

Mandato del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión en conjunto con la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH

REFERENCIA:
OL ARG 1/2018

26 de abril de 2018

Excelencia,

Tenemos el honor de dirigirnos a Usted en nuestra calidad de Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, de conformidad con la resolución 34/18 del Consejo de Derechos Humanos y de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH de conformidad con artículo 18 del Estatuto de Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En este contexto, nos gustaría llamar a la atención de su Gobierno la información que hemos recibido en relación con el **proyecto de ley por el que se regula la responsabilidad de los intermediarios de Internet y su impacto generalmente positivo sobre la libertad de expresión**, así como expresar nuestro apoyo a dicha iniciativa legislativa.

Según la información recibida:

El 28 de octubre de 2014, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictaminó en María Belén Rodríguez vs Google Inc. (número de expediente 99.613/06) que Google y otros proveedores de servicios de Internet (“ISP”) no son responsables por el contenido ilegal de terceros, siempre y cuando el ISP no tuviera conocimiento de la existencia del contenido o si el ISP conociera la existencia del contenido y actuara con prontitud para quitarlo y/o restringir su acceso. El dictamen indicó que los ISP todavía tienen la responsabilidad de eliminar el contenido “manifiestamente ofensivo,” como la pornografía infantil, la incitación a la violencia, y las declaraciones y observaciones difamatorias.

El 20 de octubre de 2016, el proyecto de ley por el que se regula la responsabilidad de intermediarios de Internet (“proyecto de ley”) fue presentado al Senado de la Nación Argentina. El proyecto de ley es una combinación de dos proyectos de ley: S-1865/15, presentado por la senadora Liliana Fellner, y S- 2/16, presentado por el senador Federico Pinedo.

El 2 de noviembre de 2016, el Senado de la Nación Argentina concedió la aprobación preliminar del proyecto de ley. El proyecto de ley fue aprobado ese mismo mes, y después fue enviado a la Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

En este momento el proyecto de ley se encuentra pendiente de votación en la Cámara de Diputados de la Nación Argentina.

El artículo 1 del proyecto de ley establece que su finalidad es regular los ISP para “garantizar la libertad de expresión y el derecho a la información, preservando los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen de las personas, y cualquier otro derecho que resulte afectado”.

El artículo 4 del proyecto de ley indica que los ISP “no serán responsables por los contenidos generados por terceros, excepto cuando, habiendo sido debidamente notificado de una orden judicial de remoción o bloqueo, dictada en los términos del artículo 6° de la presente ley, omitan dar cumplimiento a la misma, en el plazo correspondiente”.

El artículo 5 del proyecto de ley establece que los ISP “no tendrán en ningún caso la obligación de monitorear o supervisar los contenidos generados por terceros, de forma genérica, a fin de detectar presuntas infracciones actuales a la ley o de prevenir futuras infracciones”.

El artículo 6 del proyecto de ley indica que “[t]oda persona” podrá promover una acción de amparo ante un juez federal para solicitar que el contenido sea retirado, bloqueado, suspendido, y/o restringido de otro modo. El demandante debe especificar el enlace donde se encuentre alojado el contenido cuestionado o los procedimientos para acceder al mismo.

El artículo 7 del proyecto de ley establece que ninguno de los artículos del proyecto de ley podrá entenderse como una limitación de la capacidad de los ISP para convenir libremente un sistema de autorregulación que (a) establezcan mecanismos alternativos para la notificación, la remoción, el bloqueo, suspensión, y/o inhabilitación de acceso a contenidos que violen sus términos y condiciones de uso, en la medida en que dichos mecanismos hubieran sido informados a sus usuarios; y/o (b) habiliten la suspensión o cancelación de los servicios brindados ante la violación de términos y condiciones de uso, en la medida en que las condiciones de dicha suspensión o cancelación hubieran sido informadas a los usuarios.

Antes de explicar nuestras razones para apoyar este proyecto de ley, nos gustaría llamar a la atención del Gobierno de Su Excelencia las normas fundamentales enunciadas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“PIDCP”) ratificado por Argentina el 8 de agosto de 1986.

En particular, el artículo 19.2 del mismo establece que “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

En virtud del artículo 19.3 del PIDCP, las restricciones al derecho a la libertad de expresión deben ser “previstas por la ley,” y necesarias para “el respeto a los derechos o

la reputación de otros” o “para la protección de la seguridad nacional o del orden público o de la salud y moral pública.” De acuerdo con el artículo 19, los Estados partes deben “adoptar medidas eficaces de protección contra los ataques destinados a acallar a quienes ejerzan su derecho a la libertad de expresión”. (CCPR/C/GC/34, párrafo 23)

Cualquier interferencia a la libertad de expresión en virtud del artículo 19.3 del PIDCP debe limitarse estrictamente a los principios de legalidad, necesidad, y proporcionalidad. Respecto al requisito de legalidad del artículo 19.3, no es suficiente que las restricciones a la libertad de, del mismo modo, las mismas deben ser suficientemente claras, accesibles y predecibles. “Las restricciones deben ser "necesarias" para la consecución de un propósito legítimo y deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse... El principio de proporcionalidad debe respetarse no solo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen". (CCPR/C/GC/34, párrafo 33)

El derecho a la libertad de expresión también está consagrado en el artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Argentina el 14 de agosto de 1984. El artículo 13.1 de la Convención otorga a los individuos el “derecho a la libertad de pensamiento y la expresión”. De la misma forma, el artículo IV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre otorga a cada individuo el "derecho a la libertad de investigación, de opinión, y de expresión y difusión de ideas, por cualquier medio”.

Con respecto a la protección de responsabilidad de los intermediarios, el Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión ha señalado que las medidas de censura “nunca deben ser delegadas a una entidad privada, y nadie debe ser declarado responsable por los contenidos en Internet de lo que no es autor” (A/HRC/17/27, párrafo 43). El Relator Especial ha encontrado que el marco de referencia de “"notificación y retirada"” y otros esquemas de regulación de contenidos que protegen a los intermediarios frente a la responsabilidad siempre que retiren el material ilícito cuando se les comunique su existencia en general falla por no ofrecer la protección adecuada a los intermediarios que procuran aplicar a la reglamentación de contenidos normas equitativas que tengan en cuenta los derechos humanos”. (A/HRC/32/38, párrafo 43) En cambio, “Toda solicitud dirigida a intermediarios a efectos de impedir el acceso a determinados contenidos o revelar información privada con fines rigurosamente limitados, como por ejemplo de administración de la justicia penal, deberá ir precedida de una orden dictada por un tribunal o un órgano competente que sea independiente de cualquier influencia indebida de tipo político, comercial u otro tipo” (A/HRC/17/27, párrafo 75).

El Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el informe anual de la comisión también ha llegado a conclusiones similares, encontrando que, en la mayoría de los casos, “los intermediarios no tienen – ni tienen que tener – la capacidad operativa/técnica para revisar los

contenidos de los cuales no son responsables. Tampoco tienen – ni tienen que tener- el conocimiento jurídico necesario para identificar en qué casos un determinado contenido puede efectivamente producir un daño antijurídico que debe ser evitado.” (OEA/Ser.L/V.II DOC50, párrafo 99) Asimismo, la responsabilidad de los intermediarios pone en peligro el derecho de todas las personas de utilizar los medios que estimen convenientes para la transmisión de ideas y opiniones. “Las responsabilidades ulteriores solamente deben ser impuestas a los autores de la expresión en Internet, es decir, a quienes son directamente responsables de la expresión ofensiva” (OEA/Ser.L/V.II DOC50, párrafo 102).¹

La Relatoría Especial de la CIDH subrayó la importancia de la autorregulación de los intermediarios para mantener la independencia y el funcionamiento óptimo de sus plataformas o servicios. Sin embargo, hizo hincapié en que, para funcionar de manera efectiva, los intermediarios se deben comprometer a respetar y promover la libertad de expresión y a conducir con transparencia. En este sentido, la Relatoría Especial afirmó que " que es de suma importancia que los intermediarios proporcionen información clara sobre el tipo de contenido que podría ser removido de la plataforma según sus términos de servicio o directrices de la comunidad, así como también la forma en la que la remoción podría tener lugar y si hay alguna forma de recurso de apelación disponible para el usuario que sienta que su contenido ha sido eliminado incorrectamente” (CIDH/RELE/INF.17/17, párrafo 119).

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) también hizo hincapié en la necesidad de protección contra la responsabilidad de los intermediarios.² El Comunicado de OCDE sobre los Principios para la Creación de Políticas en Internet establece que los gobiernos pueden elegir para identificar las circunstancias adecuadas en las que los intermediarios de Internet podrían adoptar medidas para educar a los usuarios, ayudar a los titulares de derechos a hacer valer sus derechos o reducir los contenidos ilícitos, minimizando al mismo tiempo las cargas que pesan sobre los intermediarios y garantizando su seguridad jurídica.

Existe un consenso internacional entre la sociedad civil y otros actores del sector público que apoyan la existencia de un control jurisdiccional de la eliminación de contenido de una plataforma. Por ejemplo, los Principios de Manila sobre Responsabilidad de los Intermediarios, un marco de referencia de garantías mínimas y buenas prácticas de más de 50 organizaciones firmantes, han considerado oportuno que

¹ Véase también la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Normas para un Internet libre, abierto e inclusivo, 15 de marzo de 2017. Disponible en https://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/publications/INTERNET_2016_ENG.pdf

² La Recomendación del Consejo relativa a los Principios para hacer Póliza de internet dice que debe “Limitar la responsabilidad de los intermediarios de Internet” (Principio 12).

la responsabilidad de los ISP deba ser limitada para proteger la libertad de expresión mundial.³

El Principio de Manila I indica que (a) Cualquier disposición que rijan la responsabilidad de intermediarios debe ser establecida por leyes, que deben ser precisas, claras y accesibles. (b) los intermediarios deben ser inmunes a la responsabilidad de los contenidos de terceros en circunstancias en las que no han estado involucrados en la modificación de dicho contenido; (c) los intermediarios no deben ser responsabilizados por no restringir contenido lícito y (d) Los intermediarios nunca deben ser responsabilizados conforme los lineamientos del modelo de responsabilidad objetiva por alojar contenido ilícito de terceros, ni deben ser obligados a monitorear contenido proactivamente como parte de un régimen de responsabilidad de intermediarios.

El Principio II señala que “los intermediarios no deben ser obligados a restringir contenidos a menos que una orden emitida por una autoridad judicial independiente e imparcial haya determinado que el contenido en cuestión es ilícito. Asimismo, también proporciona una guía que refleja la necesidad y requisito de proporcionalidad del artículo 19.3: “Cualquier responsabilidad impuesta sobre un intermediario debe ser proporcional y directamente correlacionada al comportamiento ilícito del intermediario de no cumplir adecuadamente la orden de restricción del contenido”.

Los Principios III-V indican que los principios del debido proceso deben ser garantizados cuando se pretende restringir un contenido – “la solicitud de restricción debe tener una base legal, el intermediario tiene derecho a argumentar en contra de la remoción, y las leyes, órdenes y prácticas sobre restricción de contenido en una sociedad democrática deben ser necesarias y proporcionales”.

Finalmente, el Principio VI indica la necesidad de transparencia en la aplicación de la legislación que regula la conducta de los intermediarios de Internet: “los marcos y legislación sobre responsabilidad de intermediarios deberían estar sometidos a una revisión regular y sistemática de las reglas y lineamientos para asegurar que estén actualizadas, que sean efectivas y que no sean excesivamente gravosas. Esta revisión periódica debería incorporar mecanismos de recolección de evidencia acerca de su implementación e impacto, y también proveer una revisión independiente que analice sus costos, beneficios demostrables e impacto en los derechos humanos”.

El texto completo de las normas contenidas en los instrumentos internacionales que nos permitimos recordar y de los estándares internacionales aplicables se encuentra disponible en la página web www.ohchr.org, y puede ser proveído si se solicita.

En virtud de las anteriores normas de derecho internacional de derechos humanos, quisiéramos expresar nuestro apoyo al proyecto de ley por las siguientes razones:

³ Principios de Manila sobre responsabilidad de los intermediarios, Versión 1.0, 24 de marzo de 2015. Disponible en https://www.eff.org/files/2015/10/31/manila_principles_1.0.pdf

La revisión judicial de las decisiones de remoción de contenido

Si el requisito del artículo 4 de revisión judicial para la remoción de contenido se aplica conformemente con las normas internacionales del debido proceso, se garantiza que dichas remociones cumplan con los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad. La revisión judicial asegura que las decisiones de remoción de contenido sean deliberadas y supervisadas por un órgano neutral, imparcial e independiente. El carácter público de las deliberaciones judiciales y la toma de decisiones también aseguran la transparencia y la responsabilidad de las decisiones de remoción de contenido. Además, la oportunidad de apelar dichas decisiones ante un tribunal de justicia es un primer paso crítico para asegurar el derecho a un recurso efectivo para posibles violaciones de la libertad de expresión.

Salvaguardias contra el monitoreo o la supervisión proactiva

El artículo 5 que establece que los ISP no están obligados a supervisar de forma proactiva el contenido de terceros por ilegalidad, también establece una salvaguardia fundamental del derecho a la libertad de expresión. La obligación de supervisar de forma proactiva el contenido supone una carga excesiva a los ISP. Dado que la ilegalidad es difícil de evaluar en la mayoría de los casos y las penas por ignorar el contenido infractor son altas, tales obligaciones forman un fuerte incentivo para que los ISP eliminen el contenido que exceda los requisitos del artículo 19.3. Eximir a los ISP de estas obligaciones elimina este incentivo y refuerza el rol principal de la revisión judicial al evaluar la legalidad, la necesidad y la proporcionalidad de las decisiones de remoción de contenido. Asimismo, el artículo 5 está en consonancia con las normas propuestas de la OCDE y los Principios de Manila, lo cual refleja que la legislación es conforme con los estándares internacionales relativos a la responsabilidad de intermediarios.

La autorregulación y la libertad de expresión

Si bien apreciamos el interés del Estado para garantizar que los ISP puedan crear sistemas de autorregulación que estén protegidos de la interferencia indebida del Estado, observamos que el artículo 7 del proyecto de ley debe interpretarse de forma conforme a los estándares del artículo 19 del PIDCP. En consecuencia, cualquier sistema de autorregulación establecido bajo el artículo 7 debe garantizar una protección adecuada contra las interferencias ilegítimas a la libertad de expresión de los usuarios de Internet. En este sentido, entendemos que el artículo 7 establece los requisitos generales de notificación y transparencia para ciertas categorías de decisiones privadas, incluyendo las remociones de contenido en virtud de los términos y condiciones de uso, suspensiones de cuentas y cancelaciones de servicios. Instamos al Gobierno de su Excelencia a que explore el desarrollo de normas de debido proceso y buenas prácticas para la remoción de contenido privado, junto con la sociedad civil y el sector privado.

En vista de estas observaciones, instamos al Gobierno de su Excelencia a adoptar todas las medidas necesarias para fomentar el paso del proyecto de ley.

En este sentido, estaríamos muy agradecidos de tener cualquier información adicional sobre lo expuesto anteriormente.

Por último, quisiéramos informar al Gobierno de su Excelencia que esta comunicación se pondrá a disposición del público, publicándose en la página del sitio web para el mandato del Relator Especial de las Naciones Unidas: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Pages/LegislationAndPolicy.aspx>

Acepte, Excelencia, la expresión de nuestra más distinguida consideración.

David Kaye
Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión

Edison Lanza
Special Rapporteur for Freedom of Expression of the Inter-American Commission on Human Rights