en 49).

39 *Google Corporate Information: Technology Overview*, <http://www.google.com/corporate/tech.html> (última visita 15 enero, 2009).

40 Ver *Zeran v. Am Online, Inc.*, 129 F. 3d 327, 331 (4th Cir., 1997) (sostiene que los proveedores de servicios interactivos de computación limitarían el contenido frente a la posibilidad de ser pasibles de responsabilidad por mensajes republicados).



gle (que publican partes de los sitios de otros para que puedan ser encontrados), o sitios de publicidad como Craigslist (que actúa como una suerte de cartelera pública)⁴¹ estarían en grave peligro. Peor aún sería la situación de sitios como Amazon.com, que alientan a sus clientes a enviar comentarios y críticas.⁴² La amplia gama de medios y aplicaciones de participación que caracteriza a Internet en la actualidad estaría constantemente expuesta a posibles demandas. Como resultado, la libertad y las múltiples posibilidades que Internet ofrece para la comunicación y la interacción se reducirían drásticamente.

Retrocedamos un poco y analicemos algunos detalles de los ejemplos citados. Primero, al describir los valores de la libre expresión involucrados en las tecnologías digitales, enfatice reiteradamente la importancia de la participación de un gran número de personas diferentes. Lo que vuelve a Internet tan dinámica y especial es precisamente la cantidad de personas diferentes que se comunican – no solo personas que pertenecen o trabajan en grandes medios masivos. Esto hace que Internet esté rebosante de contenido y discusiones sobre todos los temas posibles. Al reducir significativamente los costos de transmisión y distribución del contenido y al proporcionar un sistema multipropósito de transporte, almacenamiento y publicación de datos, Internet ha capturado de manera efectiva el interés, la creatividad y la inteligencia del mundo para crear un archivo gigante de, pues, todo.

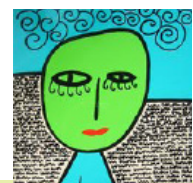
Segundo, una vez que los medios están disponibles para un gran número de personas y se crean comunidades en línea, parte del discurso será sobre política y cuestiones públicas, pero sin duda una gran parte versará sobre otras temáticas, tales como la cultura popular, el arte, la música, el cine, libros y novelas, chismes e incluso fotos de amigos y de mascotas. Aunque los blogs crean un escenario dinámico para el debate político, la mayoría de ellos no trata sobre política – son más bien diarios personales que tratan una variedad de temas.⁴³ Asimismo, aunque las redes sociales se han utilizado para fines políticos con buenos resultados, se las utiliza con mayor frecuencia para sociabilizar – como cualquiera observar.

Tercero, he presentado dos ejemplos donde los valores de la libertad de expresión están protegidos no a través de la jurisprudencia, sino a través de decisiones técnicas y regulatorias. Esto no es casual. El diseño abierto y las posibilidades que permite vuelven a Internet tan valiosa para la libertad de expresión. Pero no se trata simplemente de una historia sobre la tecnología. La ley juega un rol fundamental en la creación de incentivos para que la tecnología sea desarrollada en un sentido y no en otro, facilitando, por lo

41 Ver Craigslist – sobre factsheet, <http://www.craigslist.org/about/factsheet> (última visita 15 enero, 2009).

42 Ver *The Ins and Outs of Customer Reviews*, <http://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?ie=UTF&nodeId=1217736&qid=1221440056&s1=1-1> (última visita 15 enero, 2009).

43 Ver Amanda Lenhart & Susannah Fox, *Bloggers: A Portrait of the Internet's New Storytellers*, PEW INTERNET AND AMERICAN LIFE PROJECT, 19 julio, 2006, <http://www.pewinternet.org/pdfs/PIP%20Bloggers%20Report%2019%202006.pdf> (se observa que “mientras muchos blogs bien publicitados se centran en temas políticos, la mayoría de los blogs más populares tratan sobre la vida y la experiencia de las personas”).



tanto, ciertos tipos de modelos de negocios y de participación pública. Las redes abiertas y las disposiciones legales (como el artículo 230) contribuyeron a lograr una ecología extraordinariamente diversificada de aplicaciones, servicios y contenidos. Sin embargo, no serán los tribunales quienes tomen las decisiones clave: serán las legislaturas, las agencias administrativas, los tecnólogos, los empresarios y los usuarios.

Cuarto, en ambos ejemplos, la censura —preocupación tradicional de la Primera Enmienda— sigue siendo un problema. Sin embargo, la censura puede originarse tanto en el sector privado que controla las redes de telecomunicaciones y los servicios en línea como en el gobierno. Además, las preocupaciones sobre la censura de la red forman parte de un conjunto de problemas más amplio: la profunda conexión entre los valores de la libertad de expresión y las políticas referidas a la innovación. En los ejemplos sobre neutralidad de la red y responsabilidad de los intermediarios no podemos separar fácilmente los valores de la libertad de expresión de la promoción generalizada y descentralizada de prácticas innovadoras y de nuevas formas de producir información y servicios de información. En otras palabras, servimos mejor a los valores de la libre expresión al descentralizar y promover la innovación, permitiendo que muchas personas experimenten con la amplia variedad de nuevas formas de comunicación, intercambio de información, asociación y desarrollo conjunto.

Esto me trae nuevamente a mi argumento central: en nuestra era, el surgimiento de redes digitales como la tecnología dominante para la comunicación ha transformado y transforma aún la manera en que concebimos la Primera Enmienda y los principios de la libertad de expresión.

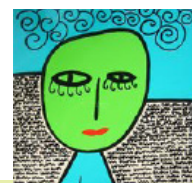
En primer lugar, la era digital deja en claro que el principio central de la libertad de expresión no consiste solamente en promover la democracia sino algo mucho más amplio: una *cultura democrática*.⁴⁴ ¿Qué es una cultura democrática? Es una cultura donde la cual la gente común puede participar, en forma individual o colectiva, en la creación y elaboración de los significados culturales que los constituyen como individuos.⁴⁵ En tanto que seres humanos, participar en la cultura es importante, ya que es la cultura la que nos hace y nos moldea como sujetos. Habitamos, reproducimos y reconstruimos la cultura viviendo en ella, usándola, aportándole, desarrollándola y modificándola en las prácticas. Una cultura no es democrática porque las personas voten sobre cómo debería ser, sino porque participan en su creación a través de la comunicación y la influencia mutua. La cultura democrática invoca una idea participativa de democracia.⁴⁶

La noción de una cultura democrática incluye la participación en un sistema político representativo, pero va mucho más allá, ya que la esfera de la cultura lo excede. Ciertamente, justificar la teoría de la libertad de expresión en base a sus posibles aportes al gobierno

44 Balkin, Digital Speech, nota 21 *ut supra*, en 3-6, 33-50.

45 Id. en 3-4.

46 Id. en 4-5.



representativo parece demasiado poco en la era de Internet. Las redes digitales hacen mucho más que brindar información necesaria para la democracia en un Estado-nación. En primer lugar, lo que las personas hacen en Internet trasciende al Estado-nación: participan en debates, charlas y en actividades colectivas que no respetan fronteras nacionales. Estas actividades son valiosas por propio derecho; deberían ser protegidas no sólo por su contribución al debate sobre la política estadounidense o incluso la política exterior de los EEUU.⁴⁷ En segundo lugar, como observé anteriormente, la vasta mayoría del discurso en Internet tiene escasa relación con asuntos de interés públicos, pero mucho que ver con la cultura, las costumbres populares y las preocupaciones diarias de las personas.⁴⁸

Mucho antes del surgimiento de Internet, el siglo XX fue testigo de un avance tecnológico colosal en el ámbito de las comunicaciones: el desarrollo medios masivos de comunicación que no necesitan papel: la radio, la televisión, el cine, el cable y la transmisión satelital. Simultáneamente, los diarios pasaron a concentrarse en manos de unos pocos dueños. El resultado fue que tan solo un pequeño grupo de personas podía expresarse utilizando los medios de comunicación masiva más poderosos de esos tiempos. La organización social del discurso y el contexto de concentración mediática en el que ocurría creó una gran tensión en la teoría de la libertad de expresión del siglo XX. Al mismo tiempo que la justicia comenzó a proteger el derecho formal de todos los estadounidenses de expresarse con libertad, esos mismos ciudadanos no podían comunicarse o incidir sobre la sociedad en igualdad de condiciones. Las voces más dominantes fueron relativamente pocas en cantidad y la inequidad se aceleró a medida que el siglo avanzaba.⁴⁹ No solo la propiedad de los medios masivos era limitada, sino que los medios en sí eran unidireccionales: el emisor hablaba y la audiencia escuchaba, con muy pocas oportunidades para responder. Las personas podían escuchar y recibir información pero no podían ser emisores.

Así, durante el siglo XX, muchos teóricos de la libertad de expresión decidieron convertir la necesidad en virtud. Siguiendo la opinión de Alexander Meiklejohn, sostuvieron que la finalidad de la libertad de expresión consistía en brindar la información necesaria para asegurar un gobierno democrático y permitir la deliberación de temas públicos en una república como Estados Unidos.⁵⁰

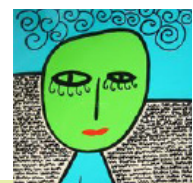
Meiklejohn y sus seguidores afirmaron que el objetivo de la libertad de expresión no consistía en garantizar la autonomía individual, sino en asegurar que el público estuviese

47 Id. en 32.

48 Id. en 12.

49 Ver Jerome A. Barron, *Access to the Press – A New First Amendment Right*, 80 HARV. L. REV. 1641 (1967); Owen M. Fiss, *Free Speech and Social Structure*, 71 IOWA L. REV. 1405 (1986) [en adelante Fiss, *Free Speech*].

50 ALEXANDER MEIKLEJOHN, *Political Freedom: The Constitutional Powers Of The People* (1960); ver OWEN M. FISS, *The Irony Of Free Speech* (1996); CASS R. SUNSTEIN, *Democracy And The Problem Of Free Speech* (1995); Fiss, *Free Speech*, nota 49 *ut supra*; Owen M. Fiss, *Why the State?*, 100 HARV. L. REV. 781 (1987); Harry Kalven, Jr. *The New York Times Case: A note on “The Central Meaning of the First Amendment”*, 1964 SUP. CT. REV. 191 (1964).



bien informado, de modo que pudiera abordar los temas claves del ámbito público y votar a sus representantes.⁵¹ Esta visión del siglo XX, influenciada por los medios masivos de la época, sacrificó en forma voluntaria los valores de la autonomía y la participación creativa en aras de informar al público y crear una agenda pública apropiada.⁵² Meiklejohn lo aclara así: en un sistema de libertad de expresión no importa tanto que hablen todos sino que “se diga todo lo que merezca ser dicho”.⁵³

Esta perspectiva, aunque bien adaptada a las características de los medios en el siglo XX, se empobrece considerablemente en el siglo XXI. Los medios masivos de comunicación seguramente seguirán siendo un aspecto importante de la vida pública. Pero necesitamos una teoría de la libertad de expresión que reconozca el rol de los cambios tecnológicos, que permiten a muchísimas personas emitir, publicar y comunicarse con audiencias de todo el mundo. Ya no son solo audiencias, receptores o consumidores de información: también son hablantes y productores activos de información y contenidos.

Cuando la mayoría de las personas usan esas tecnologías comunicacionales, fijan sus propias agendas y expresan sus preocupaciones, de índole cultural o privada y que pueden trascender al Estado-nación. De esta forma, las tecnologías digitales del siglo XXI destacan aspectos del discurso que siempre estuvieron presentes en cierto grado.⁵⁴ Como todo discurso, el digital abarca la totalidad del espectro cultural, y sólo una parte de él se relaciona con el ámbito de lo político —que constituye la preocupación central de las teorías de la deliberación democrática.⁵⁵ El discurso digital también es interactivo: las personas se hablan constantemente y se responden. Participan de comunidades virtuales y las utilizan para desarrollar proyectos en conjunto. Finalmente, el discurso digital, como cualquier discurso, es oportunista y “apropiable”, en el sentido de que todos pueden adueñarse de él. Las personas toman la cultura tal como la encuentran y construyen sobre lo que otros han hecho; toman el trabajo de los medios y de otros individuos, lo critican, lo objetan, lo parodian, lo mejoran y lo sintetizan.⁵⁶ Hacen mezclas, crean un bricolaje, simplifican, elaboran. Construyen algo nuevo a partir de lo ya hecho; copian, hurtan y repiten, y al repetir, alteran.⁵⁷

Durante el siglo XX, la teoría de la libertad de expresión estuvo tensada entre la protección cada vez mayor de la libertad formal para expresarse, pero contra un telón de fondo de tec-

51 MEIKLEJOHN, nota 50 *ut supra*, en 24-27.

52 Ver generalmente Robert Post, Meiklejohn's Mistake: *Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse*, 64 U. COLO. L. REV. 1109 (1993).

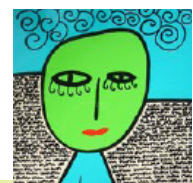
53 MEIKLEJOHN, nota 50 *ut supra*, en 26, 55 (La Primera Enmienda “no se interesa por las necesidades de muchos hombres para expresar sus opiniones” sino que se preocupa por “las necesidades comunes de todos los miembros del cuerpo político”).

54 Balkin, *Digital Speech*, nota 21 *ut supra*, en 1-4.

55 Id. en 34.

56 Id. en 32.

57 Id. en 46-48.



nologías de transmisión masiva que restringían la libertad efectiva a unos pocos elegidos.⁵⁸

Esta tensión será diferente en el siglo XXI. Las nuevas tecnologías ofrecen al ciudadano común un abanico de oportunidades para expresarse, crear y publicar, al tiempo que descentralizan el control sobre la cultura, la producción de información y el acceso a audiencias masivas. Pero las mismas tecnologías que permiten esto también convierten a la información y la cultura en *commodities* cada vez más valiosas que se pueden comprar, vender y exportar a mercados internacionales. Estos dos efectos – participación y *mercantilización*– son producto del mismo conjunto de avances tecnológicos. Entrarán, una vez más, en conflicto entre sí, puesto que toda tecnología que inaugura nuevas posibilidades para la participación cultural democrática resulta amenazante para aquellos modelos de negocios que buscan mercantilizar el conocimiento y controlar su acceso y distribución.⁵⁹ La propiedad intelectual y la ley de telecomunicaciones son las arenas donde se desatan estas luchas, pero lo que está en juego es la estructura práctica de la libertad de expresión en el nuevo siglo.

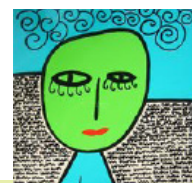
Esto me conduce a mi argumento final sobre la transformación de la libertad expresión en la era digital. La protección de los valores de la libertad de expresión en la era digital será cada vez menos resorte de normas constitucionales –aunque estas protecciones sigan siendo relevantes– y cada vez más una cuestión de regulación tecnológica y administrativa. Las dos temáticas con que comencé este texto (la neutralidad de la red y la responsabilidad de los intermediarios) ilustran esta transición. Estrictamente, ninguna de ellas corresponde a la doctrina de la Primera Enmienda basada en la jurisprudencia. Sin embargo, ambas afectan la estructura de acceso a los medios y la naturaleza de la libre expresión en Internet.

En *Reno v. ACLU*, la Corte Suprema observó –y celebró– las múltiples posibilidades de Internet para la libertad de expresión.⁶⁰ Pero Internet no es una decisión de la Corte Suprema: es un conjunto de tecnologías diseñadas de una forma particular y sujetas a diversas formas de regulación. Igual que Internet, las tecnologías digitales no necesitan una estructura especial. Podemos diseñarlas de manera tal que fomenten la participación y la innovación por parte de una gran cantidad de personas. O podemos diseñarlas para que sean menos participativas, y que Internet se convierta en un sistema cerrado de entrega de contenidos funcional a grandes empresas tales como la televisión por cable o por aire. Los teléfonos celulares, por ejemplo, que siguen siendo un sistema cerrado, podrían convertirse en una nueva plataforma para la innovación tecnológica descentralizada o podrían no llegar a ser nunca tan abiertos como lo es Internet. El diseño tecnológico, ayudado por la propiedad intelectual y la ley de telecomunicaciones, puede promover arquitecturas y estándares relativamente cerrados y patentados, o relativamente abiertos

58 Id. en 16-43.

59 Id. en 3,16.

60 *Reno v ACLU*, 521 U.S. 844, 851-53 (1997).



y fáciles de adoptar.⁶¹

Internet se puede convertir en un sistema de transporte de datos con fines particulares, como la televisión por cable o el servicio de telefonía tradicional, o puede seguir siendo un sistema multipropósito que permite la presencia de diversos modelos y experimentos comerciales con nuevos servicios y nuevas aplicaciones. Estas decisiones conllevan consecuencias reales para el sistema de libertad de expresión. Los valores de la libertad de expresión dependen crecientemente de políticas que promuevan la innovación y que impidan que las empresas obstaculicen ideas, servicios y aplicaciones nuevas. Dependen de decisiones regulatorias que mantengan a Internet abierta, ya sea limitando la responsabilidad (como el artículo 230) o desalentando el comportamiento anticompetitivo (como las normas sobre la neutralidad de la red).

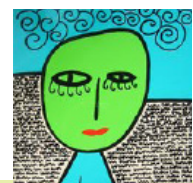
Creo que el impacto más serio a los valores de la libertad de expresión provendrá de un sinnúmero de cuestiones y controversias relacionadas con aspectos técnicos y regulatorios y no de la jurisprudencia vinculada a la Primera Enmienda. Esto se debe a que los tribunales no están bien posicionados para enfrentar estas cuestiones a través del derecho constitucional. Si bien los tribunales interpretarán los estatutos y las regulaciones administrativas, no podrán diseñar tecnología u ordenar que ésta sea diseñada de una forma particular.

Esto no significa el fin del litigio, pero sí cambios en sus propósitos. Los proveedores de red, las emisoras y las empresas de cable invocarán, como lo han hecho antes, los argumentos de la Primera Enmienda para objetar la regulación gubernamental y para proteger los modelos de negocios existentes. Los límites de la Primera Enmienda a las normas sobre la concentración de los medios son un claro ejemplo. O consideremos el argumento señalado antes acerca de que las normas de neutralidad de la red, en lugar de ser indispensables para la libertad de expresión, violan la Primera Enmienda ya que interfieren con el control ejercido por los proveedores de red sobre su propia tecnología comunicacional. Esto insertaría la doctrina constitucional dentro del diseño de la red en una forma inflexible e inútil. Si los tribunales malinterpretan la Primera Enmienda de esta forma, no promoverán los valores de la libertad de expresión sino que crearán obstáculos para su concreción.⁶²

A mi criterio, los valores de la libertad de expresión se fusionarán con un conjunto mayor de preocupaciones sobre la mejor manera de producir conocimiento y promover la

61 JONATHAN ZITTRAIN, *The Future Of The Internet (And How To Stop It)* (2008) (enfatisa la importancia de la "generatividad" en las arquitecturas y las aplicaciones de Internet); LAWRENCE LESSIG, nota 2 *ut supra*, en 120-21 (respalda las arquitecturas abiertas para promover la innovación); cf. Laura De Nardis & Eric Tam, *Open Documents and Democracy: A Political Basis for Open Document Standards* 4-5, 25 (1 noviembre, 2007) (manuscrito no publicado, en el archivo de *Yale Information Society Project*), disponible en <http://www.ifap.ru/library/book255.pdf> (última visita 15 enero, 2009) (sostiene que los estándares tecnológicos propugnan los valores democráticos).

62 Ver Balkin, *Digital Speech*, nota 21 *ut supra*, en 19-24 (explica cómo las empresas de telecomunicaciones invocan a menudo la Primera Enmienda para combatir la normativa comercial); Jack M. Balkin, *How Rights Change: Freedom of Speech in the Digital Era*, 26 SYDNEY L.REV. (2004).



innovación de las tecnologías y los servicios informativos. Con el tiempo, los valores de la libertad de expresión se integrarán a ese conjunto de preocupaciones que denomino políticas del conocimiento y la información.⁶³ De hecho, veremos a la Primera Enmienda (tal como fue concebida en la jurisprudencia del siglo XX) como un subconjunto importante de las políticas del conocimiento y de información. Las doctrinas de la libertad de expresión constituyen uno de los métodos para promover el conocimiento y de la libertad individual en un mundo crecientemente dominado por la tecnología de la información. Pero no son el único medio y en algunos aspectos son muy limitadas.

¿Cuáles son los objetivos de las políticas del conocimiento y la información? Ellos incluyen:

- promover la producción y la disseminación de información valiosa;
- desarrollar una esfera pública robusta y dinámica en relación al conocimiento y la opinión;
- garantizar que la producción del conocimiento y la formación de la opinión deriven de una serie de fuentes diversas, amplias y antagonistas;
- fomentar la participación generalizada en la producción y difusión del conocimiento;
- desarrollar las capacidades humanas garantizando acceso amplio al conocimiento y a la tecnología de la información;
- proteger y alentar a las instituciones dedicadas a la producción del conocimiento y a la formación de la opinión; y
- estimular la innovación en la producción y difusión de conocimiento e información.

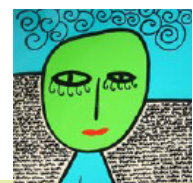
Si bien estos objetivos están expresados de manera abstracta, es fácil ver cómo se enlazan con la doctrina de la Primera Enmienda, yendo incluso más allá. Para citar un ejemplo, la ley de propiedad intelectual se aboca a incentivar la producción y difusión de conocimiento, pero no es equivalente a la Primera Enmienda. En forma similar, el propósito de fomentar la innovación en la producción del conocimiento y en las tecnologías de la información se superpone con, pero no es idéntico a, los valores de la libertad de expresión.

En la era digital, la protección judicial de los derechos consagrados en la Primera Enmienda seguirá siendo importante. Pero si tengo razón sobre el curso de los debates futuros, nuestra atención se desviará en gran parte hacia cuestiones de diseño –tanto de las instituciones como de la tecnología– que están más allá de la competencia judicial. En la era digital, los jugadores clave a la hora de asegurar los valores de la libertad de expresión serán las legislaturas, las agencias administrativas y los tecnólogos.

Efectivamente, es posible resumir muchos aspectos de las políticas del conocimiento y de la información en el mandato constitucional que adjudica al Congreso la tarea de “promover el progreso de la ciencia y de las artes prácticas”.⁶⁴ (En 1787 la palabra “ciencia” se refería a cualquier corpus sistematizado de conocimiento y aprendizaje, incluyendo

⁶³ Balkin, *Media Access*, nota 14 *ut supra*, en 933.

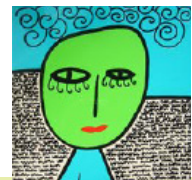
⁶⁴ U.S. CONST. I, 8, cl. 8.



el estudio de los clásicos o de la literatura, en tanto que el término “artes prácticas” correspondía a lo que hoy llamaríamos ingeniería o tecnología.)⁶⁵ Cabe destacar que la Constitución confiere a la rama legislativa y no a la judicial el poder para fomentar el progreso. La Cláusula del Progreso especifica una forma de lograr dichos objetivos – a través de la propiedad intelectual – pero no hay duda en la actualidad que el Congreso puede valerse de otros medios para alentar el crecimiento y la difusión del conocimiento, tales como becas para estudios científicos, apoyos para la educación, subsidios postales e incluso la creación de bibliotecas.

Hoy deberíamos interpretar la Cláusula del Progreso conjuntamente con la Primera Enmienda; ambas establecen un entramado de objetivos y valores: proteger el desarrollo del conocimiento y la opinión garantizando la libertad de expresión, de prensa, de petición y de asociación, y a través de políticas que promuevan el conocimiento y el acceso al mismo. Las dos cláusulas tienen su origen en el siglo XVIII. Pero combinadas tienen aún más sentido en el siglo XXI.

⁶⁵ Ver Edward C: Walterscheid, *To Promote the Progress of Science and Useful Arts: The Background and Origin of the Intellectual Property Clause of the United States Constitution*, 2 J. INTELL. PROP. L. 1, 51-53 (1994).



El derecho a la privacidad y a la libertad de expresión: dos caras de la misma moneda

Carly Nyst*

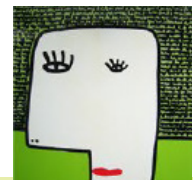
I. Introducción

El gobierno chino instala programas para monitorear y censurar sitios web opositores. Desde Bahrein a Marruecos, los servicios de seguridad intervienen los teléfonos y leen los correos electrónicos de periodistas y defensores de los derechos humanos. Google suministra información a los gobiernos, incluyendo direcciones IP y datos y registros de comunicaciones electrónicas. El gobierno de Estados Unidos vigila masivamente a los extranjeros usuarios de Internet y de telefonía.

Cada uno de estos actos amenaza la libertad de expresión de los individuos así como la privacidad de sus comunicaciones y de su propia vida. Por ello, privacidad y libertad de expresión son dos caras de una misma moneda, no es posible una sin la otra. Para formar y difundir libremente nuestras ideas políticas, creencias religiosas o étnicas necesitamos de un espacio privado, autónomo y libre de toda interferencia del Estado, del sector privado o de otros ciudadanos. Del mismo modo, la violación de nuestro derecho a la privacidad —la vigilancia física o virtual, el monitoreo de comunicaciones o actividades, la intrusión del Estado en asuntos internos, privados o familiares— impide a las personas ejercer la libertad de expresión.

Este punto fue planteado recientemente por el Relator Especial para la Libertad de Opinión y de Expresión de las Naciones Unidas, Frank La Rue, en un informe sin precedentes presentado al Comité de Derechos Humanos de la ONU en junio de 2013. Este informe, que condena las últimas tendencias en vigilancia estatal y gubernamental, es el primer reconocimiento de las Naciones Unidas acerca del impacto de estas prácticas sobre la libertad de expresión y otros derechos humanos. El informe destaca el considerable efecto de las actividades de vigilancia sobre los derechos civiles, especialmente porque a diario vemos noticias de gobiernos espionando a periodistas, revisando nuestros correos electróni-

* Abogada, graduada de la Universidad de Queensland (Australia) y MSc en Relaciones Internacionales (London School of Economics). En la actualidad, dirige el Area de Advocacy en Privacy International, una organización de derechos humanos con sede en Londres y comprometida en la protección del derecho a la privacidad. Fue asesora legal del Relator Especial de Naciones Unidas sobre pobreza extrema y derechos humanos, y Visiting Scholar en el Instituto de Derechos Humanos de la Escuela de Leyes de la Universidad de Columbia. En Australia, se desempeñó en ámbitos de derecho penal, derecho administrativo y derechos humanos.



cos y exigiendo que las redes sociales entreguen información sobre los usuarios. Resulta claro que la vigilancia masiva no implica sólo recoger información sobre la ciudadanía: es también un intento por suprimir nuestras ideas y nuestros pensamientos, por controlar nuestras acciones y nuestras palabras.

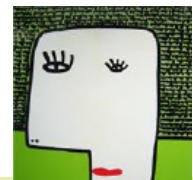
II. Libertad de expresión y privacidad en la era digital

En la actualidad, casi toda acción virtual es un acto de expresión. Participar de una sala de chat, conectarse con colegas y amigos a través de la red, navegar por sitios web, leer los diarios por Internet y descargar archivos —todos son actos que generan información. Toda interacción virtual genera y almacena un contenido; parte está disponible al público —en su mayoría grupos o personas selectas. Asimismo, en cada uno de esos actos se genera información sobre la transacción que puede ser monitoreada por partes sin interés directo (“*unintended parties*”). Casi todos los actos de expresión pueden ser observados por los proveedores de servicios de comunicación y por ende, por el Estado mismo.

Esa situación no tiene precedentes. En el pasado podíamos comunicarnos con nuestros amigos y colegas sin que los demás se enteraran. Podíamos viajar alrededor del mundo y conocer gente nueva sin que nadie lo supiera. Podíamos unirnos a grupos y movimientos sin tener que revelar identidades. Podíamos publicar y distribuir volantes, posters, folletos, diarios y libros sin conocer o sin saber quién era el autor, el editor o el lector. La posibilidad de actuar sin ser observado era innata al acto de expresión. Por lo tanto, nos beneficiábamos de la privacidad en nuestra vida personal, profesional y política. Pero más importante aún, creíamos que se trataba de derechos que valía la pena proteger, consagrados en las Constituciones, promovidos por los defensores y amparados por la ley.

En la actualidad, la protección de la libertad de expresión es considerada un bien común. Algunos Estados la defienden y a su vez condenan a quienes se oponen a ella, especialmente en lo que respecta a Internet. Sin embargo, ningún Estado promueve el derecho a la privacidad. Cuando los Estados y los mecanismos de protección de los derechos humanos se expresan a favor de promover la libertad de expresión y facilitar el acceso a Internet y a las nuevas tecnologías, rara vez mencionan las implicancias de estas últimas sobre el derecho a la privacidad. A sabiendas, respaldan la libertad de expresión en el contexto actual mientras ignoran el derecho a la privacidad que, durante mucho tiempo, permitió y protegió la libre expresión. Es preocupante que los Estados deseen que más personas se comuniquen y se expresen, especialmente en países donde hacerlo resulta riesgoso. A la vez, hacen la vista gorda al hecho de que estas personas se expongan cada vez más en términos de identificación, sistematización de perfiles (“*profiling*”) y persecución a partir de las reales oportunidades que existen para el seguimiento y la vigilancia.

Con frecuencia la privacidad no goza del mismo grado de protección que la libertad de expresión, y está supeditada a críticas formuladas desde el relativismo cultural. La noción de que “la privacidad es un concepto occidental” es frecuentemente esgrimida por grupos



privados o diluida en preocupaciones más amplias relativas a la seguridad, al desarrollo o al crecimiento.

El derecho a la privacidad no ha sido desarrollado en su totalidad por los mecanismos de protección de los derechos humanos. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas emitió su última observación general sobre el derecho a la privacidad (Observación General Nº 16) en 1988, antes del uso masivo de las tecnologías modernas —Internet incluida. Además, continúa desatendiendo las consideraciones sobre la privacidad plasmadas en las observaciones finales sobre la situación de los derechos humanos en los Estados partes. Pocas veces se ha reconocido la interdependencia y el fortalecimiento mutuo entre libertad de expresión y privacidad.

Este ensayo revisa la poca prioridad del derecho a la privacidad en los discursos sobre derechos humanos y políticos. Luego, se señalan los vínculos entre privacidad y libertad de expresión y se ilustra la interdependencia entre ambas analizando el control y la vigilancia que ejerce el Estado sobre las comunicaciones. En las conclusiones, se formulan recomendaciones a los Estados para la toma de acciones específicas orientadas a la protección y a la promoción del derecho a la privacidad. Asimismo, insta a una declaración contundente por parte de los mecanismos de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas en lo que respecta al fortalecimiento mutuo entre los dos derechos.

III. Privacidad – un tema ausente en la agenda política

El fracaso de la comunidad internacional para desarrollar un alegato más contundente sobre el significado y la aplicación del derecho a la privacidad se debe, en parte, a los desafíos presentes en la definición de su contenido y sus límites. Si bien la privacidad es reconocida internacionalmente como un derecho fundamental y tiene sus bases en las constituciones de países tan diversos como Chile,¹ Etiopía² y Nepal³, en numerosos tratados internacionales⁴ y en la jurisprudencia del mundo democrático, es más que una construcción legal funcional cuya validez deriva de su propia existencia en las leyes nacionales e internacionales.⁵ A pesar de su rol esencial en tanto que salvaguarda de las personas frente a la intrusión del Estado y de las empresas en sus hogares, comunicaciones, opiniones, creencias, identidades y grupos, con frecuencia se afirma que se trata de una norma social en constante evolución.⁶ Enfrenta un entorno cambiante con

1 Constitución de 1981, Art. 19 (4).

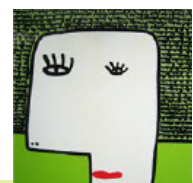
2 Constitución de 1987, Art. 26 (1).

3 Constitución de 2007, Art. 22.

4 Ver, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 12; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 17; Convención europea para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, Art. 8; y la Convención Americana sobre derechos humanos, Art. 11.

5 Cf. la disputa de los positivistas legales tales como H.L.A. Hart, ver *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1997).

6 Alan Westin, *Privacy and Freedom*, Scribner, junio 1967.



nuevas formas de generación, procesamiento y vigilancia de datos y como tal no puede ser un concepto estático; su contenido y sus límites son objeto de contiendas,⁷ de tira y afloje entre las personas, los Estados y las empresas. La innovación y el cambio (no solo en las tecnologías sino también en el flujo migratorio y fronterizo, en la seguridad y los conflictos, en las actitudes y las prioridades) informan y desafían nuestros conceptos sobre lo público y lo privado.⁸ El desarrollo continuo de medios para socavar o proteger la privacidad plantea debates nuevos sobre su contextualización e inquietudes sobre su prominencia en entornos dinámicos y cambiantes. La “privacidad” quizás no tenga un significado fijo o un contenido nodal; nuestras conceptualizaciones sobre el tema están supeditadas a diferentes lugares, períodos históricos y culturas.⁹

La comprensión y protección de la privacidad resultan desafiadas por la constante evolución de las tecnologías que transforman la manera en que concebimos las esferas de lo público y lo privado. El cambio tecnológico altera nuestras relaciones e interacciones con el sector gubernamental y corporativo¹⁰ y modifica nuestra forma de pensar sobre la consecución y la protección de los derechos humanos. Esto ocurre particularmente con nuestras comunicaciones y con los modos en que construimos y difundimos nuestras creencias y opiniones. Con el fin de gozar de la privacidad de nuestras comunicaciones, debemos ser capaces de intercambiar información e ideas en un espacio fuera del alcance del Estado, del sector privado y de ciertos otros miembros de la sociedad. En la medida en que las tecnologías expanden el alcance del Estado, confieren poder al sector privado y crean nuevas sociedades virtuales, la protección de la privacidad deviene fundamental.

Por supuesto, la falta de protección y de promoción de la privacidad va más allá de las dificultades para acordar una definición o conceptualización del derecho. En realidad, como el derecho a la privacidad es la salvaguardia básica de los ciudadanos, el Estado lo percibe como una barrera que le impide controlar y ejercer el poder. La privacidad está en el corazón de la dignidad humana (es inherente a nuestra condición) y alude al poder de tomar decisiones autónomas sobre nuestras vidas sin intervención o intimidación externa alguna. La autonomía incluye la capacidad subjetiva de tomar decisiones así como contar con las condiciones sociales, políticas y tecnológicas que permitan tomarlas.¹¹ La privacidad brinda esas condiciones externas. Como la autonomía privada es el elemento clave de la vida pública y el debate, la privacidad no es solo un valor social sino un bien público.¹²

7 David Lyon (ed.), *Surveillance as Social Sorting: Privacy, Risk and Automated Discrimination* (Londres: Routledge, 2003) 19.

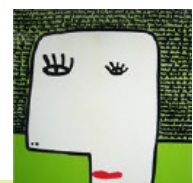
8 Por ejemplo, ver el informe del Consejo de la Unión Europea sobre perfil y extracción de datos, *Application of Convention 108 to the profiling mechanism*, por Jean-Marc Dinant, Christophe Lazaro, Yves Pouillet, Nathalie Lefever, Antoinette Rouvroy, enero 2008.

9 Helen Nissenbaum, *Privacy as Contextual Integrity*, 79 *Washington Law Review* 119 (2004) 156.

10 Ver el estudio ejemplar sobre esta dinámica de la *Royal Academy of Engineering, Dilemmas of Privacy and Surveillance: Challenges of technological change*, marzo 2007.

11 Beate Roessler, *The Value of Privacy* (Cambridge: Polity Press, 2005), 62.

12 Jurgen Habermas, *Structural Transformation of the Public Sphere*, (Cambridge: Polity Press, 1994).



Sin embargo, para el Estado que busca controlar a su población, la privacidad es vista como un impedimento y conceptualizada como una obstrucción a la seguridad, al desarrollo y a la modernización. A las personas se les ofrecen opciones falsas y simplistas entre valores en contienda: dignidad o conveniencia;¹³ libertad o control;¹⁴ nuestros derechos y libertades o seguridad,¹⁵ modernización¹⁶ y desarrollo.¹⁷ Los Estados aseveran que no se puede garantizar la estabilidad sin regular la expresión virtual anónima, que las comunicaciones deben ser visibles para prevenir actos de terrorismo o ciberdelitos, que la interactividad sin vigilancia llevaría a la ilegalidad. Todas son falsas opciones que buscan encasillar a la tecnología como un medio para la maldad y a la privacidad como una forma de preservar las fuerzas más oscuras de la sociedad.

La idea de que debemos elegir entre privacidad y seguridad con frecuencia ha invadido los discursos políticos y económicos creando falsas dicotomías y generando argumentos simplistas respecto del rol de las tecnologías. En este debate están ausentes los matices y las preocupaciones relativas a valores y prioridades en torno a la privacidad y seguridad. Tampoco hay referencias al potencial de la tecnología o a la naturaleza cambiante de las amenazas y de la seguridad, ni se menciona la existencia de otras opciones. Así, pareciera que seguridad y privacidad son conceptos rivales en lugar de valores que se interrelacionan y refuerzan mutuamente. Las tecnologías pueden diluir en lugar de exacerbar la dicotomía privacidad/seguridad. El desafío es mejorar el acceso a y la comprensión de las tecnologías, garantizar que los tomadores de decisión y las leyes que promuevan respondan a los desafíos y a las potencialidades de las tecnologías, y generar un mayor debate público para asegurar que los derechos y las libertades sean discutidos socialmente.

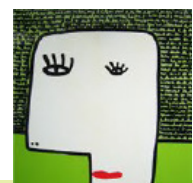
13 Para un ejemplo interesante, ver la historia publicada por el Washington Post sobre 'viajeros registrados' que quieren evadir las largas filas de control de seguridad en los aeropuertos de Estados Unidos – el programa no está vigente debido a la falta de interés pero en ese momento el discurso se enfocaba en la negociación de los derechos de privacidad por conveniencia: *Trading Privacy for Convenience: Registered Travelers Give Up Personal Information for Shorter Airport Lines*, Sara Kehaulani Goo, Washington Post, agosto 25, 2004.

14 David Brin, *The Transparent Society: Will Technology Force Us to Choose Between Privacy and Freedom?* (Basic Books, 1999).

15 Ver el libro del ex Consejo general para la Agencia de Seguridad nacional y el Secretario adjunto del Ministerio de seguridad interna sobre problemas de privacidad y protección de la seguridad nacional, *Skating on Stilts* (Hoover Institution Press, 2010).

16 Ver por ejemplo, el documento de consulta del gobierno del Reino Unido sobre el Programa de modernización de interceptación del Ministerio del Interior, *Protecting the public in a changing communications environment*, abril 2009. Para un análisis de esta política ver Peter Sommer y Gus Hosein: *Briefing on the Interception Modernisation Programme*, un informe oficial sobre *Policy Engagement Network* de la Facultad de Ciencias Económicas y de Ciencias Políticas de Londres, julio 2009, disponible en http://www.lse.ac.uk/collections/informationSystems/research/policyEngagement/IMP_Briefing.pdf

17 Para una revisión de las actitudes y las cuestiones en el discurso sobre salud ver Gus Hosein & Aaron Martin, *Electronic Health Privacy and Security in Developing Countries and Humanitarian Operations*, un informe para el IDRC preparado por Policy Engagement Network de la Facultad de Ciencias Económicas y Ciencias Políticas de Londres, diciembre 2010, disponible en <http://www.lse.ac.uk/collections/informationSystems/research/policyEngagement/ehealthPrivacy.pdf>



IV. El vínculo entre privacidad y libertad de expresión

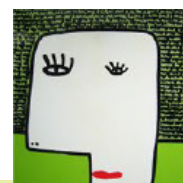
Las tecnologías han borrado la línea divisoria entre el pensamiento y la expresión pública y privada. En todo el mundo, los tribunales se preguntan cómo caracterizar los blogs y las redes sociales, cómo pensar datos tales como ubicación, dirección IP y *cookies*. Hoy más que nunca, la privacidad y la libertad de expresión están conectadas; la violación de una de ellas podría ser la causa y la consecuencia de la violación de la otra.

Esto ocurre principalmente con la vigilancia de las comunicaciones. Lo que una persona dice, sus sentimientos, sus opiniones, quiénes son sus contactos y sus amigos, qué diarios lee y qué películas ve, adónde va y con quién habla: cada uno de estos datos es notoriamente sensible y personal. Durante mucho tiempo, las comunicaciones fueron reservadas a la vida privada de cada individuo, no pasibles de exposición o infiltración por parte de nadie sin su consentimiento o sin una justificación excepcional.

Al permitir el anonimato, el intercambio rápido de información y el diálogo entre diversas culturas, ciertas innovaciones tecnológicas ampliaron el acceso a las comunicaciones y a la protección de la libre expresión y de la opinión. Al mismo tiempo, los cambios en las tecnologías han generado nuevas oportunidades para la vigilancia y la intervención por parte del Estado en las comunicaciones privadas de las personas. Las “puertas traseras” digitales en las redes de telefonía móvil permiten que el Estado pueda vigilar; las tecnologías así como los sistemas de interceptación masiva y de reconocimiento de voz facilitan el monitoreo a nivel nacional. Las herramientas para el monitoreo de las redes sociales (*social media*), las tecnologías para la inspección profunda de paquetes (*deep packet inspection*) y los troyanos son utilizados con el fin de vigilar a los usuarios. El Estado tiene acceso a los datos generados por las empresas de Internet sobre la actividad de los usuarios, quienes piden constantemente que sus datos sean confidenciales.

El abanico de expresiones que podría estar bajo vigilancia también se extendió. Mientras que históricamente la vigilancia apuntaba a las conversaciones privadas realizadas por teléfono, en la era moderna gran parte del poder expresivo de los ciudadanos se canaliza a través de medios que pueden ser vigilados. Esto incluye no solo conversaciones entre dos personas sino libros, revistas, conversaciones grupales, bosquejos y trabajos finales, registros familiares, búsquedas en bibliotecas, programas de radio, videos en vivo y productos culturales históricos digitalizados. La tecnología moderna aumenta el acceso a todos esos elementos y muchos más, con el riesgo de que dicho acceso sea conocido por actores estatales poderosos.

Cuando las partes más confidenciales y secretas de la vida de una persona están expuestas a posibles intrusiones, la libertad de expresión no puede ser gozada ni ejercida en forma genuina. Las personas temen que sus pensamientos, sus palabras y sus relaciones sean interceptadas y analizadas. Las restricciones impuestas a los contenidos accesibles a través de Internet limitan las posibilidades de las personas para recibir y difundir información y conocimiento. La exigencia de identificarse para acceder a Internet, a proveedores tele-



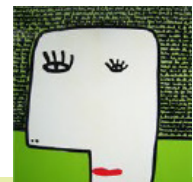
fónicos o a contenidos online puede resultar en la exclusión *de facto* de esferas sociales vitales, socavando así el derecho a la expresión y a la información y exacerbando las desigualdades sociales. Estas invasiones sobre la vida privada desalientan significativamente la libre expresión: las personas censuran sus comunicaciones e inhiben su posibilidad y deseo de participar y comprometerse.

El derecho a buscar y a recibir información también se desalienta cuando el Estado o el sector privado gozan de un acceso no controlado ni regulado a toda la información a la que accede una persona. Una persona que visita una biblioteca, una librería o un puesto de diarios y revistas esperaría que el material de lectura elegido fuese confidencial y no querría ser identificada o perseguida por su elección. Cuando el material de lectura se entrega a través de una red electrónica bajo vigilancia, ya no hay garantía de confidencialidad. En la actualidad, los Estados tienen la capacidad de acceder a todos los libros, sitios web, diarios y revistas que las personas leen, así como a las películas que miran y a la música que escuchan.

Las violaciones a la privacidad y a la libre expresión ejercen efectos también sobre el derecho a la libertad de asociación y reunión. El monitoreo de las comunicaciones permite al Estado conocer y examinar relaciones e intercambios entre personas que, de otro modo, serían confidenciales. La vigilancia impacta en la habilidad de las personas para expresar libremente sus opiniones, y también puede incidir ante qué destinatarios se expresan qué opiniones. Las oportunidades de las personas para organizarse también se restringen: anteriormente los listados de membresía solían ser obligatorios con el propósito de intimidar a quienes se adherían a ciertas organizaciones. Ahora es posible discernir los intereses de las personas a partir de sus actividades virtuales, datos de ubicación de teléfono celular y de servicios de Internet afines, o bien es posible usar la tecnologías de escaneado para identificar a todas las personas que se encuentran en un espacio físico determinado, como una protesta pública. Estas actividades de registro e identificación pueden llevarse a cabo sin el conocimiento o el consentimiento de las personas: un regreso al encubrimiento de datos relativos a la participación política.

Ciertos grupos son particularmente vulnerables a la violación del derecho a la libre expresión, la privacidad y la información. Como la privacidad permite a las personas trabajar en un espacio no controlado por las autoridades, los periodistas dependen de la protección de la privacidad para brindar y recoger información a partir de fuentes confidenciales, incluyendo “informantes”. La protección de las fuentes es un requisito implícito en el derecho de libertad de expresión.¹⁸ En un entorno donde la vigilancia es generalizada y

18 Ver *Goodwin v. the United Kingdom* en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos <http://worldlii.org/eu/cases/ECHR/1996/16.html> “[p]rotección de las fuentes periodísticas es una de las condiciones básicas para la libertad de prensa... Sin esa protección, las fuentes podrían ser disuadidas de ayudar a la prensa en cuanto a la información al público de temas de interés público. Como resultado el rol de vigilante público de la prensa podría ser socavado y la habilidad de la prensa para suministrar información confiable y verídica podría verse afectada. Declaración interamericana de los principios de la libertad de expresión, principio 8: “todo comunicador social tiene derecho a mantener en secreto su fuente de información, sus notas, sus archivos profesionales y personales. *Declaration of Principles on Freedom of Expression in Africa, protec-*



no resulta restringida por el debido proceso o por un contralor judicial, no es sostenible la presunción de protección de las fuentes. Incluso la vigilancia acotada, no transparente ni documentada puede tener efectos disuasores si se carece de registros públicos y cuidadosos de su empleo y de controles y contrapesos que impidan el mal uso.

Los filtros, el monitoreo y las restricciones sobre el anonimato existentes en Internet pueden impedir a los periodistas realizar investigaciones y publicar su trabajo para audiencias generales o particulares. Esas medidas no solo afectan la libre expresión de los periodistas sino que también inhiben la función vital de los medios de comunicación respecto a la transparencia y responsabilidad del accionar estatal. Los periodistas pueden convertirse en blancos de vigilancia debido a su utilización de comunicaciones online y de dispositivos celulares inteligentes. Esto ocurre especialmente cuando los periodistas concentran sus investigaciones en temas políticos y religiosos.

También los defensores de los derechos humanos y los activistas políticos están sujetos de manera desproporcionada a la vigilancia y a la censura. La vigilancia de defensores de los derechos humanos en Colombia,¹⁹ Bahrein²⁰ y Argelia²¹ ha sido bien documentada. En dichos países, los defensores y los activistas políticos relataron que sus llamadas y sus correos electrónicos fueron monitoreados y sus movimientos fueron rastreados. La libertad de expresión y la libertad de información les permiten desafiar los abusos perpetrados contra dichos derechos; sin la privacidad de investigar y comunicar lejos del ojo avizor de los Estados, esto no será posible.

V. Reconocimiento y compromiso

Es vital que los Estados – y los mecanismos de las Naciones Unidas para los derechos humanos de los cuales forman parte – reconozcan la importancia de proteger y fomentar el derecho a la privacidad como medio esencial en sí mismo y como prerequisite fundamental para la libertad de expresión, de pensamiento y de información.

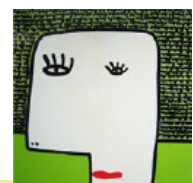
El último informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la libertad de opinión y de expresión llegó a estas mismas conclusiones. El Relator destaca que “la vigilancia de las comunicaciones debe considerarse un acto altamente invasivo que interfiere potencialmente con el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la privacidad, amenazando las propias bases de una sociedad democrática”. El Relator especial brinda una serie de recomendaciones a los Estados, incluyendo las siguientes:

tion of sources, Principle XV.

19 Servicio internacional para los derechos humanos, *Human Rights Defenders in Colombia – how is the government protecting their rights?*, diciembre 2011.

20 Judy Dempsey, *An Attempt to Take Tools from Tyrants*, *The New York Times*, 18 febrero 2013, http://www.nytimes.com/2013/02/19/world/europe/19iht-letter19.html?_r=0

21 FrontLine Defenders, *Surveillance and intimidation of human rights defender Mr Yahia Bounouar*, 11 febrero 2013, <http://www.frontlinedefenders.org/node/21625>

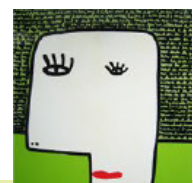


- la vigilancia de las comunicaciones debe estar regulada por marcos legales;
- su uso debe ser estricto y probadamente necesario con vistas a un propósito legítimo, y debe estar sujeto al principio de la proporcionalidad;
- debe penalizarse la vigilancia ilegal por parte de actores privados o públicos;
- el suministro de datos de comunicación por parte del sector privado al Estado debe estar claramente regulado y monitoreado por una autoridad independiente;
- ni el anonimato virtual ni la encriptación deben estar prohibidos.

Cada nuevo elemento tecnológico inaugura un nuevo y peligroso juego del gato y el ratón. Mayor conectividad también conlleva mayores problemas de violación de confidencialidad. Por ello, el Relator Especial instó a los mecanismos de las Naciones Unidas para los derechos humanos a actualizar sus conceptualizaciones sobre el derecho a la privacidad en el marco de las nuevas tecnologías. Sin ello, las protecciones existentes serán obsoletas. Pero además, demorar la reflexión acerca de cómo proteger nuestra privacidad deja abierta una enorme puerta para que los Estados abusen de las nuevas tecnologías, violando así nuestros derechos. Simplemente porque quienes cuentan con el poder para hacerlo se niegan a actuar.

Todo Estado que realmente quiera promover el derecho a la libre expresión debe comprometerse también con el derecho a la privacidad. Una prensa libre y abierta no sirve de nada si los periodistas se sienten bajo vigilancia, si se hace seguimiento a quienes leen las noticias desde la web y si sus datos son registrados. Así como la seguridad no es excusa para suprimir las opiniones de la minoría, tampoco lo es para el monitoreo, el seguimiento, la sistematización de perfiles (“*profiling*”) y la interferencia no autorizada en nuestras vidas, nuestra autonomía y en el desarrollo de nuestras personalidades.

La privacidad es una barrera necesaria ante el control y la dominación del Estado. Sin ella, el contrato social se quiebra y los derechos democráticos a participar, construir, crecer y pensar se desdibujan. Una ciudadanía impedida de crear o comunicar sus propias ideas sin interferencia del Estado no solo estaría privada de su derecho a la privacidad sino también de su dignidad. Pues la posibilidad de pensar libremente y comunicar nuestras ideas es esencial a nuestra condición de seres humanos.



Libertad de expresión, cultura digital y derechos de autor

Beatriz Busaniche* §
Fundación Vía Libre

Resumen

El presente trabajo da cuenta de la tensión existente entre los derechos de autor y la libertad de expresión en el entorno digital. Aborda, desde una perspectiva histórica, el estado actual de la regulación de propiedad intelectual en Argentina así como las tendencias en materia de observancia a nivel internacional. La implementación de medidas técnicas de gestión de derechos, la responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet, las regulaciones tendientes al bloqueo de contenidos y la baja de usuarios de Internet, entre otras, dan cuenta de un marco preocupante desde la perspectiva de la libertad de expresión. Sucesivos casos y ejemplos de la situación argentina permiten, además, proponer algunas breves conclusiones sobre el estado de la tensión entre propiedad intelectual y libertad de expresión en nuestro país.

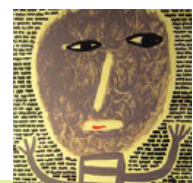
Palabras clave: Propiedad Intelectual, Libertad de Expresión, Responsabilidad de ISPs, Control y acceso a la información, Derechos Humanos.

I. Introducción

La libertad de expresión es uno de los derechos más relevantes en el marco de los tratados internacionales de Derechos Humanos. Se trata, sin lugar a dudas, de un principio esencial en sí mismo, pero también es considerado un elemento básico para el ejercicio de los restantes derechos fundamentales. La tensión entre la libertad de expresión y los derechos autorales tiene una larga historia, ya que desde el principio las leyes de copyright fueron diseñadas como forma de control estatal de la circulación de publicaciones autorizadas (Lipszyc y Villalba, 2009).

* Licenciada en Comunicación Social de la Universidad Nacional de Rosario (Argentina). Ha realizado estudios de Maestría en Propiedad Intelectual en FLACSO Argentina, y actualmente cursa el Doctorado en Ciencias Sociales en FLACSO Argentina. Es docente de la Universidad de Buenos Aires, en la Facultad de Ciencias Sociales, Carrera de Ciencias de la Comunicación. Trabaja en la Fundación Vía Libre y es Líder Pública de Creative Commons en Argentina. Contacto: bea@vialibre.org.ar

§ Este artículo sintetiza parte del trabajo de Tesis de Maestría en Propiedad Intelectual. FLACSO Argentina titulada "Propiedad Intelectual y Derechos Humanos. Tensiones existentes entre la Ley 11.723 y el marco constitucional de los Derechos Culturales en Argentina." La presente obra se distribuye bajo una licencia Creative Commons, Atribución, Compartir Obras Derivadas Igual de Argentina. Para más información visite http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/deed.es_A



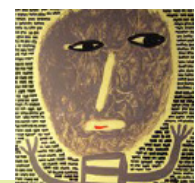
Las diferentes tradiciones del derecho de autor y el copyright¹ se vieron históricamente confrontadas con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión. De hecho, el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, fruto de la Revolución Francesa, expresaba que “la libre comunicación del pensamiento es uno de los más preciosos derechos del hombre. Todos los ciudadanos pueden, en consecuencia, hablar, escribir e imprimir libremente”. La eliminación de los privilegios de edición fue efímera y restaurada luego en Francia con nuevas leyes que consagraron el derecho de autor como un derecho personalísimo, instaurando una de las dos vertientes clásicas —la del derecho continental del derecho de autor— a diferencia de la tradición del copyright y el *common law*. Estos derechos impactan en el derecho a la libre expresión (Barrera-Agarwal, 2005).

La relación entre la regulación del copyright y la libertad de expresión está establecida desde los inicios de la historia de los derechos de autor. “El copyright restringe la expresión. Restringe lo que los escritores pueden escribir, lo que los pintores pueden pintar, lo que los músicos pueden componer. Prohíbe no sólo la copia literal, sino también la creación de obras totalmente nuevas en tanto contengan incluso pequeños fragmentos de obras ajenas” (Volokh y McDonnell, 1998:2431).

Académicos del derecho como Lemley y Volokh han sostenido que así como la censura previa en relación a discurso vinculado a obscenidad o difamación constituye una violación de la primera enmienda de la Constitución de Estados Unidos (que protege la libertad religiosa y la libertad de expresión), la misma lógica debe aplicarse a las infracciones en materia de copyright y propiedad intelectual en general. A diferencia de cualquier otro derecho de propiedad, los derechos de copyright regulan formas de expresión, y por lo tanto deben ser tamizados a la luz de los derechos de libertad de expresión. Cualquier medida que implique una restricción preliminar, o cualquier forma de censura previa o de control en la publicación debe ser sopesada por las garantías del derecho y bajo ningún concepto se debe justificar la acción del gobierno para restringir el discurso que está protegido constitucionalmente (Lemley y Volokh, 1998).

Existen numerosos aspectos vinculados a la libertad de expresión afines al debate sobre propiedad intelectual y, por supuesto, numerosos trabajos académicos vinculados a la diversidad temática que esta relación presupone. En relación al debate internacional, los principales académicos que trabajan la tensión existente entre las normas de copyright, las políticas de observancia, las acciones para hacer que los ciudadanos dejen de compartir obras en el entorno digital, y el ejercicio de la libertad de expresión (en particular en el entorno digital) tienen en cuenta una serie de áreas en las cuales es prioritario aplicar los más altos estándares de garantías de libertad de expresión. El entorno digital plantea

¹ El Copyright es propio de la tradición del derecho anglosajón, o *common law*, mientras que la corriente del Derecho de Autor forma parte de la tradición jurídica del derecho continental. En este marco, se definen “la concepción jurídica angloamericana del *copyright*, de orientación comercial, vigente en los países de tradición jurídica basada en el *common law* y de la continental europea o latina del *droit d’auteur*, de orientación individualista, formada en los países de Europa continental y seguida en América Latina y por numerosos países de África y del este de Europa” (Villalba y Lipszyc, 2009:3)



una serie de dificultades específicas, que tienen que ver con la posibilidad de realizar innumerables copias con un costo marginal tendiente a cero y con la facilidad del uso de cualquier equipo digital doméstico. Las actuales corrientes de aplicación y observancia del copyright apuntan a medidas tales como:

- la identificación y establecimiento de restricciones de acceso a obras bajo Copyright, claves de identificación y sistemas de permisos, a través de sistemas de monitoreo y control de lecturas, diseñados e implementados como medidas técnicas de control;
- el establecimiento de un marco regulatorio de protección de las medidas técnicas en sí mismas, tal como plantean los tratados de Derechos de Autor de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF);
- la regulación de la responsabilidad de los intermediarios y proveedores de servicios de Internet;
- la desconexión de usuarios de Internet (como en el marco de la Ley HADOPI, o de las tres advertencias en Francia²);
- la baja y bloqueo de contenidos de la red (mediante regulaciones como la Ley Síndic en España, fallos judiciales o medidas cautelares como en el caso Cuevana en Argentina, mencionado más adelante).

Todos estos aspectos presentan algún tipo de tensión con las garantías de libertad de expresión, y por eso requieren análisis profundo de sus consecuencias antes de avanzar en su implementación.

En este trabajo daremos cuenta del estado regulatorio en Argentina. Nos detendremos en particular en el marco normativo de la propiedad intelectual, sus orígenes, sucesivas modificaciones y estado actual desde la óptica de la libertad de expresión amparada en las garantías constitucionales en nuestro país. También revisaremos las tendencias actuales en materia de observancia del derecho autoral en el entorno digital.

II. La propiedad intelectual en Argentina

La Ley de Propiedad Intelectual fue aprobada en 1933 y consagra derechos exclusivos a autores y derechohabientes por el lapso de su vida y 70 años tras la muerte del autor. Los derechos exclusivos sobre las obras definidos por la ley comprenden “para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma.”(Ley 11.723)³.

² HADOPI, por su sigla en francés: **H**aute **a**utorité pour la **d**iffusion des **œ**uvres et la **p**rotection des droits sur **I**nternet. Establece un mecanismo de tres advertencias graduales : primero, un correo electrónico, luego un correo certificado, y finalmente el cierre de la conexión a Internet.

³ Ley 11.723 disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42755/texact.htm>



La norma fue sucesivamente modificada para dar cuenta de una serie de situaciones novedosas, como la incorporación del software y las bases de datos a las obras cubiertas por la ley. Entre 1933 y 2009, la ley fue revisada para ampliar el espectro de obras protegidas, extender los plazos de protección, establecer algunas limitaciones y excepciones, agregar penas y sanciones y crear el dominio público pagante⁴. Es decir que la normativa vigente ha acumulado modificaciones a lo largo de los años, pero casi ninguna de ellas se realizó desde la perspectiva de la libertad de expresión.

Un análisis detallado de los cambios sufridos por la Ley 11.723 desde su aprobación en 1933 hasta el presente nos permite evaluar el sentido de los cambios aplicados a la norma. En 1957, bajo el gobierno de Aramburu, la ley de propiedad intelectual sufrió modificaciones que incluyeron la extensión de la duración del monopolio de 30 a 50 años tras la muerte del autor y el regreso al dominio privado de obras que ya hubieran entrado al dominio público sin cumplir ese plazo. En 1958 fue creado por Decreto Ley de la misma dictadura el Fondo Nacional de las Artes, y se instauró en Argentina el proyecto rechazado por los legisladores en 1933: la conformación de un dominio público pagante.

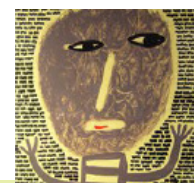
Durante la presidencia de Onganía (jefe del ejecutivo fruto de otra dictadura militar conocida como la 'Revolución Argentina') se aprobaron varias normas vinculadas a la propiedad intelectual. En 1967 se elevaron las multas establecidas en los artículos 73 y 74 y se incluyó el artículo 74bis para penar la falsa atribución de autoría. Esta norma fue derogada tiempo después. También de estos años datan las inclusiones de las primeras excepciones y limitaciones establecidas en el artículo 36, siendo estas salvaguardas muy limitadas al entorno escolar y a los fines pedagógicos, y posteriormente se incluyeron las interpretaciones por parte de bandas y fanfarrias pertenecientes al Estado nacional en actuaciones libres y gratuitas.⁵ Esta excepción se amplió en 1973 a favor de todas las instituciones musicales dependientes del Estado en todos sus niveles, siempre que la actuación fuera gratuita.

La Ley 17.648 de 1968, sancionada también durante la dictadura de Onganía, confirió a la Sociedad Argentina de Autores y Compositores (SADAIC) la exclusividad de la gestión colectiva de autores y compositores, con potestad para ser la única entidad autorizada a percibir y distribuir los derechos generados por la utilización de obras musicales, nacionales y extranjeras, incluyendo todo el repertorio disponible en la República Argentina. El Decreto Nacional 5146/69 establecerá luego las formas y atribuciones que asumirá SADAIC en la representación y administración como entidad de gestión colectiva.

La siguiente modificación ocurrirá recién en 1989, con la inclusión del artículo 72bis para detallar y ampliar las penas por la copia ilegal de fonogramas. En 1993 se elevó a 50 el

4 El "dominio público pagante" es una forma jurídica por la cual, una vez que prescriben los plazos de vigencia del derecho autoral, la obra pasa a dominio público, pero en este caso es oneroso. La percepción de la renta pasa de manos del titular al Estado. En Argentina, la explotación comercial de obras en dominio público implica el pago de un monto destinado al Fondo Nacional de las Artes.

5 Véase Art. 36.



número de años para las obras cinematográficas, y en 1997 se extendió una vez más el derecho de los autores de 50 a 70 años postmortem (B.O. 28.731, del 16/09/1989).

En 1998, y tras la firma de los Acuerdos de Propiedad Intelectual aplicados al Comercio en el marco de la Ronda Uruguay de la Organización Mundial de Comercio (OMC), se produjo una modificación sustantiva de la Ley 11.723. En ese año se incluyeron los programas de cómputo tanto en fuente como en objeto y las compilaciones de datos, así como detalles vinculados a la titularidad del programa en caso de trabajos por encargo (véase art. 4, inciso d, incorporado en esta modificación), y también incorpora la posibilidad de realizar una única copia de respaldo del programa. De este modo, la ampliación no es ya en tiempo sino en alcance de la ley de propiedad intelectual a un campo antes no cubierto por esta normativa, como son los programas de computadora (Busaniche, 2010).

En 2003, la nueva modificación refirió a la incorporación del Director a la nómina de titulares de derechos en obras cinematográficas. En 2009, la Presidenta de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner, firmó el decreto 124/09 que reconoce a la Asociación Directores Argentinos Cinematográficos como la única entidad representativa para la recaudación y distribución de los derechos de autor de directores cinematográficos y de obras audiovisuales nacionales y extranjeras en todo el territorio nacional.

Mediante el decreto 1914/2006, el Estado Nacional reconoció a la Sociedad Argentina de Gestión de Actores Intérpretes (Asociación Civil S.A.G.A.I.) como representante dentro del territorio nacional de los artistas argentinos y extranjeros en las categorías de actores y bailarines y sus derecho-habientes para percibir y administrar las retribuciones previstas en la Ley 11.723 por la explotación, utilización, puesta a disposición interactiva o comunicación al público en cualquier forma de fijación, ya sea en grabaciones u otros soportes audiovisuales.⁶

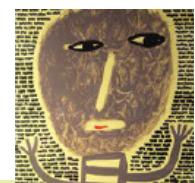
En 2007, a través de una iniciativa del Senador Rodolfo Terragno, se incorporó la excepción para instituciones autorizadas de asistencia a personas con discapacidades visuales o de lectura.

En 2009 se produjo una nueva extensión de los derechos, esta vez de intérpretes y productores fonográficos, de 50 a 70 años tras su publicación, con la cláusula de retroactividad que devuelve al dominio privado obras que hubieran entrado a dominio público sin haber cumplido aún los 70 años previstos en la revisión legislativa.

Queda claro tras este resumen que la tendencia en la mayoría de los casos ha sido hacia la ampliación tanto en alcance como en duración, con la institucionalización en paralelo de las entidades de recaudación de los derechos autorales como las entidades de gestión colectiva⁷ y con contadas y muy limitadas inclusiones de flexibilidades volcadas en el ar-

⁶ Decreto disponible en http://www.sagai.org/pdf/decretos_leyes/Decreto_1914_06.pdf

⁷ Actualmente Argentina cuenta con numerosas entidades de gestión colectiva, entre ellas: SADAIC, Ar-



título 36. En este contexto, las posibilidades de ejercer legalmente el derecho de acceso y participación en la cultura en Argentina se ven limitadas por la existencia de esta ley que ha sido modificada regularmente en favor de los titulares de los derechos de autor, derechohabientes y entidades de recaudación, que también en Argentina exploran metodologías para hacer cumplir el marco vigente de la propiedad intelectual en el entorno digital.

III. La ley de propiedad intelectual frente a la libertad de expresión

La libertad de expresión está protegida por la Constitución Nacional, por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados por Argentina y por leyes nacionales que consagran estos principios, incluso para el ámbito de Internet. La Ley 26.032 consagra las garantías de libertad de expresión en Internet y establece que “la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión.”⁸

La norma vigente de propiedad intelectual contempla salvaguardas para la difusión de información. En su artículo 28 consagra la libre circulación de las noticias del día al expresar que “las noticias de interés general podrán ser utilizadas, transmitidas o retransmitidas; pero cuando se publiquen en su versión original será necesario expresar la fuente de ellas.”⁹ Amplio fue el debate previo a la aprobación de la norma vigente sobre el alcance necesario de la cobertura de propiedad intelectual en relación al trabajo periodístico. Finalmente, el legislador reconoció en 1933 la necesidad de disponer libremente de las noticias del día, independientemente de quién haya sido el periodista o cuál haya sido el medio de comunicación que contara con la primicia. En el mismo sentido se pronuncia la Convención de Berna en su artículo 1) que indica que “la protección del presente Convenio no se aplicará a las noticias del día ni a los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa.”¹⁰

El artículo 31 de la Ley 11.723 también cuenta con una salvaguarda de la libertad de expresión, en este caso vinculada al retrato de las personas en relación al interés público. La ley resguarda el derecho a la imagen, pero establece una excepción al expresar que “es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público.”

gentores, AADI, Capif, SAGAI y DAC, estas últimas reconocidas como tales durante la gestión de Cristina Fernández de Kirchner.

⁸ Ver ley 26.032, disponible en <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/107145/norma.htm>

⁹ Ley 11.723. Art. 28. <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/40000-44999/42755/texact.htm>

¹⁰ El Convenio de Berna puede consultarse en http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html#P94_1242

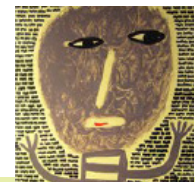


Sin embargo, como bien observó el informe de *Consumers International*, la Ley de Propiedad Intelectual argentina carece de una excepción apropiada para la realización de *parodias*, que son una forma válida y muchas veces original de la libertad de expresión. En muchos casos la parodia puede ser interpretada como burla o puede constituir sencillamente una humorada o una reinterpretación política de una obra, por lo que es posible que genere el rechazo del autor original o sus derechohabientes. En consecuencia, una excepción a favor de garantizar el derecho a la parodia es imprescindible a la hora de velar por el ejercicio de la libertad de expresión.

La ley argentina menciona la parodia en los artículos 25 y 26, al expresar que quien parodie una obra con autorización del autor tiene sobre la misma un derecho de coautoría. En tanto, quien parodie una obra del dominio público tiene la titularidad total sobre los derechos de esa parodia, aunque esto no lo habilita a impedir que otros parodien la misma obra original. Se desprende de esta redacción que la ley de propiedad intelectual sólo reconoce legalidad en parodias realizadas con autorización del autor o una vez prescriptos los derechos privados sobre la obra (Villalba y Lipszyc, 2009:96). Sin embargo, la naturaleza burlona y humorística de la parodia, que muchas veces puede ser una crítica furiosa a la obra original, no siempre recibe la autorización pertinente, por lo que las obras más ácidas y mordaces pueden inmediatamente ser ilegalizadas por un autor o titular de derechos que no simpatice con la crítica.

Existe otra tensión en este caso que tiene que ver con los derechos morales a la integridad de la obra y al derecho de transformación consagrado exclusivamente en cabeza del autor o titular de los derechos. “El derecho de transformación es la facultad exclusiva del autor de autorizar la explotación de su obra a través de la creación de obras derivadas. La obra originaria -o primigenia, preexistente u obra original como se la llama habitualmente- permanece inalterada, pero como consecuencia de la transformación resulta una nueva obra a la que se denomina obra derivada o subsecuente o de segunda mano. Para que la obra originaria no se confunda con la obra derivada es indispensable que esta última condición se indique claramente. Todas las transformaciones importan utilidades de la obra originaria y toda utilización de una obra requiere la autorización del autor.”(Consumers International 2013:189).

El artículo 6bis de la Convención de Berna consagra el ejercicio de los derechos morales al expresar que “el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.” Claramente, este derecho puede colisionar con el derecho a la parodia, salvo que se contemple una excepción que constituya un uso justo de la obra y que bajo ningún concepto confunda la parodia con la obra original, respetando así el derecho moral del autor. Otro tanto ocurre con la crítica literaria que muchas veces requiere de una utilización extensiva de la obra para su análisis, reproducción que podría superar la actual extensión del derecho de cita. En muchas ocasiones, la crítica puede poner en cuestión la integridad de la obra ya que constituye también una forma de adaptación que no necesariamente será del agrado o



aceptación del autor referido. Sin embargo, el derecho a la crítica así como el derecho a la parodia son inherentes a la libertad de expresión. En este mismo sentido, es fundamental la incorporación de excepciones a favor de la adaptación de obras sin fines de lucro para facilitar la divulgación y promoción de la cultura en espacios públicos tales como teatros y centros culturales barriales, escuelas, bibliotecas, entre muchos otros ámbitos reivindicados por el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC) como espacios públicos para el acceso y promoción de la cultura. La resolución de esta tensión en el marco de los Derechos Humanos torna necesaria una regulación clara que no ponga en riesgo el derecho fundamental a la libertad de expresión.

IV. Libertad de expresión y propiedad intelectual en Internet

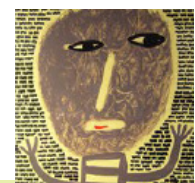
Desde finales del siglo XX, la diseminación de tecnologías de información y comunicación y la creciente conexión de los ciudadanos a Internet han puesto sobre la mesa la tensión entre el acceso a la cultura en el entorno digital y la observancia de los derechos de propiedad intelectual. En este sentido, organismos internacionales como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) pusieron manos a la obra para intentar adaptar el derecho autoral al entorno digital. Resultado de ello fue la construcción de marcos internacionales tales como los Tratados OMPI de Derechos de Autor (TODA) y el *Tratado OMPI de interpretaciones, ejecuciones y fonogramas* (TOIEF), que pretenden actualizar la normativa consagrada en la convención de Berna al entorno digital.

En su trabajo *Copyright and Control over New Technologies*, Jane Ginsburg (2001) da cuenta de las tensiones históricas entre los titulares de derechos de copyright y los innovadores que lanzaron al mercado nuevas tecnologías que habilitan la copia. Esta larga historia de tensiones cuenta con numerosos capítulos registrados íntegramente en tribunales, donde la justicia debió sopesar la incorporación al mercado y a la vida cotidiana de tecnologías diversas de copiado y la posibilidad de los titulares de derechos de autor de controlar la circulación y los consumos de sus obras.

Un análisis preliminar de la tensión nos permite identificar diversos focos problemáticos en la evaluación de la aplicación del sistema de propiedad intelectual al entorno digital: el desarrollo de tecnologías de vigilancia y control, las regulaciones de Internet que incentivan la censura privada (estilo de la *Digital Millenium Copyright Act* - DMCA) y los sistemas tendientes a desconectar usuarios de Internet, entre otros.

Tecnologías de control

Los tratados de Internet de la OMPI (TOIEF y el *Tratado OMPI de Derechos Autorales* – TODA) incorporan algunos aspectos problemáticos en relación a la observancia de la propiedad intelectual y las nuevas tecnologías. En particular, estos tratados establecen el resguardo jurídico de las tecnologías de restricción de acceso y copia, también conocidas



como Medidas Técnicas de Protección o Sistemas de Gestión Digital de Derechos. Estos sistemas permiten controlar de manera remota los usos de los bienes culturales y tienden a penalizar la elusión de las medidas técnicas de restricción, así como la distribución de programas que permitan hacerlo.

La construcción de tecnologías de control cultural ha sido abordada desde una perspectiva crítica, tal como expresan los trabajos de Siva Vaidhyanathan, quien estudió las políticas de incentivos al desarrollo de estándares tecnológicos incorporados en los sistemas técnicos para el control remoto de los consumos culturales. Los efectos de la implementación de estos sistemas son antidemocráticos, por el potencial de crear un gran sistema de dominación cultural a escala global. Sin embargo, la consecuencia directa de este tipo de políticas ha sido diferente a la esperada, activando una escalada de activismo y desobediencia civil (Vaidhyanathan, 2005). El monitoreo del entorno digital aparecía ya en la última década del siglo pasado como una estrategia clara de observancia. La posibilidad de controlar los hábitos individuales de lectura en el marco de la gestión de derechos de autor en el entorno digital tiene impactos directos en las nociones de libertad de pensamiento y expresión (Cohen, 1996)

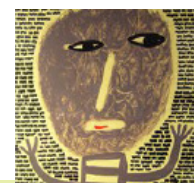
Los sistemas de incentivo al control y la censura privada

Cuando en 1998 el congreso de los Estados Unidos aprobó la *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA) en el marco de la implementación de los Tratados TODA y TOIEF de la OMPI, se estableció un abordaje propio hacia la definición del marco regulatorio de los proveedores de servicios de Internet en relación a las infracciones al copyright al instalar el sistema de “puerto seguro” y de “notificación y baja” de contenidos publicados por los usuarios. La Sección 512 de la DMCA proporciona un puerto seguro de responsabilidad para ciertos proveedores de servicios, pero opera también como un potencial disparador de litigio contra el proveedor de servicios por parte del titular de derechos de copyright (Zarins, 2004).

Uno de los aspectos clave de la tensión entre propiedad intelectual y libertad de expresión tiene que ver con la definición de responsabilidades de los intermediarios en Internet.

“Los actos de comunicación a través de Internet, sea cual sea su contenido, requieren atravesar una infraestructura tecnológica compleja, compuesta por muy diversos elementos físicos y lógicos, cada uno de los cuales está a cargo de un operador. Por supuesto, la participación de dichos operadores está sujeta a las regulaciones establecidas en cada territorio, sea dentro de la normativa relativa a servicios de comunicación en general o bien, de forma específica, para la prestación de aquellos servicios que son propios de Internet.”(Ruiz Gallardo y Lara Gálvez, 2012: 147).

Estos operadores de Internet tienen la capacidad de filtrar e impedir la circulación de información o dar de baja contenidos publicados en sus plataformas. Esto los convierte en actores clave en la tensión entre la libertad de expresión y los derechos de autor, entre otros temas. Es por esta razón que diversas legislaciones del mundo abordan el tema de la circulación de materiales bajo propiedad intelectual en la red desde la perspectiva de incidir sobre estos actores intermediarios, entre los que se cuentan los proveedores de



acceso domiciliario, los proveedores de tránsito de las comunicaciones, los proveedores de alojamiento y servidores de los sitios web, los proveedores de contenidos y otros proveedores de servicios como los buscadores, foros, redes sociales o correo electrónico, etcétera.

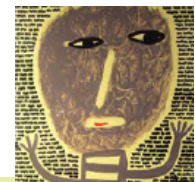
Diversas legislaciones de este tipo han sido aprobadas ya en la región, en particular en los países que firmaron tratados de libre comercio con los Estados Unidos o Europa. Los tratados de libre comercio cuentan con capítulos completos referidos a la observancia y aplicación de los derechos de autor y conexos, estableciendo no sólo procedimientos policiales y judiciales, sino también aspectos referidos a medidas tecnológicas de protección (MTP) y limitación de responsabilidad de prestadores de servicios de Internet, tomando como criterio general el antecedente normativo de la *Digital Millenium Copyright Act* de 1998.

Esta norma, que amenaza convertirse en el estándar internacional en la materia, contempla que los proveedores de servicios no serán responsables de los contenidos en infracción si responden en tiempo y forma a las comunicaciones de lo que se denomina “notificación y baja”. Este resguardo, también conocido en la industria de Internet como puerto seguro, ha otorgado cierta estabilidad jurídica a empresas prestadoras de servicios como Google (y en particular su división de videos YouTube) o de redes sociales como Facebook, que responden de manera rápida a los reclamos por infracciones y en varios casos articulan estrategias conjuntas con la industria del entretenimiento para facilitar la aplicación de esta regulación.

Sin embargo, y más allá de que algunos consideran este modelo como una solución equilibrada, el Relator Especial de Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, Frank LaRue; la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de Estados Americanos (OEA), Catalina Botero Marino; la Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, Dunja Mijatović; y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), Faith Pansy Tlakula emitieron una declaración conjunta en la que establecen lineamientos para proteger la libertad de expresión en Internet, en la que critican con énfasis este tipo de regulaciones.

En la Declaración emitida el 1 de junio de 2011, en su apartado 2) sobre Responsabilidad de Intermediarios, expresan que:

- “a. 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”).
- b. Debe considerarse la posibilidad de proteger completamente a otros intermediarios, incluidos los mencionados en el preámbulo, respecto de cualquier responsabilidad por los contenidos generados por terceros en las mismas condiciones establecidas en el párrafo 2(a). 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 (como sucede con muchas de las normas sobre "**notificación y retirada**" [destacado agregado] que se aplican actualmente)."

En esta línea de monitorear, filtrar y dar de baja contenidos supuestamente infractores en la red se enrolan proyectos de tratados internacionales como ACTA (Tratado Anti Falsificación), negociaciones internacionales de comercio como el TPP (Trans Pacific Partnership) o proyectos de leyes nacionales en los Estados Unidos como los casos de SOPA (Stop Online Piracy Act) o PIPA (Protect Intellectual Property Act), todos ellos fuertemente resistidos y debatidos por las organizaciones de defensa de Derechos Humanos en Internet.

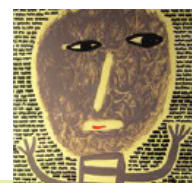
En Argentina no contamos aún con una regulación específica en la materia, aunque sí existen algunos proyectos de ley como el presentado por el Diputado Federico Pinedo. El proyecto de Pinedo difiere de la tendencia en materia de "notificación y baja" ya que establece mecanismos judiciales por los cuales los damnificados pueden solicitar la baja de contenidos. En este sentido, la notificación fehaciente que constituye "conocimiento efectivo" debe estar expresarse mediante una orden judicial, ofreciendo así una capa más de garantía de debido proceso judicial que la tendencia establecida por la DMCA norteamericana.

Argentina no cuenta con una regulación específica de responsabilidad de proveedores de servicios de Internet, aunque existen proyectos de ley en discusión. Sin embargo, existen casos judiciales que dan cuenta de la inexistencia de esta normativa y que esperan todavía resolución en tribunales. Si bien la mayoría de los casos vinculados a responsabilidad de intermediarios en el país tiene que ver con la honra y reputación de personas que iniciaron demandas contra empresas proveedoras de servicios de búsqueda en Internet como Google y Yahoo!, el caso paradigmático que involucra aspectos vinculados a la propiedad intelectual es la demanda de la Cámara Argentina del Libro contra los titulares del portal de Internet Taringa! bajo la figura penal de supuestos "partícipes necesarios" en la infracción de la Ley 11.723 por parte de usuarios de esa plataforma web. La resolución de ese caso, ahora elevado a juicio oral, será determinante para la definición de la responsabilidad o no de los proveedores de servicios de Internet en potenciales violaciones a las leyes de propiedad intelectual hasta tanto no haya un debate amplio, profundo y comprometido en el congreso nacional para definir una regulación clara en la materia.

Filtrado, censura, bloqueo de contenidos

Por su parte, los relatores de libertad de expresión también emitieron recaudos sobre filtrados y censura en la red al expresar que

"el bloqueo obligatorio de sitios web enteros, direcciones IP, puertos, protocolos de red o ciertos tipos de usos (como las redes sociales) constituye una medida extrema—análoga a la prohibición de un periódico o una emisora de radio o televisión— que sólo podría estar justificada conforme a estándares internacionales, por ejemplo, cuando sea necesaria para proteger a menores del abuso sexual."



Cabe interpretar de esta afirmación que los casos de posible violación de propiedad intelectual no son causal de bloqueo o filtrado de sitios web completos o direcciones IP. En Argentina, la causa contra el portal de películas y series Cuevana se caracterizó en principio por el dictado de una medida cautelar que ordenaba el bloqueo de algunas de las páginas disponibles en el sitio web. En sintonía con la declaración de los Relatores de Libertad de Expresión, la solicitud de una cautelar que bloqueara el acceso al sitio fue denegada por la Cámara Federal que confirmó el rechazo a una medida cautelar promovida por la cadena televisiva HBO, donde se solicitaba el bloqueo del acceso al sitio web Cuevana por considerarlo desproporcionado. Los jueces entendieron que para que proceda la cautelar se debía determinar si los destinatarios de la misma eran sospechosos de algún delito. Como en la instrucción todavía no se estableció, la medida resultaba improcedente. El fallo de Cámara declara que “el resguardo del derecho fundamental de propiedad del que forman parte los derechos vinculados a la propiedad intelectual debe ponderarse con respecto a la protección de otros derechos fundamentales.”

En la tensión entre propiedad intelectual y libertad de expresión también es menester establecer posición ante normativas punitivas de desconexión de usuarios de Internet por infracciones al copyright (como en los casos de Hadopi en Francia). Los relatores de libertad de expresión de los organismos internacionales consideran que

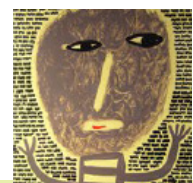
“la negación del derecho de acceso a Internet, a modo de sanción, constituye una medida extrema que sólo podría estar justificada cuando no existan otras medidas menos restrictivas y siempre que haya sido ordenada por la justicia, teniendo en cuenta su impacto para el ejercicio de los derechos humanos”.

Hasta la fecha, no se conocen proyectos legislativos en este sentido en Argentina.

El problema de los acuerdos privados

Existen varios problemas derivados de la vigencia de una ley notablemente restrictiva y de la falta de regulaciones que ofrezcan seguridad a los diversos actores de Internet. Uno de los principales tiene que ver con la proliferación de soluciones privadas establecidas entre partes involucradas con capacidad de negociación, es decir: entre las empresas y las cámaras del sector de la propiedad intelectual. El actor que queda permanentemente excluido de este tipo de acuerdos es el usuario, el ciudadano que no está representado en ninguno de aquellos sectores pero que hace uso intensivo de Internet. Es, entonces, un derecho difuso el que queda relegado ante estas soluciones privadas. El derecho relegado en estos casos es la garantía de libertad de expresión.

En este sentido, en los últimos meses, la noticia de diversos acuerdos firmados por una empresa cuestionada en los tribunales como Taringa! con las cámaras del sector de la propiedad intelectual y las entidades de gestión colectiva no hacen más que sumar preocupación a una situación general compleja en Argentina. Según informaron los medios, en abril de 2013 la empresa Taringa! firmó un acuerdo de cooperación con la Cámara Argentina del Libro (CAL), la Sociedad Argentina de Autores y Compositores (SADAIC) y la Asociación Argentina de Intérpretes (AADI). Entre otros aspectos, el acuerdo reconoce



que se promoverá el desarrollo de

“soluciones sustentables para potenciar el desarrollo de las plataformas digitales de circulación e intercambio de contenidos, promoviendo a la vez mecanismos que posibiliten la supervisión y el control de la información utilizada por los usuarios y, de ese modo, el ejercicio efectivo de los derechos que asisten a los titulares originarios o derivados de derechos de autor y/o conexos”.

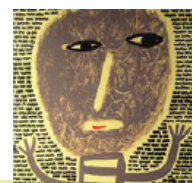
El texto del acuerdo es elocuente y preocupante: las cámaras del sector de la propiedad intelectual se arrogan el derecho de supervisar y controlar la información utilizada por los usuarios, sin que medie orden judicial y sin que se respeten las garantías esenciales de libertad de expresión y acceso a la cultura.

V. Conclusiones

Las políticas de observancia de la propiedad intelectual se han desarrollado en los últimos años con diferentes tendencias: regulaciones y marcos normativos legales, regulaciones implementadas mediante arquitecturas técnicas (sistemas DRM y de monitoreo) y acuerdos de partes entre privados. Ninguno de estos avances debe ser habilitado sin que medie previamente una discusión sólida sobre sus impactos en la libertad de expresión. Los Relatores de Libertad de Expresión de ONU, OEA, OSCE y CADHP sostienen que los Estados “tienen la obligación de promover el acceso universal a Internet y no pueden justificar bajo ninguna razón la interrupción de este servicio a la población, ni siquiera por razones de orden público o seguridad nacional”. Mucho menos se debe contemplar el argumento de la propiedad intelectual para justificar medidas de ese tenor:

“Cualquier medida que limite el acceso a la red es ilegítima, a menos que cumpla con los estrictos requisitos que establecen los estándares internacionales para este tipo de acciones. [...] Acciones como el bloqueo de sitios web constituyen una acción extrema que sólo podría ser justificada conforme a estándares internacionales, como proteger del abuso sexual a menores de edad. También son acciones incompatibles con la libertad de expresión los sistemas de filtrado de contenido que no pueden ser controlados por los usuarios, impuestos por gobiernos o proveedores comerciales”.

La gran mayoría de las estrategias de observancia de la propiedad intelectual en el entorno digital van en este sentido. El fortalecimiento y la ampliación de los derechos de autor y la tendencia regulatoria cada vez más restrictiva se deben, esencialmente, a la existencia de grupos de interés organizados que trabajan de manera sistemática hacia esa meta, invierten recursos en esta tarea y consiguen consensos políticos y sociales para llevar las modificaciones adelante. Además, cuentan con estructuras de soporte corporativo, fuerte vinculación con los medios de comunicación de masas y el apoyo de algunos artistas populares que resultan beneficiados con estas políticas. La desactivación de un discurso único en relación a los derechos de los autores requiere la reconstrucción de estrategias de defensa de los derechos fundamentales, incorporando necesariamente la perspectiva del ejercicio de la libertad de expresión, los derechos culturales, el derecho a la educación desde el sistema integral de los Derechos Humanos.



Es fundamental comprender que toda regulación vinculada a Internet, y en particular las que tienen que ver con la observancia de los derechos de propiedad intelectual, tiene directa incidencia en el ejercicio de la libertad de expresión. Por lo tanto, cualquier avance en la materia debe ser sopesado con las garantías constitucionales que amparan este derecho esencial.

Bibliografía citada

- AKESTER, P (2009) *Technological Accommodation of Conflicts between Freedom of Expression and DRM: The First Empirical Assessment*. En SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1469412> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1469412>
- BARRERA-AGARWAL, M. (2005). *Derechos de autor y libertad de expresión*. (Spanish). Chasqui (13901079), (90), 32-37.
- BERTONI, E. (2010). *Hacia una Internet libre de censura. Propuestas para América Latina*. Centro de Estudios de Libertad de Expresión. Facultad de Derecho. Universidad de Palermo. Argentina.
- BUSANICHE, Beatriz (2010) “Los dilemas del copyright en el campo del Software” Trabajo final de Derecho de Autor para la Maestría en Propiedad Intelectual. FLACSO Argentina, disponible en <http://www.bea.org.ar/2010/08/el-dilema-del-copyright-en-el-campo-del-software/>
- DUTTON, William H., Dopatka, Anna, Hills, Michael, Law, Ginette and Nash, Victoria, (2011) *Freedom of Connection - Freedom of Expression: The Changing Legal and Regulatory Ecology Shaping the Internet*. Paris: UNESCO. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1654464>
- ELKIN-KOREN, N. (2006) “Making Technology Visible: Liability of Internet Service Providers for Peer-to-Peer Traffic”. *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, Vol. 9, p. 15. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=924316>
- GINSBURG, J. (2001) “Copyright and Control over New Technologies of Dissemination”, en *Columbia Law Review* Vol. 101, No. 7 (Nov., 2001) (pp. 1613-1647)
- HELPER, L y AUSTIN, G (2011) *Human Rights and Intellectual Property: Mapping the Global Interface*. Cambridge University Press.
- KERR, I. BRAYLEY, J. (2004) *The Implications of Digital Rights Management for Privacy and Freedom of Expression*. Journal of Information, Communication & Ethics in Society, Vol. 2, 2004, Troubador Publishing Ltd.. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=705041>
- LEMLEY, M. LEVINE, D. POST, D. “Don’t Break the Internet” (January 3, 2012) *Stanford Law Review Online*, Vol. 64, p. 34, December 2011; Stanford Public Law Working Paper No. 1978989. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1978989>
- LEMLEY, M. VOLOKH, E. (1998) “Freedom of Speech and Injunctions in Intellectual Property Cases”. *Duke Law Journal*, Vol. 48, p. 147, 1998. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=85608> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.85608>
- LEMLEY, M. REESE, R.A. (2004) “Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation”. *Stanford Law Review*, Vol. 56, p. 1345, 2004; UC Berkeley Public Law Research Paper No. 525662; U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 63; U of Texas Law and Econ Research Paper No. 025. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=525662>
- LESSIG, L. (2004) *El código y otras leyes del ciberespacio*. Taurus Editor. Barcelona. España.
- LIPSZYC, D. (2006) *Derechos de Autor y derechos conexos*. Buenos Aires. Argentina: Ediciones UNESCO, CERLALC, Zavalía.
- LIPSZYC, D. (2004) *Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires. Argentina: Ediciones UNESCO, CERLALC, Zavalía.
- LIPSZYC, D. y VILLALBA, C. (2009). *EL derecho de autor en la Argentina*. 2da Edición. Bs. As., Argentina: La Ley.



- LUCCHI, N. (2011) "Access to Network Services and Protection of Constitutional Rights: Recognizing the Essential Role of Internet Access for the Freedom of Expression". *Cardozo Journal of International and Comparative Law* (JICL), Vol. 19, No. 3, 2011. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1756243>
- VAIDHYANATHAN, S (2005) "Remote Control: The Rise of Electronic Cultural Policy". *Annals of the American Academy of Political and Social Science* Vol. 597, Cultural Production in a Digital Age (Jan., 2005) (pp. 122-133)
- VOLOKH, E. McDONNELL, B (1998) "Freedom of Speech and Independent Judgment Review in Copyright Cases". *The Yale Law Journal* Vol. 107, No. 8 (Jun., 1998) (pp. 2431-2471)
- ZARINS, E. (2004) "Notice versus Knowledge under the Digital Millennium Copyright Act's Safe Harbors". *California Law Review* Vol. 92, No. 1 (Jan., 2004) (pp. 257-298)
- ZITTRAIN, J. (2008) *The Future of the Internet, and How to Stop it*. Yale University Press.



Internet: dilemas sobre jurisdicción, derecho aplicable y libertad de expresión

Manuel Ernesto Larrondo*

Resumen

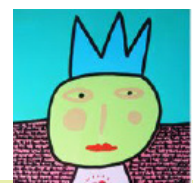
A medida que la tecnología relacionada a Internet avanza velozmente y sin pausa, en las sociedades democráticas han ocurrido diversas situaciones conflictivas que, llevadas a sede judicial, cuestionaron pautas regulatorias relativas a los contenidos que se ofrecen en la Web, al tribunal competente y a la ley aplicable. Varios casos fueron motivados por publicaciones en sitios web consideradas injuriosas o agraviantes y con consecuencias jurídicas más allá de las fronteras de un país en particular. Debido a la internacionalidad intrínseca de Internet, el derecho internacional privado se vuelve una de las ramas jurídicas más comprometida y más apta para dar respuesta a múltiples interrogantes, tales como cual sería la ley aplicable o la jurisdicción competente ante conflictos extracontractuales que se originan en la red. ¿Sería útil y necesario que se cree un tribunal internacional para solucionar esta clase de disputas? ¿Los países deberían interrelacionarse a través de organismos internacionales para lograr consensos y cooperación legislativa mutua a los fines de solucionar estos conflictos? De ser así, ¿se vería afectada en alguna medida la soberanía de esos países? Se intentará acercar posibles alternativas y soluciones a estos interrogantes confrontando las distintas teorías y casos judiciales.

Palabras clave: Internet, Derecho Internacional Privado, Jurisdicción, Competencia, Soberanía.

I. Introducción

En el umbral del siglo XXI, la sociedad de la información aprecia día a día cómo la evolución tecnológica sorprende con nuevos componentes y artefactos que facilitan la labor profesional, hogareña y de entretenimiento. Protagonista principal de esa evolución es Internet, la gran red de telecomunicación global que nos acerca y hace desaparecer fron-

* Abogado, graduado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP, Buenos Aires); docente de grado en la Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la UNLP; docente de Posgrado en la Maestría de Periodismo de Investigación de la Universidad el Salvador (Argentina) y Director del Instituto de Derecho de Medios de Comunicación del Colegio de Abogados de La Plata, Prov. de Buenos Aires. Email: ml@estudioportela.com.ar



teras geográficas. También nos trae una nueva mirada sobre el mundo, los gobiernos y las empresas, y en particular sobre las personas en lo que se refiere a las maneras de producir, consumir y comunicarse.

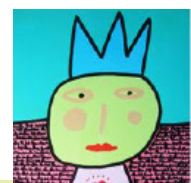
En las sociedades democráticas del mundo han tenido lugar distintas situaciones conflictivas que, en algunas ocasiones, motivaron la resolución de demandas en sede judicial. En ellas se intentó establecer pautas regulatorias en relación al tribunal competente o ley aplicable a fin de resolver un determinado litigio originado en, por ejemplo, una publicación injuriosa o agravante en un sitio web particular, pero cuyas consecuencias jurídicas se extienden a través de las fronteras al lesionar el honor, intimidad o imagen de una persona que reside en otro país.

La propia naturaleza de Internet, por su intrínseca internacionalidad, vuelve al derecho internacional privado en una de las ramas jurídicas más comprometida y más apta para responder interrogantes respecto a la ley aplicable o la jurisdicción competente ante conflictos que plantean la responsabilidad extracontractual de quien publica en la red. Para ello nos preguntamos ¿sería útil y necesario que se cree un Tribunal Internacional para solucionar esta clase de disputas? ¿Los países deberían interrelacionarse a través de organismos internacionales para lograr consensos y cooperación legislativa mutua a los fines de solucionar estos conflictos? De ser así, ¿se afectaría en alguna medida la soberanía de esos países?

En ese sentido, esperamos que este trabajo contribuya a clarificar conceptos, ideas y teorías jurídicas respecto a **cuál debería ser la ley aplicable y la jurisdicción competente ante supuestos en los que se aplique la responsabilidad civil extracontractual**; es decir: en aquellos donde se alegue daño al honor, intimidad y/o imagen de una persona con motivo de una publicación hecha a través de la web.

La determinación del tribunal competente y ley aplicable influirán probablemente en la obtención de una sentencia que otorgue preeminencia a la protección al derecho al honor, intimidad o imagen o, por el contrario, al libre ejercicio de expresión de ideas y opiniones. Quienes aleguen sentirse afectados en sus derechos personalísimos naturalmente buscarán impetrar su reclamo indemnizatorio en aquellas jurisdicciones donde estimen que la legislación local resulte favorable a su pretensión. Esta práctica (forum shopping) es una forma de elección deliberada de la jurisdicción donde se interpondrá la demanda judicial

Un peligro inherente a esta modalidad consiste en que los autores de publicaciones a través de Internet incurran en autocensura a fin de evitar demandas por reclamos económicos, afectándose –a priori- el derecho humano a expresar ideas y opiniones. Para estas y otras cuestiones se evaluarán alternativas y soluciones confrontando las distintas teorías y casos judiciales.



II. Ciber legislación mundial: ¿posible solución de conflictos?

El desarrollo tecnológico acompaña la evolución de Internet sin pedir permiso a los ordenamientos jurídicos de los países. Las propias características de la comunicación virtual implican que, ante una controversia entre dos particulares con residencia en distintos países, se deba determinar cuál sería la legislación aplicable y el tribunal judicial competente para resolverla. Un caso judicial concreto graficará claramente los desafíos que estos casos imponen.

Sexo, video y juicio

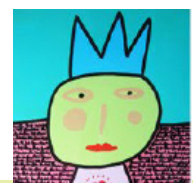
En 2006 se dictó una decisión judicial en un conflictivo caso que tuvo lugar ante los tribunales de San Pablo, Brasil. La Justicia¹ de ese país ordenó con carácter cautelar a tres sitios web -entre ellos YouTube²- que suspendan la exhibición de un video y fotos que mostraban a una conocida modelo brasileña (Daniela Cicarelli -ex novia del jugador de fútbol Ronaldo) junto con su actual pareja, también brasileño. Las imágenes mostraban a ambos en una playa de España, y culminaban con la exhibición de una supuesta relación sexual dentro del mar. Todo ello a plena luz del día y con público en la playa.

La demanda judicial iniciada por Cicarelli y su novio se sustentó en su agravio ante la difusión de esas imágenes en sitios web, ya que, según sostuvieron, habrían sido obtenidas sin su consentimiento y vulnerando sus derechos a la intimidad e imagen conforme los protege el derecho civil de Brasil. El voto mayoritario del tribunal de alzada acogió la pretensión. Sin expresarse respecto a la operatividad y efectividad de la cautelar ordenada, y sin detenerse en la naturaleza de Internet y en su alcance mundial, ordenó a los tres sitios web involucrados suspender la emisión de esas imágenes. Además, en caso de desobediencia, el fallo fijó una multa diaria de Reales \$ 250.000,00 [aproximadamente US \$110.000) para cada firma en caso de desobediencia. Al tratarse de personas conocidas, las imágenes difundidas podrían ser utilizadas con un fin mercantilista, lo que justificaba el monto de la multa.

El voto en disidencia de la jueza Maia Da Cunha coincidió con la decisión de grado aunque difirió en la resolución de la cautelar por entender que la misma no encontraba sustento en la denuncia realizada. La magistrada destaca en su voto que el análisis de cualquier derecho fundamental que no considera este nuevo vehículo de comunicación será inadecuado como forma de traducir el nuevo sentimiento jurídico respecto a cualquier tipo de censura que se pretenda aplicar en Internet. Sostiene la magistrada en su voto que

1 Voto n°: 10448 Agrv.n°: 472.738-4 Comarca: São Paulo relator des. Ênio Santarelli Zuliani (4ª Câmara Direito Privado) Agte.: Renato Aufiero Malzoni filho e Daniella Cicarelli Lemos; Agdo.: Internet Group do Brasil Ltda., Organizações Globo de Comunicação e YouTube inc. Ver en: http://www.conjur.com.br/2006-set-28/justica_confirma_veto_video_cicarelli_INTERNET y también en http://www.conjur.com.br/2007-jan-09/desembargador_tj-sp_manda_desbloquear_youtube

2 www.youtube.com es un portal web donde el internauta puede subir videos caseros o programas de TV.



ignorar la realidad sobre el alcance mundial de Internet podrá conducir a una decisión judicial absolutamente inocua, casi surrealista. En tanto el mundo entero ya observó las imágenes y leyó las noticias —inclusive guardándolas algunos en su computadora personal— una orden judicial de censurar a un sitio web de Brasil sería técnicamente inocua.

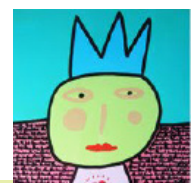
Meses después, en enero de 2007, el revisor Zuliani³ advierte que la orden judicial cautelar primigenia implicó el bloqueo del sitio web You Tube y que ello generó una serie de comentarios (no detallados) que considera lógicos en virtud de tratarse de una cuestión pionera sin apoyo legislativo aún. No obstante, el incidente confirmó que “la Justicia puede tomar medidas cautelares con éxito contra las empresas nacionales y extranjeras que incumplan decisiones judiciales.” Así, remarca que el bloqueo al sitio You Tube **no implicó censura judicial** en tanto consistió en impedir la divulgación de noticias injuriosas y difamatorias. También señala que el bloqueo total al sitio se debió a dificultades técnicas para crear un filtro que impidiera el acceso de parte del público al video de la pareja, pero que no fue esa la decisión del Tribunal: sólo se había ordenado emplear mecanismos que bloquearan los accesos a las direcciones electrónicas que exhiben el video.

Hoy en día, varios años después del dictado de esta sentencia, el pronóstico de la jueza Cunha se cumplió: el video no se exhibe más por los sitios web demandados aunque sí en otros que no fueron parte del proceso judicial en Brasil. Basta con tipear el nombre y apellido de la modelo en cualquier motor de búsqueda para encontrar el mencionado video. Así, la sentencia judicial no tuvo el efecto deseado de impedir la difusión de las imágenes a través de Internet. Además, el revuelo mediático generado por haber ordenado el bloqueo de You Tube en Brasil incrementó la búsqueda del video. El efecto final, claro está, no fue el que deseaban obtener los actores.

Este ejemplo muestra que —en ciertos casos- la decisión aislada y solitaria de un tribunal en un país determinado, aplicando su propia legislación, difícilmente pueda brindar una solución a la persona que reclama una reparación o que se impida la continuidad de un hecho por considerar que se vulneran sus derechos personalísimos y humanos como son la intimidad e imagen. En este caso, ninguno de los sitios web demandados discutió una eventual incompetencia del tribunal de San Pablo para expedirse sobre el asunto ni objetó derecho civil de ese país aplicado al caso, aún cuando el hecho causal tuvo lugar en España y los actores eran de nacionalidad brasileña.

Para resolver este tipo de conflictos ¿sería viable acordar un marco jurídico mundial o regional que contribuya a determinar cuál es la ley aplicable y el tribunal competente en cada caso? En este tipo de casos, ¿deberían los países ejercer una soberanía más flexible? Veamos.

3 AGRV.Nº: 488.184-4/3 Relator Des. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI (4ª Câmara Direito Privado) CO-MARCA: SÃO PAULO AGTE. : RENATO AUFIERO MALZONI FILHO AGDO. : YOUTUBE INC. Ver en http://www.conjur.com.br/2007-jan-09/desembargador_tj-sp_manda_desbloquear_youtube



Soberanía estatal en crisis por Internet

Remontándonos en el tiempo, advertimos que el concepto “soberanía” fue moldeado en Europa ante la organización imperante en la edad media, es decir, contra el Papado y el Imperio.⁴ Jean Bodin (1529-1596) en su libro *Six livres de la République -1.576-* definió la *soberanía* como el “poder absoluto y perpetuo de una república”.⁵ De ese concepto se desprende que Bodin tuvo en cuenta dos elementos determinantes: poder de legislación absoluto y ausencia total de control al soberano. En definitiva, Bodin trató de fundamentar un poder originario en el sentido de que no dependiera de otros. Así surgió una de las características principales de la soberanía cual es la trascendencia, la legitimación más allá de Dios, sin apoyo teológico.⁶

Entendemos que el hecho de que se interprete a la “soberanía” como un concepto dinámico no supone el debilitamiento o inexistencia de la misma, sino más bien lo contrario. Existe un orden internacional donde los estados presentan sus reglas de juego y a través de la cooperación se pretende llegar a una coexistencia lo más pacífica posible. Es por ello que se han creado tribunales y organismos internacionales de diversas materias tendientes a dirimir conflictos interjurisdiccionales. Sin embargo, esto no significa que se anulen las voluntades estatales, ya que éstas para su efectivo cumplimiento necesitan de las unidades soberanas.

Retomando entonces el ejemplo anterior dirimido ante los tribunales de Brasil, podemos apreciar que la justicia brasileña intentó vanamente y en forma aislada “domar” Internet a través de una resolución judicial que –en el caso puntual- jamás lograría el efecto principal deseado: impedir para siempre que circularan las imágenes de la modelo demandante. Desde luego, tampoco es dable afirmar rotundamente que los tribunales y la ley imperante de cada país sean inaplicables o inútiles para resolver este tipo de casos. Sin embargo, es evidente que, en principio, la opción legal aislada y solitaria no logra los resultados deseados cuando intervienen las nuevas tecnologías de comunicación.

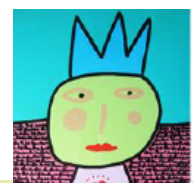
He aquí otro tema de larga discusión: ¿las modernas tecnologías de información ponen en peligro la soberanía de un Estado en lo que respecta a juzgar y aplicar las leyes propias ante conflictos que tienen origen en la web? Entendemos que no es así. Henry Perritt (h)⁷ recuerda que la difusión de la imprenta alarmó tanto a la Iglesia como a la Corona en la

4 BOBBIO, N. y MATTEUCCI, N.: *Diccionario de política*, Madrid: Siglo XXI de España editores, 1.982, T II, p. 1.535

5 Para Bodin la república es “el recto gobierno de varias familias, y de lo que les es común, con poder soberano”. Bodin, J., *cit. por* PRIETO, F.: *Lecturas de Historia de las Ideas Políticas*, Madrid: Unión Editorial, 1.989, p.157

6 En sentido restringido, en su significado moderno, el término soberanía aparece, a fines del 1500, junto con el Estado, para indicar plenamente el poder estatal, único y exclusivo sujeto a la política”. BOBBIO, N. y MATTEUCCI, N., *op. cit.*, p. 1535

7 Perritt (h), Henry. “INTERNET, ¿una amenaza para la soberanía? Reflexiones sobre el papel de INTERNET en el fortalecimiento del gobierno a escala nacional y global.”, capítulo del libro “Derecho de INTERNET”, Director Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Ed. Heliasta, p.71 y ss.



época de Jacobo I de Inglaterra, ya que se la consideraba peligrosa en la difusión de ideas y opiniones que podían ser contrarias al régimen. Diversamente, Perritt considera que muchas de las nuevas tecnologías de la información ofrecieron a los soberanos un enorme potencial para conservar o incluso incrementar el poder que ejercían sobre los súbditos. Cita un ejemplo ilustrativo: las noticias transmitidas por el canal de noticias CNN sobre los hechos de violencia de la Plaza de Tiananmen en China (1989) no socavaron la soberanía china, tal como demostró la masacre y la posterior actitud adoptada por ese país.⁸

III. Implicancias de una cyberlegislación mundial

Los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González explican que una primera posibilidad de intentar dar un marco legal para la solución de conflictos surgidos por el uso de Internet podría consistir en elaborar una “normativa material” y especialmente diseñada para la Web, tal como una *Lex Mercatoria*. Destacan que la analogía con el Derecho marítimo internacional es clara ya que se crearía una normativa para un espacio, como las aguas internacionales, sobre las que ningún Estado reclama su soberanía.⁹ De igual forma, según estos autores, los conflictos legales en Internet podrían resolverse a través del Derecho Internacional Privado de los Estados, el cual está ligado a la defensa de los valores contenidos en las Constituciones democráticas en contraposición a la idea de que la resolución de conflictos termine siendo definida por elites económicamente privilegiadas.

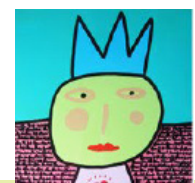
Esta situación podría generar que, eventualmente, un mismo caso llegue a ser resuelto de manera diferente según el estado donde se plantee. Es por ello que estos autores coinciden en la imperiosa necesidad de que se armonicen las normas estatales de Derecho Internacional Privado a través de convenios internacionales u otros instrumentos legales a fin de unificar las respuestas jurídicas con independencia del Estado cuyos tribunales se consideren competentes.¹⁰

Un ejemplo reseñado por Calvo Caravaca y Carrascosa González grafica los eventuales conflictos jurídicos que podrían suscitarse a causa de Internet: un periodista norteamericano residente en Illinois, durante un viaje a Indonesia carga, desde dicho país, una información difamatoria en una página web situada en un servidor de la isla de Tuvalu. Dicha información perjudica a un noble monegasco que reside, por temporadas, en Francia, Mónaco y Alemania pero que tiene intereses económicos en otros países como Canadá. La página web es visible desde todos los países del mundo y los usuarios de Internet de todos los países acceden a la información presuntamente difamatoria. ¿Qué criterio tradicional del derecho internacional privado debería seguirse?

8 Perritt (h), ob cit. p. 72

9 Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa Gonzalez Javier. “Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en INTERNET”, Ed. Colex, 2001, p.15.

10 Calvo Caravaca – Carrascosa Gonzalez, ob, cit, pág 21



Los autores referidos sugieren que las reglas clásicas del derecho internacional privado sean adaptadas al ciberespacio mediante ciertos enfoques. Por un lado, las soluciones nuevas deben provenir de **criterios flexibles**. No deberían aparecer fundados exclusivamente en la vinculación del problema jurídico con el territorio de un “Estado”. Así, respecto al **derecho aplicable**, deben adoptarse puntos de conexión abiertos, tales como la conexión más estrecha del caso con un país o los efectos sustanciales del acto en un país. Estos criterios, **más finalistas** que territoriales o geográficos, permiten a las partes prever la aplicación de una ley estatal concreta y pueden funcionar en un contexto “ageográfico” y mundializado como es Internet.

Calvo y Carrascosa indican también que la jurisprudencia norteamericana ha adoptado “criterios finalistas” ya que en algunos casos ha recurrido a la ley del país del domicilio de la víctima que coincidiría con el país donde el acto generó sus “efectos sustanciales”. En otras ocasiones los tribunales de EEUU han recurrido a aplicar la ley del país de residencia del demandado, es decir: el criterio del país de origen desde donde se emite la transmisión vía Internet del contenido presuntamente dañoso. Finalmente, en lo que respecta a jurisdicción y competencia, sugieren aplicar la teoría norteamericana de los “contactos mínimos”, por cuanto sólo podrían intervenir los tribunales del país con el que el acto presenta “estrechos contactos”.

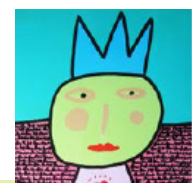
IV. Jurisdicción y competencia por conflictos generados en Internet

Teniendo en cuenta las teorías explicitadas anteriormente, revisaremos brevemente los conceptos de jurisdicción y competencia. Osvaldo Marzorati¹¹ considera importante diferenciar **competencia** de **jurisdicción**. En su opinión la palabra *competencia*, en un sentido amplio, significa una atribución legítima a una autoridad para el conocimiento o resolución de un asunto. Sostiene que la competencia tiene su propio sentido específico en el orden judicial, en tanto un juez es competente cuando puede ejercer sus poderes delimitados en función de ciertos criterios. Por su parte, la *jurisdicción* proviene etimológicamente del latín *jurisdictio*, que significa “acción de decir el derecho”. Es la función específica de los jueces, que puede excepcionalmente ser atribuida a los árbitros.

Sin embargo, hablar de competencia y jurisdicción, en opinión de Natale y Colautti “es una redundancia que puede ocasionar equívocos”; “resulta innecesario y confuso reiterar los términos delegación de competencias y jurisdicción dado que la jurisdicción constituye una especie dentro de la competencia.”¹²

11 Ver “Jurisdicción competente y ley aplicable en las relaciones jurídicas formalizadas en el ciberespacio”, LA LEY 07/07/2004.

12 Cafferata, Fernando, ob cit, citando la opinión de Natale Alberto “Comentarios sobre la Constitución”, p. 107, Ed. Desalma, Bs.As., 1994 y Colautti Carlos E, “Los tratados internacionales y la reforma de la Constitución”, La Ley, 1994-D, 1149 y ss.



Marzoratti expresa que se ha entendido que un asunto es internacional cuando concurren circunstancias objetivas, jurisdiccionales o sustanciales, que lo vinculen a diversos contextos jurídicos nacionales independientemente de lo que las partes puedan llegar a determinar subjetivamente. Llegado el caso de una instancia adversarial, el tribunal aplicará sus propias normas de derecho internacional privado, sean normas de conflicto, materiales o de policía y definirá el caso según esas pautas, **buscando siempre la conexión jurídica más relevante al caso**, atendiendo a la voluntad de las partes, la integración del derecho extranjero, la aplicación de los tratados internacionales que correspondan y los principios generales del derecho. En Argentina, agrega, los problemas de jurisdicción se resuelven en función de principios constitucionales y de normas legales, o por tratados con países extranjeros (con el alcance del artículo 31 de la Constitución Nacional). Se examina la sentencia extranjera, requiriendo que provengan de un tribunal competente en el orden internacional, según las normas argentinas de jurisdicción internacional.¹³

A) Los contactos mínimos, el requisito de *disponibilidad intencional* y la doctrina “del efecto”

Frene destaca que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de EE.UU.,

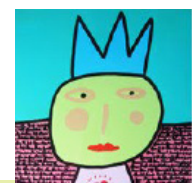
“el cumplimiento del requisito constitucional de debido proceso es una *conditio sine qua non* para las leyes estatales que regulan la jurisdicción personal. A su vez, la Cláusula Constitucional de debido proceso ha sido interpretada en el sentido de autorizar el ejercicio de jurisdicción específica sobre un demandado no residente si el demandado tiene –al menos– “**contactos mínimos**” con el Estado donde funciona el tribunal, de modo tal que el juicio entablado “no ofenda nociones tradicionales de justicia y buena fe”.¹⁴

Agrega que además de los requerimientos de ‘razonabilidad’ y ‘contactos mínimos con el foro’, en el trascendente fallo “World Wide Volkswagen Corp. v. Woodson” (444 U.S. 286 (1980)), la Corte Suprema estableció el requisito de ‘disponibilidad intencional’ como condición para que un tribunal ejerza su jurisdicción sobre un demandado no residente:

“Advirtiendo la importancia de que el demandado pudiera prever la jurisdicción en la cual sería demandado, la Corte determinó que los demandados no residentes debían haberse ‘dispuesto intencionalmente’ a realizar negocios en dicha jurisdicción. En otras palabras, la conexión del demandado no residente con la jurisdicción del tribunal en cuestión debía ser tal que el demandado pudiera razonablemente anticipar que podría ser juzgado en la misma”.

13 Marzoratti, Osvaldo, ob. Cit. Agrega dicho autor que la eficacia de un pronunciamiento judicial, a ser cumplido fuera del foro en el cual se dictó, depende de que el tribunal tenga jurisdicción internacional, según la ley del país donde dicho pronunciamiento deba surtir efectos. Solución esta última recogida en el artículo 2º,d, del Convenio sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, según ley 22.921”, MARZORATI, Osvaldo J., “Reflexiones sobre Jurisdicción y ley aplicable en INTERNET”, en “Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina”. Un caso puede ser juzgado en otro país, según las normas de jurisdicción del juez extranjero y, sin embargo, esa decisión puede no ser eficaz en la República Argentina, aunque sí en otras jurisdicciones, reflexiona el autor.

14 Frene, Lisandro, “Jurisdicción en INTERNET: la experiencia norteamericana y los efectos de la ‘doctrina del efecto’”. Publicado en www.eldial.com el 3 de agosto de 2004.



Señala Frene que ante la patente confusión en la aplicación de estas teorías procesales, la jurisprudencia americana dio origen a la ‘Doctrina del Efecto’ en contraposición a la “disponibilidad intencional” que resultaba ser un concepto extremadamente vago, amplio y subjetivo. Fue entonces que la Corte Suprema Estadounidense decidió aplicarla estableciendo que

“constituye un principio de derecho internacional que un tribunal pueda ejercer su jurisdicción sobre una persona si al momento en que dicho poder jurisdiccional es ejercido, la persona –ya sea física o jurídica- había desarrollado fuera del Estado donde funciona dicho tribunal una actividad produciendo un efecto sustancial, directo y previsible dentro del Estado del tribunal en cuestión, pudiendo la jurisdicción ser ejercida sólo respecto de dicha actividad”.¹⁵

Esta doctrina, según Calvo Caravaca y Carrascosa González, es de suma importancia en lo que se refiere a Internet. Determinar el tribunal competente es la base principal para luego poder encaminar la resolución de un eventual conflicto jurídico. Sostienen que, a veces, para determinar el tribunal competente y la ley aplicable debe recurrirse a analizar el contenido de la información vertida en Internet, ya que ello sirve para determinar en qué países pretende tener un efecto determinado. Ejemplifican tal situación imaginando una página web escrita en holandés que contenga publicidad denigratoria de una empresa española, y que dicha página web tenga como destino el mercado holandés y no el español. Esto significa, apuntan, que España no es el país del “lugar del resultado lesivo” aunque la página sea visible desde España. En todo caso sería Holanda y sus tribunales los competentes para entender en un eventual juicio (*forum damni*) y analizar los efectos que la información publicada en esa página web produce en Holanda.¹⁶

Fue recién en el mentado fallo *Calder v. Jones*¹⁷ que la Corte Suprema de EEUU adoptó la “doctrina del efecto” para pretender solucionar la amplitud conceptual del requisito de “disponibilidad intencional”. Aplicando la “doctrina del efecto” al caso antes señalado, la Corte estableció que la jurisdicción personal podría ser ejercida en situaciones en que existan (1) acciones intencionales; (2) expresamente dirigidas hacia el Estado donde funciona el tribunal que pretende ejercer su jurisdicción; (3) que causen un daño, el efecto del cual es sufrido –y que el demandado sepa que probablemente sea sufrido- en dicho Estado. En sucesivos fallos, gran parte de las cortes estatales confirmaron la “doctrina del efecto”, aplicándola tanto a casos de relaciones contractuales como extra-contractuales.¹⁸

B) El lugar de la comisión del daño como indicador del tribunal competente

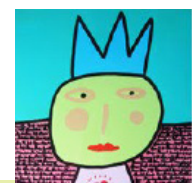
En lo que se refiere a la vulneración de derechos de la personalidad a través de Internet, tal como se mencionara en el caso “Cicarelli”, esa conducta suele ser un “ilícito a dis-

15 Frene cita a la *Restatement (Third) of Foreign Relations Law* ss 421(2)(j) (1987); ver también *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 50 (1971).

16 Calvo Caravaca – Carrascosa Gonzalez, ob, cit, pág 112/3

17 *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783 (1984)

18 *Bancroft & Masters, Inc. v. Augusta National Inc.*, 223 F.3d 1082 (9th Cir. 2000); *Sinatra v. National Enquirer, Inc.*, 854 F.2d 1191 (9th Cir. 1988)



tancia” pero, al mismo tiempo, también sería un “ilícito ocasionado en varios países” a la vez. Calvo Caravaca y Carrascosa González explican que en estas ocasiones el ilícito comienza en un país con la introducción de información difamatoria y produce efectos en otros países donde se difunde la información.¹⁹ Cuando se refieren a “introducción” de la información debe entenderse al momento en que la información es subida a un sitio web al cual se tiene acceso en todo el mundo, claro está, siempre que exista la posibilidad técnica de conexión.

Ahora bien, ante esta situación, nos preguntamos: ¿qué se entiende por lugar donde se ha vulnerado un derecho de la personalidad? ¿Su determinación facilita la indicación del tribunal competente? Los autores referidos recuerdan algunas teorías que se han desarrollado tendientes a dilucidar estos interrogantes:

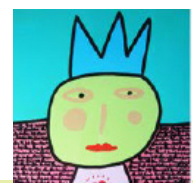
- *Teoría clásica (Alemania)*: sostiene que el lugar del daño es tanto aquél donde se verifica el “evento causal” como aquél donde se “produce el daño”. Atento a que resulta harto difícil proceder a una aplicación distributiva de ambas leyes, esta teoría ofrece a la víctima la facultad de optar por elegir entre la ley del país del evento causal y la ley del lugar donde se verifica el resultado lesivo. Agregan que esta teoría favorece en demasía a la víctima sin distinguir supuestos concretos y complica el proceso de determinación de la ley aplicable.²⁰
- *Domicilio habitual*: quienes se inclinan por esta teoría sugieren realizar una identificación del lugar del daño con el lugar que corresponde al medio social propio de la víctima, lo cual conduce a aplicar la ley del domicilio o residencia habitual de ella. Paul Kayser²¹, doctrinario que acompaña esta teoría, sostiene que en lo que respecta al derecho a la intimidad, su juzgamiento debe sujetarse a la ley del lugar donde se produce la vulneración del mismo, mientras que la responsabilidad civil del autor de dicha vulneración debe regularse por la ley del lugar donde se ha producido el perjuicio para la víctima. Ello, sostiene este autor, suele identificarse con el país de residencia de esa persona.
- *Otros autores identifican el “lugar del daño” con el “lugar del acto causal”*: en este caso se ofrece una gran previsibilidad, pues el autor de la lesión puede conocer fácilmente la ley del país en el que ha realizado el acto ilícito con independencia de los países en los que produzcan efectos. Sin embargo, aclaran Calvo y Carrascosa, olvida la función institucional de las normas sobre los derechos de la personalidad y previsibilidad de la ley aplicable por parte de la víctima.
- Finalmente, se destaca aquella doctrina que identifica el “*locus delicti*” con el lugar donde se verifica el daño sobre la base de la función que desarrollan las normas de responsabilidad civil. La aplicación de la ley del lugar del daño –que generalmente coincide con el lugar de residencia de la víctima – sintoniza correctamente con la función de reparación que cumple la responsabilidad civil.²²

19 Calvo Caravaca – Carrascosa González, ob. cit, pág. 139

20 Calvo Caravaca – Carrascosa González, ob. cit, pág. 140

21 Kayser, Paul. “La protection de la vie privée”, París, Economica, 1984, pág. 339

22 Calvo Caravaca – Carrascosa González, ob. cit. Pág. 141



Marco fáctico en “Dow Jones vs. Gutnick”

Ante las diversas posturas doctrinarias esgrimidas, deviene interesante y oportuno reseñar el caso “Dow Jones vs. Gutnick”²³ cuya sentencia fue dictada por la Corte Suprema de Australia en 2002 y en la que se podrá visualizar el contexto fáctico del caso en relación a la temática en estudio. La sentencia fue dictada el 10 de diciembre de 2002 por la Corte Suprema Australiana que ratificó la jurisdicción de los tribunales australianos para entender en el supuesto delito de difamación cometido a través de Internet en contra de un ciudadano australiano - el magnate de la minería Joseph Gutnick - que se sintió agraviado por el contenido de un artículo publicado por la demandada Dow Jones en la revista Barron’s Online, que reproducía, a su vez, aquél publicado en el prestigioso diario económico Wall Street Journal²⁴. En dicho artículo se informaba que los negocios celebrados Gutnick enmascararían en realidad evasiones impositivas y aparentes vinculaciones con el negocio del lavado de dinero.

El Sr. Gutnick reclamó una indemnización por los daños a su honorabilidad que, según sostuvo, se configuraron en el estado de Victoria, Australia donde reside y donde además tuvo acceso vía web a dicho artículo. Frente a ello, la accionada Dow Jones presentó una excepción ante los tribunales australianos con jurisdicción en Victoria sosteniendo la falta de jurisdicción en mérito al principio de territorialidad, es decir, la ley aplicable sería aquella donde tuvo lugar la perpetración del delito imputado a la empresa informática (difamación) que se habría llevado a cabo, según la defensa, en New Jersey donde se encuentran los servidores de la empresa Dow Jones.

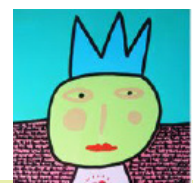
Camino a resolver tal excepción, entendió el fallo que la “publicación” no es un acto unilateral sino bilateral en el cual quien publica exterioriza un pensamiento y lo hace disponible a terceros. Así, la sentencia comienza a delinear su decisión sosteniendo que

“aquellos que facilitan el acceso a la información por el método que se trate, tienen conocimiento del amplio alcance masivo de su difusión, sobre todo si se realiza a través de la World Wide Web que en principio no tiene restricción geográfica alguna.”

Describe que la mecánica de la publicación del artículo periodístico en la web consiste en lo siguiente: el material a publicar en Barron’s o Barron’s Online, una vez preparado por el autor, es transferido a una computadora ubicada en las oficinas de la Editorial en Nueva York. Desde allí es a su vez transferido directa e indistintamente a computadoras sitas en South Brunswick, New Jersey, o vía un sitio intermediario de Dow Jones en Harborside, New Jersey. Posteriormente, la publicación es colocada en seis servidores que son mantenidos por Dow Jones en South Brunswick.

23 Fallo completo en: [http://www.kentlaw.edu/perritt/courses/civpro/Dow%20Jones%20%20Company%20Inc_%20v%20Gutnick%20%5B2002%5D%20HCA%2056%20\(10%20December%202002\).htm](http://www.kentlaw.edu/perritt/courses/civpro/Dow%20Jones%20%20Company%20Inc_%20v%20Gutnick%20%5B2002%5D%20HCA%2056%20(10%20December%202002).htm)

24 Periódico editado en EE.UU que informa sobre economía y negocios en el mundo. Su página web en español es: <http://online.wsj.com/public/page/espanol-inicio.html> y en su interior reenvía a otro link de otra publicación vinculada titulada “Barron’s” donde fue publicado el artículo periodístico en cuestión. <http://online.barrons.com/home-page>



Es dable señalar que Dow Jones sostuvo en el proceso que era preferible que la conducta de quien publica en Internet esté sujeta a juzgamiento de acuerdo a la ley del lugar donde están situados los servidores a menos que se compruebe que dicho lugar fue elegido por oportunismo o conveniencia. De lo contrario, sostuvo Dow Jones, no habría otra alternativa de que quien publica tenga la obligación de saber la legislación de cada país del planeta. Sin embargo, el fallo refutó ese argumento sosteniendo que tal situación no se configuraría ya que en la mayoría de los casos –salvo excepciones– identificando la persona sobre quien se va a publicar una supuesta difamación bastaría para precisar la ley aplicable que eventualmente invocaría el supuesto afectado. La Corte Suprema australiana rechazó también el pedido de falta de jurisdicción de los tribunales australianos presentado por la defensa del medio informático basado en la extraterritorialidad de la infracción imputada y que se habría cometido en suelo americano.

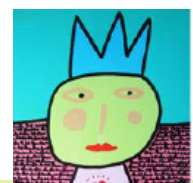
Así, pues, el máximo tribunal australiano señaló que debe diferenciarse entre: 1) el lugar donde se lleva a cabo la edición de la obra y 2) el de la publicación, que es la que en definitiva provoca la lesión de la reputación del afectado. Como consecuencia de esto, pueden diferenciarse dos jurisdicciones aptas para juzgar los delitos cometidos a través de medios de comunicación. He aquí cuando necesariamente el Tribunal Superior de Australia debió manifestarse respecto a la regla de “publicación única” a fin de dar un cierre lógico al caso.

La regla de la “publicación única”

La denominada regla de “publicación única” (single publication rule) es una variable utilizada también por la mayoría de los Estados americanos. La “single publication rule” brinda a los tribunales pautas claras para determinar su jurisdicción según se trate de simples y múltiples comunicaciones emitidas. El primer contenido de esta regla se identificó en el siglo XIX con el lugar de la primera publicación²⁵, de forma anterior a la incontenible irrupción de los medios masivos de comunicación, como lo son la radio y la televisión. Esta nueva realidad tecnológica obligó a los tribunales a actualizar esta “single publication rule” para evitar que la difusión masiva de una difamación provocara la superposición de extrañas jurisdicciones.

Esta regla básicamente dispone que una publicación es considerada “única” cuando es escuchada, leída o vista al mismo tiempo por dos o más personas. También reseña esta regla que una edición de un libro, un programa de radio o TV, película en cine o una similar comunicación es considerada “publicación única”. Aplicando esta regla, se des-

25 *Duke of Brunswick v Harmer* [1849] 14 QB 154. El 19 de Septiembre de 1830 un artículo periodístico fue publicado en el *Weekly Dispatch* en el cual se difamaba al actor. En aquella época, el plazo de prescripción para interponer un reclamo por daños era de 6 años en el Reino Unido. Sin embargo, diecisiete años después de esa publicación, un colaborador del Duque adquirió un ejemplar de ese periódico en el que estaba ese artículo. Otra copia fue obtenida en el Museo Británico. Fue así que el Duque demandó al medio por las dos publicaciones. El medio demandado argumentó que el reclamo estaba prescripto teniendo en cuenta la fecha de la publicación original. Sin embargo, la Corte entendió que la distribución de la copia del diario al colaborador del Duque constituía una publicación independiente ante la cual podía admitirse la demanda impetrada.



prende que: (a) sólo se admite una única acción judicial por daños; (b) los daños sufridos en todas las jurisdicciones pueden ser resueltos en una sola acción; y (c) la resolución del caso en base a una acción por daños cierra toda controversia por el mismo asunto entre las partes que pudiera tener lugar en otra jurisdicción.

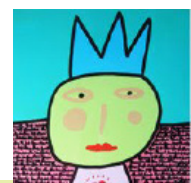
Así destaca que en las primeras décadas del siglo XX, la regla de la “publicación única” se anexó a otras relacionadas con que el lugar de la misma es aquél donde el diario o magazine fue publicado. La fuente de esta regla surgió para los casos de “criminal libel” en los cuales jugaba la Sexta Enmienda de la Constitución de Estados Unidos y su referencia al “estado o distrito donde la acción delictiva hubiera sido cometida”.

Fue recién a mediados del siglo XX y con el crecimiento de los medios masivos de comunicación (radio, diarios y magazines) cuando la opción de elegir la ley aplicable era identificable. En algunos casos, la *lex fori* era aplicada sin un explícito reconocimiento de la posible aplicación de alguna otra ley. Posteriormente y luego de un proceso entendido como una lógica extensión de la regla de “publicación única”, la elección de la ley aplicable fue entendida como que sólo una acción podía ser iniciada por la difamación sufrida y el lugar de su publicación era aquél donde el editor había actuado o el de la afectación a la reputación de la víctima. Sin embargo, esta ecuación no siempre resulta eficaz para el caso de la utilización de la World Wide Web por parte de un usuario que envía contenidos ofensivos desde su ordenador hacia su servidor para su posterior distribución. En estos casos, concluye el máximo tribunal, se deberá tener en cuenta el lugar en donde se cometió la lesión del honor.

En relación a ello, deviene preciso destacar que la regla de la “publicación única” ha sido revisada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al momento de dictar sentencia el 10 de marzo de 2009 en el caso *Times vs. United Kingdom*²⁶. Allí manifestó que no resultaba aplicable dicha regla por cuanto los periódicos europeos podrán ser demandados dos veces por las informaciones erróneas aparecidas simultáneamente en su edición de papel y su edición en Internet²⁷. Cabe aclarar, sin embargo, que en este último caso no

26 Autos “*Times Newspapers Ltd (Nos. 1 and 2) v. the United Kingdom*, sentencia del 10/06/2009 dictada por la Corte Europea de Derechos Humanos. Ver en: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=3&portal=hbk&action=html&highlight=&sessionid=50220770&skin=hudoc-en>

27 Los hechos que dieron lugar al recurso interpuesto por el medio de prensa se originaron a causa de que un líder de la mafia rusa demandara por segunda vez al periódico por los daños a su reputación que generaba un artículo publicado esta vez en la web, ya que su anterior demanda se había fundado en la publicación del artículo en la edición impresa del mismo diario. Luego de haberse resuelto la demanda por el reclamo contra la edición impresa, el mismo artículo continuó latente en la web del periódico. La noticia hacía referencia a una actividad ilegal del ciudadano ruso consistente en lavado de dinero con la connivencia de ciertos bancos. El principal argumento de agravio del periódico consistió en sostener que la ‘norma de publicación de INTERNET’ de la ley inglesa --que permite iniciar acciones por calumnias cada vez que alguien accede al material en INTERNET-- infringe la libertad de expresión. Sin embargo, **la Corte declinó ese argumento junto a la posibilidad de establecer un período de tiempo** tras el cual los artículos archivados dejen de ser motivo de demandas. Agregó además dicho Tribunal Europeo que es inviable la idea de que se debe reformular la ley inglesa, y añadió que **el deber de la prensa es “actuar de acuerdo a los principios del periodismo responsable**, asegurando la precisión de la información histórica, antes que la perecedera”. Además, la Corte fue crítica al señalar que **el artículo permaneció en la página**



se debatió acerca de determinar el tribunal competente o ley aplicable aunque resulta adecuada su cita en lo que se refiere a la aplicación de la regla de la “publicación única”.

C) Caso YAHOO!: otra discusión adicional acerca del tribunal competente y ley aplicable

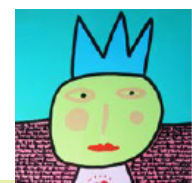
En este caso en particular, no se ocasionó un daño a una persona determinada pero sí en potencia. Yahoo!, empresa norteamericana que presta servicios a través de Internet, publicó en su sitio la venta de objetos nazis cuya difusión —protegida por la 1º enmienda de la Constitución de Estados Unidos— resultaba ilegal en Francia, donde los usuarios del portal ingresaban y podían observar la publicidad. Fue así que la justicia francesa²⁸ ordenó al sitio Yahoo! que arbitre las medidas técnicas necesarias para impedir el acceso al sitio www.yahoo.com en Francia a fin de evitar la promoción de las subastas de objetos nazis y le fijó un plazo de tres meses para cumplir esta medida. Transcurrido ese lapso, se le advirtió que se le impondría una multa de US\$ 12.900 por cada día de demora. Para concluir en tal resolución, la Justicia de ese país se basó en un informe presentado por tres expertos en informática e Internet sobre las posibles fórmulas para que Yahoo! pudiese acatar la decisión judicial. El caso presenta particular relevancia en tanto sienta un precedente legal sobre si la justicia de un país puede exigir que un sitio de Internet, constituido por una persona domiciliada en otro país, se someta a las leyes de su territorio.

Por supuesto que Yahoo! rechazó en un principio la orden judicial de los Tribunales franceses. Argumentó que Francia no tenía jurisdicción personal sobre la empresa porque, sencillamente, la misma opera desde Estados Unidos y la ley francesa no resultaba oponible por cuanto las imágenes de los objetos nazis se encontraban alojadas en los servidores de Yahoo! en EE.UU. Ante el rechazo de esos argumentos por parte de la Justicia francesa, la empresa interpuso una demanda para obtener un “declaratory judgment” (similar a una acción declarativa de certeza) pero ante los tribunales de California (EE.UU) invocando *forum shopping* y remarcando la inviabilidad de la exigencia de la sentencia francesa. Si bien en una primera instancia obtuvo una resolución favorable, finalmente la Corte de Apelación revocó dicha decisión al sostener que los tribunales de California no poseían jurisdicción personal respecto a los litigantes franceses y que además Francia podía ejercer su derecho contra Yahoo!²⁹

web por un año, sin incluir una nota que alerte a los lectores de su posible naturaleza difamatoria.

28 T.G.I. Paris, Nov. 20, 2000, disponible en www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20001120.pdf

29 Yahoo!, Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme Et L’Antisemitisme, 379 F.3d 1120, 1126 (9th Cir. 2004). The Ninth Circuit has just agreed to rehear this appeal en banc. Yahoo!, Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme Et L’Antisemitisme, 399 F.3d 1010 (9th Cir. 2005). Puede verse el fallo en: http://eric_goldman.tripod.com/caselaw/yahoovlicranov2001.htm Ver también trabajo titulado TECHNOLOGY AND INTERNET JURISDICTION, JOEL R. REIDENBERG† UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW [Vol. 153: 1951. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=691501##



V. Corolario: la cooperación jurídica internacional como eje principal de la solución de conflictos

Resulta oportuno señalar que para regular tecnologías más antiguas que Internet se han formalizado tratados internacionales, tales como el de la Unión Postal Universal (eficaz aún hoy para asegurar la libre circulación de la correspondencia a través de las fronteras internacionales) o la Unión Internacional de Telecomunicaciones, marco de referencia para los tratados de regulación de las transmisiones vía satélite.³⁰

En relación al avance de una futura no muy lejana globalización jurídica, Alberto Spota entiende que “el tema fundamental transitará por el órgano legislativo o norma jurídica abierta que tenga capacidad para ampliar o modificar ese orden jurídico. Y sobre todo, que existan organismos de naturaleza judicial con capacidad y competencia para juzgar y para obligar a cumplir sus decisiones.”³¹ Otros autores como Anne Marie Slaughter son más optimistas al sostener que lo que está ocurriendo en el sistema internacional no es la muerte del Estado sino su disgregación en partes funcionales que trabajan en red a escala global para tratar asuntos de gobierno. Agrega que esas partes funcionales —tribunales, organismos reguladores, ejecutivos e incluso legislaturas— actúan interconectados con sus pares en el exterior, creando una densa red de relaciones que constituye un nuevo orden transgubernamental. Si bien Internet no es la única fuente del este nuevo orden, se ajusta perfectamente en esta concepción de lo que sucede con las relaciones internacionales y da sustento a la idea de que Internet no es un enemigo sino un aliado de las formas tradicionales y novedosas de la cooperación internacional.³²

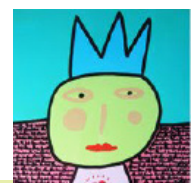
Internet irrumpió desconociendo leyes, tribunales, magistrados, abogados, fronteras, regímenes de gobierno, etc. Pero al mismo tiempo, esa irrupción acortó distancias geográficas y acerca día a día a las personas al permitirles estar fácilmente comunicadas. Los conflictos, teorías y doctrinas que hemos estudiado en lo que respecta a determinar el tribunal competente y la ley aplicable al caso en concreto demuestran que no siempre resulta sencillo hallar una solución para entuertos que involucran casos donde se denuncia la vulneración de un derecho (tales como la intimidad, imagen u honor de un ser humano) frente a otro de igual categoría: el ejercicio de la libre expresión de ideas, información, opiniones, etc.

Un intento por brindar posibles soluciones a esta clase de conflictos jurídicos consiste en acordar convenios o tratados internacionales específicos a fin de resguardar la protección —en particular y en nuestra opinión— de los derechos personalísimos en razón de que el individuo sería considerado — en principio — la parte “débil” de la controversia jurídica

30 Perrit, Henry (h), ob cit, pág. 81

31 Spota, Alberto Antonio. “Globalización, integración y derecho constitucional”, Publicado en: LA LEY 1999-A, 905.

32 Perri, Henry, ob cit, citando a Anne-Marie Slaughter “The Real World Order” en Foreign Affairs de sept-oct de 1997, pp. 183 y 184. pág. 83



que se inste contra un portal web por una eventual lesión a sus derechos a la intimidad, honor o imagen. Ello, claro está, además de recurrir a las reglas básicas del derecho internacional privado de cada país.

Fomentar la integración legislativa y judicial de los países a través de tratados internacionales no significa tender a una homogeneización de costumbres, legislación, etc. Apunta a lograr la armonización de las legislaciones sin que implique uniformidad, acordando estándares mínimos que garanticen que, por ejemplo, la normativa de fondo o procesal de un país no obstaculice el desarrollo de un proceso determinado sin que se afecte – al mismo tiempo- el derecho humano a la libre difusión de ideas, opiniones, informaciones, etc.

Ahora bien, intentando arribar a una propuesta de solución en miras a lograr una regla que facilite la determinación de un tribunal y la ley aplicable al caso que se trate, no resulta extraño que un país regido por un gobierno democrático intente dictar su propia legislación regulatoria sobre los contenidos o determinar el tribunal que resulta competente por publicaciones que se difunden a través de Internet. ¿Un país en forma aislada y solitaria podría imponer el tribunal que resultaría competente y la ley aplicable ante una controversia que surge por supuestas vulneraciones a derechos personalísimos a raíz de publicaciones realizadas a través de Internet?

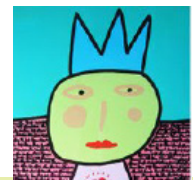
Deviene oportuno citar el caso de Alemania: fue el primer país del mundo que decidió crear una policía del ciberespacio dedicada a perseguir fundamentalmente la violencia y la pornografía en Internet. En un proyecto de ley se preveía un sistema de detección de actividades ilegales en la red que obligaría a los proveedores a denunciar este tipo de contenidos. Un cuerpo de funcionarios especializados se dedicaría a su investigación en las oficinas de los propios suministradores. Sin embargo, es factible apreciar que la policía cibernética no podría actuar fuera de Alemania y los usuarios eventualmente podrían conectarse a servidores instalados en otros países, con lo que las posibilidades de control son mínimas.³³

Muchos Estados de relevancia (como Francia) se han inclinado por aceptar como solución la autorregulación de los actores, sugiriendo que los propios cibernautas excluyan los contenidos “ofensivos” para el hombre medio que ingresa a la web. Sin embargo, no hay unidad de criterio a escala mundial sobre los problemas que deben abordarse mediante la autorregulación y aquellos otros que reclaman una regulación establecida por los poderes públicos, parlamentos o gobiernos nacionales.

En opinión de Christopher T. Marsden³⁴, Internet es un espacio que se desarrolla y trabaja mejor en forma autónoma y sin intervención regulatoria alguna. En todo caso, si la regulación fuera inevitable, debería aplicarse de acuerdo al principio de subsidiaridad.

33 Cebrían, Juan Luis, ob. cit. Pág. 108/109.

34 Marsden, Christopher. *The Media Freedom Internet Cookbook Co- and Self-regulation in European Media and Internet Sectors: The Results of Oxford University's Study* © 2004 Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE), Vienna 2004 Office of the Representative on Freedom of the Media.



El mejor modelo, agrega, es la autorregulación en lugar de que sea una autoridad pública quien lo haga. De todas formas, la transparencia es uno de los elementos cruciales en cualquier intento de regulación que fuera propuesto. En ese sentido, Marsden resalta que cualquier acción regulatoria debería ser propuesta en forma abierta, ampliamente discutida y finalmente ejecutada en público, exponiéndose en forma clara las responsabilidades de las decisiones que se adopten.

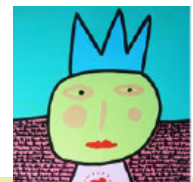
Para tal fin, Slaughter³⁵ sostiene que la creación de una interacción mundial de los Gobiernos podría configurar un mecanismo ideal de cooperación internacional en miras a solucionar aquellos problemas que se originan localmente pero que tienen ribetes y repercusiones más allá de las fronteras de un país en particular. De hecho remarca que la Corte Federal de EE.UU en fallos recientes ha citado jurisprudencia de Zimbabwe, India, Sudamérica y Canadá, donde a su vez también citan como fuente de derecho a los precedentes que emanan de aquel Tribunal de Justicia.

De eso se trata: la cooperación judicial y legislativa mundial es el primer paso a seguir. Hemos explicado casos judiciales tales como “Cicarelli” de Brasil, “Gutnick” de Australia y demás controversias suscitadas en el resto del mundo donde se han debatido diversas teorías y normas procesales en miras a determinar la competencia de los tribunales y la ley aplicable. En ninguno de los casos estudiados su resolución fue pacífica atento a la complejidad jurídica transnacional con motivo de la difusión de expresiones a través de Internet. De hecho, podemos afirmar que la resolución judicial aislada y carente de análisis de otras decisiones adoptadas por diversos tribunales del mundo en controversias similares ha demostrado su ineficacia para brindar una solución frente a la violación a los derechos a la imagen, honor e intimidad por publicaciones expuestas en la web.

Al mismo tiempo y concluyendo puntualmente la temática relativa a cuales serían las reglas para determinar la competencia de los tribunales y la ley aplicable ante la denuncia de vulneración de los derechos personalísimos por publicaciones expuestas en la web, si bien la cooperación judicial es el primer paso a dar, nos inclinamos por postular que –en principio- la competencia tribunalicia y la ley aplicable en los reclamos indemnizatorios civiles debería estar vinculada al domicilio de la víctima y no a la del autor de la expresión. La posición contraria a esta idea podría sostener que por lo pronto se vulneraría el derecho de defensa en juicio del autor de la expresión en tanto, recordemos, las publicaciones expuestas en la web tienen alcance global con lo cual quizás lo obligaría a litigar al mismo tiempo en múltiples jurisdicciones del mundo con la dificultad económica y jurídica que ello implica.

Al mismo tiempo, los latentes reclamos indemnizatorios civiles podrían generar un efecto inhibitorio en el ejercicio de la libertad de expresión: el autor de las expresiones se encontraría advertido de antemano que podría ser demandado en diversas jurisdicciones

35 Slaughter, Anne –Marie, “A New World Order”, Princeton University Press, 2004, pág. 25. Ver en <http://es.scribd.com/doc/56025894/A-New-World-Order-Anne-Marie-Slaughter>



que desconoce, optando entonces por “autocensurarse” a fin de evitar reclamos civiles o penales alrededor del mundo.

Sin embargo, para evitar la multiplicidad de reclamos indemnizatorios en diversas jurisdicciones resultaría más que razonable analizar -en el caso que se trate- la regla de la “publicación única”, con lo cual tanto una edición de un libro, un programa de radio o TV, película en cine o información vertida en una página web es así considerada cuando accede a la misma una o más personas al mismo tiempo. Ello así en tanto recordemos que la “publicación” no es un acto unilateral sino bilateral en el cual quien publica exterioriza un pensamiento y lo hace disponible a terceros. Aplicando esta regla, se desprende que:

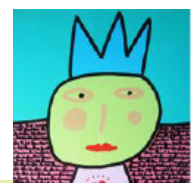
- sólo se admite una única acción judicial por daños;
- los daños sufridos en todas las jurisdicciones pueden ser resueltos en una sola acción; y
- la resolución del caso en base a una acción por daños, cierra toda controversia por el mismo asunto entre las partes que pudiera tener lugar en otra jurisdicción.

Por lo demás, adviértase que (tal como tuvo lugar en el caso “Gutnick”) los portales web como autores de la expresión o como facilitadores de su difusión a través de sistemas gratuitos (como “Blogger” de Google Inc.) podrían anticiparse identificando la persona sobre quien se va a publicar una supuesta difamación o afectación a su intimidad o imagen para precisar luego cual sería el tribunal donde el denunciante instaría su reclamo indemnizatorio así como también la ley aplicable que eventualmente invocaría.

En semejanza a lo que surge de los principios generales que inspiran la legislación protectoria del consumidor —la parte débil de la relación frente al poderoso empresario proveedor de servicios o productos— el eventual afectado en sus derechos personalísimos por publicaciones agraviantes vertidas en la web debería contar con la oportunidad de impetrar su reclamo indemnizatorio ante los tribunales de su domicilio habitual — y por ende aplicar la *lex fori* — en miras a obtener un reconocimiento de su derecho en el lugar donde efectivamente se produjo el daño a su persona donde además seguirá viviendo, socializando con sus vecinos, amigos, familia, trabajo, etc.

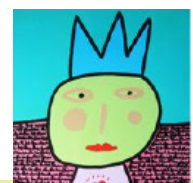
Es claro que esta regla propuesta no es ni debería ser absoluta sino que, en miras a la cooperación judicial y a la necesidad de que los operadores jurídicos actúen en consonancia a los postulados constitucionales de cada país y a las previsiones contempladas en tratados internacionales de Derechos Humanos, la resolución del caso debería contemplar si la expresión considerada agravante se relaciona con cuestiones de interés público. Por lo pronto, la Corte Interamericana ha entendido en numerosos casos que la protección del derecho a la intimidad y honor del funcionario público, personaje público o particular vinculado con un asunto de interés público debería necesariamente ceder frente al ejercicio de la libre expresión (conf. Caso Herrera Ulloa, párr. 128, y Caso Ricardo Canese, párr. 98 de la sentencia de Kimel vs. Argentina Mayo de 2008; Editorial Perfil SA vs. Argentina, Noviembre 2011).

En efecto, a fin de evitar que la determinación de la competencia de un tribunal y la ley



aplicable por eventuales publicaciones agraviantes en Internet atente o limite el derecho humano de investigar, difundir y recibir información de relevancia pública, deberían impulsarse regulaciones que impidan ejecutar decisiones judiciales arbitrarias según los estándares de los sistemas de protección de derechos humanos. En ese sentido, tal como lo sostuviera Roberto Pereira, abogado y académico peruano, podría postularse una solución intermedia: cuando se aleguen afectaciones al honor (agregamos a la intimidad o imagen) a través de Internet, sería competente el juez del lugar del domicilio del autor del contenido difundido, o del lugar del domicilio del afectado, siempre que su derecho sea susceptible de ser afectado en dichos lugares. En ambos casos, la competencia judicial estaría condicionada a que rijan en el lugar legislaciones y decisiones jurisprudenciales compatibles con los estándares internacionales de protección de la libertad de expresión.³⁶

36 Citado por Eduardo Bertoni, ob. Cit, pág. 311/12. Algunas de estas ideas fueron expuestas durante el taller celebrado en Buenos Aires el 12 y 13 de septiembre de 2011 donde el académico peruano simpatizó con esta idea y ofreció una redacción de una regla que debería ser adoptada por los países de la región para que sea efectiva.



Neutralidad de la red y libertad de expresión

Alberto J. Cerda Silva*

Resumen

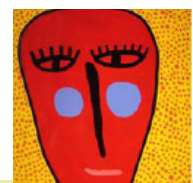
Aunque Internet fue concebida como una red de comunicaciones abierta, existe un creciente interés, tanto gubernamental como corporativo, por controlarla. Una de las fórmulas de ejercer tal control es discriminando entre las diversas comunicaciones electrónicas, ya sea bloqueando, degradando, o priorizando algunas de ellas. Estas prácticas infringen la neutralidad de la red, un principio regulatorio que impide a las empresas proveedoras de servicio interferir en las comunicaciones electrónicas, de modo que sean los usuarios –y no su proveedor de servicios de acceso a Internet– quienes definan y controlen el uso que desean hacer de su conexión. Este artículo describe brevemente la neutralidad de la red y, a partir de la experiencia de Chile, primer país en adoptar una ley en la materia, analiza la neutralidad como medida para alentar el adecuado funcionamiento del mercado y la protección de los consumidores. El artículo avanza en el análisis de la neutralidad de la red como una medida necesaria para el ejercicio de los derechos fundamentales en Internet en general, y de la libertad de expresión en particular.

Palabras claves: Regulación de Internet, Neutralidad de la Red, Derechos Humanos, Libertad de Expresión.

I. A modo de introducción

Internet fue concebida como una red de comunicaciones abierta. Sobre la base de un protocolo común, Internet permite la comunicación entre sus usuarios sin discriminar en su contenido, en el equipamiento o en el software empleado. Sin embargo, el éxito sin precedentes de Internet, que hoy brinda servicios a una de cada tres personas, ha abierto el apetito por su control. No sólo algunos gobiernos intentan domesticar a la red, sino que también lo intentan operadores del sector privado (ver Goldsmith y Wu, 2008). No se debe pasar por alto que Internet es, de hecho, esencialmente una infraestructura bajo control del sector privado. Con acierto, se ha dicho que en Internet los operadores privados tienen hoy más poder de control que cualquier presidente, rey, o juez (Rosen, 2011). Una de las fórmulas de ejercer tal control es vulnerando la neutralidad de la red.

* Profesor asistente de derecho informático adscrito al Centro de Estudios en Derecho Informático de la Universidad de Chile. Fundador y director de asuntos internacionales de Derechos Digitales, una organización de la sociedad civil que promueve los derechos humanos en el entorno en línea. Actualmente, es becario de la Comisión Fulbright prosiguiendo estudios doctorales en Georgetown University Law Center con una tesis sobre derechos humanos y regulación de Internet en América Latina. E-mail: acerda@uchile.cl



Imagina que eres un usuario de Internet móvil, pero tu proveedor de telefonía celular sólo te permite navegar en Facebook, como sucede en Guatemala. O quizá eres un residente en el extranjero que intenta comunicarse con sus nacionales en Paraguay usando Skype, pero fracasas porque la monopolística empresa nacional de telecomunicaciones degrada la calidad de sus servicios. O quizá intentas aprovechar tus conocimientos técnicos y ofrecer servicios de telefonía sobre Internet en Chile, pero fracasas después que las operadoras de telefonía fija bloquean tus servicios. O peor aún, intentas expresar tu descontento con el gobierno de turno pero tu prestador de servicios boicotea tus comunicaciones, como ha sucedido en Estados Unidos. Estos son los casos reales que grafican cómo las operadoras de telecomunicaciones violan la neutralidad de la red.

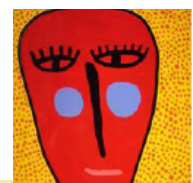
La neutralidad de la red evita la discriminación en las comunicaciones electrónicas. Neutralidad de la red no significa Internet para todos, ni siquiera una Internet a precio accesible —objetivos de política pública también deseables por cierto. La neutralidad de la red, de hecho, puede tener lugar aun si la empresa que brinda acceso a Internet ofrece diversos niveles de velocidad de conexión a diferente precio. Lo que sí garantiza la neutralidad de la red es que la calidad del servicio no se vea afectada por medidas arbitrarias de la empresa en cuestión, ya sea ralentizando la comunicación, condicionando el acceso al uso de determinado equipamiento u obstaculizando el acceso a determinados servicios o contenidos. La neutralidad de la red garantiza una calidad de servicio que no discrimina.

II. La ley de neutralidad de la red en Chile

En Chile, la adopción de una ley sobre neutralidad de la red es el resultado de una serie de hechos previos, en que los principales operadores de acceso a Internet del país fueron cuestionados por la calidad del servicio y la falta de transparencia en sus operaciones. Acciones legales ante autoridades judiciales, filtraciones de documentación interna de las compañías de telecomunicaciones y monitoreo del funcionamiento de las redes por organizaciones de usuarios fueron clave para dejar de manifiesto que ciertas compañías interferían con las comunicaciones en línea. La neutralidad de la red no era una solución en búsqueda de un problema, como aseguraban algunos operadores de acceso a Internet. La falta de neutralidad de la red era un problema ostensible.

Desde el 2003, precisamente cuando algunos comenzaban a anticipar la relevancia del tema (Wu, 2003), Voissnet, un prestador de servicios local de telefonía sobre Internet, se vio envuelto en una serie de batallas judiciales contra Telefónica, filial de la corporación española del mismo nombre, que aún hoy controla la mayor parte de los servicios de telefonía fija y de las conexiones a Internet del país.¹ Telefónica había adoptado medidas para entorpecer los servicios que, a precios más convenientes, Voissnet prestaba a los abonados a servicios de Telefónica. En 2007, la Corte Suprema prohibió a Telefónica la

¹ A fines del 2012, Telefónica controlaba el 53.2% de las líneas de telefonía fija y su operadora de Internet, Movistar, el 38.7% de las conexiones a la red. Subsecretaría de Telecomunicaciones, *Informe Sectorial: Telecomunicaciones en Chile* (2013), pp. 12 y 21.



adopción de toda medida técnica que bloquease o degradase su servicio a los usuarios de servicios de telefonía sobre Internet.² La Corte Suprema protegía así la neutralidad de la red. Sin embargo, dado el efecto relativo de las decisiones judiciales, la sentencia no surtiría efectos respecto de otros proveedores de servicio de Internet o telefonía.

El 2007 también, la autoridad que vela por la libre competencia accionó en contra de las tres principales operadoras locales de telefonía móvil –Movistar, Entel y Claro, que en conjunto representan sobre el 95% del mercado³– por obstruir el ingreso al mercado de operadores de telefonía móvil virtual. El caso se sustanció ante el Tribunal de la Libre Competencia, que rechazó las acusaciones, pero la Corte Suprema había de revocar la decisión del tribunal especial condenando a las empresas acusadas al pago de cuantiosas multas y a definir a la brevedad términos de servicio a los nuevos operadores sobre la base de criterios generales, uniformes, objetivos y no discriminatorios.⁴ La medida no sólo beneficia a los nuevos operadores del mercado, sino que ha de incrementar la competencia en el mercado y, finalmente, redundar en beneficio a los consumidores.⁵

Para entonces, NeutralidadSI, la organización ciudadana que encabezó la demanda por una ley que garantizase la neutralidad de la red,⁶ acusaba a VTR Banda Ancha, el segundo operador del mercado local,⁷ de degradar los servicios de conexión a Internet cuando los usuarios hacían uso de sistemas P2P, que permiten el intercambio de archivos en línea. VTR negó las acusaciones, por su puesto. Sin embargo, de acuerdo a un estudio de redes de 2008, la compañía era una de las líderes mundiales en causar interrupción artificial de las conexiones de Internet, una reconocida práctica para desmejorar la calidad de los servicios.⁸

A pesar de las pruebas de interferencias de las comunicaciones, las empresas proveedoras no transparentaban la precariedad de sus servicios a los consumidores, hacían caso omiso a los reclamos y no intentaron la adopción de buenas prácticas u otro tipo de fórmulas de autorregulación. Por su parte, aunque existían decisiones judiciales, sus efectos eran limitados. Esto hizo que garantizar transparencia y calidad de los servicios se transformase en un asunto de preocupación del poder legislativo.

En 2007, con los principales prestadores locales de acceso a Internet cuestionados, se

2 CORTE SUPREMA, Case 6236-2006: Voissnet S.A. y Fiscalía Nacional Económica contra Compañía de Teléfonos de Chile, sentencia definitiva, 4 de julio de 2007.

3 SUBSECRETARÍA DE TELECOMUNICACIONES, Informe Sectorial: Telecomunicaciones en Chile (2013), pp. 12 y 13.

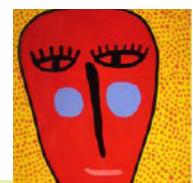
4 CORTE SUPREMA, Case 7781-2010: Fiscalía Nacional Económica contra Telefónica Móviles de Chile y otros, sentencia definitiva, 23 de diciembre de 2011.

5 SUBSECRETARÍA DE TELECOMUNICACIONES, Informe Sectorial: Telecomunicaciones en Chile (2013), p. 12

6 Ver <<http://www.neutralidadsi.org/>> (última visita: 8 de junio de 2013).

7 Según la Subsecretaría de Telecomunicaciones (2013), a fines del 2012, VTR controlaba el 21.0% de las líneas de telefonía fija, además de proveer servicios de acceso a Internet y televisión de pago.

8 AZUREUS VUZE, April 2008, First Results from Vuze Network Monitoring Tool Released on April 18, 2008: Revision to Appendix A, disponible en <torrentfreak.com/images/vuze-plugin-results.pdf> (última visita: 8 de junio de 2013).



introduce en el debate legislativo un proyecto que cristalizaría en la denominada ley de neutralidad de la red.⁹ Inicialmente concebida como una enmienda a la ley de protección al consumidor, terminó por concretarse en una modificación a la ley general de telecomunicaciones.¹⁰ En breve, la ley consagra la neutralidad de la red imponiendo a las concesionarias de servicio público de telecomunicaciones que prestan servicio a los proveedores de acceso a Internet y estos últimos una obligación de proveer información a los usuarios, y otra obligación a abstenerse de interferir en las comunicaciones de los mismos.

En cuanto a la obligación de informar, los operadores de redes mantendrán información en línea acerca de las características del servicio de acceso ofrecido, tal como su velocidad, calidad de conexión nacional e internacional, naturaleza y garantías del servicio.¹¹ Esta medida intenta mitigar la asimetría de información que usualmente aqueja a lo usuarios de Internet mediante el suministro de antecedentes básicos que empoderan a los consumidores para tomar decisiones tras ser realmente informados. Pero esta obligación de informar no es suficiente (Ver Carp et al., 2013), pues un prestador de servicio podría aún develar desvergonzadamente políticas que infringen la neutralidad de la red sin que el consumidor disponga de servicios alternativos. Aquí cobra relevancia la obligación de no intervenir.

La obligación a abstenerse de interferir exige a los operadores de redes que no bloqueen, interfieran, discriminen, entorpezcan ni restrinjan el derecho de un usuario de Internet a utilizar, enviar, recibir u ofrecer un contenido, aplicación o servicio a través de la red.¹² Tampoco podrán impedir a un usuario usar o incorporar dispositivos o equipamiento a la red, en cuanto sean legales y no ocasionen daños a la red o al servicio.¹³ Admite la ley, no obstante, que el servicio puede variar de acuerdo a las condiciones contratadas, pero esto no implica establecer una libertad contractual en cuanto a la no interferencia, sino simplemente reconocer la existencia de diversos anchos de banda y velocidades de conexión. En cualquier caso, el operador de redes debe proveer el servicio ofrecido y contratado al usuario. En otros términos, el prestador de acceso a Internet no puede interferir con el servicio contratado por el usuario.

El prestador de acceso a Internet puede, excepcionalmente, adoptar medidas de gestión de la red que contrarían el principio de neutralidad de la red, en dos circunstancias: primero, cuando la implementación de dichas medidas tienen por propósito mantener la seguridad de la red; y, segundo, a requerimiento de un usuario determinado.¹⁴ Un ejemplo de esto

9 Ley No. 20.453 que consagra el Principio de Neutralidad en la Red para los Consumidores y Usuarios de Internet, Diario Oficial 26 de agosto de 2010.

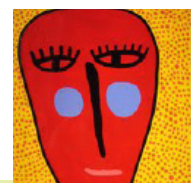
10 Para la historia legislativa, ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Historia de la Ley No. 20.453 Consagra el Principio de Neutralidad en la Red para los Consumidores y Usuarios de Internet (2010).

11 Ley General de Telecomunicaciones, Art. 24 H d).

12 Ley General de Telecomunicaciones, Art. 24 H a).

13 Ley General de Telecomunicaciones, Art. 24 H b).

14 Ley General de Telecomunicaciones, Art. 24 H a).



último tiene lugar con la adopción de sistemas de control parental sobre contenidos en línea, los que, de hecho, el prestador de servicio está obligado a proveer a instancia de sus abonados.¹⁵ La autoridad nacional de telecomunicaciones está a cargo de supervisar, hacer cumplir, y reglamentar la aplicación de la ley.

Ciertas circunstancias hacían presagiar que la eficacia de la ley fuese reducida por las limitaciones propias de una legislación nacional, la ausencia de mecanismos para que el usuario no avezado se cerciorase de la calidad de su conexión a Internet, y las dudas sobre la decisión política de la autoridad de telecomunicaciones en hacer cumplir la ley. Afortunadamente, dichas circunstancias han sido proclives a la neutralidad de la red. Tras haber Chile adoptado la primera ley en la materia, diversos países de la región han aprobado también leyes de neutralidad de la red, incluidos Colombia, Ecuador, México y Perú, mientras Argentina y Brasil cuentan ya con proyectos de ley en discusión legislativa. La organización de la sociedad civil que lideró la iniciativa, NeutralidadSI, ha continuado monitoreando la implementación de la ley. Y, por su parte, la autoridad adoptó normas reglamentarias consistentes con la intención de la ley,¹⁶ inició acciones en contra de prestadores de servicios renuentes a cumplir con la ley,¹⁷ y lleva adelante, en conjunto con la Universidad de Chile, el proyecto Adkintun, que permite a los usuarios monitorear la calidad de acceso que les es provista.¹⁸

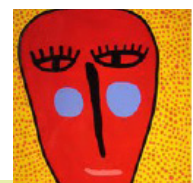
En Chile, la ley sobre neutralidad de la red ha contrarrestado la adopción de prácticas anti-competitivas por los principales operadores de redes locales y la deficiente protección a los usuarios de Internet en cuanto consumidores de servicios de telecomunicaciones. El Legislativo optó por adoptar una ley que garantizase cierta nivelación del mercado para fomentar la competitividad y, a la vez, protegiese los derechos de los consumidores. La ley garantiza la neutralidad de la red tanto a los proveedores de telefonía sobre Internet como a los usuarios de redes P2P y videojuegos en línea, al tiempo que impide a los operadores de redes discriminar las comunicaciones. La ley no asegura un derecho de acceso a Internet para todos, ni impide a los prestadores de servicio de Internet que cumplan con medidas decretadas por las autoridades competentes. La ley, sin embargo, ha clausurado el debate en torno a permitir la conformación de un mercado que priorice los servicios en líneas de unos sobre otros.

15 Ley General de Telecomunicaciones, Art. 24 H c).

16 Ver Decreto No. 368, Reglamento que Regula las Características y Condiciones de la Neutralidad de la Red en el Servicio de Acceso a Internet, publicado en el Diario Oficial el 18 de marzo de 2011; y, Resolución Exenta No. 6267, Fija Sentido y Alcance del Decreto No. 368, Reglamento que Regula las Características y Condiciones de la Neutralidad de la Red en el Servicio de Acceso a Internet, publicado en el Diario Oficial el 17 de noviembre de 2011.

17 La Nación, 17 de marzo de 2012.

18 Ver <<http://usuarios.adkintun.cl/>> (última visita: 8 de junio de 2013).



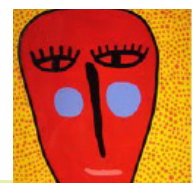
III. Un asunto de servicio

La experiencia de Chile pone de manifiesto cómo la neutralidad de la red constituye un problema relativo a la calidad del servicio, que mira a las condiciones y términos en que se ofrece acceso a Internet. Por un lado, la infracción a la neutralidad de la red obstaculiza el ingreso de operadores de servicios competitivos al mercado. Ello explica que empresas que proveen telefonía fija e Internet bloqueen o degraden el servicio provisto por competidores que ofrecen telefonía sobre Internet y, a su vez, quienes ofrecen acceso a Internet bloqueen o degraden los servicios de proveedores de contenidos. Por otro lado, la infracción a la neutralidad de la red daña también a los consumidores, que se ven impedidos de acceder a más y mejores servicios. La neutralidad de la red sería, en este sentido, un problema esencialmente de mercado.

Durante el reciente proceso de consultas que la Comisión Europea condujo en relación a la neutralidad de la red, la posición de varios países giró entorno a los efectos sobre el mercado de telecomunicaciones.¹⁹ Aunque el informe final reconoce prácticas cotidianas que aquejan la neutralidad de la red, también refleja la falta de consenso dentro de la Unión Europea en torno a qué regular. Algunos gobiernos expresaron que este sería un problema transitorio creado por la saturación de la actual infraestructura de telecomunicaciones, el cual sería superado con la nueva generación de redes. Otros gobiernos reconocieron que favorecer la discriminación en las comunicaciones no era nocivo en sí mismo, pues, de hecho, permitiría la conformación de un mercado de servicios diferenciados. En otros términos, las empresas podrían generar modelos de negocios sobre la base de priorización de transferencia de datos a través de las redes, si bien están impedidas de bloquear contenidos y aplicaciones. Pero aun quienes apoyaban la discriminación de las comunicaciones admitían que ello debía tener lugar con transparencia e información hacia los consumidores.

En Estados Unidos, la discusión en torno a la neutralidad de la red ha experimentado cambios significativos (Kimball, 2013). En 2005, la autoridad de telecomunicaciones adoptó la neutralidad de la red como su política. Sin embargo, al intentar hacerla efectiva en contra de Comcast por bloquear los servicios BitTorrent sufrió un serio revés judicial que cuestionó su competencia en la materia. Como resultado de ello, a fines de 2010 la autoridad modificó su política. Tanto los usuarios finales como los usuarios que proveen servicios o aplicaciones en línea tienen un derecho de información acerca de los servicios de acceso a Internet, un derecho a escoger el equipamiento que emplean para ello, y un derecho a enviar y recibir información en línea, de modo que el bloqueo queda prohibido. Sin embargo, queda permitida la “discriminación razonable” en la transmisión de tráfico lícito en red y la “razonable gestión de redes”, expresiones que permiten un amplio abanico de conductas, que incluyen desde hacer cumplir órdenes judiciales hasta ofrecer servicios de priorización de contenidos por pago. Estas flexibilidades son aún más laxas

¹⁹ Ver EUROPEAN COMMISSION, Information Society and Media Directorate-General, Report on the Public Consultation on ‘The Open Internet and Net Neutrality in Europe’, November 9, 2010.



para el mercado de acceso móvil a Internet.

La opción por dejar la definición del grado de neutralidad de la red al mercado, incluso si este es coadyuvado por herramientas tecnológicas (Zittrain, 2008), descansa en la clásica teoría de la mano invisible del liberalismo económico formulada por Adam Smith, conforme a la cual al promover sus propios intereses las personas inconscientemente promueven también el interés social. En este caso, bajo el supuesto de un mercado competitivo y la disponibilidad de adecuada información, todos los involucrados –proveedores de redes y de servicios, y los propios consumidores– al negociar para la consecución de su interés individual habrían de conseguir también un óptimo social sin la necesidad de hacer intervenir al estado, cuyo rol debe limitarse a resguardar el libre funcionamiento del mercado.

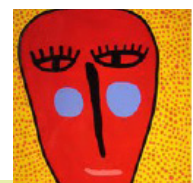
El inconveniente de dejar la definición del grado de neutralidad en la red (si alguno es permitido) a la mano invisible del mercado es, como lo ha expresado Joseph Stiglitz, Premio Nobel de Economía 2001, que dicha mano no funciona porque simplemente no existe. Por un lado, la pretendida transparencia funciona sobre la base de información, pero ésta es esencialmente asimétrica –en especial tratándose de servicios tecnológicos– o tiene efectos limitadísimos que se circunscriben a un grupo de usuarios avezados. Por otro lado, el presupuesto de un mercado perfecto, con plena competitividad, es ilusorio: en América Latina, el mercado de las telecomunicaciones es esencialmente monopólico y, en el mejor de los casos, un oligopolio, como sucede en Chile. Peor aún, una creciente tendencia a la integración vertical de servicios de redes, telefonía, contenidos y otros de valor agregado hace presagiar menor competitividad entre proveedores y condiciones más desventajosas para los consumidores.

Como quiera que fuese, lo cierto es que la mano invisible no funcionó en Chile. Ello explica en parte la adopción de la ley de neutralidad de la red. Sin embargo, hay una explicación adicional para entender la aprobación de tal ley que se sustenta en consideraciones distintas a las hasta aquí mencionadas: la neutralidad de la red es esencial para el pleno disfrute de los derechos humanos en el entorno en línea.

IV. Un asunto de derechos fundamentales

Adoptar normas en materia de neutralidad de la red es consistente con el derecho internacional de los derechos humanos. Este exige a los estados no sólo respetar ciertos derechos esenciales a la persona humana, sino también promover y proteger dichos derechos. Entre otras implicaciones, esto significa que los gobiernos deben adoptar medidas para que dichos derechos no sean violentados por funcionarios públicos ni por simples privados. Y no cabe duda de que los derechos humanos son plenamente aplicables en Internet.²⁰ De este modo si la conducta de un privado, tal como la discriminación en las comunicaciones

20 NACIONES UNIDAS. 2012. Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos. Resolución sobre la Promoción, Protección y Disfrute de los Derechos Humanos en Internet, UN Doc. A /HRC/20/L.13, 29 de junio de 2012.



electrónicas, afecta los derechos fundamentales de una persona, el estado debe intervenir para promover, proteger, y restablecer el respeto de dichos derechos.

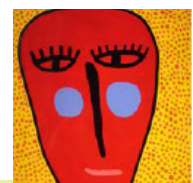
En el caso de Chile, el estado está obligado a proteger a las personas frente a la violación de sus derechos fundamentales garantizados constitucionalmente.²¹ La Constitución, además de listar ciertos derechos, ha incorporado las normas de derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno. Todavía más, la Constitución hace exigible dichos derechos no sólo respecto de los funcionarios públicos sino también de los privados. Y, a este efecto, sin perjuicio de otros mecanismos legales, la Constitución ha previsto una serie de acciones constitucionales que permiten acudir a la autoridad judicial para el restablecimiento de los derechos fundamentales, cuando se sufre privación, perturbación o amenaza en su ejercicio por actos u omisiones de actores públicos o privados. En otros términos, la Constitución provee eficacia horizontal a los derechos fundamentales.

La discriminación en las comunicaciones electrónicas no sólo infringe las leyes de libre competencia y de protección al consumidor. Más importante aún es que dicha discriminación, como veremos, infringe derechos fundamentales garantizados constitucionalmente. De ahí, entonces, que la adopción de normas sobre neutralidad de la red constituya una exigencia constitucional del deber del estado de proteger los derechos fundamentales de las personas. Esto es relevante en el caso de Internet, pues en último término éste es un entorno esencialmente privado. No privado en el sentido de excluir la injerencia de terceros, sino en el sentido de ser una infraestructura comunicacional controlada por entes privados. Pero, en Chile, a diferencia de países con otro régimen constitucional, la circunstancia de ser una infraestructura privada no es obstáculo para que los derechos fundamentales sean plenamente exigibles, incluso si quien les infringe no es un funcionario público.

La neutralidad de la red garantiza el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones. De hecho, la Constitución asegura que las comunicaciones no podrán interceptarse sino en los casos y formas determinados por ley. Técnicamente, la interceptación de comunicaciones tiene lugar no sólo mediante la apropiación de éstas antes de que lleguen a su destino, sino también cuando son interrumpidas. Y, precisamente, las fórmulas más agresivas de violentar la neutralidad de la red tienen lugar a través del bloqueo de ciertas formas de comunicación, ya sea accediendo o no al contenido exacto de las mismas. Sin perjuicio de la responsabilidad criminal a que haya lugar, la neutralidad de la red impide a las empresas que proveen acceso a Internet bloquear las comunicaciones de sus abonados, ya sea impidiéndoles emitir o acceder a determinados sitios, contenidos, o aplicaciones.

La neutralidad de la red previene la violación del derecho a la vida privada. En efecto, ciertas prácticas de discriminación de las comunicaciones electrónicas se basan en la identificación de los usuarios o de sus cuentas de acceso, de modo que permite a las empresas determinar si tal usuario goza o no de autorización para acceder a un determinado

21 Constitución Política de la República de 1980, Arts. 5, 19, 20 y 21.



contenido o a una cierta funcionalidad de la red. Estas prácticas suponen el procesamiento de información personal relativa a patrones de conducta de los usuarios en Internet. Consiguientemente, dichas prácticas pueden implicar la violación de los derechos a la vida privada y a la adecuada protección de los datos personales de los internautas. La neutralidad de la red previene dicha violación al impedir a las empresas proveedoras de acceso a Internet discriminar entre sus abonados para determinar quiénes tienen o no privilegios para hacer determinados uso de la red, acceder a ciertos contenidos o aplicaciones.

Todavía más, la neutralidad de la red evita la discriminación arbitraria de las empresas que brindan acceso a Internet hacia los usuarios. Aunque en principio la discriminación está orientada a bloquear, degradar o priorizar servicios antes que personas determinadas, lo cierto es que en la medida en que ciertos servicios tienen usuarios preferenciales el acto de discriminación les castiga a ellos antes que a los servicios mismos. Así, por ejemplo, el bloqueo de servicios de redes P2P por VTR Banda Ancha castigaba preferentemente a usuarios de videojuego en línea y servicios de descarga de archivos. Eran éstos y no otros los usuarios que experimentaban mayor discriminación en la prestación de servicios. Ni hablar de fórmulas más groseras de violentar la neutralidad de la red como aquéllas han tenido lugar en Estados Unidos, donde la prestación de servicios ha sido degradada a quienes articulan mensajes antigubernamentales.

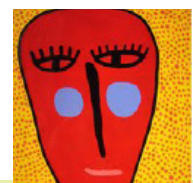
En el caso de Chile, bajo la influencia del liberalismo económico, la Constitución asegura el derecho a desarrollar actividades económicas en tanto no sean contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional.²² Este derecho al emprendimiento empresarial se ve seriamente menoscabado cuando los operadores de redes obstaculizan el empleo de las mismas para prestar servicios legítimos, tales como telefonía sobre Internet, telefonía móvil virtual, servicios de videojuego en línea u otros similares. La neutralidad de la red contribuye a brindar la apertura necesaria para el desarrollo de actividades económicas que, bajo otras circunstancias, serían sofocadas por los operadores de las redes.

En suma, la ley de neutralidad de la red no sólo resguarda el adecuado funcionamiento del mercado y la protección de los derechos de los consumidores, sino que también contribuye a la protección de diversos derechos fundamentales previstos tanto en instrumentos internacionales de derechos humanos como en las disposiciones de derecho constitucional interno. De todos ellos, sin embargo, el más paradigmático es la libertad de expresión.

V. Neutralidad de la red como garantía a la libertad de expresión

Internet es hoy esencial para el goce efectivo de la libertad de expresión. Así lo ha puesto de manifiesto el reciente informe de Frank La Rue, relator especial de Naciones Unidas

22 Constitución Política de la República de 1980, Art. 19 núm. 21.



sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión.²³ Según éste, Internet amplía la capacidad de las personas para disfrutar del derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, ese potencial está en riesgo. El propio informe critica y formula sugerencias para prevenir la censura estatal así como el control privado sobre Internet por sus perniciosos efectos sobre la libertad de expresión.

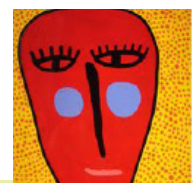
Internet mejora el goce efectivo de la libertad de expresión. Por un lado, facilita el acceso a información de un modo sin precedentes en la historia del hombre. Por el otro lado, reduce los costos de difundir las propias ideas y opiniones, sorteando las trabas de la censura estatal, las limitaciones del espectro radioeléctrico, los altos costos de producción y distribución de los medios de comunicación tradicionales, entre otros. Para que dicho potencial se concrete es necesario disponer de una neutralidad de la red que impida a las empresas que proveen acceso a Internet “privatizar la red”, en el sentido de transformar ésta verdadera plaza pública en un canal privado de televisión.

La discriminación en las comunicaciones electrónicas amenaza la libertad de expresión. Por un lado, limitando la experiencia de los usuarios al permitirles acceder sólo a los contenidos previamente aprobados por los proveedores de acceso a Internet, como sucede en Guatemala donde los abonados a telefonía móvil sólo pueden acceder a Facebook o al reducido número de sitios previamente permitidos por las compañías. Por otro lado, fórmulas más agresivas de discriminación permiten la verdadera censura privada de contenidos, como ha sido denunciado en Estados Unidos, donde las operadoras han bloqueado la comunicación de mensajes de la oposición política.

Inclusive fórmulas menos agresivas de segregación de las comunicaciones, como la priorización de servicios, resultan lesivas a la libertad de expresión. Dejando a un lado la dificultad para establecer los deslindes de una supuestamente legítima priorización, un mercado para servicios priorizados de pago no sólo cerraría oportunidades para servicios competitivos sino también para todos aquéllos incapaces de lograr acuerdo con los operadores de redes para obtener prioridad en sus comunicaciones. Y entre tales perdedores se contarían los medios de comunicación independientes, las organizaciones de la sociedad civil y las comunidades de software y contenidos libres o abiertos (Felczak, 2013). Los perdedores quedarían relegados a los márgenes de la Internet, a un medio de comunicación de segunda clase por su simple incapacidad de pagar extra para hacerse oír.

La estrecha conexión entre la neutralidad de la red y la libertad de expresión no es nueva. En Estados Unidos, Dawn Nunziato (2009) ha puesto de manifiesto la relación entre el poder de las empresas proveedoras de acceso a Internet para discriminar comunicaciones y sus efectos en el ejercicio de la libertad de expresión por los ciudadanos (véase también Wu, 2011). Las limitaciones de la Constitución estadounidense, sin embargo, impiden hacer una demanda directa por violación a la libertad de expresión por dichos operadores privados. De ahí el llamado al Congreso a adoptar una ley que garantice la

23 NACIONES UNIDAS. 2011. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank LA RUE. UN Doc. A/HRC/17/27, 16 de mayo de 2011.



neutralidad de la red.

La relevancia constitucional de la práctica de medidas que infringen la neutralidad de la red y su afectación a la libertad de expresión es más evidente en Chile. Como ya se ha mencionado, Chile dispone de un sistema constitucional en que los derechos fundamentales tienen efectos horizontales, esto es, deben ser respetados tanto por los funcionarios públicos como por los privados, lo que incluye a las empresas que prestan el servicio de acceso a Internet. Este sistema constitucional es prevalente en América Latina, donde, por consiguiente, la neutralidad de la red puede ser articulada como una acción constitucional en demanda del respeto a la libertad de expresión, así como de otros derechos fundamentales. Esto no obsta, por cierto, a la necesidad de disponer de una norma legislativa en la materia que desarrolle los mandatos abstractos y generales del constituyente en reglas más certeras y precisas y que prevea un mecanismo de supervisión más eficiente que el constitucional.

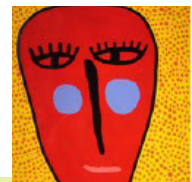
Las implicancias de la neutralidad de la red para la libertad de expresión estuvieron también presentes en el debate legislativo en Chile. Aunque con menor frecuencia que la alusión a los derechos de los usuarios de Internet o de los consumidores de servicios de acceso, las actas de la discusión legislativa consignan la continua alusión a la libertad de expresión, el libre uso de los medios tecnológicos, el libre acceso a los contenidos, y hasta la ley se refiere a la “libertad de utilización de los contenidos, aplicaciones o servicios que se presten a través de Internet”.²⁴ Aunque menos vocalizado que su impacto en el funcionamiento del mercado o la protección de los consumidores, en el debate estaba presente el hecho de que la neutralidad de la red trae aparejado positivos efectos para el ejercicio de la libertad de expresión, así como de otros derechos fundamentales en la red.

En Chile, la deliberada opción legislativa a favor de la neutralidad de la red obedece tanto a consideraciones relativas a la competitividad del sector de telecomunicaciones y la protección a los consumidores como a una política de respeto, promoción y protección de los derechos fundamentales, particularmente de la libertad de expresión. En este contexto, que la discriminación en las comunicaciones electrónicas fuese ejercida por empresas proveedoras de acceso de Internet y no por el gobierno resultaba irrelevante, pues tanto unos como otros están obligados a respetar los derechos fundamentales por imperativo constitucional.

VI. A modo de conclusión

Internet ha sido exitosa en parte debido a su carácter de red de comunicaciones abierta; sin embargo, en los años recientes, tal apertura es amenazada, entre otras razones por las prácticas de discriminación de comunicaciones que las empresas proveedoras de acceso a Internet ejecutan. Dichas prácticas infringen la neutralidad de la red.

²⁴ Ley General de Telecomunicaciones, Art. 24 J.

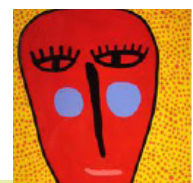


Para prevenir la infracción a la neutralidad de la red, Chile adoptó una ley sobre la materia que, básicamente, impone a los prestadores de servicio las obligaciones de suministrar información a los usuarios y de abstenerse de interferir en las comunicaciones. Dicha ley tiene por precedentes prácticas de los operadores locales de telecomunicaciones que segregaban las comunicaciones electrónicas, en perjuicio de la libre competencia en el mercado y de los derechos de los consumidores.

La adopción de una ley de neutralidad de la red en Chile, sin embargo, no sólo se justifica en la competitividad del mercado y la protección de los consumidores, sino que, especialmente, en un sistema constitucional que hace exigible el respeto de los derechos fundamentales tanto a los funcionarios públicos como a los actores privados, incluidos los prestadores de servicios de acceso a Internet. Y precisamente porque la violación a la neutralidad de la red amenaza o transgrede diversos derechos fundamentales, incluido el derecho a la libertad de expresión, ha sido necesario adoptar una ley que evite que las empresas que proveen acceso determinen qué, quiénes, y cómo pueden circular la información a través de Internet.

Referencias citadas

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (Chile), *Historia de la Ley No. 20.453 Consagra el Principio de Neutralidad en la Red para los Consumidores y Usuarios de Internet* (2010).
- CARP Jeremy, KULKARNI Isabella, and Patrick SCHMIDT (2013), "Transparency, Consumers, and the Pursuit of an Open Internet: A Critical Appraisal", en Zack STIEGLER (ed.), *Regulating the Web: Network Neutrality and the Fate of the Open Internet*. Maryland, Lexington Books, pp. 49-69.
- FELCZAK, Michael (2013) "Visions of Modernity: Communication, Technology, and Network Neutrality in Historical Perspective", en Zack STIEGLER (ed.), *Regulating the Web: Network Neutrality and the Fate of the Open Internet*. Maryland, Lexington Books, pp. 11-31.
- GOLDSMITH Jack and Tim WU (2008), *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*. New York, Oxford University Press.
- KIMBALL Danny (2013), "What We Talk about When We Talk about Net Neutrality: A Historical Genealogy of the Discourse of "Net Neutrality", en Zack STIEGLER (ed.), *Regulating the Web: Network Neutrality and the Fate of the Open Internet* Maryland, Lexington Books, pp. 33-48.
- NUNZIATO Dawn C., (2009) *Virtual Freedom: Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age*. California, Stanford University Press.
- ROSEN Jeffrey y Benjamin WITTES (ed.) (2011), *Constitution 3.0: Freedom and Technological Change*. Washington, Brookings.
- ROSEN, Jeffrey (2011) "The Deciders: Facebook, Google, and the Future of Privacy and Free Speech", en Jeffrey ROSEN y Benjamin WITTES (ed.), *Constitution 3.0: Freedom and Technological Change*, Washington, Brookings, pp. 69-82.
- STIEGLER Zack (ed.) (2013) *Regulating the Web: Network Neutrality and the Fate of the Open Internet* Maryland, Lexington Books, 2013.
- WU, Tim (2003) *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, Journal of Telecommunications and High Technology Law, Vol. 2, 2003, pp. 141-179.
- WU, Tim (2011) *Is Filtering Censorship? The Second Free Speech Tradition*, en Jeffrey ROSEN y Benjamin WITTES (ed.), *Constitution 3.0: Freedom and Technological Change* (Washington, Brookings, pp. 83-99.
- ZITTRAIN, Jonathan (2008): *The Future of the Internet: And How to Stop It*. New Haven, Yale University Press.



Los nuevos nombres de dominio genéricos de ICANN. ¿La Internet abierta en riesgo?

Celia Lerman*

Resumen

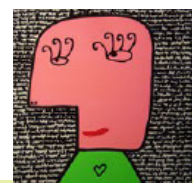
A partir de 2013, la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) lanzará los nuevos nombres de dominios genéricos (gTLDs). Esto significa que, en breve, no sólo tendremos dominios genéricos como “.com”, “.net”, “.org”, o dominios de países como “.ar”, “.br” y “.cl”, sino que contaremos con nuevas extensiones como “.app”, “.blog”, “.juegos” y “.hotel”, entre otras mil quinientas más. El lanzamiento de los nuevos gTLDs enfrenta desafíos interesantes como el problema de los llamados “genéricos cerrados” (closed generics), bajo el cual múltiples empresas están intentando obtener un control exclusivo sobre nuevas extensiones de palabras genéricas, como “.hotel”, “.book” o “.music”. El presente artículo analiza los riesgos de los genéricos cerrados para una Internet abierta, así como posibles soluciones para mitigarlos.

Palabras clave: nombres de dominio, ICANN, nuevos gTLDs, gobernanza de Internet.

I. Introducción

A partir de 2013, Internet ya no será como la conocemos. La Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), organismo encargado de la regulación de los nombres de dominio a nivel mundial, aprobará los primeros nuevos nombres de dominio genéricos, las nuevas direcciones de Internet. Esto significa que, en breve, no sólo tendremos dominios genéricos como “.com”, “.net”, “.org”, ó dominios de países como “.ar”, “.br” y “.cl”, sino que contaremos con nuevas extensiones como “.app”, “.blog”, “.juegos” y “.hotel”, entre otras mil quinientas más. Estos últimos son los llamados “nuevos” nombres de dominio genéricos (*generic top level domains* en inglés, o “gTLDs”), que se encuentran en proceso de evaluación para su próxima aprobación por ICANN, y que cambiarán radicalmente el modo en que utilizamos Internet.

* Celia Lerman, abogada y magíster en propiedad intelectual, es profesora de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella y coordinadora de las iniciativas eGobernanza y de Resolución Electrónica de Disputas del Instituto Latinoamericano de Comercio Electrónico (eInstituto). Fue becaria de ICANN (2011-2013). Su dirección de correo es clerman@utdt.edu. Las opiniones expresadas en este artículo son estrictamente personales.



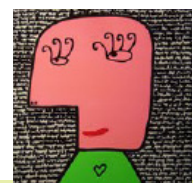
ICANN lanzó el programa de nuevos gTLDs en 2011 con el fin de “promover la diversidad, alentar la competencia, y realzar la utilidad del sistema de nombres de dominio” (ICANN 2012a). La intención del programa fue abrir el espectro de nombres de dominio para brindar mayores opciones a los usuarios de Internet y crear oportunidades de innovación. Sin embargo, el programa está enfrentando varios desafíos que cuestionan sus objetivos.

Uno de los desafíos más interesantes es el problema de las extensiones cerradas, entre las que se encuentran los llamados “genéricos cerrados” (*closed generics*).¹ Las extensiones son cerradas cuando son solicitadas por empresas que buscan el control exclusivo sobre los dominios de la extensión; muchas de ellas no permitirán que ningún tercero registre nombres de dominio bajo dicha extensión. Las extensiones cerradas desafían el modelo de registro de dominios al que estamos acostumbrados, en el que cualquier tercero puede registrar casi cualquier dominio en cualquier extensión. Hoy, cualquiera puede registrar “sunegocio.com” o “sugrupo.org” si el dominio está disponible. Las extensiones cerradas, en cambio, desafiarán esta lógica; por ejemplo la empresa estadounidense de indumentaria Patagonia, Inc., ha solicitado la extensión “.Patagonia”, y ha indicado que sólo estará disponible para el uso de Patagonia, Inc. (Patagonia 2012:18(b)), sin permitir a terceros registrar dominios “.Patagonia”.

Los registros cerrados no parecen ser un problema mayor cuando se trata de extensiones que reflejan sólo marcas comerciales, como “.samsung”, “.ferrari” ó “.google”. ¿Pero qué sucede cuando se solicitan registros cerrados sobre palabras genéricas, como “.book” que fue solicitada por Amazon EU, “.blog” que fue solicitada por Google, o “.beauty” que fue solicitada por L’Oreal? Nos enfrentamos al problema de los genéricos cerrados, por el que diversas empresas de Internet están intentando obtener un control exclusivo de palabras genéricas clave para sus negocios.

En este breve artículo analizaré el programa de nuevos gTLDs de ICANN, centrándome en los riesgos que presentan los genéricos cerrados para la apertura de Internet. Para ello, examinaré primero la evolución del programa de nuevos gTLDs y de algunos casos de genéricos cerrados. En el segundo lugar, analizaré algunas cuestiones sustantivas de los genéricos cerrados: éstos arriesgan la libertad de expresión en la Internet abierta, precarizan el control de los usuarios sobre su presencia online y concentran el poder y limitan la competencia, desafiando los objetivos del programa y la misión de ICANN. También analizaré algunas cuestiones procedimentales del programa y su impacto para la gobernanza de Internet; en particular, la posibilidad de establecer restricciones a estos dominios después del lanzamiento del programa; la atención que debemos prestar a la opinión de los gobiernos; las consecuencias negativas del programa para países en desarrollo; y los Compromisos de Interés Público (*Public Interest Commitments*), una nueva herramienta para velar por el interés público en este proceso.

¹ Las extensiones son la última parte del nombre de dominio, ubicada después del último punto. Por ejemplo, en “www.google.com”, la extensión es “.com”.



Los nuevos nombres de dominio son un caso de estudio fascinante sobre las amenazas a la apertura de la red y las salvaguardas de que ofrece el modelo multisectorial (*multistakeholder*) de la gobernanza de Internet para neutralizarlas.

II. ICANN, el programa de nuevos nombres de dominio (new gTLDs) y los genéricos cerrados

El programa de nuevos gTLDs surge en el marco de ICANN, organismo que regula todas las políticas relacionadas a nombres de dominio genéricos a nivel mundial. ICANN es una entidad sin fines de lucro con sede en California, con una misión global: coordinar, de manera general, el sistema mundial de identificadores únicos de Internet y, en particular, asegurar el funcionamiento estable y seguro de estos sistemas (Estatutos de ICANN, art. I, Sección I).

ICANN es una organización interesante por el diseño que adoptó para la toma de decisiones:

- El modelo de toma de decisiones es un modelo *multistakeholder* (multisectorial), en el que no sólo participan los gobiernos sino también el sector privado, organismos técnicos y usuarios no comerciales de Internet.
- El proceso de toma de decisiones es un proceso *bottom-up* (de “abajo hacia arriba”), diseñado para que se discutan y analicen las decisiones comenzando por las partes más cercanas a la decisión, pasando por cada unidad en la cadena jerárquica e incorporando sus comentarios y mejoras, y llegando por último al Consejo Directivo.²
- En cada unidad de trabajo se busca la pluralidad geográfica y de género más amplia posible.

Bajo esta estructura, se creó el programa de nuevos gTLDs. La semilla del programa se remonta a los comienzos de ICANN, cuando en el año 1999 se creó el primer grupo de trabajo para evaluar la adopción de nuevas extensiones (ICANN 2000). El proceso de evaluación y preparación duró más de diez años, y el programa se aprobó finalmente en la reunión de ICANN en Singapur en 2011 (ICANN 2011).

² Internamente, ICANN está compuesta por un Consejo Directivo (*Board of Directors*) que aprueba las políticas relevantes, con la ayuda de varios Comités Asesores (*Advisory Committees* - “ACs”), Organizaciones de Apoyo (*Supporting Organizations* - “SOs”), un Ombudsman y un Director Ejecutivo (“CEO”) junto con su staff.

Los Comités Asesores son el Comité Asesor Gubernamental (*Governmental Advisory Committee*, “GAC”), el Comité Asesor de Seguridad y Estabilidad (*Security and Stability Advisory Committee*, “SSAC”), el Comité Asesor del Sistema de Servidores Raíz (*Root Server System Advisory Committee*, “RSSAC”), y el Comité Asesor At-Large de los usuarios individuales de Internet (*At-Large Advisory Committee*, “ALAC”).

Las Organizaciones de Apoyo son la Organización de Apoyo para Direcciones (*Address Supporting Organization*, “ASO”), que asesora al Consejo Directivo en temas de políticas relacionadas con la operación, la asignación y la administración de direcciones (numéricas) de Internet; la Organización de Apoyo para Nombres de Dominio con Códigos de País (*Country-Code Names Supporting Organization*, “ccNSO”), que elabora y recomienda políticas globales relacionadas con los dominios de código de país; y la Organización de Apoyo para Nombres Genéricos (*Generic Names Supporting Organization*, “GNSO”), que elabora y recomienda políticas relacionadas con dominios genéricos. Esta última fue la encargada de proponer los lineamientos del programa de nuevos gTLDs.

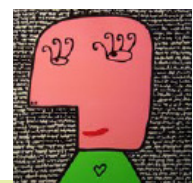


Durante el proceso de preparación se establecieron varios principios, recomendaciones y directrices para la implementación del programa, por parte de distintas unidades de ICANN (entre ellas: el staff de ICANN, la Organización de Apoyo para Nombres Genéricos -GNSO y el Comité Asesor Gubernamental -GAC), apoyadas en la misión de ICANN y sus valores esenciales (ICANN 2008). Estas pautas nos ayudan a entender los objetivos del programa, entre los cuales podemos destacar los siguientes para nuestro análisis:

- *Promoción de la competencia y ampliación de la elección de los consumidores:* “Las razones para introducir nuevos nombres de dominios incluyen que existe una demanda de potenciales solicitantes para nuevos nombres de dominios en ambos formatos ASCII [alfabeto romano] e IDN [alfabetos internacionales, como el chino, árabe, ruso, etc.]. Además, la introducción de nuevos nombres de dominio tiene el potencial de promover la competencia en la provisión de servicios de registro, ampliar [las posibilidades de] elección de los consumidores, la diferenciación de mercado y la diversidad geográfica y de proveedores de servicios” (ICANN 2008:2).
- *Transparencia y previsibilidad de los criterios de selección:* “El proceso de evaluación y selección de nuevos gTLDs debe respetar los principios de imparcialidad, transparencia y no-discriminación. Todos los solicitantes de nuevos gTLDs deben entonces ser evaluados con criterios transparentes y predecibles, completamente disponibles a los solicitantes antes del comienzo del proceso. Normalmente, entonces, no se debe utilizar ningún criterio adicional de selección en el proceso de selección” (ICANN 2008:3).
- *Respeto de derechos de terceros:* Las nuevas extensiones “no deben infringir los derechos legales existentes de terceros que estén reconocidos o sean ejecutables bajo principios de Derecho generalmente aceptados e internacionalmente reconocidos. Ejemplos de dichos derechos legales que internacionalmente reconocidos incluyen, pero no se limitan a, los derechos definidos en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (derechos de marca en particular), la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) (en particular derechos de libertad de expresión)” (ICANN 2008:3).

A principios de 2012 se abrió una convocatoria durante tres meses a solicitantes de nuevos gTLDs. El 11 de junio de ese año se divulgaron las solicitudes presentadas: se recibieron más de 1900 (ICANN 2012b) para más de 1500 extensiones distintas.³ Entre ellas: *.rio; .vivo; .hoteis; .hotel; .hoteles; .lat; .latino; .passagens; .vuelos; .blog; .legal; .news; .bar; .cafe; .rest; .app; .inc; .shop; .shopping; .music; .movie; .design; .actor; .agency; .attorney; .abogado; .audio; .auto; .baby; .beauty; .beer; .book; .boutique; .capital; .casa; .cash; .casino; .catering; .ceo; .chat; .city; .click; .cloud; .club; .corp; .coupon; .data; .diet; .doctor; .dog; .eco; .energy; .events; .express; .family; .fan; .fashion; .film; .football; .forum; .free; .game; .gay; .global; .golf; .gratis; .green; .gripe; .hiv; .hosting; .hot; .juegos; .kosher; .live; .living; .love; .mail; .map; .marketing; .med; .media; .mobile; .money; .moto; .online; .party; .pizza; .play; .plus; .poker; .polo; .porn; .promo; .racing; .radio; .realestate; .red; .restaurant; .rugby; .sale; .salon; .secure;*

³ En algunos casos, más de una empresa solicitó la misma extensión.



.shop; .show; .software; .sport; .taxi; .tennis; .tickets; .tienda; .top; .tour; .video; .vision; .vodka; .voto; .web; .yoga.

Al final del proceso de selección, cada una de las extensiones se otorgará a una sola empresa para su operación, de modo exclusivo, llamada “Operador de Registro”. ICANN estableció que todos los Operadores de Registros deberían, en principio, ofrecer al público general la posibilidad de registrar nombres de dominios bajo su extensión.⁴ De este modo, cualquiera podría registrar dominios como “minegocio.hotel”, “mibanda.music”, ó “miempresa.restaurant”, tal como hoy en día podemos hacerlo con cualquier registro “.com”, “.net” o “.org”.

Sin embargo, rápidamente se supo que muchísimos solicitantes, de ser elegidos como Operador de Registro, planeaban utilizar las nuevas extensiones de manera cerrada, sin permitir a terceros registrar dominios. Para ello, solicitarían una excepción a algunas de las normas de ICANN del Código de Conducta para nuevos gTLDs. Dicha excepción puede obtenerse, entre otras condiciones, cuando la aplicación de tal Código de Conducta “no sea necesaria para proteger el interés público”.⁵

La excepción había sido formulada originalmente para extensiones sobre las cuales el solicitante tuviera derechos legalmente reconocidos, como derechos de marcas registradas; por ejemplo, “.samsung” o “.ferrari”. ¡Pero, en principio, no se había previsto una excepción semejante para extensiones que fueran palabras genéricas!

Rápidamente se conoció que los siguientes genéricos fueron solicitados como extensiones cerradas, entre muchos otros:

- “.app”, solicitada por Google y por Amazon.⁶
- “.blog”, solicitada por Google.⁷
- “.cloud”, solicitada por Amazon, Google y Symantec.⁸

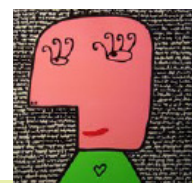
4 En la Guía del Solicitante (que contiene las reglas para la presentación de solicitudes y posterior operación de un nuevo gTLD) se estableció un Código de Conducta para los Operadores de Registro. En el Código, se especificó que los Operadores de Registro no deberán registrar nombres de dominio para sí mismos, a excepción de “nombres registrados mediante un registrador acreditado de ICANN que sean razonablemente necesarios para la administración, el funcionamiento y el propósito del gTLD, y teniendo en cuenta que el Operador de Registros puede reservar ciertos nombres para que no se registren” (ICANN 2012a: New gTLD Agreement Specifications, Specification 9.1.a y .b) En 2013, ICANN modificó levemente esta regla, limitando a 100 el número de dominios que un Operador de Registro puede registrar para su propio beneficio (ICANN 2013b: Specification 9.1.b).

5 ICANN 2012a: New gTLD Agreement Specifications, Specification 9.6. Las cursivas me pertenecen.

6 Google solicitó esta extensión (y todas las demás solicitudes de nuevos gTLDs) a través de su subsidiaria Charleston Road Registry Inc. Véanse ambas solicitudes de Google y Amazon en <https://gtdresult.icann.org/applicationstatus/applicationdetails/1343> y en <https://gtdresult.icann.org/applicationstatus/applicationdetails/994>.

7 Véase <https://gtdresult.icann.org/applicationstatus/applicationdetails/527>.

8 Véase <https://gtdresult.icann.org/applicationstatus/applicationdetails/986>, <https://gtdresult.icann.org/applicationstatus/applicationdetails/1428> y <https://gtdresult.icann.org/applicationstatus/applicationdetails/1574>.



- “.grocery”, solicitada por Wal-Mart y Safeway Inc.⁹
- “.hotel”, solicitada por Despegar Online SRL.¹⁰
- “.music”, solicitada por Amazon.¹¹
- “.shop”, solicitada por Amazon.¹²
- “.search”, solicitada por Google y por Amazon.¹³

Las reacciones de la comunidad respecto de estas solicitudes no tardaron en llegar. Miembros particulares presentaron comentarios en contra de estos trámites,¹⁴ y los gobiernos también se expresaron en contra. Australia lideró las expresiones de rechazo desde el Comité Asesor Gubernamental (GAC).¹⁵

En respuesta a este descontento, en febrero de 2013 ICANN llamó a un período de consulta pública sobre las solicitudes de genéricos cerrados (ICANN 2013c:1). Se recibieron más de 260 comentarios públicos, con opiniones encontradas respecto a la aprobación de dichas solicitudes (ICANN2013d). Muchos comentarios versaron sobre solicitudes en particular; por ejemplo, múltiples librerías y sus asociaciones alrededor del mundo rechazaron el uso cerrado de “.book”.¹⁶ Después de estos comentarios, Google modificó sus solicitudes para “abrir” sus modelos de negocio propuestos,¹⁷ pero muchos otros las han mantenido.

Estos desarrollos tuvieron repercusiones cruciales en la última reunión de ICANN en Beijing en abril de 2013. En esta reunión, el Comité Asesor Gubernamental (GAC) emitió un comunicado indicando su oposición a los genéricos cerrados, así como su preocupación respecto de otros aspectos problemáticos del programa de nuevos gTLDs en general. (ICANN GAC 2013:11).¹⁸

9 Véase <https://gtldresult.icann.org/applicationstatus/applicationdetails/69> y <https://gtldresult.icann.org/applicationstatus/applicationdetails/1246>. *Grocery* significa “almacén”, en inglés.

10 Véase <https://gtldresult.icann.org/applicationstatus/applicationdetails/1165>.

11 Véase <https://gtldresult.icann.org/applicationstatus/applicationdetails/966>.

12 Véase <https://gtldresult.icann.org/applicationstatus/applicationdetails/945>.

13 Véase <https://gtldresult.icann.org/applicationstatus/applicationdetails/1319> y <https://gtldresult.icann.org/applicationstatus/applicationdetails/947>. *Search* significa “búsqueda”, en inglés.

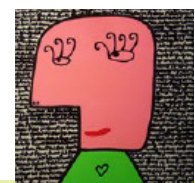
14 Véase las cartas de Neylon *et. al* 2012 y de Kleinman 2012.

15 Australia presentó sus comentarios a través del sistema de Alertas Tempranas del GAC (*GAC Early Warnings*), previsto para observar solicitudes antes de su período de evaluación por ICANN (ICANN 2012a: Sección 1-7, 1.1.2.4). La lista completa de alertas tempranas del GAC se encuentra en <https://gacweb.icann.org/display/gacweb/GAC+Early+Warnings>.

16 Véanse los comentarios de la Australian and New Zealand Association of Antiquarian Booksellers Association (ANZAAB), American Booksellers Association, Casa del Libro Zaragoza, Casa del Libro Isla Azul, Casa del Libro Fuencarral, entre muchos otros (ICANN 2013d).

17 Google indicó que modificará sus solicitudes de .app, .blog, .cloud, and .search (Charleston Road Registry 2013).

18 El GAC observó las siguientes solicitudes, a las cuáles llamó “de acceso exclusivo”: .antivirus, .app, .autoinsurance, .baby, .beauty, .blog, .book, .broker, .carinsurance, .cars, .cloud, .courses, .cpa, .cruise,



Luego del comunicado del GAC, ICANN convocó a un nuevo período de consulta pública para conocer las reacciones de la comunidad al comunicado (ICANN 2013e). Este período cerró recientemente (a principios de junio de 2013), y aún están por conocerse las decisiones del Consejo Directivo sobre los genéricos cerrados.

III. Análisis de los genéricos cerrados

Los genéricos cerrados brindan la posibilidad de implementar modelos de negocios nuevos e innovadores. ¿Pero vale la pena adoptarlos, con los riesgos importantes que presentan para el interés público en una Internet abierta, accesible y transparente? Examinemos ahora algunas cuestiones sustantivas y procedimentales respecto de los genéricos cerrados, para evaluar las ventajas y desventajas de su adopción.

Cuestiones sustantivas: impacto en la transparencia y apertura de la red

Arriesgan la libertad de expresión en la Internet abierta

Consideremos el registro cerrado del nuevo gTLD “.hotel”, solicitado por Despegar Online SRL.¹⁹ Si Despegar.com obtiene la extensión “.hotel” de forma exclusiva, podría listar todos los hoteles cuyas reservas comercializa bajo nuevos dominios. Por ejemplo, podría registrar “buenosaires.hotel”, “riodejaneiro.hotel” y “santiago.hotel” para sí, así como todos los dominios que deseara bajo su extensión. Por la cercanía del dominio con la búsqueda del usuario de “hotel en buenos aires”, posiblemente su sitio web aparezca entre los primeros resultados del motor de búsqueda.²⁰ El usuario tenderá a pensar la lista de “buenosaires.hotel” es la mejor lista de resultados de hoteles en Buenos Aires, o que el resultado es de algún modo oficial: tal como la información de un “.gov” es la información más relevante sobre un gobierno, el “.hotel” podría dar la misma impresión sobre contenidos de hoteles.²¹

.data, .dvr, .financialaid, .flowers, .food, .game, .grocery, .hair, .hotel, .hotels.insurance, .jewelry, .mail, .makeup, .map, .mobile, .motorcycles, .movie, .music, .news, .phone, .salon, .search, .shop, .show, .skin, .song, .store, .tennis, .theater, .theatre, .tires, .tunes, .video, .watches, .weather, .yachts, .クラウド[nube], .ストア[negocio], .セール[venta], .ファッション[moda], .家電[electrónicos para consumidores], .手表[relojes], .書籍[libro], .珠宝[joyas], .通販[shopping online], .食品[comida]. También tuvo reparos respecto de solicitudes que pudieran afectar la protección del consumidor, sean extensiones sensibles o sobre mercados regulados (por ejemplo, relacionadas con niños, medio ambiente, salud y estado físico, negocios financieros, apuestas, caridad, educación, propiedad intelectual, servicios profesionales, identificadores de empresas, términos geográficos genéricos y funciones inherentemente gubernamentales), así como de solicitudes que reflejan sitios geográficos (como “.patagonia” y “.amazon”), entre otras. Véase ICANN GAC:3 y 8-9.

19 Véase *supra* nota 11.

20 Google ha expresado que un nuevo gTLD no dará automáticamente un lugar preponderante entre las primeras búsquedas (véase http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=ldFPcJZulXQ#t=0s), pero sin duda ayudará al posicionamiento del sitio si éste brinda contenido relevante para los usuarios.

21 Hoy, los nombres de dominio cumplen más que una función técnica en Internet. Cuando buscamos en Internet, generalmente utilizamos los dominios como indicadores de cuán relevante u “oficial” es la información encontrada. Por ejemplo, si buscamos información sobre cómo realizar un trámite con el gobierno, tendemos a seleccionar primero los dominios que terminan en “.gov” (o su equivalente en el país, como “.gov.ar”). Si buscamos información sobre programas educativos, posiblemente seleccionemos primero los



Pero ¿qué pasaría si Despegar tiene una mala relación comercial con cierto hotel A en Buenos Aires, y no lo incluye en su listado en “buenosaires.hotel”? El hotel posiblemente recibiría muchas menos visitas y perdería presencia en Internet. Este sería un problema que va más allá de la pérdida comercial para el hotel A: como usuarios, queremos acceder a la información mas completa en Internet, sin intermediarios que puedan filtrar el contenido de la red a su parecer.²² Cada extensión genérica cerrada podría convertirse en un “filtro de contenidos”, a gusto y preferencias de su Operador, en un contexto en que será difícil para los usuarios detectar que toda la extensión entera le pertenece a una sola empresa.²³

Alguien podría decir que esto no es diferente de lo que ya sucede hoy en día con los registros “.com”, por ejemplo. Si una misma empresa tiene registrados los dominios “buenosaireshotel.com”, “riodejaneirohotel.com” y “santiagohotel.com”, ¿el resultado no sería el mismo? Cada empresa es libre de mostrar el contenido que quiera en sus dominios y puede mostrar los hoteles que desee en cada uno de dichos sitios, sin que ese filtro sea dañino. ¿Por qué esto sería diferente en el registro exclusivo de los “.hotel”?

Creo que esto sería diferente por dos motivos. Primero, porque dada la competencia que existe en el registro de los “.com”, es mucho menos probable que una sola empresa administre todos los dominios que terminen en “...hotel.com”, con lo cual el riesgo de filtrado es mucho menor. Segundo, porque los usuarios conocen que los contenidos de un sitio “.com” reflejan las elecciones de una cierta empresa; pero esto podría no ser claro en los nuevos nombres de dominio, en los que los usuarios razonablemente podrían pensar que el “.hotel” no refleja las elecciones y preferencias sólo de Despegar Online SRL, sino que tiene otro origen.

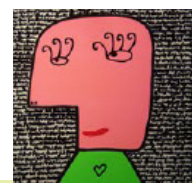
Quizás sólo sea una cuestión de tiempo hasta que los usuarios se acostumbren a que los contenidos de un “.genérico” se originan en una sola empresa. Hasta tanto ello suceda, sin embargo, los riesgos de confusión son altos y deben brindarse salvaguardas claras para disminuirlos: por ejemplo, a través de información explícita en el contenido del sitio que indique que la extensión pertenece a un solo proveedor.

Los filtros de contenido que mencionábamos en la sección anterior no sólo pueden ser problemáticos respecto del origen de la información, sino que conllevan riesgos importantes para la libertad de expresión en Internet.

dominios “.edu”. Y si buscamos el sitio web de una empresa, tratamos de encontrar aquéllos que más se acerquen al nombre de la empresa, seguida de “.com”. Los gTLDs nos dan indicios sobre cuán “oficial” es el contenido de la página, y crean expectativas y confianza en los usuarios de Internet. Esta confianza podrá verse menoscabada si el control sobre todos los dominios de una misma extensión queda en manos de una sola empresa.

22 Véase Parisier 2011.

23 Así lo han argumentado los académicos J. Thomas McCarthy y David J. Franklyn, sosteniendo que los “consumidores pueden erróneamente creer que están utilizando un gTLD que permite la competencia, cuando en realidad el gTLD es cerrado y los productos aparentemente competitivos son ofrecidos por una sola entidad” (McCarthy Institute for Intellectual Property and Technology Law 2013:1).



Por ejemplo, la Coalition for Online Accountability ha argumentado que las restricciones a los registros en los genéricos cerrados,

“si están apropiadamente diseñadas e implementadas [...] pueden ser una herramienta poderosa para reducir el riesgo de registros abusivos, [...] especialmente aquellos que apuntan a sectores creativos, en la medida en que tales restricciones tengan como objetivo promover el interés público al reducir el riesgo de infracciones a propiedad intelectual (como .movie, .music, .book, .game/.games, .film y .video), si son operados de manera cerrada.” (Coalition for Online Accountability 2013:1).

Cabe aquí realizar una distinción importante: los registros cerrados o restringidos fueron pensados para proteger o limitar abusos de derechos de marcas ipero no de otros derechos de propiedad intelectual, como derechos de autor, que poco tienen que ver con los dominios sino con el contenido de los sitios! La protección de marcas en Internet justifica acciones mucho menos amenazadoras para la libertad de expresión que la protección de los derechos de autor. Sería sumamente riesgoso que, con el argumento de proteger la propiedad intelectual se permitiera a un registro cerrado limitar contenidos accesibles por esos dominios. Sería preocupante que el Operador del Registro del “.video” limitase los registros por potenciales infracciones al derecho de autor en el contenido de sus sitios web.²⁴

Dado los riesgos que representan para el filtrado de contenidos, ICANN debería velar por que los nuevos gTLDs estos se operen de la manera más abierta posible, garantizando la pluralidad de contenidos y rechazando los filtros arbitrarios o excesivamente restrictivos.

Precarizan el control de los usuarios sobre su presencia online

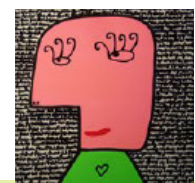
Se ha argumentado también que los nuevos gTLDs brindarán innovación a través de nuevos modelos de negocio, que van más allá del actual sistema de venta “registrador-revendedor” de dominios. Poco se sabe, sin embargo, sobre las características de estos nuevos modelos.

El Comité Asesor At-Large ha sugerido que

“pueden existir modelos de negocio innovadores que permitan a un TLD cerrado estar en favor del interés público. Un ejemplo puede ser un Registrador que ofrece dominios de segundo nivel sin costo, pero retiene el control legal sobre ellos. Esto es similar al modelo usado por Facebook y muchos otros sitios de hosting de blogs. Debe hacerse un permiso para solicitantes interesados en la distribución amplia de subdominios que no requieran ventas de nombres de dominio como fuentes de ingresos, u otras formas de asignación de subdominios” (ICANN ALAC 2013:2).

Tal como el comentario lo reconoce, un modelo de negocios semejante reduciría los derechos legales del usuario del nombre de dominio, colocándolo en una situación precaria sobre el dominio. De otorgarse el .hotel de manera cerrada, por ejemplo, los dueños del hotel A sólo podrán operar “a.hotel” en la medida en que el Operador del Registro lo de-

24 Ello, además, sería reducir las nuevas extensiones a simples dominios como los actuales, actuando el Operador de “.video” como si fuera el titular de “www.youtube.com”, cerrando las nuevas posibilidades de uso del “.video” al público general.



see. El uso del dominio sólo sería un derecho contractual entre el usuario y el Operador de Registro, no sería propiamente un derecho de titularidad tal como el que tiene hoy en día el dueño del hotel sobre un dominio como “ahotel.com”. Sólo se le permitirá al operador tener derechos limitados sobre el dominio, lo cual disminuiría los incentivos para que el hotel A invierta en una presencia online más desarrollada bajo el “.hotel”.²⁵ Esto no significa que debamos rechazar de lleno los genéricos cerrados ni los nuevos modelos de negocios sobre nombres de dominio; pero sí que los Operadores de Registros deben anunciar claramente a los usuarios cuáles son sus derechos sobre los dominios otorgados.

Concentran el poder y limitan la competencia, desafiando los objetivos del programa y la misión de ICANN

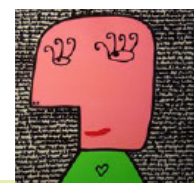
Las extensiones genéricas tienen el riesgo de limitar la competencia y brindar ventajas anticompetitivas a los Operadores de Registros. Actualmente, Amazon, por ejemplo, goza de un amplio poder de mercado sobre las ventas de libros online (Matthews 2012:1) y el acceso exclusivo al “.book” podría profundizar esta situación aún más. En tal situación, los riesgos mencionados arriba se potenciarían y la posición de mercado podría incluso acarrear problemas legales de defensa de la competencia.

Frente a esto, se ha argumentado que no hay evidencia de que la operación de un Registro otorgue *per se* poder de mercado a una empresa (Rodenbaugh 2013:3), sino que ello dependerá de cómo el dominio sea efectivamente usado (Amazon 2013:4). También se ha dicho que los genéricos cerrados no son diferentes a la situación actual, donde los competidores no pueden comprar términos genéricos que terminan en un “.com”, “.net” o cualquier otro gTLDs, dado que dichos dominios ya han sido tomados por otros competidores o por especuladores. En los nuevos gTLDs cerrados, “cualquiera seguirá siendo libre de usar el término genérico relevante para promover su negocio, pero sólo no podrán comprar dominios que terminen en ese preciso término genérico”, y por ello no se afectaría la competencia (Rodenbaugh 2013:3). Lo que este comentario soslaya es que, justamente, el genérico cerrado le otorgará una ventaja competitiva injusta a quienes sean Operadores de Registro y mantendrá el *status quo* de opciones limitadas para los competidores, en contra de los objetivos del programa (ICANN 2008:2, ICANN 2012a:Preámbulo).

Por ejemplo, Johnson & Johnson Services, Inc. solicitó “.baby” para usarlo como un genérico cerrado.²⁶ De obtenerlo, Johnson & Johnson podría no sólo registrar los domi-

25 El caso podría ser distinto si el Operador de Registro del “.hotel” brindara una tecnología especial e innovadora a los dueños de hoteles (tales como servicios como Tumblr brindan, hoy en día, a usuarios que registran blogs bajo “.tumblr.com”), bajo el cual los usuarios sí podrían tener incentivos a desarrollar su presencia en el “.hotel”. Como vemos, esto dependerá del modelo de negocios que elija el Operador de Registro; pero lo cierto es que los usuarios tendrán menores derechos legales sobre los dominios, colocándose en una situación de precariedad respecto de la actual situación de titularidad de dominios. Asimismo, no es claro cómo esta distribución amplia de subdominios podría tener lugar si bajo las nuevas reglas de registro cada Operador de Registro podría registrar para sí un límite de 100 dominios.

26 La solicitud puede encontrarse online en <https://gtldresult.icann.org/applicationstatus/applicationdetails/1285>.



nios para sus marcas (“aceitejohnsons.baby”), sino que también podría tomar de manera exclusiva, dominios genéricos sobre sus productos y productos relacionados (como “aceite.baby”, “juguetes.baby”, “pañales.baby”, “ropa.baby” etc.). Esto le permitiría ganar un poder desproporcionado en el mercado de productos para bebés, por la sola exclusividad de ser Operador de Registro. A la vez, el nuevo escenario empeoraría el acceso a dominios a competidores de Johnson & Johnson; además de no poder comprar “.com”, “.net” con términos genéricos que ya están tomados por otros, tampoco podrán comprar *ningún* dominio, genérico o no, bajo el “.baby”. De aprobarse como genérico cerrado, el “.baby” otorgaría a una sola empresa un territorio exclusivo de dominios “.baby” en el mapa de Internet, cerrando las puertas de acceso a competidores y consumidores que legítimamente quisieran ofrecer contenidos en dicho terreno.

Algunos han observado también que ICANN no tiene por qué actuar como si fuera una oficina de Defensa de la Competencia (Rodenbaugh 2013: 2), dado que ello está fuera de su mandato. Es posible responder, sin embargo, que ICANN sí tiene obligaciones de limitar los riesgos legales de los programas que ofrece, así como de velar por el cumplimiento de una Internet abierta y competitiva puesto que ello está claramente establecido en su misión y sus valores esenciales.²⁷ Aunque no sea una autoridad de defensa de la competencia (ninguna entidad no-gubernamental lo es), igualmente puede -y según sus estatutos, debe- velar por la promoción y preservación de la competencia en Internet.

Cuestiones procedimentales: el proceso de aprobación de los genéricos cerrados

¿Podemos cambiar las reglas sobre los genéricos cerrados ahora?

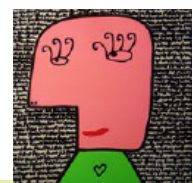
Algunos solicitantes han argumentado que ICANN no debería establecer nuevas limitaciones a los genéricos cerrados, adicionales al estándar de “interés público” establecido en las reglas actuales del programa. En los principios mencionados al comienzo de este artículo, se reprodujo el principio de transparencia y previsibilidad de los criterios de selección (ICANN 2008:3), según el cual

“... todos los solicitantes de nuevos gTLDs deben entonces ser evaluados contra criterios transparentes y predecibles, *completamente disponibles a los solicitantes antes del comienzo del proceso. Normalmente, entonces, no se debe utilizar ningún criterio adicional de selección en el proceso de selección*”.²⁸

Es cierto que los solicitantes de nuevos gTLDs tienen una razonable expectativa de que las reglas aplicables a las solicitudes se mantengan sin modificaciones, puesto que sobre ellas basaron sus planes de negocios propuestos y sus expectativas comerciales (Ro-

²⁷ Los estatutos de ICANN (ICANN 2013a) establecen sus valores esenciales, que comprenden, entre otros: -”5. Siempre que resulte factible y adecuado, dependiendo de los mecanismos del mercado, promover y conservar un entorno competitivo.”; -”6. Incorporar y promover competencia en el registro de nombres de dominio, siempre que resulte práctico y beneficioso para el interés público”; -”9. Actuar con diligencia para responder las necesidades de Internet al mismo tiempo que, como parte del proceso de la toma de decisión, se deben obtener opiniones informadas de las entidades más afectadas” y - “10. Continuar siendo responsable ante la comunidad de Internet a través de mecanismos que mejoran la eficacia de la ICANN.”

²⁸ Las cursivas son mías.



denbaugh 2013:2, Amazon 2013:1, Lipton 2013:1). Ahora bien, es posible destacar dos aspectos sobre este punto. El primero es que los principios indican que “normalmente” no se debe utilizar ningún criterio adicional de selección. Los redactores de principio no lo establecieron de forma terminante, sino que previeron posibles situaciones —“no normales” o excepcionales— en las que se necesitaría establecer criterios adicionales. Una de estas situaciones podría ser precisamente la actual: un escenario en el que se solicitaron excepciones a las normas de ICANN con fines distintos, y contrarios, para los que fueron pensadas (por ejemplo, los derechos exclusivos de marcas). El segundo aspecto es que no es necesario establecer “criterios adicionales” para rechazar los dominios genéricos. Tal como lo establece la Guía del Solicitante, las excepciones para extensiones cerradas sólo se otorgarán cuando la aplicación del Código de conducta *no sea necesaria para proteger el interés público*. A partir de lo expuesto arriba, ICANN podrá entender que, para proteger el interés público, es necesario rechazar las excepciones. De tal manera, es posible denegar solicitudes de dominios genéricos sin establecer parámetros adicionales.

¿En qué medida debe pesar la opinión de los gobiernos en la Gobernanza de Internet?

La cuestión de los genéricos cerrados adquirió una importancia especial desde la reunión de ICANN en Beijing, por la atención brindada al tema en el comunicado del GAC. Debe observarse que, para una sana y balanceada Gobernanza de Internet, la opinión de los gobiernos debe ser tenida en cuenta pero debe ser apropiadamente balanceada con las opiniones de otros sectores de la comunidad. Así también, debe ser evaluada la oportunidad y pertinencia de sus comentarios, especialmente cuando hayan sido expresados luego del período de comentarios públicos previstos en el proceso de ICANN.

Los PIC (Compromisos de Interés Público): ¿Posible solución?

En febrero de 2013, contemporáneamente con el período de comentarios públicos sobre los genéricos cerrados se abrió un período de comentarios públicos sobre el nuevo texto del contrato de registro para Operadores de Registro (ICANN 2013b). En este nuevo texto se prevé una nueva sección de Compromisos de Interés Público (*Public Interest Commitments*, o “PIC”). En esta sección, los Operadores de Registro establecerían por escrito sus compromisos para operar el nuevo gTLD en favor del interés público, lo cual tendría especial relevancia en el caso de genéricos cerrados.

Los PIC, entonces, no limitarán la posibilidad de operar genéricos cerrados sino que sólo le permitirán establecer claros parámetros para operarlos sin lesionar el interés público, y a ICANN velar por el cumplimiento de dichos compromisos. Aunque los PIC han sido vistos como una posible solución, lo cierto es que sólo brindan una herramienta a medida para hacer valer el interés público en cada nueva extensión, pero no son una solución general para mitigar los riesgos comunes a todos los genéricos cerrados.

Las consecuencias negativas se magnifican para países en desarrollo

El programa de nuevos gTLDs no tuvo la misma repercusión en todas las regiones del mundo. En países en desarrollo, la difusión del programa fue pobre: de las más de 1900 solicitudes; en Latinoamérica y África, sólo se presentaron 24 y 17 solicitudes, respecti-



vamente, y el programa sigue sin ser conocido por el público en general.

Las consecuencias negativas del programa, los riesgos de los genéricos cerrados entre ellas, se magnifican para los países en desarrollo, cuyas voces no son protagonistas en este intrincado proceso. Es por ello que, al evaluarse los genéricos cerrados, deberán examinarse con especial atención aquéllas extensiones que tengan un especial impacto en estas regiones (por ejemplo, “.Patagonia” o “.Amazon”).²⁹

IV. Conclusiones

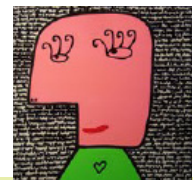
Los genéricos cerrados presentan riesgos importantes para la transparencia y la apertura de la red, en un contexto muy complejo como el programa de nuevos gTLDs. El lanzamiento de las nuevas extensiones se aproxima, y aún nos quedan muchas preguntas por responder: ¿podrá ICANN evaluar los riesgos de cada genérico cerrado, caso por caso? ¿Cuáles serán los nuevos modelos de negocios basados en genéricos cerrados; ellos harán que la toma de riesgos valga la pena? ¿Qué otras herramientas además de los PIC podremos adoptar para mitigar los riesgos, sin entorpecer el debido proceso en la aprobación de los nuevos gTLDs? ¿Cómo integrar las voces de países en desarrollo en este proceso para lograr una gobernanza de Internet verdaderamente global?

Muchas de estas respuestas sólo el tiempo las brindará; afortunadamente, el impacto final de los genéricos cerrados aún está por verse. Tal impacto dependerá en gran medida de los esfuerzos de nuestra comunidad de gobernanza de Internet para crear conciencia sobre sus riesgos y brindar salvaguardas adecuados.

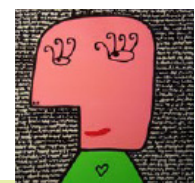
Referencias citadas

- AMAZON (2013). *Public Comment on “Open” v. “Closed” Registry Models*, disponible en <http://forum.icann.org/lists/comments-closed-generic-05feb13/pdfVs6WKoyRBk.pdf>
- CHARLESTON ROAD REGISTRY (2013). *Update on Amendments to Four of Charleston Road Registry’s Applications*, disponible en <https://www.icann.org/en/news/correspondence/falvey-to-willet-06apr13-en>.
- COALITION FOR ONLINE ACCOUNTABILITY (2013). *Comments of Coalition for Online Accountability*, disponible en <http://forum.icann.org/lists/comments-closed-generic-05feb13/pdf203eWtLfx3.pdf>
- ICANN: (2000). *Report (Part One) of Working Group C (New gTLDs) Presented to Names Council*, disponible en <http://archive.icann.org/en/dns/wgc-report-21mar00.htm>
- (2008). *New gTLDs Summary -- Principles, Recommendations & Implementation Guidelines*, disponible en <http://gnso.icann.org/en/issues/new-gtlds>
- (2011). *ICANN Approves Historic Change to Internet’s Domain Name System*, disponible en www.icann.org/en/news/press/releases/release-20jun11-en.pdf
- (2012). *gTLD Applicant Guidebook, Versión 2012-06-04*, disponible en <http://newgtlds.icann.org/>

29 “.Patagonia” y “.Amazon” sufren de otros problemas, como su relación con áreas geográficas, pero comparten problemas estructurales con los genéricos cerrados, al impedir a usuarios de las comunidades relevantes acceder a dominios bajo la extensión.



- en/applicants/agb (ICANN 2012a)
- (2012). "New Top-Level Domain Name Applications Revealed - Historic Milestone for the Internet's Domain Name System", disponible en <http://newgtlds.icann.org/en/announcements-and-media/announcement-13jun12-en> (ICANN 2012b)
- (2013). Bylaws For Internet Corporation For Assigned Names And Numbers, disponible en <http://www.icann.org/en/about/governance/bylaws> (ICANN 2013a).
- (2013). Draft New Gtld Registry Agreement, disponible en <https://www.icann.org/en/news/public-comment/base-agreement-29apr13-en.htm> (ICANN 2013b)
- (2013). "Closed Generic" gTLD Applications, disponible en <http://www.icann.org/en/news/public-comment/closed-generic-05feb13-en.htm> (ICANN 2013c)
- (2013). [comments-closed-generic-05feb13] Chronological Index, disponible en <http://forum.icann.org/lists/comments-closed-generic-05feb13> (ICANN 2013d)
- (2013). New gTLD Board Committee Consideration of GAC Safeguard Advice, disponible en <https://www.icann.org/en/news/public-comment/gac-safeguard-advice-23apr13-en.htm> (ICANN 2013e)
- ICANN AT-LARGE ADVISORY COMMITTEE (ALAC) (2013). *ALAC Statement on "Closed Generic" gTLD Applications*, disponible en <http://forum.icann.org/lists/comments-closed-generic-05feb13/pdfI-2ICuwKAe.pdf>
- ICANN GOVERNMENTAL ADVISORY COMMITTEE (GAC) (2013). *GAC Beijing Communiqué*, disponible en <https://www.icann.org/en/news/correspondence/gac-to-board-18apr13-en.pdf>
- KLEINMAN, K. (2012). *An Open Letter to the ICANN Board and CEO, GAC Members, Evaluators, the Independent Objector and Members of the ICANN Community*, disponible en <http://newgtlds.icann.org/en/program-status/correspondence/kleiman-to-icann-25sep12-en.pdf>
- LIPTON, J. D. (2013). *Comment on Closed Generic TLDs*, disponible en <http://forum.icann.org/lists/comments-closed-generic-05feb13/msg00123.html>
- MATTHEWS, C. (2012). "Will Amazon Take Over the World?", en Time Magazine (ed. 16 de julio de 2012), disponible en <http://business.time.com/2012/07/16/will-amazon-take-over-the-world/>.
- MCCARTHY INSTITUTE FOR INTELLECTUAL PROPERTY AND TECHNOLOGY LAW (2013). *Closed Generic Top Level Domains (gTLDs)*, disponible en <http://forum.icann.org/lists/comments-closed-generic-05feb13/pdf9GMzNECm9D.pdf>.
- NEYLON, M. et. al. (2013). *Letter to Chehade et. al.*, disponible en <http://newgtlds.icann.org/en/program-status/correspondence/neylon-et-al-to-chehade-et-al-24sep12-en.pdf>
- PARISIER, E. (2011), *The Filter Bubble: What the Internet Is Hiding from You*.
- PATAGONIA, INC. (2012). *New gTLD Application Submitted to ICANN*, disponible en <https://gtdresult.icann.org/application-result/applicationstatus/applicationdetails/1466>
- RODENBAUGH, M. (2013). *Response to ICANN Request for Public Comments re "Closed-Generic" TLD Applications* (2013), disponible en <http://forum.icann.org/lists/comments-closed-generic-05feb13/pdfQBfDbwE209.pdf>



Derechos humanos en línea: una agenda aún pendiente para la sociedad civil de América Latina y el Caribe §

Valeria Betancourt*

Resumen

Este artículo destaca la importancia de la libertad de expresión y otros derechos humanos en línea para potenciar el uso de Internet como un instrumento de democratización y enfatizar la necesidad estratégica de la colaboración y convergencia entre las organizaciones de derechos humanos y las organizaciones que trabajan con el Internet para el desarrollo y la justicia social.

Palabras clave: libertad de expresión, derechos humanos, gobernanza de Internet, América Latina y el Caribe.

I. Introducción

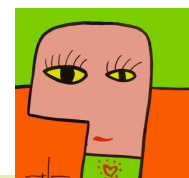
Las tecnologías de información y comunicación, particularmente Internet, se han erigido como facilitadoras del desarrollo y de la equidad social. El acceso a redes de banda ancha y telefonía móvil ha ampliado las posibilidades para la construcción, deconstrucción y reconfiguración de las estructuras sociales, culturales, políticas y económicas en las que las personas viven. Dicho acceso habilita a individuos y colectivos a ejercer su derecho a hablar, impartir opiniones, compartir ideas, construir conocimiento y acceder a información.

Si bien la universalización del acceso de bajo costo a banda ancha es uno de los desafíos persistentes para América Latina y el Caribe (ALC)¹, no es el único y el más importante a enfrentar. Una vez que se ha procurado el acceso, el desafío crucial es mantenerlo. Si se

§ Este artículo contó con aportes del equipo del Programa de Políticas de Comunicación e Información de la Asociación para el Progreso de las Comunicaciones, APC.

* Activista de la información y comunicación para el desarrollo. Directora el Programa de Políticas de Comunicación e Información de la Asociación para el Progreso de las Comunicaciones (APC – www.apc.org). Trabaja en políticas de TIC en países en desarrollo, gobernanza de Internet y derechos en Internet, a través de la investigación, la incidencia política y el fortalecimiento de las capacidades de organizaciones de sociedad civil. Miembro del Grupo Asesor Multisectorial del Foro de Gobernanza de Internet de Naciones Unidas (2010-2012). Es socióloga y cursó la maestría en Estudios de la Cultura con mención en Comunicación en la Universidad Andina Simón Bolívar en Ecuador. Correo electrónico: valeriab@apc.org

¹ Estudios recientes de la Unión Internacional de Telecomunicaciones señalan que menos del 10% de la población mundial accede a conexiones de banda ancha.



espera que Internet sea usada efectivamente por las personas para transformar sus vidas y sus sociedades, es necesario que ellas puedan expresarse libre y seguramente en línea. Sin embargo, preservar el acceso libre y seguro se torna cada vez más difícil debido al creciente control que los gobiernos y las corporaciones tratan de ejercer sobre las redes y los servicios. Por un lado, se reconoce el acceso a Internet como habilitador de la libertad de expresión y del acceso a información. El caso de Chile y la adopción de la ley sobre neutralidad de la red que garantiza la no discriminación de contenidos y aplicaciones por parte de los proveedores de servicios de Internet es uno de los referentes paradigmáticos.² Pero, por otro lado, son cada vez más tangibles los intentos y prácticas adoptadas por algunos gobiernos y otros actores que criminalizan la expresión y la asociación en línea en nombre del interés público, de la seguridad nacional, del combate a cibercrimen o en defensa de intereses políticos, comerciales o de otra índole.

El bloqueo, control y manipulación de contenidos; el retiro de contenidos en línea por parte de proveedores de servicios sin un debido proceso; la interferencia con la privacidad y la protección de datos personales; la limitación de la calidad del acceso por parte de operadores y proveedores de servicios a fin de dar preferencia a ciertas aplicaciones y contenidos; la creciente presión por parte de los gobiernos sobre los intermediarios de Internet para controlar el Internet; la aplicación radical de la legislación de propiedad intelectual, entre otros aspectos, son prácticas cada vez más frecuentes y sofisticadas. Son conocidos los planes de Venezuela, por ejemplo, de establecimiento de un punto único de intercambio de tráfico en el país que permite monitorear y restringir el acceso a contenidos que atenten contra la seguridad de la nación y que alteren el orden público.³

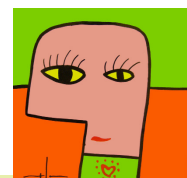
La tradición y experiencia de promoción, respecto y defensa de la libertad de expresión y otros derechos humanos en la región es vasta. Una de las interrogantes que surge es cómo responder, desde ese acumulado, a las cuestiones geopolíticas actuales de la gobernanza de Internet que están relacionadas con el ejercicio de derechos humanos en el entorno digital en América Latina. Este artículo se propone resaltar la importancia de la libertad de expresión y otros derechos humanos en línea para potenciar la posibilidad de usar el acceso a Internet como un instrumento de democratización y enfatizar en la necesidad estratégica de la colaboración y convergencia entre las organizaciones de derechos humanos y las organizaciones que trabajan con el Internet para el desarrollo y la justicia social.

II. Derechos humanos en Internet: un área de creciente preocupación global

Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México y Perú fueron parte del grupo de 85 países de distintas regiones que aprobaron la resolución del 5 de

² <http://www.neutralidad.cl/>

³ “VENEZUELA | La ‘ley Resorte’ se extiende a Internet”. <http://www.rsf-es.org/news/venezuela-la-ley-resorte-se-extiende-a-Internet/>



julio de 2012 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que establece que “los mismos derechos que las personas tienen fuera de Internet deben ser protegidos cuando están conectadas” y que reconoce “el carácter global de Internet como fuerza para acelerar el progreso hacia el desarrollo”.⁴ La resolución no solo sienta un precedente importante para la vigencia de los derechos humanos en línea sino que establece las bases para avanzar en la adopción de medidas que precautelen y aseguren su ejercicio pleno en concordancia con lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Frank La Rue, Relator Especial de Libertad de Opinión y Expresión de las Naciones Unidas, ha sido enfático en señalar que

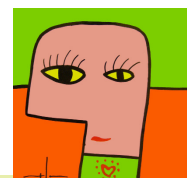
“Internet incrementa enormemente las capacidades de los individuos de disfrutar de su derecho a la libertad de opinión y de expresión, incluyendo el acceso a la información, que facilita el ejercicio de otros derechos humanos como el derecho a la educación y la investigación, el derecho a la libertad de asociación y reunión, el derecho al desarrollo y a la protección del medio ambiente. Internet estimula el desarrollo social y político y contribuye al progreso de la humanidad como un todo, pero es especialmente un instrumento que fortalece la democracia facilitando la participación ciudadana y la transparencia. Internet es la plaza pública donde todos podemos participar” (La Rue, 2011).

Por su parte, durante el Panel de Expertos del Consejo de Derechos Humanos sobre libertad de expresión e Internet, Navi Pillay, Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, enfatizó la importancia de una evaluación de impacto de derechos humanos cada vez que se plantean desarrollos de políticas de Internet.⁵ Estos avances muestran la receptividad del Consejo de Derechos Humanos para considerar los derechos humanos en su relación con el desarrollo de políticas y la gobernanza de Internet. Estos desarrollos se erigen también sobre el trabajo relativo a libertad de expresión en Internet realizado por Frank La Rue, Relator Especial de Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión. Este Relator y la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de Estados Americanos (OEA), Catalina Botero Marino; la Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, Dunja Mijatović; y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), Faith Pansy Tlakula emitieron una declaración conjunta donde establecen lineamientos para proteger la libertad de expresión en Internet. Según esta declaración, “la libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación”⁶. El abordaje de las políticas y la gobernanza de Internet desde una perspectiva de derechos humanos implica explorar no solo los derechos civiles

4 Consejo de Derechos Humanos, Vigésima sesión, Ítem de la agenda número tres: http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/d_res_dec/A_HRC_20_L13.doc

5 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Declaración de Apertura del panel del Consejo de Derechos Humanos sobre libertad de expresión e Internet, 29 de febrero de 2012.

6 Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet, junio de 2011, <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=848&IID=2>



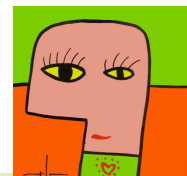
y políticos sino también los derechos sociales, económicos y culturales.

La relación entre derechos humanos e Internet es compleja y no está exenta de matices. Si bien el acceso a Internet ha potenciado la habilidad para ejercer la libertad de expresión, también es cierto que ha dificultado el ejercicio de otros derechos tales como el de la privacidad. Al tiempo que se pregona la vigencia del Estado de derecho, la libertad de expresión, la libertad de asociación, la privacidad, el derecho al debido proceso, la presunción de inocencia (entre otros derechos otrora incuestionables), se trata de derechos actualmente al arbitrio de poderes gubernamentales o de intereses económicos cuando se trata de su ejercicio en el entorno digital. Conviene, además, no perder de vista que en la estructura central de Internet y en la base de sus protocolos técnicos están embebidos principios de libertad, apertura y democracia⁷ que entran en tensión con los intentos de apropiación privada, de centralización y control de la infraestructura de la red y los contenidos que por ella circulan.

¿Qué impacto tienen y cómo se traducen estas tensiones en el ejercicio de la libertad de expresión y otros derechos humanos en Internet? ¿Cómo se está dando respuesta a estas tensiones desde las políticas públicas y los desarrollos legislativos en la región? En el escenario ideal, las políticas de Internet en las esferas nacionales y en la global deberían desarrollarse en partir de principios de derechos humanos a fin de crear un entorno legal y regulatorio que maximice el potencial social, económico, político y cultural del Internet. Pero, ¿qué está sucediendo en América Latina en esta materia?

Al igual que en otras regiones, en América Latina y el Caribe las medidas de seguridad nacional están cada vez más vinculadas a políticas de seguridad regionales y globales determinadas, en gran medida, por mecanismos bilaterales o multilaterales en el marco de negociaciones comerciales como el Acuerdo Comercial Anti Falsificación (ACTA) o los acuerdos de libre comercio. Es necesario revisar críticamente los alineamientos de los gobiernos en estos temas. Durante el Panel de Expertos sobre Libertad de Expresión e Internet (convocado a inicios de 2012 por el Consejo de Derechos Humanos) países como Irán, China, Filipinas y los Estados Unidos se refirieron específicamente a cuestiones relacionadas con la seguridad como motivos para restringir la libertad de expresión en Internet. Países de la región como Uruguay y Perú se refirieron a las medidas de cooperación internacional que pueden ayudar a incrementar la seguridad de la infraestructura de la red en los países en desarrollo y se preguntaron sobre el rol que juega la comunidad internacional para el logro del balance entre las restricciones y la libertad de expresión. Si bien los alineamientos de los países de la región sobre estos temas en el marco del Consejo de Derechos Humanos no están claros, resulta interesante que los gobiernos de ALC, a través de la Comisión Interamericana de Telecomunicaciones (CITEL), dejaron clara su posición con relación a la no inclusión de Internet en el ámbito de incumbencia de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) durante el proceso de revisión

⁷ Avri Doria y Joy Liddicoat sostienen que Internet es una red que empodera en los bordes más que en el centro, lo que hace que sea una plataforma profundamente democrática en la que se cultivan y fomentan los derechos de las personas (DORIA, A. y LIDDICOAT, J. 2012).



de las Regulaciones Internacionales a finales del 2012 llevado a cabo en la Conferencia Mundial de Telecomunicaciones en diciembre de 2012 en Dubai.⁸

A pesar de ello, la región experimenta una tendencia a la adopción de prácticas atentatorias a los derechos humanos. Un ejemplo es la confiscación, por parte del FBI, del servidor de Riseup y May First/People Link⁹ en abril de 2012, en donde se atacó flagrantemente el principio de anonimato en línea por una supuesta conexión con amenazas de bomba en la Universidad de Pittsburgh. Otro ejemplo, ya referido, es el del control de la infraestructura de la red con el propósito de vigilar y filtrar contenidos que resultan adversos a determinado proyecto político, como es el caso de Venezuela y la instalación de un único punto de intercambio de tráfico. El sonado caso de la llamada *Ley Lleras* en Colombia ilustra el tipo de desarrollo legislativo orientado a regular el contenido en línea mediante la intervención directa de los proveedores de servicios de Internet. Esta ley otorgaba a los proveedores potestades para retirar y/o bloquear, como medida preventiva, contenidos que, en la opinión de un tercero, violen los derechos de autor (Chamorro Rojas, 2011). En Argentina, son conocidas las acciones legales interpuestas por celebridades contra intermediarios de Internet (Yahoo! y Google específicamente) por atentar contra su privacidad y su honra. “El conocido caso de la cantante argentina Virginia Da Cunha [en], que demandó a Yahoo! y a Google después de que su imagen fuera reproducida en sitios web con contenido sexual y pornográfico sin su consentimiento, llegó a la Corte Suprema” (Manuli, 2013). Los jueces de Cámara habían resuelto que los buscadores contribuyeron con la difusión del contenido difamatorio, y puesto que “el motor de búsqueda tenía las capacidades técnicas para evitar que esto ocurriera, podría responsabilizarse por la ofensa, aunque no crearon ni promocionaron las imágenes difamatorias en modo alguno” (Id. supra).

La acción legal interpuesta contra Rodrigo Ferrari en Chile por supuesta usurpación del nombre del empresario Andrónico Luksic llamó mucho la atención.

“Tras dos años de investigación, [iniciada por los abogados de Luksic] el Ministerio Público lo señalaba como único autor de @losluksic, una cuenta en la famosa red de microblogging, donde se parodiaba la opulencia de la familia-consorcio-empresarial, con un mosaico de dólares en el fondo [...] El caso en su contra dio pie a una investigación donde se vulneró el debido proceso, al recabar información personal privada sin una orden judicial que ampare dicho procedimiento, ni antecedentes que lo justifiquen”.¹⁰

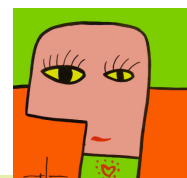
Ferrari finalmente fue sobreesido de todos los cargos por la jueza de la causa.

Más recientemente, la negociación del Acuerdo de Asociación TransPacífico de Libre Comercio (conocido como TPP, por sus siglas en inglés, y que incluye, entre los países de América Latina, a Chile, Perú y México), particularmente su capítulo de propiedad

8 <http://www.itu.int/en/wcit-12/Pages/default.aspx>

9 <http://www.apc.org/en/news/apc-statement-Internet-rights-organisations-strong>

10 “Se cierra el caso Luksic: ¿es la libertad de expresión en Chile un mal chiste?”. <http://www.derechosdigitales.org/5446/caso-luksic-libertad-de-expresion/>



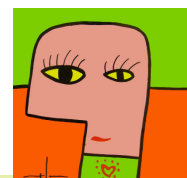
intelectual, genera alarma por las implicaciones que puede tener en materia de libertad de expresión, privacidad y debido proceso en Internet. Organizaciones tales como Derechos Digitales¹¹ señalan que la negociación es antidemocrática (toda vez que no ha hecho público el contenido del acuerdo) y que presenta graves riesgos para el ejercicio de derechos humanos en Internet. Se han filtrado textos del tratado que dan cuenta de que promueve la censura y criminaliza, por defecto, a todos los ciudadanos. Por ejemplo, se podrían bajar o bloquear contenidos sin orden judicial, así como desconectar a usuarios identificados como violadores de derechos de autor, quienes también podrían terminar en la cárcel o pagando altísimas multas. Es muy probable que en Perú, por ejemplo, se considere como un delito el desbloqueo o “jailbreaking” de los dispositivos electrónicos. Se avizora que esas políticas pueden ser inclusive más restrictivas que SOPA, PIPA y ACTA. Y tienen un alcance que va más allá de los países específicos que hacen parte del acuerdo.¹² Se trata de acuerdos multi-nacionales y leyes nacionales que buscan proteger la propiedad intelectual de manera desproporcionada y poco sostenible para el contexto de los países en desarrollo, con impactos en el acceso al conocimiento y otros derechos humanos. Casos como los referidos son una clara señal de que, en el contexto de los gobiernos democráticos, están sentadas las condiciones para sortear arbitrariamente el Estado de derecho.

Las corporaciones están también ejerciendo formas de control que no siempre son visibles para los usuarios pero que apuntan a maximizar sus ganancias económicas. Son cada vez más los espacios creados (en redes sociales, por ejemplo) donde las empresas toman ventaja de la información personal de los usuarios con propósitos comerciales a través de publicidad dirigida. No es un secreto que los grandes proveedores de contenidos llegan a acuerdos con los proveedores de telefonía e Internet móvil para colocar a disposición de los usuarios sus contenidos sin cargos, mientras que el acceso a cualquier otro contenido debe ser cubierto por los usuarios finales, lo cual contraviene la neutralidad de la red.

Adicionalmente, las empresas que producen ganancias a partir de la distribución de contenidos apuntan a incrementar el control y tornar responsables a los proveedores de servicios de Internet y otros intermediarios por los usuarios que infringen leyes de derecho de autor. Esta tendencia a colocar la responsabilidad por lo que los usuarios hacen en línea en los proveedores y otros intermediarios contiene un alto riesgo para la libre expresión y el libre flujo de información. El riesgo se incrementa frente al desconocimiento de los usuarios (especialmente los nuevos) de la naturaleza abierta y libre del Internet y de la importancia de la evolución histórica de Internet, resultante del hecho de que la experiencia de acceso a Internet actualmente está mediada por el filtrado, los jardines amurallados, la privacidad comprometida y socavada por el uso de los datos personales con fines comerciales.

¹¹ <http://www.derechosdigitales.org>

¹² <http://www.derechosdigitales.org/tag/tpp/>



III. La gobernanza de Internet y los derechos humanos en línea

Es necesario tener presente que la promesa de Internet como una herramienta para el desarrollo continúa sin cumplirse para un gran segmento de la población de la región, a pesar del crecimiento significativo de la penetración de Internet en América Latina y el Caribe.¹³ Las disparidades en el acceso a Internet exacerban otras brechas sociales y económicas existentes. La adopción de un enfoque de derechos humanos para abordar la gobernanza de Internet ¹⁴ es crucial para asegurar un acceso universal, abierto y asequible a Internet, así como para integrar el desarrollo de políticas de Internet con objetivos de desarrollo.

El acceso de calidad, asequible, libre y abierto a Internet responde a un concepto multifacético. Incluye acceso a la infraestructura y contenidos e implica la posibilidad de ejercer la libertad de expresión y asociación, así como la protección de los derechos sociales, culturales y políticos mediante el desarrollo de marcos políticos y regulatorios favorables para ese efecto. Y, viceversa, el enfoque de derechos humanos es cada vez más visto como una premisa para demandar políticas que aseguren el acceso de calidad y asequible para todos/as.

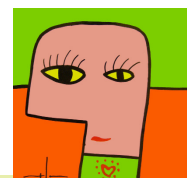
Muchas de estas discusiones se dan en el ámbito de la gobernanza de Internet. De acuerdo con la definición consensuada en la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información, organizada por las Naciones Unidas en 2003 y 2005, la gobernanza de Internet

“consiste en el desarrollo y aplicación, por parte de los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil, en sus roles respectivos, de principios, normas, reglas, procedimiento de toma de decisión y programas comunes que dan forma a la evolución y el uso de Internet.”¹⁵

13 “La cantidad de La cantidad de usuarios de Internet en América Latina y el Caribe aumentó de 240 millones a más de 255 millones en los últimos seis meses, lo que representa un crecimiento de 6% [...] Hoy cuatro de cada diez latinoamericanos tiene acceso a Internet, una cifra que se espera crezca en los próximos 30 meses hasta alcanzar una penetración de 60%, lo que supone grandes esfuerzos de todas las organizaciones que trabajan en el desarrollo de la Sociedad de la Información”. “Crece y se multiplica”, disponible en http://www.montevideo.com.uy/nottecnologia_200834_1.html

14 El Grupo de Trabajo sobre la Gobernanza de Internet, creado por el Secretario General de las Naciones Unidas en diciembre de 2003 amparado en el mandato de la primera fase de la Cumbre Mundial para la Sociedad de la Información (CMSI), acordó la siguiente definición de trabajo: “La gobernanza de Internet es el desarrollo y la aplicación por los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil, en las funciones que les competen respectivamente, de principios, normas, reglas, procedimientos de adopción de decisiones y programas comunes que configuran la evolución y la utilización de Internet.” Es importante señalar que el Grupo de Trabajo enfatiza en que la gobernanza de Internet no está únicamente relacionada con el manejo de los nombres, direcciones y números de Internet sino que involucra otros recursos críticos de Internet y cuestiones de desarrollo atinentes a la utilización de Internet, como el acceso, entre otras. “Report of the Working Group on Internet Governance”. Disponible en <http://www.itu.int/wsis/wgig/docs/wgig-report.pdf>

15 Informe del Grupo de trabajo sobre gobernanza de Internet, junio de 2005: <http://www.wgig.org/docs/WGIGREPORT.pdf>



Estas discusiones están marcadas por un proceso promovido por Naciones Unidas llamado Foro de Gobernanza de Internet (FGI), que además de diferentes instancias regionales y nacionales implica un encuentro global anual donde participan actores de los gobiernos, la sociedad civil y el sector privado. El FGI es considerado un modelo de participación multisectorial, donde los diferentes actores participan en plan de igualdad.

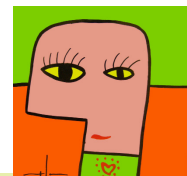
En la medida en que los gobiernos introducen acciones orientadas a incrementar el control sobre la actividad en línea de la ciudadanía, se torna crítica la necesidad de una gobernanza de Internet basada en principios de interés público, en principios y estándares de derechos humanos, con la participación efectiva de todas las partes interesadas. La participación multisectorial no es, sin embargo, un fin en sí misma: va más allá de la representación y el diálogo. La apertura y transparencia de los procesos se construye a partir del establecimiento de mecanismos efectivos para la inclusión de todos los actores. Ello demanda de la institucionalización de la participación en igualdad de condiciones de todos los grupos de interés o partes interesadas en procesos transparentes de toma de decisión y desarrollo de políticas.

Un ejemplo relevante sobre los límites a la participación de la sociedad civil la ofrece la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT). A diferencia del FGI, la participación en la UIT está reservada exclusivamente a los gobiernos (las organizaciones de la sociedad civil pueden participar en tanto invitadas por las delegaciones nacionales o como observadoras), lo que desvirtúa las autoproclamas de apertura y transparencia de esa institución.

Efectivamente, con excepción del Foro de Gobernanza de Internet, los espacios, instituciones y procesos relacionados con la gobernanza de Internet no han avanzado significativamente en concretar la participación multisectorial más allá de propiciar consultas con los diversos actores y estimular un diálogo entre ellos. Esto se torna crucial cuando quienes están accediendo a Internet por primera vez experimentan menor libertad que aquellos que se conectaron en la etapa inicial de su desarrollo. Peor aún, muchos no están siquiera al tanto de que sus libertades en Internet están bajo amenaza o están ya restringidas.

Un ejercicio reciente de mapeo de temas y actores de la gobernanza de Internet realizado por APC trató de aportar a la comprensión de la intersección entre derechos humanos e Internet y ubicar temáticas relacionadas con derechos dentro del panorama más amplio de políticas públicas de Internet. En cuanto a los temas clave de la gobernanza de Internet, el mapa generado da cuenta de que

“[a]lgunos de estos se refieren a cuestiones técnicas como normas de Internet y coordinación/administración; otros se refieren a asuntos políticos amplios como intercambio económico, desarrollo e impacto ambiental; y otros tratan más específicamente problemáticas de derechos, cultura y gobernanza”



como se ilustra en la figura a continuación, tomada de Souter (2011):

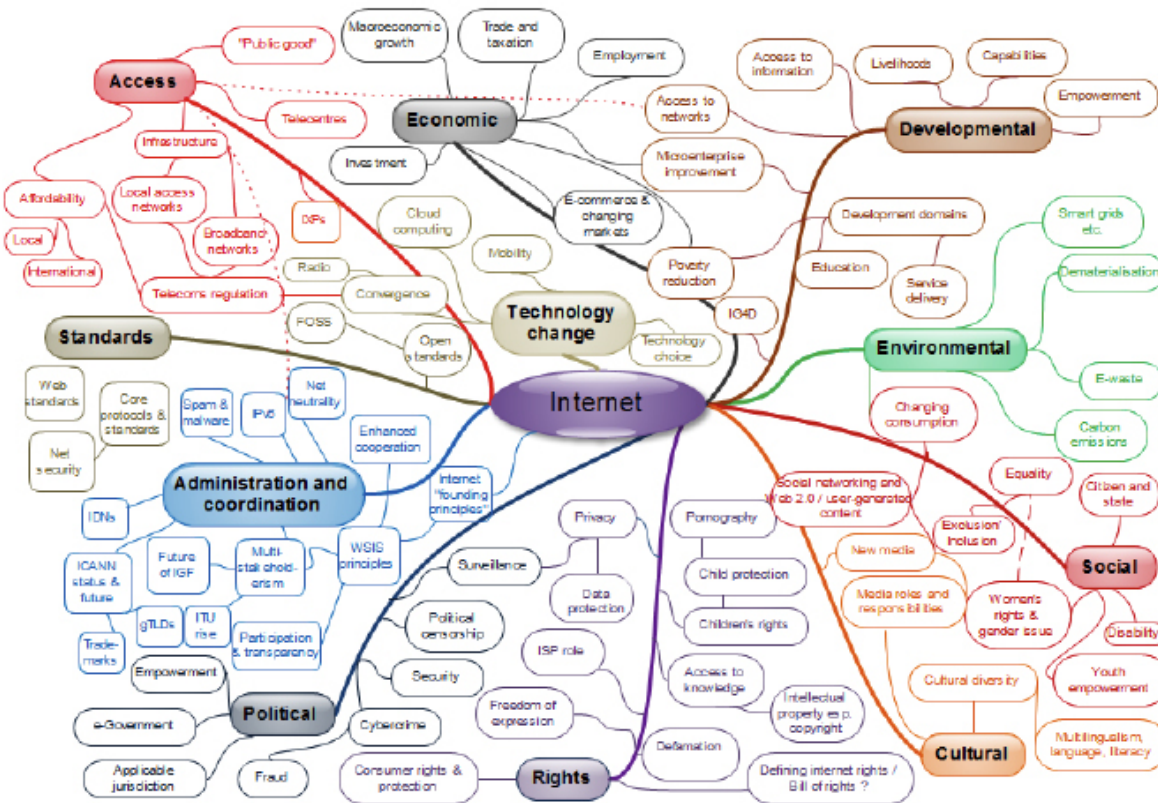
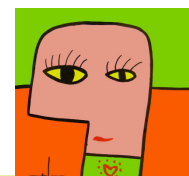


Gráfico 1
Fuente: Souter 2011

En lo concerniente a los actores, tenemos que

“[e]n la práctica, este entorno incluye diversas instituciones tanto del sector público como del ámbito de la gobernanza de Internet. Las decisiones que conciernen a los alcances de la libertad de expresión, por ejemplo, surgen de la interacción entre marcos de derechos internacionales, gobiernos nacionales, empresas privadas como las proveedoras de servicios de Internet que pueden abrir o cerrar el acceso a la información o la expresión, ciudadanos y ciudadanas que utilizan Internet como medio de expresión (y muchas veces eluden restricciones legales) y organizaciones de la sociedad civil, algunas de las cuales buscan ampliar la libertad de expresión y otras que buscan acotarla” (Souter, 2011).



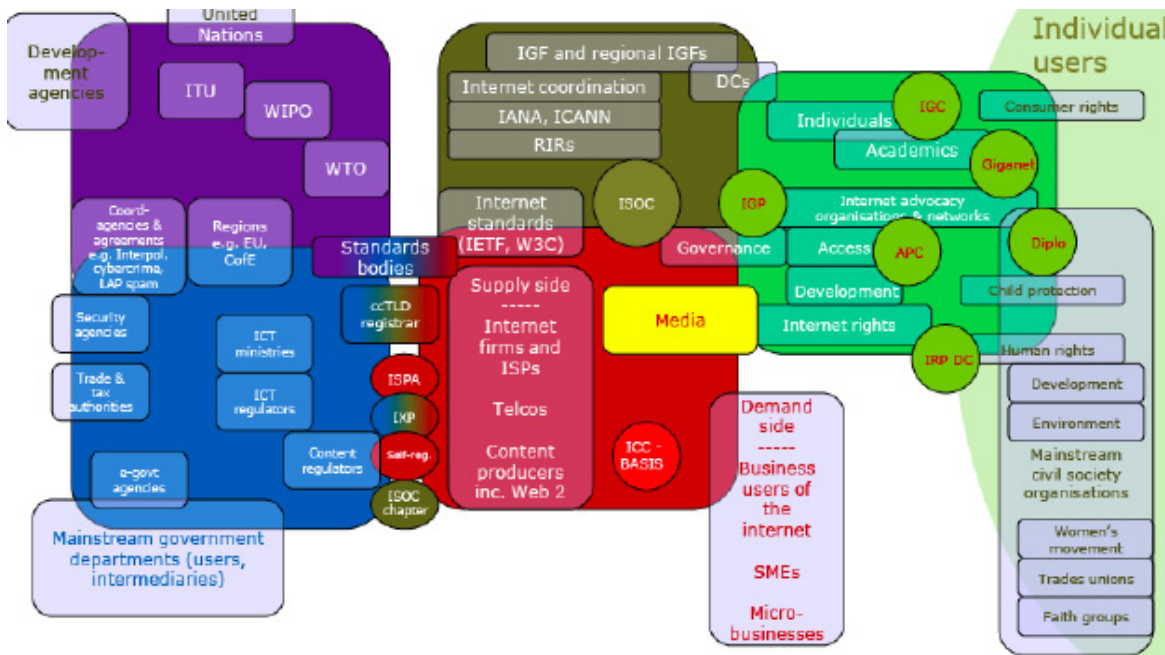


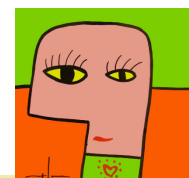
Gráfico 2

Fuente: Souter 2011

“La pregunta acerca de si Internet cambia los derechos y libertades dispuestos en la DUDH no es nueva pero es importante. El argumento es que cambia la capacidad para ejercer esos derechos y que para muchos actores esto ha cambiado el sentido de los derechos en formas no previstas cuando la Declaración fue acordada. Esto convierte a la relación entre Internet y el régimen internacional de derechos en un tema relevante de políticas públicas, que las instituciones de gobernanza y otras partes interesadas deberán abordar.” (Souter, 2011).

IV. El rol de la sociedad civil

¿Qué aporte están haciendo las organizaciones de sociedad civil del sur a la construcción de una agenda regional y global de derechos humanos en Internet? Son pocos aún los grupos que trabajan con derechos humanos en Internet en América Latina que tengan experiencia directa de trabajo con los mecanismos nacionales, regionales y globales de derechos humanos. Es, además, limitado el nivel de articulación entre los grupos que se enfocan en Internet como área primaria de trabajo y las organizaciones de derechos humanos en la perspectiva de maximizar capacidades y ampliar las posibilidades de incidencia efectiva alrededor de la promoción y defensa de los derechos humanos en línea. Son pocos también los grupos de sociedad civil que trabajan en los espacios de Naciones Unidas en temas relacionados con Internet y derechos humanos. Como resultado, son los gobiernos quienes primordialmente están conduciendo la agenda de libertad de expresión, libertad de asociación y otros derechos en Internet en el Consejo de Derechos Humanos, en el que el espacio para las voces de la sociedad civil es bastante reducido. Resulta paradójico, además, que gobiernos que están impulsando la agenda de derechos humanos en Internet en el Consejo de Derechos Humanos frenen la adopción de los derechos humanos como tema central del Foro de Gobernanza de Internet (FGI).



Desde 2001, cuando APC desarrolló su Carta de Derechos en Internet, la preocupación por las libertades y los derechos en Internet tomó fuerza y está dando lugar al surgimiento de un movimiento global. Sin embargo, la mayor parte de grupos están basados en Europa y América del Norte, muy pocos integran los derechos humanos con los derechos de las mujeres o con objetivos de desarrollo y justicia social, y pocos son activos en políticas y regulación de comunicación o han desarrollado un entendimiento práctico del acceso a Internet y de las razones por las que su universalización no ha sido lograda aún.

Una investigación reciente realizada por APC indica que

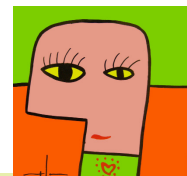
“hay un sentir generalizado [en organizaciones de derechos humanos] acerca de que el impacto de Internet requiere una reinterpretación de algunos derechos humanos para ajustarse a su ejercicio y dar respuestas a violaciones de una manera que no está obviamente cubierta por el régimen internacional de derechos humanos [...] Se percibe la relación entre las organizaciones de derechos humanos y la comunidad de Internet como relativamente limitada. Hay un sentir de que los activistas de Internet están instintiva y positivamente inclinados hacia los derechos humanos, pero que carecen de una comprensión de los mismos y de los mecanismos que las organizaciones de derechos humanos consideran como centrales para su trabajo (como los instrumentos legales y los procesos de Naciones Unidas) [...] Las organizaciones de derechos humanos reconocen las limitaciones de su propia comprensión sobre el Internet y de sus impactos presentes y futuros en la sociedad”. (Souter, 2012).

Es por ello que las organizaciones de sociedad civil de América Latina, tanto las que trabajan con derechos humanos como las de la comunidad de Internet, jugarán un rol clave en el establecimiento de diálogos abiertos que permitan avanzar en la comprensión de la experiencia especializada que cada grupo ostenta y avanzar en la construcción de sinergias sobre la base de entendimientos comunes y agendas compartidas. La sociedad civil de la región tiene también un papel importante que asumir en la configuración de un movimiento global del sur que trabaje de manera sistemática y rigurosa en la promoción y defensa de los derechos humanos en línea.

Una manera constructiva de involucramiento en áreas de política pública de Internet es participar en el Examen Periódico Universal, un mecanismo de Naciones Unidas que consiste en examinar las prácticas en derechos humanos de todos los Estados del mundo una vez cada cuatro años y medio. La sociedad civil puede involucrarse en este proceso con la intención de poner sobre la mesa los temas de derechos humanos relacionados con Internet y hacer un llamado para que los gobiernos asuman responsabilidades en ese sentido.

Este tipo de proceso permite a las organizaciones de la sociedad civil de diferentes países entablar un diálogo más directo con sus gobiernos. En el caso de Ecuador, una de las consecuencias del Examen Periódico Universal fue que las recomendaciones fueran acogidas formalmente por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo para el establecimiento de las metas del Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017.

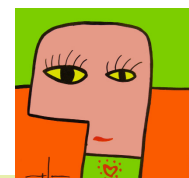
La discusión sobre los derechos humanos en Internet y los desarrollo regulatorios y legislativos en la materia no pueden librarse a los gobiernos únicamente. Las organizaciones



de sociedad civil deben hacer parte activa y propositiva del desarrollo de políticas públicas de Internet si se quiere capitalizar su potencial para el ejercicio democrático, el desarrollo y la justicia social y el reforzamiento de una cultura de no tolerancia a la restricción de derechos humanos dentro y fuera de Internet.

Referencias citadas

- Consejo de Derechos Humanos, Vigésima sesión, Item de la agenda número tres: http://ap.ohchr.org/documents/E/HRC/d_res_dec/A_HRC_20_L13.doc
- CHAMORRO ROJAS, L. (2011) "Movilización social en defensa de los derechos digitales y contra la 'Ley Llera'". <http://giswatch.org/es/country-report/social-mobilisation/colombia>
- DORIA, A. y LIDDICOAT, J. (2012). "Derechos humanos y protocolos de Internet: Comparación de protocolos y principios". <http://www.apc.org/es/pubs/derechos-humanos-y-protocolos-de-Internet-comparacion>
- LA RUE, F. (2011) *Global Information Society Watch 2011, Internet Rights and Democratisation*. Johannesburgo: APC y Hivos (prefacio, p.7).
- MANULI, G. (2013). "La ubicación importa: Difamación en línea en América Latina". <http://es.globalvoicesonline.org/2013/03/11/la-ubicacion-importa-difamacion-en-linea-en-america-latina/>
- SOUTER, D. (2011). "Mapeando los derechos en Internet y la libertad de expresión". <http://giswatch.org/es/mapping-democracy/freedom-expression/mapeando-los-derechos-en-Internet-y-la-libertad-de-expresion>
- SOUTER, D. (2012) "Human rights and the Internet: a review of perceptions in human rights organisations. Report to the Association for Progressive Communications". <https://www.apc.org/en/pubs/human-rights-and-Internet-review-perceptions-human>



Los intermediarios y los desafíos para la libertad de expresión en Internet *

Ramiro Álvarez Ugarte § y Eleonora Rabinovich ‡

I. Presentación

La cuestión de la responsabilidad de los intermediarios de Internet por contenidos producidos por terceros se hizo visible en Argentina por una combinación un tanto aleatoria de distintas causas: una doctrina civilista alejada del derecho constitucional, un impacto excesivo de esa doctrina en la justicia civil de la Ciudad de Buenos Aires y el buen ojo litigante de abogados de “ricos y famosos”.

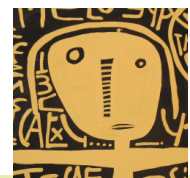
Los casos judiciales que se han ido generando en los últimos años se refieren, en general, a personas famosas del mundo del espectáculo que se quejan por la utilización no autorizada de su imagen por terceros o por el vinculación de sus nombres con páginas de contenido reprochable. Más de 150 casos de este tipo han sido iniciados. Generalmente, en estos casos los actores piden la eliminación de los vínculos entre su nombre o imagen y las páginas web que les generan agravio. En algunos casos buscan una compensación económica por daños.

Estas demandas se encuentran en diferentes etapas procesales. Hasta el momento ha habido sólo dos decisiones sobre la cuestión de fondo en los casos que involucran a buscadores: la mayor parte de la jurisprudencia desarrollada hasta ahora se relaciona con medidas cautelares que ordenan eliminar los resultados de las búsquedas que los actores consideran violatorios de sus derechos. Además de estos casos, ha habido denuncias por contenidos discriminatorios y difamatorios en sitios web o por parte de usuarios de redes sociales.

* Este artículo está basado en dos trabajos anteriores, “Viejos principios, nuevos problemas: Una mirada amplia sobre la libertad de expresión, la privacidad y los buscadores de Internet” de Ramiro Alvarez Ugarte y “Challenges Facing Freedom of Expression: Intermediary Liability in Argentine Case-Law” de Eleonora Rabinovich. Agradecemos a Atilio Grimani, que colaboró en la actualización de la información y en la redacción final del documento.

§ Ramiro Álvarez Ugarte es abogado de la Universidad Católica Argentina (UCA) y LLM de la Universidad de Columbia. Actualmente, dirige el área de Acceso a la Información Pública de la ADC.

‡ Eleonora Rabinovich es abogada graduada de la Universidad de Buenos Aires (UBA) y Máster en Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Nueva York (NYU); actualmente se desempeña como directora adjunta en la Asociación por los Derechos Civiles (ADC).



Detrás de todos estos casos se ponen en juego principios fundamentales del derecho constitucional que tienen que ver con el lugar que ocupa la libertad de expresión como condición de funcionamiento de una sociedad democrática. Este artículo de la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) propone una mirada amplia sobre los problemas jurídicos y de políticas públicas que surgen en el marco del flujo de información en Internet que tiene como centro a los denominados intermediarios de servicios.

En este sentido, los casos judiciales nos dan la oportunidad de reflexionar sobre las cuestiones que subyacen a esos reclamos, sobre los principios que deben guiar a los jueces a la hora de resolverlos y sobre aspectos que se relacionan con la regulación de los intermediarios, una cuestión que ocupa un lugar destacado dentro de las discusiones sobre políticas en Internet en todo el mundo.

II. Los conflictos legales en la Argentina

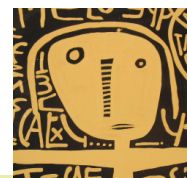
Buscadores en la mira

Antes de exponer los casos que involucran a buscadores de Internet, como Google o Yahoo!, resulta útil especificar, aunque en pocas líneas, la forma en la que funcionan estas herramientas.

Los buscadores de Internet funcionan como intermediarios necesarios entre los usuarios y quienes proveen contenidos en Internet. Son el mecanismo técnico que permite vincular a esos contenidos con las personas interesadas en ellos. Grimmelmann (2007:1-17) ofrece un breve esquema que explica los flujos de información que tienen a los buscadores como centro y las distintas interacciones que se dan entre quienes participan, voluntaria e involuntariamente, del sistema. Identifica cuatro operaciones que se producen gracias a la intermediación de los motores de búsqueda: (a) los buscadores indexan el contenido disperso de la Web; (b) los usuarios introducen términos de búsqueda en los motores; (c) el buscador ofrece al usuario listas de resultados relacionando el contenido indexado con los términos ingresados y (d) el usuario accede al contenido provisto por terceros. Observar en cierto detalle estas cuatro operaciones facilitará el análisis de las características técnicas de los buscadores.

Indexación. Los motores de búsqueda, para poder responder a las búsquedas de los usuarios, deben primero conocer los contenidos que se encuentran dispersos. Ese “conocimiento” se produce a través de programas automáticos de software que recorren Internet y recopilan el contenido que está disponible en los distintos puntos de la red¹. Estos programas son conocidos como “robots”, “arañas” o *crawlers*. Introna y Nissenbaum (2000:169) explican que “[los buscadores] crean un mapa de la Web mediante la indexa-

¹ Cuando nacieron los motores de búsqueda, gran parte de la indexación se hacía en forma manual. Ver INTRONA L. y NISSENBAUM H. (2000:172).



ción de páginas de Internet de acuerdo a palabras clave, y luego crean enormes bases de datos que vinculan el contenido de las páginas con las palabras claves y con las URL [direcciones de Internet]”. Los *crawlers* de los buscadores recorren todos los sitios Web que son públicos: aquellos productores de contenido que no quieran ser indexados pueden evitarlo mediante la inclusión de un simple comando de programación insertado en sus sitios. En Estados Unidos se ha reconocido a los productores de contenido un derecho a no ser indexado por *crawlers* si así lo desean².

Como puede verse, esta tarea de indexación del contenido disperso es el primer paso para poder dar a la información disponible en Internet cierta utilidad. El juez británico Eady en el caso *Metropolitan International Schools Ltd. v. Google Inc.* consideró que era posible trazar una analogía entre lo que ocurre en Internet con cómo funciona una biblioteca:

“Si un académico quiere buscar las referencias de su tema de investigación, puede consultar el catálogo de la biblioteca. Al hacerlo, puede encontrar que hay algunos libros potencialmente relevantes en algún sector de la biblioteca, e ir hasta allí para ver si puede usar el contenido” (Metropolitan, 2009:párr. 52).

Búsquedas. Los usuarios de Internet utilizan los motores de búsqueda para encontrar la información que se encuentra dispersa y que estos motores han indexado. Lo hacen a través de palabras o términos de búsqueda que estiman relevantes para acceder a la información que quieren encontrar.

“Cuando un [usuario] introduce una palabra clave (o frase) –presumiblemente, una que capture adecuadamente el objeto de su interés– la base de datos del motor de búsqueda devuelve al [usuario] una lista de URLs vinculadas con esa palabra clave, idealmente incluyendo todas las que son relevantes al interés del [usuario]”³.

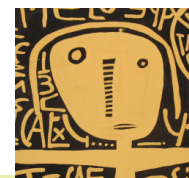
Resultados. Los resultados que ofrece el buscador son ofrecidos en forma de hipervínculos o *links*. Estos son códigos de HTML simples que llevan al usuario a las páginas Web que el buscador estima relevantes de acuerdo a los términos de búsqueda que fueron utilizados. Es en este punto donde los distintos buscadores marcan diferencias entre sí a través de la utilización de “variados algoritmos para sumariar y organizar el vasto mar de contenido disponible” (Grimmelmán, 2007:10). La oferta de resultados, así como la indexación, es un proceso automático logrado a través de algoritmos matemáticos programados en el software⁴.

Contenido. El contenido que es buscado por los usuarios no es ofrecido por los motores de búsqueda: el buscador sólo brinda hipervínculos o *links* a sitios que estima relevantes para la búsqueda de acuerdo con los términos ingresados. El contenido que representa el esquema de Grimmelmán se transfiere directamente de los proveedores de contenido

2 Ver eBay (2000), donde una Corte distrital del Distrito Norte de California ordenó que el agregador de sitios de subasta Bidder’s Edge dejara de enviar sus *crawlers* a la base de datos del sitio eBay.com.

3 En el original en inglés se usa la palabra *seeker*, que aquí fue reemplazada por la palabra “usuario” para evitar confusiones, debido a que la traducción literal de *seeker* es “buscador”. Ver INTRONA L. y NISSENBAUM H. (2000:171).

4 Ver PASQUALE (2006:115-118) donde se argumenta que el “software hace todo el trabajo”.



al usuario; los buscadores solo facilitan el acceso al mismo.

En el esquema de Grimmelmann podemos observar a los “terceros” como ajenos a este flujo de información, lo que no significa que no estén interesados en el mismo. Gran parte de las controversias jurídicas que surgen como consecuencia de estas interacciones afectan a terceros, y los casos judiciales en Argentina que analizaremos continuación los tienen como protagonistas.

Una avalancha de casos

En la Argentina, la mayoría de los conflictos legales generados con motivo de la intermediación de los buscadores entre usuarios y productores de contenido se originaron por terceros que se consideraron afectados por ese flujo de información.

Podemos dividir esos casos en dos categorías bien definidas. Por un lado están algunas pocas demandas iniciadas por funcionarios públicos que buscan eliminar de los resultados ciertos sitios que consideran agraviantes⁵. Por el otro, las demandas iniciadas por figuras públicas que buscan eliminar los resultados que vinculan sus nombres con determinados sitios pornográficos o de prostitución, y que hacen alegado uso indebido de su imagen⁶. La mayoría de las demandas son por daños y perjuicios, pero sólo en algunos casos (*Da Cunha y Krum*, entre ellos) se ha dictado sentencia definitiva. Por el momento, la mayoría de los litigios giran en torno a las medidas cautelares solicitadas por los demandantes tendientes a la eliminación de los resultados de búsqueda que consideran agraviantes.

La jurisprudencia nacional desarrollada hasta el momento, aunque ha ido modificándose, se caracteriza por mostrar una visión particularmente pobre del derecho a la información. Estas visiones son, muchas veces, consecuencia de una inadecuada valoración del rol que los motores de búsqueda cumplen en Internet y de una falta de consideración a las cuestiones constitucionales involucradas en estos asuntos.

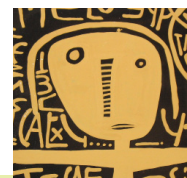
A continuación distinguiremos los principales argumentos utilizados por los jueces para sustentar sus decisiones, según los tipos de casos que hemos mencionado anteriormente.

Casos de funcionarios públicos

En los casos *Servini de Cubría* y *Miragaya*, las salas I y II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal han decidido, a nuestro entender correcta-

5 Casos “*Servini de Cubría c. Yahoo Argentina*” y “*Miragaya, Eduardo c. Yahoo de Argentina S.R.L.*”

6 Entre muchos otros: Casos “*Da Cunha, Virginia c. Yahoo Argentina de S.R.L. y otros*”; “*Mazza, Valeria Raquel c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otros*”; “*Abramo, Laura c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otros*”; “*Prandi, Julieta c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otros*”; “*Unteruberbacher, Nicole c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otros*”; “*Solaro, María Soledad c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otros*”; “*Krum, Andrea Paola c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otros*”; “*Giovanetti, Laura c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otros*”; “*Zamolo, Sofia c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otros*”; “*Crivocapich, Priscila c. Google Inc. y otro*”.



mente, rechazar las medidas cautelares solicitados por los actores, ambos funcionarios del fuero federal. Los argumentos ofrecidos por los jueces para rechazar esas medidas se basan en el carácter de funcionarios públicos de los demandantes y se apoyan en la asentada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y en los principios desarrollados por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, por el cual los funcionarios públicos tienen un umbral distinto de protección. Según esta jurisprudencia, “los funcionarios públicos se han expuesto voluntariamente a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias difamatorias”, y por lo tanto merecen menor protección que los “ciudadanos privados” (Costa, 1987).

En efecto, en *Servini de Cubría* la sala II consideró que las imágenes publicadas en Internet de la jueza federal se relacionaban con su trabajo y como tales están vinculadas a “acontecimientos de interés público” (Servini, 2009: Cdo.4.2). En el mismo sentido, los magistrados consideraron que “la doctora S. de C. [sic] es jueza federal, que además ejerce competencia electoral en el distrito, por lo que sus actos en ejercicio de sus funciones despiertan interés en los medios de difusión y en la sociedad en general” (Servini, 2009: Cdo.4.4).

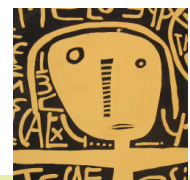
En *Miragaya*, la sala I consideró no procedente acceder a una medida amplia tendiente a eliminar todos los resultados relacionados con ciertos términos de búsqueda, ya que ello violaría la garantía constitucional de libertad de expresión (Miragaya, 2008: Cdo.6). Como en ese caso era posible identificar a los responsables de dos sitios específicos (los de *Seprin* y *Página/12*), el funcionario debería dirigir su acción contra ellos y no contra el intermediario (Miragaya, 2008: Cdo.7). El hecho de que en el caso se conocieran los sitios cuestionados por el actor permitió a los jueces distinguir ese caso de otros casos en los que era “fácticamente imposible” identificar a los responsables por la “gran cantidad” de sitios involucrados (Miragaya, 2008: Cdo.8).

En este sentido, si bien es legítimo sostener –como en *Miragaya*– que las demandas deben dirigirse a los productores de los contenidos y no a los intermediarios, los jueces parecen dejar la puerta abierta para que quienes encuentren difícil identificar a los productores de contenidos cuestionables puedan demandar a los intermediarios, tal como hizo la sala I en otros casos.

Medidas cautelares y sus problemas

Estos casos, que son mayoría en la jurisprudencia argentina, incluyen diversas demandas iniciadas por “celebridades” tales como modelos (casos *Mazza*, *Prandi*, *Unterubacher*, *Zámolo*), cantantes (caso *Da Cunha*) o actrices (caso *Krum*) que accionan en función del uso indebido del nombre y de la imagen en sitios de contenido sexual o pornográfico o relacionados con servicios de prostitución. La mayoría de estos casos, hasta el momento, han producido resoluciones sobre medidas cautelares.

En general, el razonamiento de los jueces que intervienen en estos casos procede de la



siguiente forma. En primer lugar, consideran como no controvertida la vinculación de los nombres de los actores con sitios de contenido sexual sin que exista autorización de ellos para eso. Una vez que establecieron esa vinculación, los jueces consideran –en la amplia mayoría de los casos– que es legítimo ordenar a los buscadores la eliminación de los resultados cuestionados ya que, aunque no son los generadores del contenido, *facilitan* el acceso a las búsquedas. Los jueces han sostenido que los intermediarios deben actuar “por estar en mejores condiciones técnicas fácticas de actuar ante la prevención o reparación del daño injusto” (Unteruberbacher, 2009). Y que “ante la entidad objetiva y fácilmente verificable de la ilicitud del contenido, no puede la empresa responsable del servicio amplificar, con su divulgación, los efectos dañosos en curso” (Zámolo, 2007: Cdo.6).

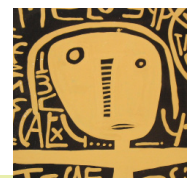
En el caso *Unterubernacher*, los magistrados de la sala I destacaron que la medida cautelar se limita a “los vínculos” que establece el buscador con los contenidos creados por terceros. “[N]o se ordenó aquí la modificación del contenido de tales sitios, sino que la medida se refiere a las conexiones que los buscadores permiten establecer” (Unteruberbacher, 2009: Cdo.4).

En esto consiste el núcleo de las decisiones sobre medidas cautelares relacionadas con figuras públicas. Esta clase de decisiones son compatibles con los casos que involucran a los funcionarios públicos, ya que en estos casos el rechazo de las peticiones se produjo como consecuencia del mayor grado de exposición que deben tolerar quienes ejercen funciones públicas. En los casos de figuras públicas célebres o famosas, esa barrera jurisprudencial está ausente, razón por la cual los jueces han concedido las medidas cautelares en esos casos reconociendo *verosimilitud en del derecho* a los reclamos.

Este resultado jurisprudencial sólo es posible por la errónea valoración de parte de los magistrados del rol de intermediarios *necesarios* de los buscadores que intentaremos explicar en secciones posteriores. Sin excepción, los magistrados argentinos omiten analizar el efecto inhibitorio que sus decisiones tienen sobre terceros y no desarrollan una adecuada ponderación de los valores constitucionales involucrados. En efecto, las medidas cautelares otorgadas ordenan por lo general a los buscadores que se eliminen los resultados de búsquedas que vinculen a los nombres de los actores con páginas de contenido sexual o pornográfico, como en la decisión de primera instancia en el caso *Da Cunha*⁷ al que luego volveremos.

Esta clase de órdenes judiciales son problemáticas por varios motivos, el principal de los cuales es que abarcan más de lo necesario, por el simple hecho de que los términos de búsqueda que utilizan los usuarios son indeterminados. Esta imposibilidad de cumplimiento es técnica y es producto de cómo funcionan los motores de búsqueda y el carácter

7 “Por los fundamentos expuestos, habrá asimismo de procederse a la eliminación de las vinculaciones entre los buscadores de las demandadas y los sitios de contenido sexual, erótico y/o pornográfico que contengan el nombre, imagen y fotografías de VIRGINIA DA CUNHA sin perjuicio de los alcances con que ya fue dictada y cumplida la medida ordenada en el incidente de medidas cautelares y las respectivas ampliaciones.” Da Cunha (2009).



indeterminado, en mayor o menor medida, del lenguaje. Los motores de búsqueda no pueden identificar “personas” o sitios Web que “hablen de esas personas”: se limitan a vincular términos de búsquedas necesariamente imprecisos y polisémicos con contenidos variados y cambiantes.

Debido a que estas órdenes son en general imposibles de cumplir, buscadores como *Yahoo* se han visto obligados a eliminar *todos* los resultados ante la búsqueda de ciertos términos específicos. Por ejemplo, si introducimos los términos “Valeria + Mazza”, “Julietta + Prandi” o “Soledad + Solaro” en *Yahoo* Argentina nos encontraremos con que la empresa indica que se vio obligada a “suprimir temporalmente todos o algunos de los resultados relacionados con ésta búsqueda” debido a “una orden judicial solicitada por partes privadas”.

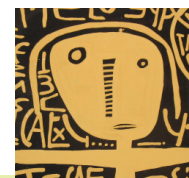
Para decirlo de otro modo, ante la imposibilidad de cumplir adecuadamente con las órdenes judiciales, *Yahoo Argentina* optó por eliminar *todos* los resultados relacionados afectando así a (a) el derecho a la información de todos los usuarios que buscan información legítima utilizando esos términos de búsqueda; (b) el derecho a la libertad de expresión de miles de emisores que quieren emitir contenidos legítimos. Para empeorar las cosas, los jueces argentinos han considerado que las medidas genéricas como las adoptadas por *Yahoo* no son reprochables. Por el contrario, han sostenido que las mismas cumplen acabadamente con la orden emitida⁸.

Al abarcar necesariamente más de lo estrictamente necesario, esta clase de medidas violan el principio de proporcionalidad que exige que, en materia de derechos constitucionales, las medidas que los limiten estén adecuadamente diseñadas para no restringir los derechos más allá de lo estrictamente necesario. En efecto, como lo han sostenido los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, las restricciones a la libertad de expresión deben ser idóneas, necesarias y estrictamente proporcionales al fin legítimo que las justifica. Ello significa que las limitaciones al derecho a la libertad de expresión deben ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo imperioso que las justifican, interfiriendo en la menor medida posible con el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de pensamiento y expresión⁹. Estas medidas cautelares, al ir más allá de lo necesario, no lo hacen.

Hay casos en los que las medidas cautelares no son “genéricas” sino que se refieren específicamente a *links* determinados, como ocurrió en el caso *Miragaya*. Si bien esta clase de cautelares evitan los problemas de las medidas genéricas y no afectan a más emisores de los que es necesario, igual son problemáticas ya que invisibilizan a los emisores señalados por las medidas (es decir, a los verdaderos productores de contenidos) al efectuar juicios “previos” sobre la legalidad de los contenidos.

8 Unteruberbacher (2009: Cdo.5 *in fine*) argumentando que “la propia “Yahoo de Argentina S.R.L.” da cuenta de que en la actualidad no informa resultados al ingresar el nombre de la actora (cfr. fs. 884, punto III e impresión de fs. 883), por lo que la imposibilidad de cumplimiento alegada no es tal.”

9 Corte I.D.H. Kimel (2008:Párr.83), Palamara (2005:Párr.85), Ulloa (2004:Párr.123), (OC-5/1885:Párr.46).



Obviamente, ni las medidas cautelares “genéricas” ni las medidas “específicas” son realmente *idóneas* para conseguir el objetivo que persiguen: basta con utilizar los servicios de búsqueda basados en otros países para vadear las prohibiciones de los jueces locales.

Finalmente, las medidas cautelares son problemáticas desde el punto de vista del respeto al debido proceso. Las cautelares –genéricas y específicas– suelen ser el comienzo y el final de los juicios, y los demandantes en estas causas no muestran en general ninguna intención de accionar contra los verdaderos responsables de los contenidos que ellos cuestionan. El análisis limitado de la verosimilitud del derecho de una medida cautelar termina produciendo una restricción a un derecho constitucional de un tercero sin ningún tipo de garantías de que esa restricción sea revisada en el futuro, ya que el tercero no es convocado y es altamente improbable que quien pide la medida cautelar inicie una acción legal contra el responsable de la supuesta violación de sus derechos.

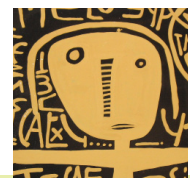
Dos decisiones sobre las cuestiones de fondo

El caso *Da Cunha* fue el primero en obtener una decisión sobre el fondo de la cuestión y el primero en llegar a consideración de la Cortes Suprema de Justicia. Luego, a fines de 2012, el caso *Krum* vino a acompañarlo en este selecto grupo. En ambos, la demanda tuvo como objeto el daño moral y económico causado por el uso no autorizado de la imagen y el nombre de las demandantes, así como la conexión con sitios de contenido “sexual, erótico y pornográfico”.

El relato de la demanda que hace la jueza de primera instancia en el caso *Da Cunha* resulta significativo: allí se observa cómo su agravio se dirige, realmente, contra los creadores de las páginas de Internet en las que se incluye su fotografía¹⁰. Sin embargo, la acción se dirige contra los buscadores, ya que facilitan a los usuarios el acceso a esos contenidos.

El fallo de primera instancia da la razón a la demandada argumentando que aunque en forma automática, los buscadores conocen y seleccionan la información mostrada, pudiendo “involucrarse en la selección del contenido”. Asimismo, aduce que la responsabilidad, tanto de *Google* como de *Yahoo!* se basa en el hecho de facilitar el acceso al contenido ofensivo. La cuestión de la libertad de expresión y el derecho a la información fue desestimada diciendo poco más que ésta no es un derecho absoluto, y que admite restricciones por un ejercicio abusivo.

10 “Manifiesta que (...) al incluir su nombre en el campo de búsqueda, encontró su nombre, fotografías e imágenes que eran vinculadas y utilizadas en forma indebida y sin consentimiento con sitios de contenido sexual, pornográfico, de acompañantes y otras actividades ligadas con el tráfico de sexo. // Explica que de las búsquedas publicadas por los accionados se desprende que cualquier persona que ingrese su nombre en esos buscadores obtiene como resultado una serie de enlaces a diferentes páginas web que la ligan con actividades sexuales agraviantes a su persona e incompatibles con su forma de vida y conducta. // Funda su reclamo en el uso comercial no autorizado de su imagen y en el avasallamiento de sus derechos personalísimos al honor, al nombre, a la imagen y a la intimidad, al haberla vinculado e incluido arbitrariamente en páginas de internet que en nada se compadecen con su pensamiento y actividad profesional de las características que señala.” *Da Cunha* (2009).



La decisión fue revocada por la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Da Cunha, 2010). Allí, las magistradas que integraron la mayoría señalaron que no corresponde aplicar a los buscadores una responsabilidad “objetiva” toda vez que ellos no producen la información que existe en Internet sino que se limitan a ordenarla e indexarla. “Quién o quiénes deciden el contenido que se carga en cada sitio web, es precisamente cada sitio”, sostuvieron las juezas (Da Cunha, 2010). Por esa razón, consideraron que deben ser juzgados de acuerdo al artículo 1109 del Código Civil, que dispone que corresponde determinar si los demandados actuaron con “culpa” como factor de atribución del daño reclamado.¹¹ Los jueces determinaron que era imposible comprobar la presencia de culpa por parte de los buscadores, ya que el contenido e información a los que se podía acceder por medio de las páginas web no habían sido creados, editados o subidos por las demandadas.

De cualquier manera, en el voto de la mayoría se considera que los buscadores podrían ser pasibles de responsabilidad en el caso de haber sido *notificados* de la existencia del contenido ilegal y de haberse negado a tomar las medidas necesarias para su remoción. Este razonamiento es especialmente problemático porque deja un aspecto clave sin resolución; no se especifican los “mecanismos pertinentes” para notificar a los buscadores sobre el contenido ilegal (Da Cunha, 2010).

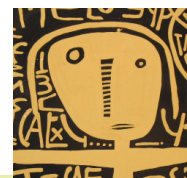
Este último punto se menciona luego en el fallo de primera instancia del caso *Krum*, donde el juez muestra una posición dual al respecto: alega que el conocimiento efectivo sólo puede darse mediante notificación judicial, pero remarca que un pedido privado podría ser suficiente cuando el contenido fuese “evidentemente” ilegal (Krum, 2011)¹². La posibilidad de permitir la remoción de contenidos a partir de un pedido privado de un tercero genera todo tipo de problemas para la libertad de expresión, como veremos en el punto siguiente.

En *Krum*, el fallo de alzada de la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil modifica la resolución y condena a los buscadores (Krum, 2012). Los magistrados adhieren sorpresivamente a la doctrina de la responsabilidad “objetiva”, considerando que las compañías tienen control sobre los programas informáticos que explotan. De esta forma, al parecer, equiparan a los buscadores con una cosa riesgosa.

Ambos casos muestran criterios divergentes pero, por distintos motivos, problemáticos. Ellos revelan un desconocimiento del rol que los intermediarios cumplen y del posible impacto de las decisiones judiciales en la forma en que fluye la información en Internet.

11 “Coherente con este rol y con las características técnicas del buscador, se dicho que no basta que la información o contenido existente en la web y encontrado a través de los buscadores sea erróneo y aún lesivo para el honor, la imagen o la intimidad de un apersona para que ésta tenga derecho a que le sea reparado el perjuicio causado. Comprobado el exceso o la ilegalidad, quien pretenda el resarcimiento deberá demostrar la culpa o negligencia en que incurrió el buscador”. (Da Cunha, 2010).

12 En otro caso más reciente, los jueces de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil consideran que es suficiente para la celeridad del bloqueo, la “simple notificación por parte del tercero afectado”. Los medios para realizar esta notificación, señalan, deben ser “de fácil acceso para cualquiera”. Ver R, M.B. (2013).



Los riesgos de la censura privada

Como señalan Introna y Nissenbaum (2000:171), “lo que las personas son capaces de encontrar en la Web determina lo que la Web consiste para ellos”. Esto se debe al carácter radicalmente descentralizado de Internet: no existe un *emisor* único de contenidos ni un ente que controle los mecanismos físicos de conexión. Esto ha producido cambios profundos en la forma en que se consumen bienes culturales e información, cuya radicalidad probablemente todavía no veamos con claridad. Estos cambios implican, fundamentalmente, dos cuestiones. Por un lado, una mayor cantidad de voces; por el otro, un cambio radical en el rol del receptor. Ambos elementos están intrínsecamente relacionados con los motores de búsqueda, ya que estos son *intermediarios necesarios* del flujo de información que se produce en Internet.

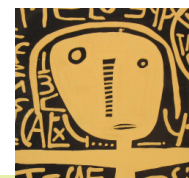
Ya en 1997 Eben Moglen (1997:945-950) decía que las nuevas tecnologías eliminan los altos costos de llegar a una gran audiencia. “Cualquier individuo puede, a través del uso de medios en red como la *World Wide Web*, llegar a una audiencia más grande que la de un dueño de varias cadenas pequeñas de televisión, y sin costo alguno.” Esta *descentralización* de Internet produce una multiplicación exponencial de las voces que participan del debate público, aspecto que indudablemente es positivo desde el punto de vista de la teoría democrática. Sin embargo, la misma descentralización produce una situación de exceso de información y de caos en términos organizativos. En un escenario de esas características, el valor “real” está en “localizar y filtrar la información que será relevante para los usuarios” (Elkin-Koren, 2001:184). Es en este sentido que señalamos a los buscadores como intermediarios *necesarios* en los flujos de información que se dan en la red.

Gracias a los motores de búsqueda, los usuarios se colocan en una situación *activa* de búsqueda de información, modificando el esquema tradicional propio de otros sistemas en los que el receptor *recibe* información que transmite un tercero. Esta característica elimina el esquema *radiodifusor-consumidor*¹³. Según Grimmelmann, este nuevo paradigma tiene implicancias muy profundas.

“Este cambio es importante para la autonomía humana, ya que la habilidad de localizar información que necesitamos es central para nuestra capacidad de tomar decisiones por nosotros mismos. Es también económicamente importante; las búsquedas [en Internet] facilitan el eficiente intercambio de bienes informativos, y por la tanto cataliza un círculo virtuoso de creatividad. La lección obvia aquí es que la búsqueda [de información en Internet] es muy importante como para ensuciarla, y deberíamos ser muy cuidadosos al tomar decisiones que puedan [perjudicar] esa búsqueda” (Grimmelmann, 2007b:48-50).

El ingreso de nuevas voces genera, necesariamente, usuarios más activos. La sobreoferta de contenidos genera receptores que salen a buscar la información que desean. Los buscadores son, en este sentido, imprescindibles para que este esquema funcione, ya que son

13 Ver MOGLEN E. (1997:952), explicando que el esquema radiodifusor-consumidor supone a un receptor “pasivo”, un “globo ocular cuya única función es tomar nota de las publicidades.”



el principal mecanismo técnico a través del cual los ciudadanos satisfacen su derecho a buscar información, garantizado en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en los artículos 14 y 32 de la Constitución Argentina. Sin embargo, ese lugar de intermediario *necesario* pone a los motores de búsqueda en una situación comprometida¹⁴, ya que se convierten en un “punto focal de control” (Elkin-Koren, 2001:184) sobre el cual muchos actores (por ejemplo, los gobiernos) que buscan controlar el flujo de información concentran sus esfuerzos.

En este punto, vale la pena tener en cuenta una cosa: los buscadores, como otros intermediarios, son actores privados cuyos incentivos no necesariamente estarán del lado de la defensa de la libertad de expresión. Ante presiones de los Estados, las empresas que desarrollan los motores de búsqueda tienen escasos estímulos para comportarse de otra manera: las expresiones que facilitan son siempre de terceros y las ganancias por consumidores marginales son menores o escasas en comparación con el costo financiero de sanciones o amenazas de sanciones oficiales (Elkin-Koren, 2001:28). En definitiva: “siempre es más barato borrar a un sitio marginal que pagar abogados” (Elkin-Koren, 2001:28).

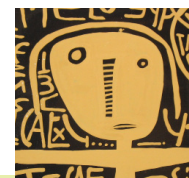
La censura privada identificada fue detectada en escenarios concretos. En el caso *Center for Democracy and Technology v. Pappert*, por ejemplo, una corte de Pennsylvania encontró que un proveedor de servicios de Internet (ISP) bloqueó cerca de 1.2 millones de sitios “inocentes” como respuesta a un pedido de agencias de seguridad de deshabilitar 400 direcciones de Internet específicamente señaladas (CDT, 2004). Del mismo modo, con motivo de una demanda, *Yahoo Argentina* optó por eliminar *todos* los resultados de las búsquedas relacionadas con los nombres de las figuras públicas que habían demandado a pesar de que las órdenes judiciales tenían alcances más limitados. También en Argentina, la orden judicial de bloquear el sitio web Leakymails acarrió, como “daño colateral”, el bloqueo transitorio de cientos de sitios completamente ajenos a la cuestión en juego¹⁵.

II. Un caso sobre discurso de odio

El derecho al honor y la privacidad no ha sido el único argumento utilizado para requerir el bloqueo de ciertos sitios web. Uno de los casos que se ha dado en el país involucró a la Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas (DAIA), que actuando en representación de la comunidad judía de Argentina presentó una demanda colectiva contra Google con la pretensión de que ciertos links que llevaban a varias páginas web con contenido supuestamente discriminatorio fuesen removidos.

14 Ver GASSER U. (2006:201-202) argumentando que los “buscadores son los más importantes gatekeepers en el ambiente digital interconectado de hoy.”

15 Ver, por ejemplo, http://www.clarin.com/politica/bloqueo-leakymails-servicio-millon-blogs_o_539346207.html



La DAIA identificó cerca de 80 sitios cuyos contenidos incluían: (a) referencias a una variedad de “conspiraciones mundiales judías”, (b) referencias al “lobby internacional judío” y su dominio sobre ciertos lugares de renombre, como Hollywood, (c) negación o subestimación del Holocausto¹⁶, (d) críticas a Israel. Estos sitios, como puede observarse, apuntan a diferentes prejuicios antisemitas –la mayoría de los cuales se encuentran caducos– y algunas opiniones críticas.

El juez concedió una medida cautelar a favor de la DAIA ordenando que los vínculos fueran removidos, así como la prohibición de alojar publicidad en ellos por parte de Google (DAIA, 2011). El juez asume que estas amplias restricciones podrían ser incluidas en la noción de “censura previa”, prohibida por la Constitución Nacional Argentina¹⁷. Sin embargo, argumenta que esas restricciones previas pueden ser aplicadas excepcionalmente cuando la información es “evidentemente” ilegal y ofensiva.

El juez tomó por sentado que el contenido del sitio podría violar las provisiones realizadas por la Ley Anti Discriminatoria argentina (Nº 23.592) y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación, las cuales obligan al Estado a sancionar cualquier incitación a la discriminación racial y la difusión de ideas basadas en la supremacía y el odio racial. Sin embargo, la Convención Americana de Derechos Humanos, en plena vigencia en Argentina, provee que sólo el discurso de odio *que incita a la violencia* se encuentra sujeto a prohibiciones y el segundo aspecto que destacamos no fue considerado en el análisis del magistrado argentino¹⁸.

Sin ahondar en el alcance que la ley argentina tiene en referencia a los discursos de este tipo, puesto que sobrepasaría el objetivo de este trabajo¹⁹, cabe mencionar que ambos tratados comprenden reglas que son parcialmente contradictorias y generan esperables problemas de interpretación. De hecho, la Convención Americana protege con mayor ímpetu la libertad de expresión, ya que la única expresión discriminatoria sujeta a castigo es aquella que es susceptible de incitar a la violencia. Cualquier otra expresión discriminatoria, por muy ofensiva y chocante que sea, es considerada legítima.

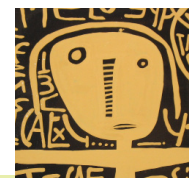
Mencionamos este caso sólo para ilustrar los peligros que entrañan las medidas cautelares que bloquean sitios web: opiniones sociales o políticas protegidas por el derecho a la libertad de expresión pueden ser censuradas por estas vías y los jueces están espe-

16 No existen en Argentina leyes que condenen la negación del Holocausto *per se*, como las que existen en varios países de Europa.

17 Artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional Argentina y artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos

18 Artículo 13.5, Convención Americana de Derechos Humanos. Dicho artículo dispone que “estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

19 Ver Rivera, Julio César (h), (2009) *La libertad de expresión y las expresiones de odio*, Buenos Aires: AbeledoPerrot; y Bertoni, Eduardo Andrés (2007) *Libertad de expresión en el Estado de derecho*, Buenos Aires: Editores del Puerto.



cialmente obligados a considerar los argumentos constitucionales cuando sus decisiones pueden tener un impacto negativo no sólo sobre la libertad de expresión de individuos en particular sino –especialmente– cuando ese impacto puede ser más amplio.

III. Una orden de censura hacia el futuro

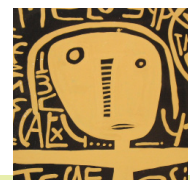
En el caso *TNR* un juez ordenó que Facebook elimine todo dato o contenido referido a la demandante de la página de un usuario, tanto el contenido referido a su vida personal como el relacionado con su actividad profesional a cargo de una repartición pública (TNR, 2012). El demandante alegaba que el mencionado usuario profería expresiones injuriantes hacia su persona a través de su cuenta de Facebook, y el juez consideró que dichas expresiones no gozan de la protección del derecho a la libertad de expresión. El magistrado fue más allá y ordenó que Facebook se abstenga “en el futuro de habilitar el uso de enlaces, blogs, foros, grupos, sitios de fans, etc. que injurien, ofendan, agredan, vulneren, o menoscaben la intimidad personal o laboral de la peticionante” (TNR, 2012). De esta forma, habilitó a la empresa a decidir qué puede ser publicado y qué no por una persona en particular. Esta medida es completamente desproporcionada y violatoria de los estándares de libertad de expresión, toda vez que el juez ordena a la empresa a controlar los contenidos publicados en el futuro, lo cual significaría una supervisión permanente sobre los contenidos publicados.

IV. Apuntes para una regulación sobre responsabilidad de intermediarios

Los casos reseñados en los párrafos anteriores revelan que, en general, los jueces argentinos no consideran el efecto inhibitorio que sus resoluciones tienen en relación a terceros y no desarrollan una apreciación correcta de los valores constitucionales en juego. En efecto, los jueces tienden a inclinar la balanza de la interpretación del caso a favor del derecho civil de daños, descartando un análisis constitucional sobre la afectación al derecho de la libertad de expresión.

Este escenario demuestra la relevancia de discutir en el país un esquema legal sobre la responsabilidad de los intermediarios que sea respetuoso de los estándares internacionales de derechos humanos.

Cómo señalamos antes, para publicar, buscar y recibir información los usuarios necesitamos de un sinnúmero de intermediarios (proveedores de acceso, buscadores, administradores de plataformas, etc.) que se vuelven agentes cruciales dentro de la arquitectura abierta y descentralizada de Internet. La circulación de informaciones e ideas en Internet no sería posible sin estos intermediarios, que de ese modo cumplen un rol esencial para ejercer el derecho de buscar y recibir información en línea, potenciando la *dimensión*



social de la libertad de expresión en los términos de la Corte Interamericana.²⁰

La función de los intermediarios ha sido asociada frecuentemente a la de *gatekeepers*: actores privados que, por el rol que cumplen dentro de un ecosistema de las comunicaciones, tienen poder para controlar o dirigir, en alguna medida, el flujo de las comunicaciones²¹. Un sistema de responsabilidad de intermediarios debe tener en cuenta este rol de agentes necesarios, o de potenciales *gatekeepers*, en la medida en que un régimen legal es también un sistema de incentivos para la acción y prácticas de determinados actores.

La pregunta clave es si dichos intermediarios deben ser responsables por los contenidos que publican los usuarios, y en qué medida o bajo qué condiciones. Se trata de una discusión relevante y actual en el mundo y en muchos países de América Latina. Existen, a nivel mundial, distintos modelos mediante los cuales se les asigna responsabilidad a los intermediarios (Meléndez, 2012).

Un primer esquema podría responsabilizar a los intermediarios por las expresiones presuntamente ilícitas generadas por los usuarios de sus servicios independientemente de su diligencia o conocimiento sobre el ilícito (Meléndez, 2012). Lo anterior es particularmente problemático ya que genera en los intermediarios incentivos para la censura privada de un rango amplio de expresiones legítimas, como camino para evitar ser responsabilizados por las expresiones de terceros potencialmente ilícitas²². Esto es así ya que los intermediarios son actores privados que no necesariamente van a considerar el valor de la libertad de expresión al tomar decisiones *sobre* contenidos producidos por terceros que pueden comprometer su responsabilidad (Meléndez, 2012:123).

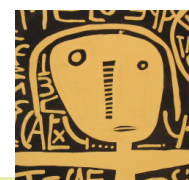
Un segundo esquema es el de inmunidad condicionada, que permite a los intermediarios obtener una exención de responsabilidad cumpliendo con ciertos requisitos, como el de remover cualquier contenido ilícito una vez que hayan sido notificados (*"notificación y remoción"*).²³ En algunos casos, el intermediario debe actuar ante cualquier notificación

20 Como ha observado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social ya que "ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno" (OC-5/1885:Párr.30). Esta *dimensión social* de la libertad de expresión no puede ser infravalorada dado que "para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia" (OC-5/1885:Párr.32).

21 Ver, entre muchos otros trabajos sobre el tema, Zittrain, Jonathan: "A History of Online Gatekeeping", en: *Harvard Journal of Law & Technology*, Volume 19, No. 2, Spring 2006.

22 Por ejemplo, en Turquía o en China. Ver informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, 16 de mayo de 2011, A/HRC/17/27 en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/132/01/PDF/G1113201.pdf?OpenElement>

23 Ver Center for Democracy and Technology. *Shielding the Messengers: Protecting Platforms for Expression and Innovation*, pp.6–13. La Directiva Europea 2000/31/CE sobre el comercio electrónico adopta un esquema similar al establecer que todo prestador de servicios de alojamiento de contenidos generados por usuarios puede no ser considerado responsable de esos contenidos si no tiene conocimiento efectivo de la actividad ilegal y si actúa con prontitud para retirar los contenidos en cuestión



hecha por un particular²⁴. Esta opción regulatoria coloca a los actores privados en posición de tener que tomar decisiones sobre la licitud o ilicitud de los contenidos y también genera fuertes incentivos para la censura privada. De hecho, este tipo de esquemas de notificación y retirada extrajudicial –como la DMCA (*Digital Millennium Copyright Act*) en los Estados Unidos– se presta a abusos y ha provocado frecuentemente la remoción de contenidos legítimos²⁵. Cómo se dijo anteriormente, dejar las decisiones de remoción al arbitrio de actores privados no aptos para ponderar derechos, en definitiva, puede perjudicar seriamente la libertad de expresión.

Finalmente, otro modelo es el de la inmunidad absoluta, donde los intermediarios carecen de toda responsabilidad por los contenidos generados por terceros. Este sistema atribuye un valor superior a la expresión que se encuentra en juego y elimina todo riesgo de sobreprotección (Meléndez, 2012). Ejemplo de este modelo es la *Communications Decency Act* (CDA)²⁶ que protege a los intermediarios ante una amplia variedad de expresiones potencialmente ilícitas (excluyendo, sin embargo, las infracciones a los derechos de autor). En los Estados Unidos, la amplia protección otorgada por la CDA ha sido considerada como un motor esencial para el desarrollo e innovación en la industria en Internet. Sin embargo, este sistema cuenta también con críticas ante la falta de imposición de deberes a los intermediarios²⁷.

Otras legislaciones prevén que la obligación de remover contenidos por parte de los intermediarios, como condición para no ser considerados responsables por la expresión ilícita, solamente procede cuando la remoción es ordenada por un juez²⁸. Este tipo de

cuando tome conocimiento de ellos. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:ES:HTML>

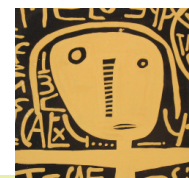
24 Por ejemplo, la “Digital Millennium Copyright Act” (DMCA) protege a algunos intermediarios por infracciones a derechos de autor cometidas por los usuarios de sus servicios, siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones, como el que ante una notificación hecha por un titular de derechos autor, el contenido supuestamente infractor sea removido de manera expedita, procedimiento conocido como “notificación y remoción”. Resumen disponible en: <https://www.chillingeffects.org/dmca512/faq.cgi#QID130>.

25 Ver EFF. *Takedown Hall of Shame*. Disponible en <https://www.eff.org/takedowns>; Center for Democracy and Technology. *Report on Meritless DMCA Takedowns of Political Ads*. Disponible en: <https://www.cdt.org/policy/cdt-releases-report-meritless-dmca-takedowns-political-ads#1>; W, Seltzer. “Free Speech Unmoored in Copyright’s Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment”, en: *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 24 p. 171, 2010. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1577785; Jeniffer Urban & Laura Quilter, *Efficient Process or “Chilling Effects”? Takedown notices under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act*, 22 Santa Clara Comp. & High Tech. L. J. 621, 677 (2006); La DMCA como forma de censura. El caso del documental del Presidente Correa. Disponible en: <http://openbusinesslatinamerica.org/2013/04/03/la-dmca-como-forma-de-censura-el-caso-del-documental-del-presidente-correa/>

26 Ver Communications Decency Act (CDA) de Estados Unidos de América, §230 (c)(1): “No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the Publisher or speaker of any information provided by another information content provider”. Disponible en: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/230>

27 Sobre este punto ver también Tushnet, Rebecca, “Power Without Responsibility: Intermediaries and the First Amendment”, en: *George Washington Law Review*, Vol. 76, p. 101, 2008; Georgetown Public Law Research Paper No. 1205674. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1205674>.

28 Ver la Ley Nº 17.336 sobre Propiedad Intelectual de Chile. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933&idParte=&idVersion=2010-05-04>; Análisis disponible en: <https://www.cdt.org/files/>



regulaciones tienen la ventaja de evitar esquemas de control que no cuentan con garantías suficientes en materia de debido proceso y tutela judicial efectiva.

Finalmente, otros esquemas de responsabilidad condicionada de intermediarios exigen además que, ante una notificación privada que señala determinado contenido como ilícito, el intermediario transmita dicha notificación al usuario directamente responsable de la publicación (sistema de *notice and notice*).²⁹

Desde el punto de vista de la defensa de la libertad de expresión, consideramos que un sistema de responsabilidad de intermediarios debería, como mínimo, considerar:

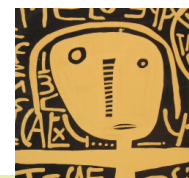
- El vínculo entre los intermediarios y el ejercicio de la libertad de expresión en Internet. Como mencionamos anteriormente, la circulación de informaciones e ideas en Internet no sería posible sin una amplia gama de intermediarios, que de ese modo cumplen un rol esencial para ejercer el derecho de buscar y recibir información en línea, potenciando la *dimensión social* de la libertad de expresión en los términos de la Corte Interamericana³⁰.
- Los incentivos hacia la censura privada (o el riesgo de sobreprotección) que un régimen legal puede generar, lo cual está asociado a la necesidad de impulsar sistemas que permitan la circulación de la mayor cantidad de expresiones y discursos.
- El establecimiento de normas que sean claras y precisas. Disposiciones ambiguas podrían incentivar a los intermediarios a retirar contenidos por decisión propia, ante el temor de ser responsabilizados.
- La necesidad de fijar que la ponderación de derechos sea llevada a cabo en sede judicial. No es el intermediario quien debe decidir sobre la legalidad del contenido, sino un juez. Adicionalmente, cualquier orden judicial que habilite la eximición de responsabilidad de los intermediarios debe especificar con precisión cuáles contenidos deben ser removidos, evitando que se afecten expresiones legítimas, y proceder luego de una determinación sobre la ilicitud del contenido que cumpla con las previsiones del debido proceso legal³¹.

pdfs/Chile-notice-takedown.pdf

29 Ley Nº 17.336 sobre Propiedad Intelectual de Chile, artículo 85U. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933&idParte=&idVersion=2010-05-04>; Ley C-11 sobre Derechos de Autor de Canadá. Artículo 41.25. Disponible en: <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=5697419&Mode=1&Language=E&File=72>.

30 Como ha observado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social ya que “ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno” (OC-5/1885:Párr.30). Esta *dimensión social* de la libertad de expresión no puede ser infravalorada dado que “para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que disponen otros como el derecho a difundir la propia” (OC-5/1885:Párr.32).

31 CIDH. *Informe Anual 2010*. Volumen I. Capítulo IV: Informe sobre la situación de la Libertad de Expresión en Venezuela: “Solo en casos muy excepcionales, mediante normas precisas y acotadas, ajustadas plenamente a los estándares internacionales de derechos humanos, es posible que una autoridad judicial independiente ordene excluir ciertos contenidos de la red. Pero para ello es necesario que las normas se ajusten al derecho internacional, que se respeten en forma plena las garantías del debido proceso y que



- La inclusión de mecanismos que faciliten el traspaso de notificaciones a los usuarios finales (productores de contenidos) y que permitan su participación en el proceso de discusión de sobre la legitimidad del contenido.
- La eximición del deber de los intermediarios de monitorear o supervisar contenidos.

Finalmente, se vuelve necesario poner de presente un hecho fundamental: cualquier esquema responsabilidad de intermediarios debe estar en sintonía con lo que disponen los estándares internacionales sobre libertad de expresión. En ese sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 13 que el derecho a la libertad de expresión no puede verse limitado por medio de la censura previa, sino únicamente a través de responsabilidades ulteriores establecidas por ley, que busquen al satisfacción de un interés legítimo y que sean necesarias en una sociedad democrática. Esto significa que cualquier medida de restricción debe ser el medio menos restrictivo posible del derecho a la libertad de expresión, debe ser idóneo para alcanzar ese fin y debe ser *estrictamente proporcional*³².

La Corte Interamericana ha enfatizado que la libertad de expresión no se agota en el derecho abstracto a hablar o escribir, sino que abarca inseparablemente el derecho a la difusión del pensamiento, la información, las ideas y las opiniones por cualesquiera medios apropiados que se elijan, para hacerlo llegar al mayor número de destinatarios³³. Para garantizar efectivamente esta libertad el Estado no debe restringir la difusión a través de la prohibición o regulación desproporcionada de los medios escogidos para que los destinatarios puedan recibirlas. En ese sentido, cualquier limitación desproporcionada de los medios y posibilidades de difusión de la expresión es, en la misma medida, una afectación de la libertad de expresión, según la Corte Interamericana.³⁴

En esta línea, la declaración conjunta de los relatores especiales de libertad de expresión de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa y la Comisión Africana de Derechos Humanos señala que los proveedores de servicios de Internet no deben ser responsables por contenidos generados por terceros, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se nieguen a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando estén en condiciones de hacerlo; también agrega que no puede exigirse a los intermediarios que controlen el contenido de los usuarios ni aplicarse sistemas de notificación y retiro de contenidos extrajudiciales, que no ofrecen suficiente protección para la libertad de expresión³⁵.

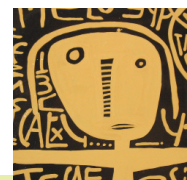
exista un adecuado y eficaz control”.

32 Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Informe Anual 2009*, Cap. III, párr. 89.

33 Conf. Corte IDH. Palmara (2005: Párr.73), Ulloa (2004:Párr.109), Canese (2004:Párr.78), Ivcher (2001:Párr.147), Olmedo (2001:Párr.65), OC-5/85 (1885:Párr.31).

34 Conf. Corte IDH. López (2006:Párr.164), Ulloa (2004:Párr.109), Canese (2004:Párr.78), Ivcher (2001:Párr.147), Olmedo (2001:Párr.65).

35 *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*. Art. 1 y 2. Washington D. C. 1 de junio,



V. Conclusión

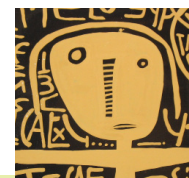
En este trabajo presentamos un panorama de los problemas jurídicos que surgen cuando se busca responsabilizar a intermediarios por contenidos producidos por terceros. Se trata de una aproximación al problema que estimamos errónea, toda vez que –en principio– castiga a *unos* por lo que hacen *otros*. Sin embargo, el rol de intermediarios de una red abierta y descentralizada que cumplen los buscadores de Internet y las principales redes sociales hace que muchos busquen responsabilizarlos como un modo ejercer cierto control sobre un flujo de información muy difícil de controlar.

En la Argentina los casos judiciales que hemos repasado tienen una característica en común: todos ellos, en mayor o menor medida, yerran en el análisis constitucional que realizan a la hora de adjudicar las controversias que llegan para su resolución. Se trata de un problema grave, ya que el conjunto de resoluciones judiciales van formando una jurisprudencia que crea los más inadecuados *incentivos* en los intermediarios. En efecto, la decisión más racional posible a su disposición es acatar las resoluciones judiciales y limitar el acceso de terceros a los contenidos que el poder judicial encuentra reprochables, en general a través de ordenes amplias y vagas que abarcan más de lo estrictamente necesario. Los intermediarios son empresas privadas con intereses comerciales: perder algunos clientes es una pérdida marginal en relación a los riesgos económicos que representa desobedecer un pedido de remoción o –de una forma aún más preocupante— aumentar el riesgo de simplemente ser demandados. Ello genera prácticas demasiado amplias que tienen el efecto directo de *silenciar* a ciertas voces sin que ellas tengan la más mínima oportunidad de defenderse.

En consecuencia, se vuelve relevante pensar en los posibles regímenes de responsabilidad y en los principios constitucionales que deben guiar tanto su diseño como la adjudicación de casos judiciales mientras esos regímenes específicos no existan. En este trabajo repasamos algunas alternativas y presentamos, justamente, los principios de derechos humanos que deben servir de guía a legisladores y jueces.

Si bien parece un tema menor, en las discusiones sobre la *responsabilidad* de intermediarios se juega mucho del futuro de la libertad de expresión en Internet, ya que ellos cumplen el rol fundamental de conectar a los extremos de una red esencialmente descentralizada. Son nodos de contacto y –en consecuencia— se vuelven objeto de presiones de todo tipo. Asegurar que sus prácticas y funcionamiento se adecuen a los estándares democráticos en materia de libertad de expresión es un desafío enorme, que requerirá esfuerzos transnacionales y acuerdos a nivel global. Una buena forma de empezar a emprender ese camino, sin embargo, es evitar presiones indebidas sobre ellos que incentiven el tipo de prácticas que debemos tratar de evitar.

2011. Disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=848&IID=2> y *Reporte del Relator Especial de la ONU para la promoción y protección del derecho a la libertad de expresión y opinión*. 16 de mayo de 2011. A/HRC/17/27. Disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf



En este sentido, la discusión en la Argentina debe derivar no sólo en la adopción de garantías legales sino, también, en la modificación de la jurisprudencia problemática que relevamos en este trabajo. Estos casos requieren de una decisión de la Corte Suprema que clarifique los principios constitucionales en juego. La Asociación por los Derechos Civiles (ADC) presentó un escrito de *amicus curiae* en una causa que está pendiente de resolución por parte del tribunal³⁶. Ese caso -si se resuelve- será un hito importante en una discusión y debate que, seguramente, se extienda hacia el futuro.

Mientras este número entraba diseño de impresión, la Procuración General de la Nación emitió un dictamen en la causa Da Cunha, que tramita ante la Corte Suprema, en el cual sostiene que los buscadores de Internet no son responsables por el contenido producido por terceros. Ver: <http://fiscales.gob.ar/procuracion-general/los-buscadores-de-internet-no-son-responsables-por-el-contenido-de-los-sitios-que-relevan/>

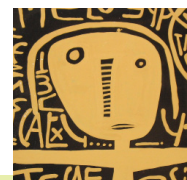
Referencias bibliográficas

- ELKIN-KOREN N. (2001). *Let the Crawlers Crawl: On Virtual Gatekeepers and the Right to Exclude Indexing*. 26 U. Dayton L. Rev. Pág. 184.
- GASSER U. (2006). *Regulating Search Engines: Taking Stock and Looking Ahead*. 8 Yale J. L. & Tech. 201, 202.
- GRIMMELMANN J. (2007a). *The Structure of Search Engine Law*. 93 Iowa L. Rev. 1-17.
- GRIMMELMANN J. (2007b). *Don't Censor Search*. 117 Yale L. J. Pocket Part 48, 50.
- INTRONA L. y NISSENBAUM H. (2000). *Shaping the Web: Why the politics of search engines matters*. 16 The Information Society. 169-171.
- PASQUALE F. (2006). *Rankings, Reductionism and Responsibility*. 54 Clev. St. L. Rev. 115, 118.
- MOGLEN E. (1997). *The Invisible Barbacue*. 97 Colum. L. Rev. 945, 950.
- MELLENDEZ JUARBE H. A. (2012). *"Intermediarios y libertad de expresión: apuntes para una conversación"*. En "Hacia una Internet libre de censura. Propuestas para América Latina", Eduardo Bertoní, Comp. Ed. Universidad de Palermo. Pág. 116.

Jurisprudencia

- Center for Democracy and Technology v. Pappert, 337 F. Supp. 2d 606, 642, 650, 655 (E.D. Pa. 2004).
- Corte I.D.H., *Eduardo Kimel Vs. Argentina*. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No.177
- Corte I.D.H., *Caso Palamara Iribarne*. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
- Corte I.D.H., *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
- Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.
- Corte IDH. *Caso Ricardo Canese*. Sentencia del 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111.
- Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein*. Sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74.
- Corte IDH. *Caso de "La Última Tentación de Cristo"* (Olmedo Bustos y otros v. Chile). Sentencia del 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73.
- Corte IDH. *Caso López Álvarez*. Sentencia del 1º de febrero de 2006, Serie C No. 141.
- Costa c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, Fallos 310:508 (1987). Disponible en <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarHjFallos&falloId=59150>

³⁶ *Amicus curiae* de la Asociación por los Derechos Civiles presentado en la causa "Da Cunha, Virginia c/ Yahoo de Argentina SRL y otro s/ daños y perjuicios", Expte. Nº 544/2010".



- Da Cunha, Virginia c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro.* Juzgado Nacional en lo Civil No. 75. (Sentencia del 29 de julio de 2009)
- Da Cunha, Virginia c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro.* Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D. (Sentencia del 10 de agosto de 2010).
- Delegación de Asociaciones Israelitas Argentinas c/ Google Inc. s/ Medidas Cautelares.* Expte. n° 34023/11. (Sentencia de mayo de 2011).
- Ebay Inc. v. Bidder's Edge, Inc.* 100 F. Supp. 2d 1058 (N.D. Cal., 24 de Mayo de 2000).
- Krum, Andrea Paola c/ Yahoo de Argentina S. R. L. y otro s/ daños y perjuicios.* Juzgado Nacional en lo Civil No. 62. (Sentencia del 24 de junio de 2011).
- Krum, Andrea Paola c/ Yahoo de Argentina S. R. L. y otro s/ daños y perjuicios.* Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J. (Sentencia del 31 de agosto de 2012).
- Metropolitan International Schools Ltd. v. Google,* [2009] EWHC 1765 (QB).
- Miragaya, Eduardo c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro* (23 de diciembre de 2008).
- R, M.B. c/ Google Inc. y otro s/ Daños y Perjuicios.* Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Sala A. Exp. N° 99.613/2006. (Sentencia del 13 de mayo de 2013).
- Servini de Cubría c. Yahoo de Argentina S.R.L., LL 2009-D-165* (2009).
- T.N.R. por si y como titular del Dpto. Expedición de Ordenes Médicas y Prestaciones del I.A.S.E.P. c/ Facebook Argentina S.R.L. y/u otros s/ medida autosatisfactiva.* Juzgado Civil y Comercial N° 4 de la Provincia de Formosa. Expte. N° 1051. (Sentencia del 21 de diciembre de 2012).
- Unterubacher c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro,* LL (16 de Julio de 2009).
- Zámolo, Sofía K. c. Yahoo de Argentina S.R.L. y otro,* LL, 2007 – A – 269 (2007).

