

1 **PRESENTA "AMIGO DEL TRIBUNAL"**

2 Excelentísima Corte Suprema de Justicia de la Nación

3 Eduardo Andrés Bertoni, profesor universitario y abogado inscripto al T°40
4 F°515 del CPACF, constituyendo domicilio en la calle Mario Bravo, 1050, piso 7
5 (Universidad de Palermo, Facultad de Derecho), patrocinado al sólo efecto del
6 cumplimiento formal por Guillermo Javier Holsman (T°115, F°295 CPACF) quien
7 constituye domicilio electrónico en XXXXXXXXXXXX, en los autos caratulados
8 "*Rodriguez, María Belen c/ Google Inc. s/daños y perjuicios*", y de acuerdo a lo
9 decidido por el Excelentísimo Tribunal el 29 de abril del corriente año, a V.E. me
10 presento y respetuosamente digo:

11 **1.- CUMPLIMIENTO ACORDADA 7/13**

12 Que de acuerdo a lo dispuesto por Acordada 7/13 de la Excma. Corte en el
13 "*Reglamento sobre Intervención de Amigos del Tribunal*" hago saber que:

14 a.- Me presento como "Amigo del Tribunal" (en adelante AdT) en mi carácter
15 de profesor universitario con competencia en algunos de los temas principales de este
16 litigio (responsabilidad de "intermediarios" y derecho a la libertad de expresión). En
17 la actualidad dicto el curso "*Derechos Humanos e Internet*" en la Maestría en Derecho
18 de la Universidad de Palermo, habiendo dictado el mismo curso en la Maestría en
19 Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
20 Soy además director del **Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a**
21 **la Información -CELE-** de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo que
22 se dedica al estudio de problemas vinculados a la protección del derecho a la libertad
23 de expresión y el acceso a la información. En el año 2012 el CELE lanzó la
24 "*Iniciativa por la Libertad de Expresión en Internet*" -iLEI- profundizando, bajo mi
25 dirección, estudios relacionados con el uso de las tecnologías y su impacto en
26 derechos fundamentales. Entre 2002 y 2005 fui **Relator Especial para la Libertad**

1 **de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)** de la
2 Organización de los Estados Americanos -OEA. Soy Doctor en Derecho de la
3 Universidad de Buenos Aires y mi última publicaciónⁱ, en carácter de autor y
4 compilador fue "*Internet y Derechos Humanos. Aportes para la Discusión en*
5 *América Latina*".ⁱⁱ

6 b.- Hago saber a V.E. que las investigaciones académicas y eventos realizados
7 por el CELE son posibles gracias el apoyo tanto de la Universidad de Palermo como
8 de otros donantes, públicos o privados, entre ellos, Google Argentina y Google Inc.
9 Sin embargo destaco que para la elaboración de este AdT no he recibido
10 financiamiento o ayuda económica de ninguna especie, como tampoco he recibido
11 asesoramientos en cuanto a los fundamentos de la presentación de este escrito que
12 provengan de las partes de autos. Finalmente expreso que el resultado de este proceso
13 no representará directa o mediatamente beneficios patrimoniales de ninguna especie.

14 c.- Manifiesto que me presento en defensa de los derechos de la demandada en
15 autos y que el interés para la presentación del AdT es académico con el objeto de
16 colaborar con el Máximo Tribunal en una decisión que respete los derechos de todas
17 las partes involucradas en este litigio, todo ello de acuerdo al ordenamiento
18 constitucional de nuestro país.

19 **2.- OBJETO Y RESUMEN DE LA PRESENTACION**

20 El AdT tiene como objetivo ofrecer un sustento teórico y un contexto mínimo
21 para el debate sobre la responsabilidad de los intermediarios en Internet con énfasis en
22 los problemas relacionados con contenidos y el respeto a los estándares de respeto a la
23 libertad de expresión establecidos tanto por la Excma. Corte Suprema, como los que
24 provienen del sistema interamericano de protección de derechos humanos.ⁱⁱⁱ

25 El presente escrito se divide en cuatro apartados. El primer apartado (punto 3
26 *infra*) explica el fundamento teórico general sobre los intermediarios y su relación con

1 la responsabilidad civil. El segundo apartado (punto 4 *infra*) se refiere a los tipos de
2 intermediarios (guardianes) y sus deberes, haciendo énfasis en los modelos más
3 comunes destacando que ninguna de las leyes sobre responsabilidad de intermediarios
4 ha establecido un régimen de responsabilidad objetiva.

5 Vale la pena destacar que en un día cualquiera frente al computador usamos, al
6 menos, dos servicios que nos presta alguna empresa –nacional o extranjera–: el de la
7 conexión a la red y el del correo electrónico. Pero por supuesto el número es mayor:
8 entramos a algún portal de información; miramos las actualizaciones en *Facebook*;
9 recomendamos un artículo por *Twitter*; buscamos información en *Google*;
10 comentamos un blog; miramos libros en *Amazon*; oímos música en *Spotify* o *Lastfm*...
11 La lista es interminable. Estas empresas –los intermediarios– no solo hacen posible
12 nuestra actividad en línea sino que también la moldean. Para algunos servicios
13 necesitamos clave, para otros debemos pagar, en algunos podemos escribir
14 extensamente, en otros solo unas cuantas palabras. De manera creciente el espacio
15 abre más posibilidades y a la vez está sujeto a mayores reglas y obstáculos. En medio
16 de esta situación de evolución y cambio, de tensiones y agendas opuestas, los Estados
17 vienen diseñando fórmulas para que los intermediarios en Internet respondan por los
18 posibles delitos cometidos por sus usuarios. Y en medio de esa agenda de regulación
19 y órdenes judiciales, derechos como la libertad de expresión o el debido proceso
20 parecen quedar en paréntesis.

21 Por esta razón, el cuarto apartado (punto 5 *infra*) se ocupa de la necesidad de
22 aplicar los estándares de respeto a la libertad de expresión a los casos donde los
23 contenidos se desarrollen y se distribuyan en Internet.

24 **3.- FUNDAMENTO TEORICO SOBRE INTERMEDIARIOS**

25 La mayoría de nuestras actividades están mediadas por personas, instituciones y
26 espacios privados que posibilitan y a la vez definen la manera en que las

1 desarrollamos. El empleado de la aerolínea es el encargado de validar nuestros
2 documentos para subirnos a un avión comercial, y solo a través de este servicio
3 podemos viajar a otro país; la médica es quien nos entrega una autorización para
4 adquirir un medicamento, y solo en ciertos lugares –farmacias y droguerías– podemos
5 adquirirlo; el cajero del banco recibe un dinero que queremos girar al extranjero, y
6 solo a través de este servicio –u otros semejantes– podemos hacer que llegue a su
7 destino. Esta interacción e interdependencia con actores privados es de especial
8 interés para el Estado. En muchas ocasiones es más fácil para el regulador influir en la
9 conducta del individuo a través de esos terceros que de manera directa. Así, le resulta
10 más fácil al Estado que la aerolínea verifique si tenemos una visa vigente o que el
11 banco cobre un impuesto por el dinero que enviamos al extranjero. Esta estrategia es
12 conocida como teoría de intermediarios, amas de llaves o guardianes.

13 Según Emily Laidlaw, los guardianes o *gatekeepers* son agentes no estatales
14 con la capacidad de alterar la conducta de terceros en circunstancias en que el Estado
15 difícilmente puede hacerlo.^{iv} Usualmente al guardián le es indiferente la conducta que
16 el Estado busca controlar, sin embargo, por los recursos, la información o la autoridad
17 que posee, está en una posición ideal para regularla. Julia Black lo llama ‘regulación
18 descentralizada’, donde el núcleo de la actividad reguladora se mueve del Estado a
19 espacios privados.^v En todos los casos hay una actividad legalmente indeseable que el
20 intermediario previene o controla. Algunos intermediarios son guardianes por la
21 naturaleza misma del servicio o el insumo que prestan. Por el contrario, otros agentes
22 se vuelven guardianes por creación legal.

23 Al guardián generalmente no lo afecta la posible conducta irregular del
24 individuo. Por ejemplo, para la médica puede resultar indiferente que el paciente
25 compre drogas no prescritas; para la aerolínea puede ser irrelevante que el pasajero no
26 tenga una visa válida; al prestador del servicio de Internet no lo afecta que un usuario

1 descargue música ilegal. Es bajo ese presupuesto, entonces, que la estrategia de usar
2 guardianes debe incluir incentivos legales para que los intermediarios colaboren. Y la
3 mejor manera es haciéndolos responsables legalmente por la conducta indeseada del
4 tercero, a menos que asuman ciertas obligaciones. Este diseño regulatorio se traduce
5 en mecanismos y obligaciones concretas que le permitan al guardián detectar la
6 conducta o el riesgo, bien sea para prevenir que suceda del todo o para minimizar su
7 ocurrencia.

8 Las obligaciones que asume el guardián dependen en gran medida de qué tipo
9 de rol tiene. La teoría se refiere, en general, a dos tipos de guardianes: el ‘bouncer’ y
10 el chaperón. El ‘bouncer’ –siguiendo la figura del empleado que controla la entrada a
11 la discoteca– simplemente se niega a proveer el servicio o autorizar el acceso; el
12 ‘chaperón’, por su parte, establece una relación con el tercero y lo acompaña y lo
13 vigila para que no incurra en la acción indeseada.^{vi} Y mientras el ‘bouncer’ tiene que
14 tomar decisiones entre lo que es y no es aceptable –situaciones de sí o no, de blanco o
15 negro–, el chaperón tiene una misión más compleja: al desarrollar una relación con el
16 sujeto y al estar prestándole un servicio, debe monitorearlo y a la vez influir en su
17 conducta.

18 Es fundamental considerar el balance entre los costos que asume el
19 intermediario y los beneficios que obtiene por ejercer su rol de guardián –como
20 ‘bouncer’ o chaperón–. Un desequilibrio entre unos y otros implica una estrategia
21 fallida de guardián, lo cual impacta negativamente a terceros e inhibe actividades
22 socialmente deseables. Kraakman distingue cuatro factores clave para instaurar un
23 esquema de guardianes:^{vii}

24 *i) Existe una conducta indeseada que no se logra disuadir a través de las*
25 *sanciones existentes.* Éste es el punto de partida. Como ya se señaló, la idea del
26 Estado de usar intermediarios pasa por el análisis previo de la conveniencia para el fin

1 propuesto. Si existen mejores alternativas a través de las sanciones existentes y del
2 poder directo del Estado, el uso de guardianes es una estrategia equivocada.

3 *ii) No hay incentivos privados suficientes para que los guardianes intenten*
4 *controlar o detener dicha conducta.* Si al intermediario le conviene controlar la
5 conducta, la mejor alternativa para el Estado puede ser abstenerse de intervenir en la
6 relación entre aquel y el ciudadano. Por ejemplo, a un centro comercial le conviene
7 que sus almacenes no vendan productos robados o que las zonas comunes sean
8 seguras para los visitantes. Instaurar un incentivo legal para obligar a que el centro
9 comercial controle ambos frentes puede ser innecesario y, al contrario, puede generar
10 costos que antes no existían.

11 *iii) Existen intermediarios que pueden prevenir la conducta indeseada de*
12 *manera confiable sin importar qué alternativas hay en el mercado para los*
13 *infractores.* El uso de guardianes tiene sentido si éstos pueden prevenir o controlar la
14 conducta en una escala y medida razonable. Al contrario, no parece adecuada como
15 política pública si, a pesar de algunas amas de llaves rigurosas, la conducta indeseada
16 se lleva a cabo por otras vías –mediante intermediarios flexibles o mercados negros
17 ampliamente disponibles–. De ser así, el efecto negativo es múltiple: el intermediario
18 incurre en costos ineficientes, sólo los asume el ciudadano que no desea incurrir en la
19 conducta indeseada, y ésta no se ve afectada (aún peor, los más interesados en
20 perpetrarla serán los primeros en buscar alternativas). Como contra-argumento puede
21 decirse que tener algunos intermediarios ejerciendo como guardianes sirve para mover
22 la conducta a espacios marginales y, por lo tanto, para desalentar la conducta en el
23 grueso de la población.

24 *iv) Los costos para inducir a los intermediarios a que colaboren son*
25 *razonables.* Éste último punto está relacionado con todos los anteriores. Si partimos
26 del supuesto de que al intermediario le es indiferente que el ciudadano incurra en la

1 actividad indeseada, los costos que éste debe asumir deben ser razonables para que
2 colabore con el Estado. Por supuesto, el Estado puede ejercer su poder punitivo contra
3 un intermediario –en el fondo el incentivo no es otra cosa que una amenaza de
4 sanción legal–. Pero el problema radica en que ante costos muy altos el intermediario
5 optará por no prestar el servicio (así como un futuro intermediario preferirá no
6 aventurarse a ofrecerlo del todo), o lo hará en condiciones deficientes o demasiado
7 gravosas para el beneficiario. En esos términos, la estrategia de guardián podrá lograr
8 el control de una actividad indeseada, pero acabará por afectar otras necesarias y, a la
9 postre, tal vez más importantes.

10 La doctrina sobre responsabilidad civil extracontractual –similar al *tort* en
11 países de *common law*– también ha sido propuesta para resolver el vacío sobre la
12 responsabilidad de los intermediarios de Internet frente a los hechos cometidos por
13 sus usuarios. En la medida en que se trata de un riesgo legal que genera un incentivo
14 para controlar una actividad indeseada, tiene alguna relación con la teoría del
15 guardián. El planteamiento básico es el siguiente: un intermediario puede llegar a ser
16 responsable bien sea por los daños que cause un usuario o porque gracias al servicio
17 que aquel presta fue que se produjo y potenció el daño.

18 Tomemos un ejemplo: a través de *Twitter* una persona difunde rumores falsos
19 sobre otra, por cuenta de los cuales ésta última pierde su trabajo y la posibilidad
20 inminente que tenía de hacer un negocio. Bajo un análisis general de responsabilidad
21 civil, la persona afectada podría iniciar una acción judicial contra *Twitter* para buscar
22 que se le repare el daño. En ese caso, tendría que probar ante el juez que
23 efectivamente el daño existió, que hay un nexo causal entre ese daño y la actuación de
24 *Twitter*, y que *Twitter* fue negligente a la hora de evitarlo.

25 Más allá de que bajo este análisis el intermediario puede terminar
26 respondiendo por la actuación de sus usuarios, éste sería el enfoque menos gravoso

1 para *Twitter*, ya que implica demostrar que estuvo involucrado directamente en el
2 hecho indeseado. Sin embargo, dentro del mismo régimen de responsabilidad civil se
3 han propuesto alternativas que pueden hacer más exigente el deber del intermediario:
4 la responsabilidad por el hecho de otro y la actividad peligrosa.

5 Por regla general, una persona debe responder legalmente por los daños que
6 cause. Dependiendo de la gravedad de la conducta, la persona puede estar obligada a
7 resarcir económicamente al afectado e, incluso, puede estar sujeta a una sanción
8 penal. Es lo que acabamos de ilustrar. No obstante, una persona también puede ser
9 responsable por los hechos de otra persona o un objeto a su cargo. Es el caso, por
10 ejemplo, del daño causado por un hijo o una mascota, y se conoce como
11 responsabilidad por el hecho de otro.^{viii}

12 En este renglón de la responsabilidad civil, y siguiendo con el ejemplo, se
13 parte del supuesto de que los daños que puedan producir los usuarios de *Twitter* a
14 través de la plataforma son responsabilidad de *Twitter*. Y aunque la carga probatoria
15 para el afectado es similar al del escenario anterior, el intermediario tendría un deber
16 de vigilancia más complejo, lo que implica demostrar que obró con diligencia para
17 supervisar las acciones del usuario (haber actuado como un ‘buen padre de familia’).

18 Por último, está la responsabilidad objetiva, y específicamente la tesis de que
19 la actividad de un intermediario como *Twitter* implica la creación de un riesgo público
20 –tanto como la extracción de minerales con explosivos o el uso de armas por parte del
21 Estado–. Bajo este estándar, y volviendo al ejemplo, habría una presunción de que la
22 actividad que desarrolla *Twitter* es peligrosa y, por lo tanto, tendría que ser éste el que
23 pruebe que el daño se produjo por un hecho imposible de prever o por fuera de su
24 órbita de control.

25 La idea de instaurar un régimen de responsabilidad objetiva para los
26 intermediarios de Internet fue impulsada principalmente por las industrias creativas

1 para proteger el derecho de autor.^{ix} Pero esta propuesta no tiene mayor vigencia hoy
2 en día. Ante un riesgo de responsabilidad objetiva –y de una sanción pecuniaria
3 cuantiosa– el intermediario podría optar por no prestar el servicio o implementaría
4 cambios estructurales para ofrecerlo en condiciones sumamente controladas.
5 Refiriéndonos por última vez al ejemplo, llevaría a *Twitter* a instaurar un sistema para
6 verificar los contenidos antes de su publicación, o a no ofrecer el servicio del todo. Y
7 en términos de la estrategia de crear un guardián, generaría efectos no deseados o
8 amenazaría la existencia misma del intermediario.^x

9 Los demás planteamientos sobre la responsabilidad extracontractual –por el
10 daño producido y por el hecho del tercero–, aún tienen vigencia. Por un lado,
11 apuntalan algunas de las leyes existentes y, por el otro, algunos jueces los han
12 aplicado en procesos judiciales contra intermediarios. En este caso, un elemento
13 problemático ha sido determinar en qué consiste, concretamente, la diligencia a la que
14 está obligado el intermediario para eximirse de responsabilidad (esto es, por ejemplo,
15 si debe bloquear contenidos, monitorear permanentemente el servicio o atender la
16 queja de una persona afectada, entre otros). Se trata, en verdad, de otra manera de
17 llegar a la pregunta de en qué consiste la guardia que debe llevar a cabo el guardián.

18 **4.- TIPOS DE INTERMEDIARIOS. RESPONSABILIDAD**

19 En materia de flujo de contenidos en Internet, la mayoría de las leyes sobre
20 responsabilidad de intermediarios se han sancionado para que el guardián ayude a
21 enfrentar uno de tres problemas: la pornografía infantil, la piratería o las
22 vulneraciones al honor y el buen nombre. En ninguno de estos casos se ha establecido
23 un régimen de responsabilidad objetiva. Las leyes varían entre lo que se conoce como
24 una inmunidad total o una inmunidad condicionada para el intermediario. Y en países
25 sin leyes específicas, los jueces han resuelto algunos casos en estos mismos temas a

1 partir del régimen general de responsabilidad civil.^{xi} Resulta importante señalar
2 algunos comentarios sobre estos modelos.

3 Para explicar el régimen de inmunidad absoluta tomamos el caso de Estados
4 Unidos. En 1996, el Congreso de ese país expidió el *Communications Decency Act*
5 (CDA) con el propósito principal de combatir la pornografía y la obscenidad en línea.
6 Por encontrarla contraria a la Primera Enmienda –que protege la libertad de
7 expresión–, un año después la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional la
8 mayor parte de la norma. Sin embargo, dejó vigente la Sección 230, que establece que
9 ningún proveedor o usuario de un ‘servicio informático interactivo’ puede ser tratado
10 como editor o portavoz de la información proporcionada o difundida por cualquier
11 otro usuario o servicio.^{xii}

12 En otras palabras, los intermediarios que alojan, publican o ‘repostean’
13 información o expresiones de terceros están protegidos de eventuales acciones
14 judiciales por difamación o similares. Ningún titular de un servicio como *Twitter* o
15 *Facebook*, ningún medio de comunicación en línea y ninguna persona con un blog o
16 página personal, es responsable por los comentarios o los contenidos –ya sea texto,
17 audio o video– que otras personas difundan a través del servicio o en el portal
18 respectivo.

19 El razonamiento de la Corte de los EEUU puede leerse en clave de guardianes
20 como ha sido explicado *supra*. En su versión original, la CDA introducía el incentivo
21 de la sanción para que los intermediarios colaboraran con la conducta indeseada. Pero
22 los costos de este esquema no eran razonables, no solo para los prestadores del
23 servicio –que habrían tenido que introducir sistemas de monitoreo y vigilancia–, sino
24 también, y principalmente, para el grueso de la sociedad. El costo que se pagaba, la
25 externalidad negativa, era la restricción abierta e inconmensurable del debate público.

1 Desde la perspectiva de un robusto ejercicio de la libertad de expresión no hay
2 dudas que la inmunidad absoluta de la CDA es una conquista. Fundamentalmente, una
3 norma distinta posibilitaría el control de contenidos con fines políticos, la censura
4 previa y, en general, una inhibición de la libertad de expresión en línea. ^{xiii} Y ha sido
5 este criterio el que V.E. ha seguido en el caso "Sujarchuk" (Sujarchuk Ariel Bernardo
6 c/Warley Jorge Alberto, S.755, L.XLVI, 26 de junio de 2012) y es el criterio seguido
7 por la Procuración General de la Nación en su opinión en el caso "Da Cunha"
8 (Procuración General de la Nación, Recurso de Hecho, Da Cunha Virginia c/Yahoo
9 de Argentina S.R.L. y otro s/daños y perjuicios. S.C., D. 544, L.XLVI)

10 La inmunidad condicionada, por otro lado, la encontramos sobre todo en
11 normas sobre protección de derechos de autor en Internet. La idea de este tipo de
12 regímenes es ofrecerle al intermediario un ‘puerto seguro’ donde esté a salvo de
13 cualquier responsabilidad legal siempre y cuando cumpla con deberes concretos.
14 Aunque los titulares de contenido abogaron por un nivel de responsabilidad mayor, la
15 inmunidad condicionada terminó siendo el punto de encuentro entre los intereses de
16 éstos y de los Prestadores de Servicios de Internet (PSI).^{xiv}

17 La sección 512 del *Digital Millenium Copyright Act* (DMCA) de Estados
18 Unidos, sancionado en 1998, estipula unas condiciones para que un PSI no sea
19 responsable por las posibles violaciones a los derechos de autor llevadas a cabo por
20 sus usuarios. Si el PSI cumple con esas condiciones entra en el puerto seguro de la
21 ley, en cuyo caso el titular del contenido no podrá perseguirlo legalmente por un
22 eventual daño.

23 El DMCA establece unas categorías de PSI que están amparados por la ley.^{xv}
24 El propósito es asegurarse de que éstos actúan realmente como intermediarios y no
25 como distribuidores directos del contenido protegido. A partir de esta clasificación, la
26 ley parte del supuesto de que los PSI no tienen por qué saber si un usuario está usando

1 de manera ilegal el contenido de terceros. Es decir, el DMCA no establece un deber
2 permanente de monitoreo. Sin embargo, esta presunción se desvirtúa cuando algún
3 hecho o circunstancia indica que hay una actividad infractora manifiesta o cuando el
4 titular del material notifica al PSI.

5 Desde ese momento el PSI ya tiene conocimiento de una posible infracción al
6 derecho de autor y, por lo tanto, empieza a abandonar el puerto seguro. Conoce de una
7 posible actividad infractora y la está permitiendo. En consecuencia, si el PSI quiere
8 mantener su inmunidad, debe proceder a bloquear el acceso al material o retirarlo –un
9 video, por ejemplo– y notificar al usuario afectado de lo sucedido.^{xvi} Y si el usuario
10 afectado considera que el material fue removido o bloqueado erróneamente, puede
11 iniciar un proceso de contra-notificación. No obstante, debe estar dispuesto a llevar su
12 caso ante cualquier juez y esperar un lapso de entre 10 y 14 días.^{xvii} Pasado ese
13 término, si el titular del contenido no inició una acción judicial, el PSI debe
14 restablecer el contenido.

15 Como estrategia de guardián, la inmunidad condicionada del DMCA le
16 establece un claro incentivo, y aunque impone costos considerables –el PSI debe tener
17 un responsable en su empresa para atender estos procedimientos– no impone deberes
18 difusos o desproporcionados de monitoreo y vigilancia.^{xviii} Los costos, en cambio, sí
19 los asumen los usuarios y la comunidad en general.

20 De una parte, el usuario que resulta afectado por un retiro equivocado corre
21 con el costo de ‘perder’ el contenido –al menos temporalmente– y asume la carga de
22 defenderlo. De otra parte, la comunidad en general resulta afectada por las
23 expresiones e informaciones removidas de manera excesiva. Por cuenta del balance de
24 los incentivos, el PSI no pierde nada con retirar material y sí gana mucho con la
25 entrada al puerto seguro.^{xix} Pero dependiendo del tipo de contenido, es el guardián el
26 que sin decisión judicial se coloca como decisor de qué se retira y qué no, y quien

1 puede perder con este sistema es la sociedad en su conjunto cuando el guardián retire
2 contenidos de interés público ante la sola duda de su ilegalidad.

3 En contraste con el mecanismo de notificación y retiro del DMCA, diversos
4 países han optado por alternativas que mantengan los incentivos para los
5 intermediarios pero, a la vez, brinden las garantías necesarias a los usuarios. La ley
6 chilena sobre este tema –que implementa una de las obligaciones del tratado de libre
7 comercio con Estados Unidos– incluye un mecanismo de retiro de contenido con
8 intervención previa del juez.^{xx} Por otra parte, la ley canadiense incorpora un
9 mecanismo de ‘notificación y notificación’: el reclamo del titular del contenido no
10 obliga al PSI a retirar el contenido sino a notificar al usuario, y solo si el PSI incumple
11 con este deber puede incurrir en una responsabilidad legal.^{xxi}

12 Explicar en mayor detalle las distintas alternativas de puertos seguros y los
13 debates que las rodean requeriría de un espacio aparte. Para efectos de este AdT, es
14 relevante señalar la importancia de tener en cuenta el balance entre los incentivos y
15 los costos de la inmunidad condicionada, no solo para el intermediario sino también
16 para el usuario y la comunidad en general. Igualmente, es fundamental observar que
17 en la mayoría de estos sistemas de inmunidad condicionada el intermediario está
18 exonerado de un deber permanente de monitoreo, lo cual resulta beneficioso. La
19 inmunidad condicionada –siguiendo la tipología propuesta por Kraakman– vuelve a
20 los PSI chaperones del usuario, pero de manera limitada. Esto se traduce en mayor
21 libertad y autonomía para el ciudadano.

22 Por último tenemos los regímenes de responsabilidad subjetiva que –como
23 vimos– no corresponden a la aplicación de una ley específica sobre intermediarios en
24 Internet, sino al uso de normas y principios generales sobre responsabilidad civil.
25 Decíamos atrás que éste puede ser un régimen menos gravoso para el intermediario en
26 comparación con el de responsabilidad objetiva; no obstante, resulta más desventajoso

1 frente a una inmunidad condicionada –ni qué decir de una absoluta– toda vez que los
2 deberes del PSI no están del todo definidos.

3 La jurisprudencia de los tribunales nacionales no es uniforme. Sin embargo de
4 una lectura de varios de los casos ya decididos en distintas instancias ^{xxii} -incluso de
5 las sentencias de primera y segunda instancia del caso de marras- se extraen algunas
6 conclusiones: primero, no existe un deber de monitoreo y vigilancia general. Segundo,
7 en varias decisiones, el deber de diligencia del intermediario está atado a hacer juicios
8 de valor sobre la legalidad de las acciones del usuario. Y esta facultad informal de
9 adjudicación sí es problemática. ¿Cuál sería el criterio para que el intermediario
10 mantenga o elimine un contenido cuando se trate de imputaciones fácticas o
11 afirmaciones subjetivas? ¿Qué hace cuando se encuentra con versiones encontradas o
12 zonas grises? En tercer lugar, otras decisiones optan derechamente por considerar que
13 el intermediario no es responsable.

14 Por estas razones, la decisión de V.E. es relevante como mensaje para los
15 guardianes: si simplemente la notificación de parte fuera el requisito para dar de baja
16 un determinado contenido, y el no hacerlo generaría responsabilidad pecuniaria, ello
17 podría entrar en colisión con estándares sobre el ejercicio de la libertad de expresión
18 que V.E. ya ha establecido. A ello me refiero en el punto que sigue.

19 **5.- INTERMEDIARIOS Y LIBERTAD DE EXPRESION**

20 Este AdT ha brindado un sustento teórico y un contexto mínimo a la discusión
21 sobre la responsabilidad de los intermediarios en Internet. Y antes que hacer un
22 estudio comparativo de los regímenes existentes, nos ocupamos en resaltar los puntos
23 más relevantes de éstos para identificar los problemas y ofrecer a V.E algunos
24 elementos de análisis al momento de fallar.

25 Antes de concluir, creo relevante destacar que nuestro país, si bien no cuenta
26 con una ley específica en materia de responsabilidad de intermediarios, tiene una

1 norma que, por la fecha en que fue dictada, se adelantó a muchas de las discusiones
2 que hoy se están dando a nivel global. Me refiero a la ley 26.032 que específicamente
3 establece que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas por medio del
4 servicio de Internet se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que
5 ampara la libertad de expresión. Esta norma, sancionada en 2005 permite una clara
6 conclusión: toda la jurisprudencia de V.E. a la hora de interpretar el contenido y
7 límites al ejercicio de la libertad de expresión se aplica tanto a cuestiones de hecho
8 que ocurran en un mundo "off line" como en un mundo "on line", esto es, en Internet.

9 En tal sentido, al decidir en autos, y de acuerdo a las consideraciones vertidas
10 en este AdT, V.E. estaría en condiciones de concluir que los intermediarios no
11 responden por daños y perjuicios en aplicación de la doctrina "Campillay" (Fallos:
12 308:789) tal como lo hizo en el caso Sujarchuk antes citado. Complementando esta
13 doctrina, y por la actividad propia de los "buscadores", es sencillo entender que existe
14 una adjudicación de fuente y por ello podría V.E. recurrir a la doctrina que surge del
15 caso "Acuña" (Fallos: 319:2965) cuando entendió que *"La exigencia de que la*
16 *información debe atribuirse a una fuente identificable no sufre una real excepción*
17 *por la circunstancia de que se haya admitido la reproducción de un anónimo, desde*
18 *que la aclaración de tal carácter permite a los lectores formarse un juicio certero*
19 *acerca del grado de credibilidad que merecían las imputaciones publicadas por el*
20 *medio.*" Nótese que si se admitió como cita de fuente la cita de un anónimo, la tarea
21 de los buscadores consiste en algo mucho más preciso que la cita de un anónimo.

22 Asimismo, desde antiguo V.E. ha reconocido el diferente umbral de
23 protección para la protección de derechos personalísimos del que gozan los
24 funcionarios públicos y las figuras públicas. En "Costa" (Fallos 310:508), y sólo para
25 citar un antecedente de los tantos que existen en la jurisprudencia del Tribunal, V.E.
26 decidió que *"Para obtener la reparación pecuniaria por las publicaciones relativas*

1 *al ejercicio de su ministerio, los funcionarios públicos deben probar que la*
2 *información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación*
3 *acerca de tal circunstancia. En cambio, en el caso de particulares, basta la*
4 *“negligencia precipitada” o “simple culpa”. Y agregó que “[...]Dentro de la*
5 *“protección débil del funcionario público” frente a la “protección fuerte del*
6 *ciudadano común”, cabe efectuar una segunda división que es el grado de notoriedad*
7 *pública del sujeto pasivo supuestamente vulnerado por la circulación de noticias*
8 *referentes a su conducta, al no poder equipararse la situación de un ministro de*
9 *gobierno con la de un anónimo empleado de una repartición estatal, si sólo se*
10 *considera que el acceso a la opinión pública de este último son prácticamente*
11 *escasas o nulas, por lo que cabría acordarle una mayor protección. En tal sentido,*
12 *V.E. debería merituar al momento de su pronunciamiento el carácter de figura pública*
13 *involucrado en el caso de marras -y, por cierto, en tantos otros que han sido objeto de*
14 *litigio y que he citado en este AdT.*

15 **6.- PETITORIO**

16 Por todo lo expuesto a V.E. respetuosamente solicito:

17 a.- Tenga por presentado en legal forma este escrito como "Amigo del
18 Tribunal" y oportunamente se ordene su incorporación al expediente.

19 b.- En caso de considerarlo pertinente, se tengan en cuenta las consideraciones
20 vertidas en este escrito al momento del pronunciamiento del Tribunal en este caso.

21 Sírvasse proveer de conformidad,

22

23

24

25

26

ⁱ Para más información sobre alguna de mis publicaciones vinculadas con temas relacionados con el uso de las tecnologías y el ejercicio de derechos fundamentales ver en <http://ebertoni.blogspot.com.ar/search/label/Internet>.

ⁱⁱ Disponible en <http://www.palermo.edu/cele/pdf/InternetyDDHH.pdf>.

ⁱⁱⁱ Este AdT se corresponde con la investigación "*Internet y Derechos Humanos. Aportes para la Discusión en América Latina*", *supra* nota 2.

^{iv} Cfr. Laidlaw, E. A framework for identifying Internet information gatekeepers. *International Review of Law, Computers and Technology*, 24:3, p. 264.

^v Cfr. *Ibidem*, p. 264.

^{vi} Cfr. Zittrain, Jonathan. A History of Online Gatekeeping. *Harvard Journal of Law & Technology*. Volume 19, No. 2, Spring 2006, p. 253-298.

^{vii} Cfr. Op. Cit. Kraakman, p. 61.

^{viii} Cfr. Mazeaud, H; Mazeaud, L. Compendio del tratado teórico y práctico de la responsabilidad delictuosa y contractual. Tomo I. Editorial Colmez, México, 1945.

^{ix} Cfr. Jessica Litman en *Digital Copyright. Selected Works*, 2006; Peguera Poch, M. 'La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet'. *Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios en Internet*. Barcelona, noviembre de 2001. Disponible en: <http://www.uoc.edu/in3/dt/20080/#bibliografia> (verificado el 6 de agosto de 2013).

^x Cfr. Hylton, K. Property Rules, Liability Rules, And Immunity: An Application To Cyberspace. Boston University School of Law, Working Paper Series, Law and Economics No. 06-19, 2006. Ver también, Carrasco Blanc, H. 'Algunos aspectos de la responsabilidad de Proveedores de Servicios y Contenidos de Internet. El caso ENTEL'. En: *REDI*, No. 26, agosto de 2000.

^{xi} Para un estudio comparado sobre las normas en la materia, ver, Ruiz, C.; Lara, J.

‘Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Latinoamérica’. En: *Hacia una Internet libre de censura. Propuestas para América Latina*. Bertoni, E. Compilador. Facultad de Derecho, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE), Universidad de Palermo, 2012, p. 109-123.

^{xii} Ver, 47 USC § 230 - Protection for private blocking and screening of offensive material. Disponible en: <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/230> (verificado el 6 de agosto de 2013).

^{xiii} Sin embargo, han surgido voces autorizadas para quienes la balanza está excesivamente desequilibrada en contra de derechos como la privacidad o el buen nombre -ver Levmore, S.; Nussbaum, M. (eds.). *The Offensive Internet. Speech, Privacy, and Reputation*. Harvard University Press, Cambridge, 2010. Pos. 45, versión Kindle (traducción informal). Ver también, Lemley, M. *Rationalizing Internet Safe Harbors*, *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 6, p. 101, 2007.

^{xiv} Ver, entre otros, Drahos, P.; Braithwate, J. *Information Feudalism. Who Owns the Knowledge Economy*. The New Press, New York-London, 2002; Decherney, P. *Hollywood’s Copyright Wars. From Edison to the Internet*. Columbia University Press, New York, 2012; Jessica Litman en *Digital Copyright. Selected Works*, 2006.

^{xv} La DMCA admite cuatro categorías de intermediarios: los que conducen, transmiten o enrutan información, los que hacen copias temporales (caching), los que almacenan información y los que ayudan a localizar información –referido principalmente a los motores de búsqueda–.

^{xvi} Esta obligación no está en cabeza de los intermediarios que enrutan o transmiten información y de aquellos que hacen copias temporales. Si no originan la transmisión ni manipulan los datos más allá de lo que técnicamente se requiera, están en una

especie de inmunidad absoluta (como si fueran ‘common carriers’).

^{xvii} Para una explicación más detallada sobre la DMCA y el ‘puerto seguro’, ver, Op. Cit. Cortes, C. Mirar hacia el norte es mirar hacia atrás: el impacto negativo de la DMCA. El mecanismo de notificación y retiro y las Medidas Tecnológicas de Protección.

^{xviii} De manera similar a la DMCA, la ‘Directiva sobre el comercio electrónico’ de la Unión Europea establece que los prestadores de servicios no tienen una obligación general de supervisión. Esto significa, concretamente, que los Estados-parte no les impondrán a éstos “una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas”. Directiva 2000/31/CE. Diario Oficial n° L 178 de 17/07/2000 p. 0001 - 0016. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:ES:HTML> (verificado el 5 de agosto de 2013).

^{xix} Cfr. Seltzer, W. ‘Free Speech Unmoored in Copyright’s Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment’. Harvard Journal of Law and Technology. Volume 24, Number 1, Fall 2010. Pg. 171 y ss.

^{xx} Cfr, Álvarez Valenzuela, D. En Busca de Equilibrios Regulatorios: Chile y las Recientes Reformas al Derecho de Autor. ICTSD. Documento de Política Pública, 22, 2011. Disponible en: <http://ictsd.org/downloads/2011/12/en-busca-de-equilibrios-regulatorios-chile-y-las-recientes-reformas-al-derecho-de-autor.pdf> (verificado el 6 de agosto de 2013).

^{xxi} Cfr. Copyright Modernization Act, sección 41.25 y ss. Disponible en: http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/annualstatutes/2012_20/FullText.html# (verificado el 6 de agosto de 2013).

^{xxii} “Da Cunha Virginia c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/ daños y perjuicios”, Juzgado Nacional en lo Civil N° 75, Expte. N° 99.620/2006, 29 de julio de 2009; “D. C. V. c/ Yahoo de Argentina SRL y otro s/ Daños y Perjuicios”, Expte. N° 99.620/2006, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, 10 de agosto de 2010.; “P., L. y otros sobreseimientos JI 20/162” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional - Sala 5 CCC 13630/2012/CA2. 28 de octubre de 2013; “Bluvol, Esteban Carlos c/ Google Inc. y otros s/ daños y perjuicios”. Exp. N° 59.532/2009, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, 5 de diciembre de 2012; “Mazza, Valeria Raquel c/Yahoo de Argentina SRL s/Medidas precautorias”, Juzgado Nacional en lo Civil N° 50, 11 de julio de 2008; “De Grazia, Jazmin c/Yahoo de Argentina SRL y otro s/Medidas cautelares” Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala III, 5 de noviembre de 2008; “Servini de Cubría María Romilda c/ Yahoo de Argentina SRL y otro s/ Medidas cautelares. Causa 7.183/08, Juzgado 4, Secretaría 7, 3 de junio de 2009; “Maradona Diego Armando y otros c/ Yahoo de Argentina SRL y otro s/ Medidas cautelares, Expediente n°N3.567/08, Reg. N° 133, Juzgado 11, Secretaría 21, 13 de agosto de 2009; “GIMBUTAS Carolina Valeria c/GOOGLE INC. s/Habeas Data”, Expte. N° 114.474/2006 y “GIMBUTAS Carolina Valeria c/GOOGLE INC. s/daños y perjuicios, Expte. N° 40.500/2009, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 1. .