



Cuadernillo de análisis sobre: **Responsabilidad civil extracontractual de los intermediarios de Internet**

Autores:

**Luis Octavio Martínez Morales
Alejandro Pisanty Baruch**

**Coordinadores del proyecto:
Pablo Pruneda Gross / Issa Luna Pla**



Índice

I. Introducción	3
II. Apartado Metodológico.	5
III. La Gobernanza de Internet	8
III.1. Los principios de la gobernanza de Internet	9
III.2. Los actores fundamentales en el funcionamiento de Internet	11
III.3 Internet y su arquitectura de capas	12
III.4. Mecanismos e Instrumentos de la gobernanza de Internet	15
III.5. Los intermediarios de Internet	16
IV. Internet y Libertad de Expresión.	21
IV.1. Libertad de Expresión	21
IV.1.a). Prohibición de la Censura Previa en el Sistema Interamericano	22
IV.1.b). Restricciones a la Libertad de Expresión.	24
IV. 2. El ejercicio de la Libertad de Expresión en Internet.	26
IV.3. El rol de la regulación sobre Responsabilidad Civil de los Intermediarios de Internet en el ejercicio de la Libertad de Expresión.	32
V. La Protección de los Intermediarios de Internet en el Derecho Comparado	40
V.1. La “Sección 230 de la Communications Decency Act” de los Estados Unidos de América (CDA-230).	41
V.2. La “Ley de Marco Civil de Internet” de Brasil.	49
V.3. Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea.	55
VI. Análisis del marco jurídico en materia de responsabilidad civil extracontractual aplicable a los intermediarios de Internet en México y sus implicaciones.	61
VI.1. Análisis de la Responsabilidad Civil Objetiva de los intermediarios de Internet en México.	62
VI.2. Análisis de la Responsabilidad Civil Subjetiva de los intermediarios de Internet en México.	65
VI.3. Consideraciones particulares sobre la Responsabilidad Civil por Daño Moral.	68
VI.4. Compromisos asumidos por el Estado Mexicano en materia de Responsabilidad Civil de Intermediarios de Internet en el T-MEC.	75
VII. Conclusiones y Recomendaciones	81
Bibliografía	89

I. Introducción

A poco más de tres décadas del surgimiento de Internet es innegable el efecto transformador que ha tenido en nuestras sociedades. Se puede afirmar que en la actualidad, sobre todo en los países que han logrado cierto nivel de desarrollo económico, Internet ha alcanzado y tiene un impacto en cada aspecto de la vida humana. Esto ha sido posible gracias a que Internet ha cambiado radicalmente la forma en que nos comunicamos y la información fluye y se hace accesible a todo el público.

En ese sentido, la Internet ha superado las limitaciones estructurales de los medios masivos de comunicación como la prensa, la radio y la televisión, que ahora llamados tradicionales, pero, sobre todo, ha cambiado la forma en que se da el flujo de información. En los medios tradicionales la comunicación es unidireccional, es decir, hay un emisor con varios receptores. Esto le da al medio el poder de decidir el contenido y los términos de la información que se difunde, es decir, de ejercer un “control editorial”. La aparición de Internet y, como lo señaló el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión en su informe del 16 de mayo de 2011, sobre todo con la llegada de las plataformas de intermediación, que facilitan el intercambio participativo de información y la colaboración en la creación de contenido, los individuos ya han dejado de ser receptores pasivos para convertirse en generadores activos de información, es decir, el flujo de información ha pasado de ser unidireccional a multidireccional y ha hecho prácticamente imposible el ejercer cualquier tipo de “control editorial”.

Por ello, el Internet ha pasado a ser no sólo un habilitador y potenciador del derecho a la libertad de expresión, sino que se puede afirmar que ya constituye un medio fundamental para su ejercicio, así como el de otros derechos como de asociación, a la educación y la cultura y a la participación política.

Sin embargo, la operación de la Internet es sumamente compleja e involucra la participación de una infinidad de actores. Tanto empresas que prestan servicios de conexión a Internet y transmisión de datos, como las que alojan páginas, motores de búsqueda, plataformas de intermediación de contenidos, etc., juegan un papel para permitir y facilitar la difusión de todo tipo de ideas, opiniones, informaciones y contenidos, por lo que comúnmente se les conoce como “intermediarios de internet”. Es importante resaltar que éstas empresas y organizaciones sólo sirven como un vehículo para la expresión de ideas de terceras personas, también conocidas como usuarios, es decir, no son los autores, productores o editores del contenido que se publica y difunde a través de Internet, por lo que reciben el nombre de “intermediarios de Internet”.

Desde los primeros años de la aparición de la Internet comercial, es decir, accesible al público en general, se ha planteado la discusión de si estos “intermediarios” deben ser considerados responsables jurídicamente de la actividad ilícita o lesiva de los usuarios y el

impacto que esto puede para el ejercicio de la libertad de expresión y el desarrollo económico.

Son precisamente estas cuestiones las que se abordan en el presente trabajo. En primer lugar se hace una caracterización de los intermediarios de Internet y de su rol como habilitadores del flujo de información y, posteriormente, se hace un análisis de los impactos que puede tener la legislación en materia de responsabilidad civil extracontractual, es decir, aquella que surge a partir de la causación de un daño ya sea patrimonial o moral.

Para ello, se hace una revisión del marco constitucional e interamericano de derechos humanos, particularmente del derecho a la libertad de expresión y se realiza un análisis de los modelos regulatorios de responsabilidad civil de Intermediarios de Internet que se han establecido en otros países, particularmente los Estados Unidos con la Sección 230 de la Communications Decency Act (CDA 230), la Unión Europea con la Directiva sobre Servicios de la Sociedad de la Información en particular el Comercio Electrónico, y Brasil con la Ley de Marco Civil.

Asimismo, se hace una revisión y análisis de la situación prevaleciente en México derivado de la ausencia de una legislación específica y las perspectivas que se presentan ante la entrada en vigor del Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), el cual le impone a nuestro país la obligación de incorporar en su marco jurídico nacional disposiciones en materia de responsabilidad de intermediarios.

Por último, se presentan una serie de conclusiones y recomendaciones respecto de la manera en que México puede establecer una regulación desde una perspectiva de derechos humanos y considerando las obligaciones contraídas en el T-MEC.

II. Apartado Metodológico

El presente estudio tiene por objeto realizar un análisis de los modelos regulatorios de la responsabilidad civil de los Intermediarios de Internet, desde una perspectiva de derechos humanos y considerando el contenido que en esta materia dispone el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC).¹

En ese sentido, el estudio tiene los siguientes objetivos específicos:

1. Identificar el o los posibles modelos regulatorios de responsabilidad civil de Intermediarios de Internet que de mejor manera garanticen la libertad de expresión.
2. Analizar los impactos de los modelos regulatorios y de gobernanza sobre: a) libertad de expresión; b) responsabilidad civil; y, c) T-MEC.
3. Analizar las posturas de los actores del ecosistema digital de México y Latinoamérica en relación a lo referido en los incisos 1 y 2.
4. Sugerir principios de regulación de la responsabilidad civil de los Intermediarios de Internet.

Es importante señalar que el presente trabajo se circunscribe al análisis de la responsabilidad de intermediarios de Internet tomando en consideración los siguientes presupuestos:

- a) El análisis se realiza a partir del rol que juegan diversos actores del ecosistema digital (personas físicas y morales), como facilitadores o habilitadores de la transmisión y difusión de datos, informaciones, expresiones, opiniones, materiales y contenidos de todo tipo que son creados, generados y difundidos por terceras personas (usuarias de los servicios que prestan), esto es, en una actividad o función de intermediación.
- b) Se trata de la responsabilidad que se origina cuando los datos, informaciones, expresiones, opiniones, materiales y contenidos producen un daño o un perjuicio de manera ilícita, que puede ser de naturaleza económica o moral, y, derivado de esto, surge la obligación de indemnizar a la persona

¹ La metodología completa del estudio se puede revisar en el documento “Estudio sobre la Regulación del Ecosistema Digital en México y Latinoamérica. Plan de Trabajo y Documento Metodológico. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2021.

que los sufrió. Es decir, se trata de una “responsabilidad civil extracontractual”.

- c) Se excluyen los supuestos de responsabilidad civil que se originan por infracciones a derechos de autor y, en términos generales, a derechos de propiedad intelectual.

El estudio se realizó mediante una investigación teórica y empírica cualitativa. En la primera etapa, se utilizaron los métodos analítico, sistémico estructural, de modelación y derecho comparado; y en la segunda etapa, empírico cualitativo mediante un seminario de discusión y el desarrollo de entrevistas semi estructuradas con informantes calificados de un amplio espectro de perfiles. Los métodos de investigación se explicarán a continuación:

1. Teórico

- a. *Análisis y síntesis*. Se realizó una labor de recopilación y análisis documental de normas, instituciones, doctrina y conceptos relacionados con la responsabilidad civil extracontractual de los intermediarios de Internet.
- b. *Sistémico estructural*. El análisis de la responsabilidad civil se realizó desde su contexto actual.
- c. *Derecho comparado*. Se utilizó un método de derecho comparado el cual permitió comparar los diferentes conceptos, instituciones, normas y procedimientos de los modelos regulatorios aplicables a la responsabilidad civil de los intermediarios de Internet en otros países y sistemas jurídicos, con el fin de destacar las semejanzas y diferencias, establecer categorizaciones, tendencias y modelos basados en estándares de derechos humanos. Al respecto, se realizó el análisis de los modelos vigentes en los Estados Unidos, Brasil y la Unión Europea. Adicionalmente, se revisaron precedentes judiciales en otros países que abordan la materia de estudio.
- d. *Estado del arte*. Se hizo un estudio de la literatura actual sobre el entorno tecnológico, operacional, de negocios y social de los intermediarios.

2. Empírico cualitativo

- a. El 7 de octubre de 2021 se realizó el Seminario Internacional “**La responsabilidad civil extracontractual de los Intermediarios de Internet**”, con la finalidad de recopilar información y conocer los diferentes puntos de vista del debate e identificar las convergencias y divergencias en la materia. El seminario contó con la participación de especialistas en la materia, los cuales fueron elegidos por su experiencia, formación y conocimiento. La lista de participantes y estructura del seminario se puede consultar en el Anexo I y la relatoría del mismo en el Anexo II.
- b. Adicionalmente se realizaron siete *entrevistas semiestructuradas* con informantes calificados con expertos de distintos sectores incluyendo empresas prestadores de servicios en línea, despachos de abogados privados, sociedad civil y gobierno. Las entrevistas se realizaron durante los meses de septiembre y octubre bajo las reglas de Chatham House.²
- c. Finalmente, se realizó un *análisis* de la información y discusiones recabadas durante el desarrollo del proyecto, y en el presente documento se presenta una síntesis de los desafíos, retos, perspectivas y oportunidades en cuanto a la regulación de la responsabilidad civil de los intermediarios de Internet desde una perspectiva de derechos humanos y los compromisos adquiridos por el Estado Mexicano en el T-MEC.

² El diálogo bajo esta regla busca facilitar la discusión con expertos, de manera franca y honesta, sobre temas de investigación, que puedan ser controvertidos o impopulares por oradores que pueden no tener otra forma de acceder a un foro adecuado. En su última versión de 2002 la regla reza: Cuando una reunión, o una parte de una reunión, se convoca bajo la Regla de Chatham House (the "Chatham House Rule"), los participantes tienen el derecho de utilizar la información que reciben, pero no se puede revelar ni la identidad ni la afiliación del orador, ni de ningún otro participante.

III. La Gobernanza de Internet

Aunque se han dado múltiples debates académicos y en diálogos internacionales, no existe una definición universalmente aceptada del término gobernanza. Sin embargo, este ha estado presente en los debates sobre la buena gestión de lo público y la tecnología. El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo concibe la gobernanza como un “sistema complejo de políticas, reglas, valores e instituciones, en las que se da la interacción entre diferentes actores: el Estado, la sociedad civil y el sector privado para la toma de decisiones de manera colectiva sobre asuntos de política, economía, socioculturales, ambientales, entre otros”.³

La razón principal para pensar en este nuevo modelo de toma de decisiones es nuestra vida contemporánea en Internet que se enfrenta al modelo estatal de tomar y ejecutar decisiones. En relación con lo anterior, F. Aguilar señala que el enfoque de la gobernanza apunta a la necesidad de un nuevo proceso directivo de la sociedad, más que a la reproducción del proceso directivo estructurado por la acción del gobierno.⁴ Él enfatiza que el supuesto básico de la gobernanza es la noción de que: “en las actuales condiciones sociales (globales) el gobierno es un agente de dirección necesario pero insuficiente, aún si dispusiera de todas las capacidades requeridas y aun si las decisiones y acciones de los gobiernos aprovecharan a cabalidad las muchas capacidades que le han sido otorgadas”.⁵

Una de las principales características de la Internet a atender en este nuevo modelo es la especialización profesional de algunos de sus ámbitos en los que falta comunicación entre diferentes especialidades para atender los problemas de forma integral. Jovan Kurbalija opina que: “la complejidad de la Gobernanza de Internet se sustenta en su naturaleza multidisciplinaria, ya que abarca una serie de aspectos

³ Véase Discussion Paper - Governance for Sustainable Development. “Governance is the system of values, policies, and institutions by which a society manages its economic, political, and social affairs through interactions within and among the state, civil society, and private sector. It is the way a society organizes itself to make and implement decisions, achieving mutual understanding, agreement, and action. It comprises the mechanisms and processes for citizens and groups to articulate their interests mediate their differences and exercise their legal rights and obligations. It is the rules, institutions and practices that set limits and provide incentives for individuals, organizations, and firms. Governance, including its social, political, and economic dimensions, operates at every level of human enterprise, be it the household, village, municipality, nation, region, or globe. See further UNDP Strategy Note on Governance for Human Development, 2000”. Cfr. Governance Principles, Institutional Capacity and Quality, p. 20.

http://www.undp.org/content/dam/undp/library/Poverty%20Reduction/Inclusive%20development/Towards%20Human%20Resilience/Towards_SustainingMDGProgress_Ch8.pdf

⁴ F. Aguilar, Luis, GOBERNANZA: El nuevo proceso de gobernar, Ciudad de México, Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit, 2010, p. 29.
http://red.sevalladolid.mx/pdf/20150713120009871783Aguilar%20Luis_Gobernar%20el%20nuevo%20preceso%20de%20gobernar.pdf

⁵ *Idem.*

que incluyen tecnología, los temas socioeconómicos, el desarrollo, la legislación y la política”.⁶ La gobernanza requiere la participación de los mayores actores relacionados en la búsqueda e implementación de la solución deseada.

Por otra parte, los modelos de gobernanza nos son ejercicios novedosos sobre esquemas tradicionales. Markus Kummer (jefe de la Secretaría del Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la gobernanza de Internet) indica que:⁷ “... se trata de principios básicamente tradicionales de cooperación internacional, tales como la transparencia y la democracia. También introducen algunos aspectos específicos de Internet tales como el reconocimiento de que la red es ahora un recurso mundial. Además, dichos principios reconocen el carácter multifacético de Internet, ya que se insiste en que los gobiernos, el sector privado, la sociedad civil y las organizaciones internacionales deberían participar plenamente en su gestión.”⁸

Las instituciones nacionales e internacionales han debatido el punto de forma profusa. Por el momento, consideraremos la siguiente definición de *gobernanza de Internet* emitida desde las Naciones Unidas, en el Grupo de Trabajo sobre la Gobernanza de Internet:⁹

34. ... es el desarrollo y aplicación por los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil, en el desempeño de sus respectivos papeles, de principios, normas, reglas, procedimientos de toma de decisiones y programas comunes que dan forma a la evolución y a la utilización de Internet.

III.1. Los principios de la gobernanza de Internet

Ahora bien, estos principios, normas, reglas y procedimientos para la toma de decisiones tienen una fuente directa desde las propia idea, historia y arquitectura de la Internet. No abordaremos este desarrollo y nos concentraremos con el principal marco referencia existente que concreta estas ideas. Desde la perspectiva de Internet Society (ISOC) los principios del funcionamiento de Internet, con enfoque

⁶ Kurbalija, Jovan, Gobernanza en Internet: Asuntos, actores y brechas, https://books.google.com.mx/books?hl=en&lr=&id=uhkxgmgEWu4C&oi=fnd&pg=PA8&dq=info:SRAUwwN8jAgJ:scholar.google.com&ots=sh_96YXJQf&sig=wpePkPn69EOmhGW9tmgLZXkPaoM&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false

⁷ Kummer, Marcus, La gobernanza en Internet: Vayamos al grano, Unión Internacional de Telecomunicaciones, <http://www.itu.int/itu-news/manager/display.asp?lang=es&year=2004&issue=06&ipage=governance>

⁸ *Idem.*

⁹ Agenda de Túnez para la Sociedad de la Información, WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rev.1)-S, <https://www.itu.int/net/wsis/docs2/tunis/off/6rev1-es.html>

de gobernanza de Internet¹⁰ de múltiples partes interesadas pueden condensarse en los siguientes:¹¹

- a. Participación abierta, inclusiva y transparente. Para garantizar que los resultados de los procesos de gobernanza de Internet sean tanto eficaces como aceptados, es necesaria la participación de actores interesados e informados, cada uno con sus respectivas funciones y responsabilidades. Esta participación también asegura que las partes interesadas puedan participar directamente en el trabajo y tener acceso a sus resultados.
- b. Toma de decisiones basada en el consenso. Los procesos de formulación de políticas deben tomar en cuenta tanto la experiencia práctica como la pericia individual y colectiva de una amplia gama de partes interesadas. Las decisiones se deben tomar mediante procesos responsables basados en el consenso.
- c. Supervisión y empoderamiento colectivos. Para garantizar la seguridad, estabilidad y resiliencia de Internet es necesario desarrollar estructuras y principios de gobernanza en un entorno de fuerte cooperación entre todas las partes interesadas, donde cada una contribuya sus propias habilidades.
- d. Enfoques pragmáticos y basados en la evidencia. Las discusiones, debates y decisiones relacionadas con la gobernanza de Internet deben tenerse en cuenta y basarse en información objetiva y empírica.
- e. Voluntarismo. En el ámbito del desarrollo de políticas técnicas de Internet, significa que el éxito es determinado por los usuarios y por el público, no por una autoridad central.
- f. *Innovación sin permiso*. El notable crecimiento de Internet y consiguiente explosión de la innovación y el uso de Internet es un resultado directo del modelo abierto de la conectividad y el desarrollo de estándares de Internet. Cualquier persona debe poder crear una nueva aplicación en Internet sin tener que obtener la aprobación de una autoridad central. La gobernanza de

¹⁰ Para mayor profundidad en el tema, véase Pisanty Baruch, Alejandro. 2022. «Gobernanza De Internet y Los Principios Multistakeholder de la Cumbre Mundial de la Sociedad De La Información». Revista Mexicana De Política Exterior, n.º 79-80 (marzo):9-39. <https://revistadigital.sre.gob.mx/index.php/rmpe/article/view/643>

¹¹ Gobernanza de Internet – Por qué funciona el enfoque de múltiples partes interesadas. <https://www.internet-society.org/es/resources/doc/2016/gobernanza-de-internet-por-que-funciona-el-enfoque-de-multiples-partes-interesadas/>

Internet no debe restringir ni regular la capacidad de los individuos y las organizaciones para crear y utilizar nuevos estándares, aplicaciones o servicios.

Si bien compartimos en general sus alcances, en nuestra consideración la frase "innovación sin pedir permiso" se refiere con total precisión a que no hay un gobierno o autoridad central propia de la red que impida la prestación de algún nuevo servicio sin previa autorización, como sí ocurre en las redes telefónicas o en la radiodifusión. Esto no significa que Internet sea "un espacio sin ley" o "un nuevo Viejo Oeste", ya que todas las actividades y servicios se prestan desde alguna localidad física en la cual hay leyes aplicables. El esquema de 6 factores utilizado más adelante en este trabajo permite hacer un mapa entre lo que se hace en línea y sus correlatos fuera de Internet para ver cómo se modifica la conducta y qué desafíos plantea a la ley y otras normas esa modificación.¹²

Además de los principios antes señalados, en seguimiento podemos agregar que:¹³ los mecanismos e instituciones de gobernanza de Internet que han resultado eficaces comparten algunas de las siguientes características:

- a. Están abiertos a la participación de las partes interesadas relevantes
- b. Cuentan con un diseño institucional adecuado a sus fines
- c. Generan incentivos para la aportación de recursos adecuados para su efectividad
- d. Están contruidos de tal manera que puedan evolucionar adaptándose a nuevas circunstancias
- e. Están diseñados desde un enfoque heurístico que los orienta a resolver problemas

III.2. Los actores fundamentales del funcionamiento de Internet

Hasta este momento hemos utilizados el término "actores interesados" o "múltiples actores interesados", hemos mencionado Estados, gobiernos, usuarios, pero ¿quiénes componemos este entorno? Entre las organizaciones que conforman el ecosistema de Internet destacan las siguientes:¹⁴

¹² Alejandro Pisanty, "The vexing problems of oversight and stewardship in Internet governance" en "The Working Group on Internet Governance"

https://www.apc.org/sites/default/files/IG_10_Final_0.pdf

¹³ *Idem.*

¹⁴ ISOC, Quién lo hace funcionar: El ecosistema de Internet:

<https://www.internetsociety.org/es/internet/who-makes-it-work/>

1. Organismos dedicados a la elaboración de estándares técnicos, tales como la Fuerza de Tareas de Ingeniería de Internet (IETF) y el Consorcio World Wide Web (W3C).
2. Organizaciones que gestionan recursos para funciones de asignación de direcciones globales, tales como la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN), incluida la Autoridad para la Asignación de Números de Internet (IANA), los Registros Regionales de Internet (RIR) y los Registradores y Registros de Nombres de Dominios;
3. Empresas que ofrecen servicios de infraestructura de red, tales como proveedores de servicios de nombres de dominios (DNS), operadores de redes y puntos de intercambio de tráfico en Internet (IXP).
4. Personas y organizaciones que utilizan Internet para comunicarse entre sí y ofrecer servicios.
5. Organizaciones que ofrecen formación y crean capacidad para desarrollar y utilizar tecnologías de Internet, tales como organismos multilaterales, instituciones educativas y agencias gubernamentales.

Este conjunto de actores es una referencia de lo que se denomina “ecosistema de Internet”. Resulta relevante para dimensionar una variedad de actores que intervienen en el entorno digital y por ende serán actores, junto con los tantos intermediarios de internet, a tener presente en la gobernanza de contenidos.

III.3 Internet y su arquitectura de capas

Como advertimos desde un inicio, al carecer de una geografía (nacional) la Internet, debe entenderse en sus propias dimensiones. En términos muy gráficos, la Internet es una cebolla. Al ser principalmente un conjunto de nodos interconectados que funcionan en ciertos niveles o capas. Más allá de su aspecto físico debemos entenderla en la forma en la que los actores se relacionan y en el nivel o capa en la que se desarrolla el asunto que estemos tratando.

Para McCabe la arquitectura y el diseño de Internet son similares en una cuestión: ambos tratan de resolver problemas multidimensionales basados en el resultado del análisis de los procesos de la red. El primero describe relaciones, mientras que el segundo, protocolos, tecnología específica y dispositivos tecnológicos.¹⁵

Cuando mencionamos la *arquitectura de Internet*, nos referimos a la estructura de un complejo sistema, tal y como lo señala Schewick “así como la arquitectura de una casa es diferente de la casa en sí misma; la arquitectura de un sistema no es

¹⁵ McCabe, James D, *Network Analysis, Architecture, and Design*, 3a ed., USA, Morgan Kaufmann Publishers, 2007, p. 211.

el sistema final; sino que es una descripción de unos bloques de construcción básicos”.¹⁶ En otras palabras, la arquitectura describe los componentes del sistema, qué hacen y cómo interactúan.¹⁷

En relación con lo anterior y para los fines del presente trabajo definiremos a la arquitectura de Internet como:

La descripción de los componentes básicos de la red, de cómo está constituido, cómo funciona e interactúa, en la cual podemos encontrar problemas basados en el diseño de Internet. Internet como lo conocemos es un medio de comunicación y una red interconectada. Una parte importante para comprender su funcionamiento en términos estructurales y de gobernanza es conocer el nivel de capas paralelas que lo constituyen.

Las capas que conforman la arquitectura de la red se encuentran organizadas de una forma jerárquica vertical, y cuando la información se transmite en Internet, ésta fluye de arriba hacia abajo desde la capa de contenido (la más cercana) hacia las demás capas aplicación, transporte, IP, de enlace y física (la más lejana).¹⁸ Solum clasifica las capas, como sistema de comunicación entre los usuarios, de la siguiente forma:¹⁹

1. La capa de *contenido*. Son los símbolos e imágenes que son comunicados.
2. La capa de *aplicaciones*. Son los programas que se utilizan en Internet (ejemplo: la Web).
3. La capa de *transporte*. Es la que controla el tráfico de datos. Tiene dos elementos fundamentales. El primero, es segmentar los datos que se desean enviar; y el segundo, le coloca la etiqueta TCP.
4. La capa de *Internet (IP)*.²⁰ Es la que se encarga del flujo de datos en la red. Es la capa de direccionamiento lógico, y la que se encarga de que los datos

¹⁶ Schweich, Barbara van, *Internet Architecture and Innovation*, England, The MIT Press, 2010, p. 19 y 20. Las cursivas son propias.

¹⁷ “Architecture is a hierarchical concept. Components at the highest level of a system’s architecture can be decomposed into a set of interrelated subcomponents that may also have architectures. Decomposition can continue until the lowest level of elementary subsystem is reached. In the case of the personal computer, the monitor can be broken down further into interacting subcomponents (the screen, the case, and so on). Going up the hierarchy, a personal computer may be part of a larger complex system, such a home network or the Internet”. *Ibidem*, p. 21.

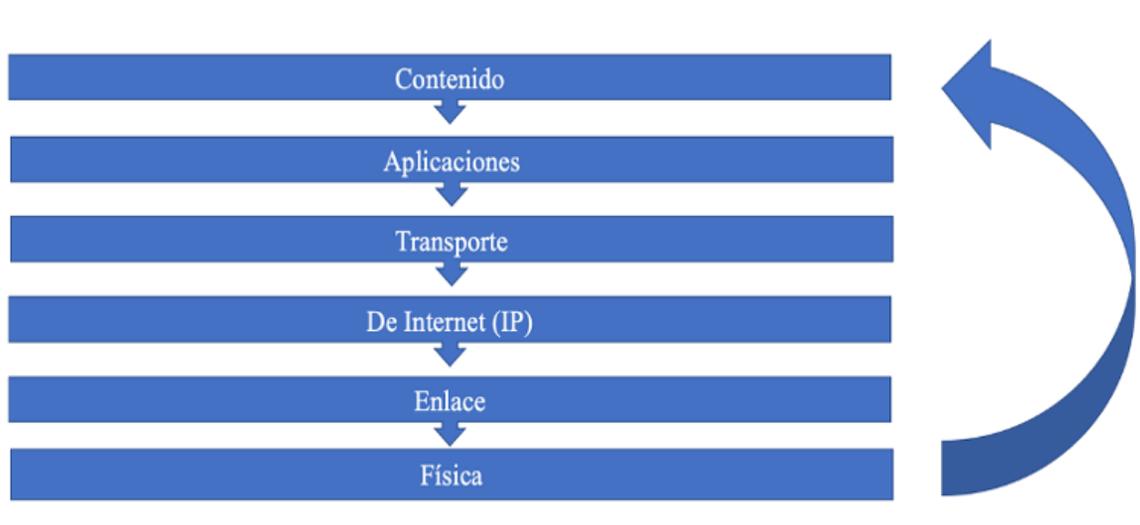
¹⁸ Véase B. Solum, Lawrence, “Models of Internet governance”, Bygrave, Lee A. y Bing Jon (eds.), *Internet Governance. Infrastructure and Institutions*, New York, Oxford University Press, 2009, p. 65 y 66. <https://bit.ly/3hhOuiK>

¹⁹ B. Solum, Lawrence, *op. cit.*, pp. 65-66.

²⁰ Los estándares de TCP/IP están definidos en los documentos oficiales conocidos como RFC (Request for Comments) que han sido desarrollados por la IETF (Internet Engineering Task Force),

salgan y lleguen al destino. La capa de enlace. Es la interfaz entre las computadoras de los usuarios y la capa física. Es la que toma la información lógica de las capas superiores y la traduce a información binaria para sea enviada por la capa física.

5. La capa *física*. Se refiere a los medios físicos para la transmisión de datos. Es la que se encarga de las conexiones físicas entre los dispositivos de red. Estos son los cables, la fibra óptica, los satélites, etc.



Es importante hacer la aclaración que en el modelo OSI,²¹ las capas se encuentran numeradas viceversa, es decir: 1) física; 2) enlace de datos; 3) red; 4) transporte; 5) sesión; 6) presentación; y 7) aplicación. Sin embargo, para fines del presente estudio, utilizaremos el sistema de Solum para el entendimiento del sistema de comunicación entre los usuarios.

Grupo de Trabajo de Ingeniería de Internet. Su propósito es proporcionar una referencia a la comunidad de Internet para su discusión, estandarización e implementación. Es un protocolo que puede usarse tanto para el direccionamiento como para el enrutamiento de paquetes. El direccionamiento es cómo asignamos una dirección IP a un equipo que se conectará en red; el enrutamiento encuentra el mejor camino para hacer llegar a un paquete del origen a su destino final, pasando por equipos de telecomunicaciones como ruteadores. No está orientado a la conexión, lo cual significa que no establece una sesión antes del intercambio de datos. No garantiza la entrega de paquetes, siempre hace su mejor esfuerzo, pero por el camino puede ser extraviado, fuera de secuencia o duplicado. Si se necesita fiabilidad de la llegada de paquetes a su destino, ésta la proporcionan protocolos de la capa de transporte como TCP. Véase Protocolos de Internet, UAPA, UNAM, 2017. <https://bit.ly/3bbTEsY>

²¹ "El modelo de referencia OSI (Open System Interconnection) permite que los usuarios vean las funciones de red que se proceden en cada capa. Más importante aún, el modelo de referencia OSI es un marco que se puede utilizar para comprender cómo viaja la información a través de una red." Véase El modelo OSI, <https://users.exa.unicen.edu.ar/catedras/comdat1/material/ElmodeloOSI.pdf>

Como podemos observar en la imagen previa, se requieren componentes de diferentes capas para que las comunicaciones que ofrece Internet sean posibles, y en cada capa existen recursos -de hardware y software-, y diferentes actores (gubernamentales, ONG, comunidad técnica, académica y particulares).

La comunicación en Internet requiere que el contenido sea digitalizado por una aplicación, y que la información digitalizada se divida en paquetes por la capa de transporte y direccionado por la capa de protocolo de Internet, y de esta forma puede pasar de la capa de enlace a la física.

El objetivo principal, en los inicios de Internet, era crear una red interconectando varios sistemas de redes de computadoras existentes. Para cumplirlo, el TCP/IP fue diseñado para ser un software de sólo un protocolo, independientemente de cualquier computadora o red de hardware.

Así por ejemplo cuando se quiere impedir una acción en la capa de contenido, como la infracción a derechos patrimoniales de propiedad intelectual, es deseable resolver el problema en esa misma capa, y no mediante intervenciones en las direcciones IP o nombres de dominio.

Para los fines del presente estudio consideraremos a los nombres de dominio y su gestión (DNS) como parte de la capa de Internet y/o transporte, si bien desde el punto de vista estricto de la arquitectura el DNS forma parte de la capa de aplicación.

Comprender el modelo de capas permitirá ser cuidadosos de que el diseño y desarrollo de políticas, regulación y acciones en relación con la moderación de contenidos (capa superficial) no afecte el resto de las capas y los procesos de interacción de los recursos y entre actores del resto de capas.

III.4. Mecanismos e Instrumentos de la gobernanza de Internet

Una parte de la presente investigación se relaciona con la distinción entre los diferentes mecanismos de gobernanza de Internet y los instrumentos creados. Los primeros, tienen como finalidad guiar los procesos que describen con apego a una de las características dominantes del ordenamiento global que puede involucrar institucionales formales o informales y redes. Éstos se han dividido de forma tripartita. Los segundos, se refieren a la materialización de estos procesos, es decir, son los documentos en los cuales se enmarcan. R. Radu²² los clasifica de la siguiente forma:

²² Radu, Roxana, *Negotiating Internet Governance*, NY, Oxford University Press, 2019, p. 33.

1. Creación jurídica (*Legal enshrinement*). i) Tratados, convenciones y acuerdos vinculantes; ii) sentencias judiciales, políticas, legislación, directrices con efectos globales y regionales.
2. Desarrollo institucional (*Institutional solidification*). i) *organismos especializados*, desde el desarrollo de divisiones especializadas dentro de una organización hasta procedimientos específicos o iniciativas para temas emergentes de Internet; ii) marcos estratégicos, agendas y planes de acción; y iii) herramientas de comparación y monitoreo, puntos de referencia, ranking, bases de datos globales y monitoreo de índices y directorios.
3. Modelos (*Modelling*). i) acciones discursivas, principios rectores, actas constitutivas, códigos de conducta, principios, coaliciones dinámicas, resoluciones, declaraciones de alto nivel y declaraciones; y ii) guías operativas, recomendaciones, herramientas, modelos de regulación, directrices, alianzas y marcos de colaboración.

Para el presente trabajo nos enfocaremos en un mecanismo de gobernanza de Internet y sus respectivos instrumentos: a) los de creación jurídica, que nos plantean el panorama regulatorio.

III.5. Los intermediarios de Internet

Debido al carácter descentralizado y a la arquitectura de capas, Internet provee la base de innumerables servicios y operaciones, producidos y operados por una infinidad de entidades. Muchas de estas entidades son productoras o receptoras originadoras o destinatarias finales de los servicios, como pueden ser por ejemplo el originador y los espectadores de una grabación de video. Por la complejidad de la red en su topología, capas, y la diversidad de funciones requeridas para integrar y entregar las comunicaciones, son cada vez menos usuales los contactos directos entre productor y emisor; en cambio, se llevan a cabo a través de intermediarios.

Además de que Internet fue concebida desde un principio como una interconexión de redes, su propagación hacia la sociedad al salir del campo académico y de investigación gubernamental en Estados Unidos se dio mediante la intervención de actores privados, tanto comerciales como no comerciales. El carácter horizontal y generativo de Internet se vio potenciado por mercados libres, fuertemente competitivos, cuya singularidad fue reconocida repetidamente por algunos gobiernos en acciones tales como no crear impuestos especiales para el comercio electrónico ni someter los servicios prestados sobre la red a marcos regulatorios rígidos. Una gran parte de los actores privados que surgen en Internet presta un conjunto de servicios que se convierten en intermediarios entre usuarios finales individuales o empresariales.

Los intermediarios de Internet son actores clave a lo largo de la historia de la red. Desde los proveedores de conectividad a través de redes de telecomunicaciones hasta las empresas operadoras de intercambios de transporte en automóvil o alojamiento, los intermediarios son esenciales para el funcionamiento de Internet.

Con la aparición de la *World Wide Web* (WWW) se abrió una posibilidad inédita de que cualquier persona con acceso a Internet y herramientas fáciles de usar publique contenidos, inicialmente texto y progresivamente multimedios cada vez más ricos y complejos. Las comunicaciones de este tipo no son privadas; la mayoría son públicas, ya sea abiertas *urbi et orbi* o disponibles para públicos restringidos sea por la naturaleza de la plataforma, por exigir ésta suscripción u otros permisos, o por dirigirse solamente a un grupo restringido mediante controles de acceso.

En este momento Internet se convierte en un vehículo para la difusión del conocimiento y para la expresión de las más variadas opiniones personales en todos los campos imaginables y con ello en un vehículo para la expresión de las ideas y las opiniones. Y siendo así, se convierte en un espacio relevante para la libertad de expresión.

Dando un salto hacia adelante en la historia de Internet, una vez establecida la WWW y ante el aumento en el poder de cómputo y mejoras en las interfases que simplifican las actividades de los usuarios que no requieren entrenamiento técnico, surge la llamada “Web 2.0”, caracterizada por que, sobre una interfase de páginas y portales Web, el contenido es provisto ante todo por los propios usuarios, en la forma de textos, foros de discusión, “blogs”, imágenes, videos, y todos los posibles formatos digitales; y la actividad de los sitios consiste en permitir la interacción entre los usuarios y los diversos contenidos.

Para que todo este complejo de funciones pueda continuar, se inventan y aplican modelos de fondeo basados primero en la monetización de los propios contenidos y posteriormente, de la publicidad que diversos agentes presentan junto con los contenidos. Los modelos de negocio basados en publicidad dominan el mercado con base en la promesa – no siempre cumplida – de que la publicidad en línea es más eficiente respecto a la inversión merced a la personalización y a la cuantificación de su impacto a través de métricas como el número de visitas a los anuncios o el número de compras que dichas visitas originan. Se busca además la “viralización” en la que los propios usuarios se encargan de acelerar la difusión de la información y los anuncios a personas que pueden estar interesadas en ellos.

A su vez este modelo requiere algunos componentes que al menos en forma resultan novedosos:

1. Buscadores de información
2. Registro de datos para su cuantificación
3. Análisis de datos
4. Personalización
5. Motores de recomendación

Dos décadas más tarde sabemos que estos requerimientos han originado una explosión de creatividad inusitada así como algunos riesgos novedosos.

Detrás de la operación de los servicios surge una infraestructura poderosa que con cada vez mayor frecuencia es construida y operada por los propios proveedores de los servicios. Así, además de la infinidad de servicios que contratan con terceros, estos proveedores construyen sus propios centros de datos, instalan sus propias redes de fibra óptica (incluso transoceánica), y desarrollan tecnologías de cómputo y telecomunicaciones propias. La complejidad de estas empresas se ha vuelto punto menos que inabarcable, además de que puede estar protegida por, consideraciones de seguridad, competitividad, y secreto comercial.

La definición de intermediarios de Internet es en sí misma tema de controversia. En este punto es importante comprender la naturaleza de los intermediarios y los principales tipos de éstos que existen. Un análisis por capas – aunque limitado por basarse en el modelo OSI en lugar del de Internet - como el de Riordan²³ los clasifica en:

1.- Capa física

Se trata fundamentalmente de operadores de telecomunicaciones, cuya operación está regulada desde la creación del telégrafo y el teléfono y posteriormente la radio. Para los fines que nos ocupan son portadores pasivos de señales que sólo son interpretadas como mensajes en los extremos de la comunicación.

2.- Capa de red

- a. Operadores de red
- b. ISPs (proveedores de acceso a Internet)
- c. Proveedores de “hosting” o alojamiento Web
- d. Proveedores de “cómputo en la nube”
- e. Proveedores de servicios relacionados con el registro de nombres de dominio (registros, registradores, y otros)

²³ Riordan, Jaani, *The liability of Internet Intermediaries*, UK, Magdalen College, Oxford, Thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy in Law, University of Oxford, 2013, pp. 49-50.
<https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:a593f15c-583f-4acf-a743-62ff0eca7bfe> Riordan, Internet Intermediaries, y Tesis

- f. Proveedores de certificados digitales o CA, “autoridades de certificación”

3.- Capa de aplicación

g. Plataformas

- i. Operadores de sitios y portales Web
- ii. Redes sociales en línea
- iii. Repositorios de archivos
- iv. Servicios para compartir medios audiovisuales
- v. Servicios de publicación
- vi. Servicios de localización
- vii. Sitios y servicios de juegos

h. “Gateways”

- i. Motores de búsqueda
- ii. Portales
- iii. Directorios
- iv. Servicios de sindicación RSS
- v. Agregadores de contenido

Muchos de estos servicios operan mediante al menos una de las tres funciones siguientes: “crawl”, indexado y recuperación de información.

i. Mercados o “marketplaces”

- i. Subastas
- ii. Boletaje
- iii. Emporios de venta al menudeo
- iv. Tiendas de “apps”
- v. Servicios laborales B2B (“business to business”)
- vi. Comercio social
- vii. Proveedores de pagos

Una gran parte de estos intermediarios es invisible a los usuarios finales, o al menos, no lo son todas sus operaciones. Muchas de éstas son provistas por terceros en un ecosistema extremadamente complejo que cruza fronteras y está en constante cambio.

En México, el Instituto Federal de Telecomunicaciones ha realizado un estudio sobre las plataformas digitales²⁴ en el cual presenta una taxonomía compatible con la de Riordan, enfocada de manera principal a los aspectos de competencia

²⁴ <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/competencia-economica/plataformasdigitalesott.pdf>

económica. El estudio del IFT tiene el valor adicional de presentar la situación e importancia relativa de los intermediarios activos en México.

Cabe mencionar que la taxonomía de Riordan incluye y extiende a la producida en 2010 por la OCDE,²⁵ y se basa en las funciones de las organizaciones y empresas incluidas. Sin embargo, en ocasiones la misma empresa, o empresas de un mismo conglomerado, prestan varias de estas funciones simultáneamente. La lista no puede ser exhaustiva por la fluidez del cambio en esta industria.

²⁵ Perset, K. (2010), "The Economic and Social Role of Internet Intermediaries", OECD Digital Economy Papers, No. 171, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/5kmh79zszs8vb-en>.

IV. Internet y Libertad de Expresión.

IV.1. Libertad de Expresión

La libre manifestación de ideas y opiniones es un atributo del ser humano, por lo que siempre ha estado presente en la historia de la humanidad y ha permitido e impulsado la generación de conocimiento y el desarrollo de las distintas civilizaciones.

El reconocimiento de la “libertad de expresión” como un derecho de los individuos frente al Estado, con la correlativa obligación de éste de respetarla o de abstenerse de interferir con ésta, es relativamente reciente, ya que data de finales del siglo XVIII con la proclamación en Francia de la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” en 1789 y la aprobación de la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América en 1791 (*Bill of Rights*),²⁶ lo que marca el surgimiento del Estado Liberal de Derecho. Como lo señala el Dr. Ignacio Burgoa, el reconocimiento de la libertad de expresión por el orden jurídico “*no ha perseguido como finalidad hacer posible que ésta se desarrolle ..., sino que tiende a evitar las represalias de que pudiera ser víctima, por parte del poder público*”.²⁷

Actualmente, el derecho a la libertad de expresión se encuentra reconocido en múltiples instrumentos internacionales y prácticamente en todas las constituciones de países con regímenes democráticos. En el caso de México, este derecho está incorporado a su sistema jurídico en los artículos 6o. y 7o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.²⁸

Es importante señalar que en virtud de estos ordenamientos, la libertad de expresión no es una mera concesión de los gobiernos, sino se trata de un derecho fundamental inalienable e inherente a todo ser humano, el cual comprende tanto la prerrogativa de difundir informaciones, pensamientos e ideas de toda índole por cualquier medio y sin consideración de fronteras, como la de recibir y conocer las informaciones e ideas difundidas por otros seres humanos.

²⁶ Existen algunos antecedentes previos del reconocimiento del derecho a la libertad de expresión y de imprenta en el Derecho Inglés (*common law*), sin embargo es a partir de estos dos instrumentos jurídicos que se inicia una tendencia generalizada a incorporarlo en el derecho positivo.

²⁷ Burgoa, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 28a. edición, México, Editorial Porrúa, 1996, p. 357.

²⁸ Véase Tabla 1.

En ese sentido, la libertad de expresión constituye un derecho que tiene una dimensión tanto personal como colectiva. Personal “*porque es la prolongación de la garantía individual de pensar, ejercicio sin el cual no es posible aventurar la posibilidad del desarrollo del hombre en sociedad*”.²⁹ Colectiva porque constituye una condición necesaria para la existencia de una sociedad democrática.

Al respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo CIDH), ha establecido claramente que la libertad de expresión es indispensable para la formación de la opinión pública y para que la comunidad, a la hora de tomar sus decisiones, lo haga de manera informada, por lo que este derecho es, por lo tanto, “*no sólo un derecho de los individuos sino de la sociedad misma*”.³⁰

Este aspecto de la libertad de expresión también ha sido sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversos precedentes, en los que ha reconocido tanto la dimensión individual, toda vez que asegura a las personas espacios esenciales para desplegar su autonomía individual,³¹ como su relevancia social y política para el funcionamiento de una democracia representativa.³² Por lo tanto, cuando este derecho es restringido a través de una interferencia arbitraria, se afecta no sólo el derecho individual de expresar información e ideas, sino también el derecho de la comunidad de recibir todo tipo de información y opiniones.

IV.1.a). Prohibición de la Censura Previa en el Sistema Interamericano

Uno de los elementos característicos del derecho a la libertad de expresión en el sistema interamericano, que lo distingue de otros regímenes como el Europeo, es el establecimiento de una prohibición clara y expresa de la censura previa. El numeral 2 del Artículo 13 de la Convención Americana establece que el ejercicio del derecho a la libertad de expresión “*no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores*”. Esto significa que los abusos o excesos cometidos en ejercicio de la libertad de expresión no pueden ser objeto de medidas de control

²⁹ Villanueva, Ernesto, *Régimen Jurídico de las Libertades de Expresión e Información en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998, p. 23

³⁰ Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, D.C., Octubre de 2000. Se puede consultar en: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2>

³¹ Tesis 1a. CDXX/2014 (10a.) emitida por la Primera Sala de la SCJN, Rubro LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIMENSIÓN INDIVIDUAL DE ESTE DERECHO FUNDAMENTAL, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 13, Tomo I, Diciembre de 2014, p. 233, Registro 2008100.

³² Tesis: 1a. CCXV/2009 emitida por la Primera Sala de la SCJN, Rubro LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU IMPORTANCIA EN UNA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 287, Registro 165760.

preventivo sino, en todo caso, deben ser motivo para originar una responsabilidad por parte de la persona que los cometió.

Esta disposición se ve reforzada por la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión aprobada en Octubre de 2000, en la que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos establece que la prohibición de la censura previa se debe hacer extensiva a cualquier interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión:

“5. La censura previa, interferencia o presión directa o indirecta sobre cualquier expresión, opinión o información difundida a través de cualquier medio de comunicación oral, escrito, artístico, visual o electrónico, debe estar prohibida por la ley. Las restricciones en la circulación libre de ideas y opiniones, como así también la imposición arbitraria de información y la creación de obstáculos al libre flujo informativo, violan el derecho a la libertad de expresión.”³³

Asimismo, en los antecedentes e interpretación de dicha Declaración, se proporciona una noción de “censura previa”, señalando que ésta “*supone el control y veto de la información antes de que ésta sea difundida, impidiendo tanto al individuo, cuya expresión ha sido censurada, como a la totalidad de la sociedad, a ejercer su derecho a la libertad de expresión e información.*”³⁴

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha abordado la cuestión de la censura previa en diversos casos. En la Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas, determinó que la “*censura previa*” implica la supresión radical de la libertad de expresión, lo que acontece cuando existen medios o procedimientos que condicionan la expresión o la difusión de información al control gubernamental.³⁵

Adicionalmente, en el caso “La Última Tentación de Cristo” (*Olmedo Bustos y otros vs. Chile*) la Corte Interamericana señaló que la libertad de expresión no se agota en el reconocimiento teórico del derecho a hablar o escribir, sino que comprende

³³ Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, D.C., Octubre de 2000. Se puede consultar en: <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosLE.asp>

³⁴ Antecedentes e Interpretación de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington, D.C., Octubre de 2000. Se puede consultar en: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=132&IID=2>

³⁵ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Párrafo 54. Se puede consultar en: https://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf

además, el derecho a utilizar cualquier medio apropiado para difundir el pensamiento y hacerlo llegar al mayor número de destinatarios,³⁶ por lo que la protección se extiende a la distribución y difusión de las ideas a través de cualquier medio, lo que incluye la información electrónica de las computadoras, como posteriormente fue señalado en el caso Palamara Iribarne vs. Chile.³⁷

En el caso de México, la Constitución General de la República establece en su artículo 7o. de manera expresa tanto la prohibición de la censura previa como la prohibición de restringir la libertad de expresión por vías o medios indirectos. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) al interpretar dicho artículo y la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha establecido que la *“prohibición de la censura implica que el Estado no puede someter las actividades expresivas o comunicativas de los particulares a la necesidad de solicitar previamente un permiso a la autoridad”*³⁸ y, además, que todas las autoridades deben *“abstenerse de toda forma de acción u omisión encaminada a impedir, dificultar o imposibilitar de forma directa o indirecta, mediata o inmediata, la publicación y circulación de la información”*.³⁹

La única excepción a la prohibición de la “censura previa” que prevé el Pacto de San José se refiere a los espectáculos públicos, con la finalidad de que se pueda regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia (Art. 13.4).

IV.1.b). Restricciones a la Libertad de Expresión.

El derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto. Tanto la Convención Americana sobre Derechos Humanos como la Constitución Mexicana permiten el establecimiento de restricciones o límites a su ejercicio. Este principio se encuentra previsto en términos generales en el artículo 32.2 de la Convención, el cual establece que *“los derechos de cada persona están limitados por los*

³⁶ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia en el caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, del 5 de febrero de 2001. Párrafo 65. Se puede consultar en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf

³⁷ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia en el caso Palamara Iribarne vs. Chile, del 22 de noviembre de 2005. Párrafos 72, 73 y 74. Se puede consultar en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf

³⁸ Tesis 1a. LVIII/2007 emitida por la Primera Sala de la SCJN, Rubro LIBERTADES DE EXPRESIÓN E IMPRENTA Y PROHIBICIÓN DE LA CENSURA PREVIA, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, Febrero de 2007, p. 655, Registro Digital: 173251.

³⁹ Tesis 1a. CLXXXVIII/2012 (10a.), emitida por la Primera Sala de la SCJN, Rubro LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. LAS MEDIDAS CAUTELARES QUE RESTRINGEN SU EJERCICIO CONSTITUYEN ACTOS DE CENSURA PREVIA, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 1, p. 512, Registro Digital: 2001680

derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática” y, de manera concreta para el caso de la libertad de expresión, en el artículo 13.

Es importante señalar que si bien los Estados tienen la posibilidad de establecer límites o restricciones al ejercicio de los derechos establecidos por la Convención, dichas restricciones no pueden tener como resultado la supresión del derecho o limitarlos en mayor medida que la prevista en la misma, limitar el goce o ejercicio de otros derechos establecidos por los propios Estados, de otros derechos que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática de gobierno.⁴⁰

Como se mencionó anteriormente, el artículo 13.2 de la Convención proscribire cualquier tipo de control previo, por lo que los abusos o excesos que se comenten en ejercicio de la libertad de expresión deben ser fundamento para la determinación de responsabilidades de manera posterior a su ejercicio (ulteriores).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos para realizar el análisis de las restricciones a la libertad de expresión y determinar si éstas son consistentes con los términos de la Convención y legítimas dentro de un sistema democrático, ha desarrollado lo que se ha denominado el test tripartito. Conforme a este análisis, cualquier restricción o límite a la libertad de expresión debe cumplir con tres criterios:

- 1.- Debe estar establecida en una norma con rango de ley, con la finalidad de que no quede al arbitrio del poder público.
- 2.- Debe estar orientada a alcanzar los objetivos imperiosos autorizados por la Convención. Al respecto, el artículo 13.2. señala que debe ser necesaria para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, y la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Asimismo en el párrafo 5 se establece que los Estados prohibirán 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.
- 3.- Debe ser necesaria y proporcional, lo que se traduce en que la medida restrictiva debe estar orientada a satisfacer un interés público imperativo y no limite más de lo estrictamente necesario el derecho a la libertad de expresión. Al respecto, la Corte

⁴⁰ Artículo 29, Normas de Interpretación, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Interamericana ha señalado que no es suficiente que la medida cumpla un propósito útil u oportuno, sino que debe justificarse en objetivos colectivos que por su importancia preponderen sobre el pleno goce del derecho a la libertad de expresión, lo que implica que entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, se escoja aquella que restrinja en menor escala dicho derecho.⁴¹

En el ámbito interno, tanto la Constitución Mexicana como los criterios que ha sustentado la Suprema Corte de Justicia han sido consistentes con el sistema interamericano, al establecer que los límites a la libertad de expresión no pueden realizarse mediante un mecanismo que excluya un mensaje del debate público, sino a través de la atribución de responsabilidades (civiles, penales o administrativas) posteriores a la difusión del mensaje.⁴² En ese sentido, conforme al Artículo 6o. Constitucional, la libre manifestación de ideas encuentra su límite en la moral, la vida privada, los derechos de terceros, o en el supuesto de que provoque algún delito o perturbe el orden público.⁴³

IV. 2. El ejercicio de la Libertad de Expresión en Internet.

A poco más de tres décadas de su aparición, es incuestionable el efecto transformador que ha tenido Internet en nuestras sociedades. Se reconoce que ha cambiado y continúa cambiando la forma en que nos relacionamos a nivel personal, comunicamos, trabajamos, hacemos negocios, adquirimos y contratamos bienes y servicios, y como ha facilitado el acceso a la información y el conocimiento.

Sin embargo, es el cambio en la “comunicación pública o masiva” el que ha sido más radical y trascendental y el que, a su vez, ha permitido todos los demás cambios y beneficios que hoy se le reconocen al Internet.

⁴¹ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Párrafos 46 y 79.

⁴² Jurisprudencia P./J. 26/2007 emitida por el Pleno de la SCJN, Rubro LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXV, Mayo de 2007, p. 1523. Registro digital 172476.

⁴³ El 12 de abril de 1917 se publicó en el *Diario Oficial* de la Federación la “Ley sobre Delitos de Imprenta” con el objeto de reglamentar los artículos 6o. y 7o. de la Constitución General de la República. Esta ley que es sumamente cuestionada tanto por aspectos formales (ya que fue emitida sin que existiese un procedimiento legislativo formal y previo a la entrada en vigor de la Constitución de 1917), como por el alcance de sus disposiciones, establece en sus artículos 2o. y 3o. supuestos en los que se configura el ilícito de “ataques a la moral” y de “ataques al orden o a la paz pública” (el artículo 1o. se encuentra derogado en virtud de Decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación el 11 de enero de 2012).

Este cambio se caracteriza por dos aspectos que diferencian a los medios de comunicación ahora coloquialmente llamados “tradicionales” de los que utilizan el Internet como medio de difusión o “digitales”. El primero se refiere a las limitaciones inherentes o estructurales que tienen y, el segundo, a la manera en que ha cambiado el flujo de la comunicación.

Los medios de comunicación “tradicionales”, que incluyen los medios escritos y los radiodifundidos como la radio y la televisión, están sujetos a factores que los limitan estructuralmente, tanto desde el punto de vista de la población que puede acceder a ellos y utilizarlos de manera activa, es decir, difundiendo información, como en relación al alcance que tienen en cuanto al número de personas que los reciben o disfrutan de manera pasiva. Dichas limitaciones las podemos enmarcar en tres grandes rubros:

1. Financieros.- Los costos e infraestructura que a la fecha requieren tanto la prensa escrita como la radio y la televisión, han provocado que su propiedad esté concentrada en pocas manos. Desde costos de personal, maquinaria, papel, tinta y transportación en el caso de la prensa escrita, hasta la necesidad de contar con infraestructura tecnológica que haga posible la transmisión de una señal a través del espacio en el caso de los medios radiodifundidos, hacen que sólo un pequeño porcentaje de la población pueda hacerse de los mismos o utilizarlos de manera activa difundiendo información.
2. Regulatorios.- Tradicionalmente han estado sujetos a requerimientos regulatorios o controles oficiales. Si bien en el caso de la prensa escrita en nuestro país en los últimos años han disminuido las barreras regulatorias, en algún momento estuvieron sujetos a controles como lo fue la existencia de registros o la venta de papel por un monopolio estatal.⁴⁴ En el caso de los medios de comunicación radiodifundidos la carga regulatoria continúa siendo un factor determinante. Esto en atención a que su operación requiere necesariamente del uso de bandas de frecuencias del espectro radioeléctrico, por lo que al ser éste propiedad de la nación, para su uso y aprovechamiento se requiere de una concesión estatal y el cumplimiento de requisitos legales y técnicos importantes. Asimismo, derivado de la capacidad que tienen de ejercer un “control editorial” sobre la información, también están sujetos al cumplimiento de regulación respecto de los contenidos que difunden, la cual va desde los principios o valores que deben

⁴⁴ véase Villanueva, Ernesto, Régimen Jurídico de las Libertades de Expresión e Información en México, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.

de promover, a la restricción de transmitir cierto tipo de contenidos en un horario en particular o, incluso, la prohibición de algunos de ellos.

3. Físicos.- Su alcance está limitado por factores físicos infranqueables. El alcance de los medios escritos está condicionado por el número de ejemplares que se impriman y la distribución que se realice de ellos. En el caso de la radio y la televisión, su audiencia está limitada por el espacio geográfico cubierto por la señal radiodifundida.

Estas limitaciones o barreras son inexistentes para los medios que utilizan el Internet como medio de difusión o digitales. Si bien el Internet se encuentra constituido por un conjunto descentralizado de redes de telecomunicaciones que actúan como una sola y el desarrollo de éstas implica inversiones cuantiosas, el costo para el usuario es marginal, no existen requerimientos regulatorios (al menos en las democracias occidentales) y no existen barreras físicas que limiten la difusión de información. Es decir, cualquier individuo, a un costo mínimo/marginal, puede acceder a Internet, crear una página electrónica y comenzar a difundir todo tipo de informaciones y contenidos que pueden ser accesibles a cualquier persona en cualquier parte del mundo, sin importar la existencia de fronteras nacionales. Lo anterior, a su vez, ha sido potenciado por el surgimiento de plataformas de intermediación de contenidos o redes sociales, en las cuales el costo para el usuario puede llegar a ser inexistente.

El segundo aspecto del cambio en la comunicación pública que ha provocado el Internet, es en relación al flujo de la información. En los llamados medios tradicionales la comunicación es unidireccional, es decir, hay un emisor con varios receptores. Esto le da al medio el poder de decidir el contenido y los términos de la información que se difunde, es decir, de ejercer un “control editorial”.

En el caso de la información que se difunde a través de Internet, particularmente a través de plataformas de intermediación, el flujo de la información es bidireccional/multidireccional/, es decir, coexisten múltiples emisores y receptores de información que a su vez retroalimentan y funcionan como emisores de la misma. Lo anterior aunado al volumen de la información que se difunde a través de Internet, particularmente por las plataformas de intermediación de contenidos (por ejemplo, en Youtube se publican aproximadamente 500 horas de contenido cada minuto, en Facebook 3 millones de “posteos” en el mismo lapso y, en Twitter 6,000 tweets cada segundo), hacen prácticamente imposible ejercer algún tipo de control editorial previo.

Estas diferencias respecto de los medios de comunicación tradicionales, han hecho que el Internet se haya constituido como el habilitador por excelencia para ejercer el derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información. Por primera vez en la historia de la humanidad, cualquier persona con un dispositivo y acceso a una red de telecomunicaciones puede difundir todo tipo de ideas y opiniones y puede hacer que su voz sea escuchada, literalmente, en todo el mundo de manera inmediata y a un costo mínimo.

En ese sentido, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y Expresión, en su Informe ante el Consejo de Derechos Humanos del 16 de mayo de 2011, señaló que *“con la llegada de los servicios Web 2.0, integrados por plataformas de intermediación que facilitan el intercambio participativo de información y la colaboración en la creación de contenidos, los usuarios han dejado de ser receptores pasivos para convertirse en generadores activos de información”*,⁴⁵ por lo que el *“Internet ha pasado a ser un medio fundamental para que las personas ejerzan su derecho a la libertad de opinión y de expresión”*.⁴⁶

Asimismo, el Internet se ha convertido en un habilitador para el ejercicio de otros derechos humanos como lo son los derechos de asociación, a la educación, de participar en la vida cultural, a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, entre otros.⁴⁷

La relevancia que ha cobrado el Internet como un vehículo para el ejercicio del derecho a la libertad de expresión y un habilitador para ejercer otros derechos, ha motivado que diversos organismos internacionales se pronuncien respecto de la importancia de garantizar el ejercicio de los derechos humanos en el Internet (en línea / on line), particularmente este derecho.

Así el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas aprobó el 1o. de julio de 2016 la Resolución 32/13 sobre la “Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en el Internet” (*“The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet”*), en la que señala que los *“mismos derechos que las personas tienen fuera de línea también deben ser protegidos en*

⁴⁵ Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue, presentado al Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas el 16 de mayo de 2011. Pág. 7.

⁴⁶ Ibid idem, p. 7.

⁴⁷ Artículos 13 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

*línea, en particular la libertad de expresión, que es aplicable sin importar fronteras y a través de cualquier medio de su elección”.*⁴⁸

En el mismo sentido, el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y de Expresión (ONU), la Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), la Relatora Especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la Libertad de Expresión 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) el 1o. de junio de 2011 emitieron la “*Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*”, en la que se establece que:

“1. Principios generales

a. La libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen, entre otras cosas, que deberán estar previstas por la ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad (la prueba “tripartita”).”

En México uno de los primeros precedentes que confirman la relevancia que tiene el Internet como un medio fundamental para que las personas puedan ejercer su derecho a la libertad de expresión fue emitido por la Segunda Sala de la SCJN al resolver el Juicio de Amparo en Revisión 1/2017. Este juicio fue promovido por una empresa de telecomunicaciones en contra de un acto del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI), mediante el cual ordenó el bloqueó del acceso a un sitio Web de Internet por considerar que parte del contenido de dicho sitio vulneraba derechos de autor de terceros.

En la sentencia emitida el 19 de abril de 2017, la Segunda Sala determinó que la normativa internacional de los derechos humanos, en particular las disposiciones relativas al derecho a la libertad de expresión, es pertinente y aplicable a Internet, por lo que las limitaciones a este derecho humano, ejercido a través de una página

⁴⁸ “1. Affirms that the same rights that people have offline must also be protected online, in particular freedom of expression, which is applicable regardless of frontiers and through any media of one’s choice ...”

United Nations. General Assembly. Report of the Human Rights Council A/71/53. Thirty-second session (13 June-1 July and 8 July 2016). United Nations, New York, 2016. P. 202. Se puede consultar en <https://undocs.org/A/71/53>

web, deben cumplir con el test tripartito para que puedan considerarse apegadas al marco constitucional e internacional, particularmente por lo que se refiere al principio de necesidad y proporcionalidad y, en su caso, adoptarse la medida que implique la menor restricción posible al flujo de información. Derivado de esta resolución, la Segunda Sala emitió cuatro criterios de los que cabe resaltar los siguientes:

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OPINIÓN EJERCIDAS A TRAVÉS DE LA RED ELECTRÓNICA (INTERNET). RESTRICCIONES PERMISIBLES. Conforme a lo señalado por el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, el Internet ha pasado a ser un medio fundamental para que las personas ejerzan su derecho a la libertad de opinión y de expresión; por consiguiente, las restricciones a determinados tipos de información o expresión admitidas en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, también resultan aplicables a los contenidos de los sitios de Internet. En consecuencia, para que las limitaciones al derecho humano referido ejercido a través de una página web, puedan considerarse apegadas al parámetro de regularidad constitucional, resulta indispensable que deban: (I) estar previstas por ley; (II) basarse en un fin legítimo; y (III) ser necesarias y proporcionales. Lo anterior, si se tiene en cuenta que cuando el Estado impone restricciones al ejercicio de la libertad de expresión ejercida a través de Internet, éstas no pueden poner en peligro el derecho propiamente dicho. Asimismo, debe precisarse que la relación entre el derecho y la restricción, o entre la norma y la excepción, no debe invertirse, esto es, la regla general es la permisión de la difusión de ideas, opiniones e información y, excepcionalmente, el ejercicio de ese derecho puede restringirse (Tesis 2a. CV/2017 -10a.-).⁴⁹

FLUJO DE INFORMACIÓN EN RED ELECTRÓNICA (INTERNET). PRINCIPIO DE RESTRICCIÓN MÍNIMA POSIBLE. Atento a la importancia de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación que permiten la existencia de una red mundial en la que pueden intercambiarse ideas y opiniones, conforme a lo sostenido por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, el Estado debe tomar todas las medidas necesarias para fomentar la independencia de esos nuevos medios y asegurar a los particulares el acceso a éstos, pues precisamente el intercambio instantáneo de información e ideas a bajo costo, a través del Internet, facilita el acceso a información y conocimientos que antes no podían

⁴⁹ Tesis: 2a. CV/2017 (10a.), emitida por la Segunda Sala de la SCJN, Rubro LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y OPINIÓN EJERCIDAS A TRAVÉS DE LA RED ELECTRÓNICA (INTERNET). RESTRICCIONES PERMISIBLES, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 43, Junio de 2017, Tomo II, p. 1439. Registro digital: 2014519.

obtenerse lo cual, a su vez, contribuye al descubrimiento de la verdad y al progreso de la sociedad en su conjunto, a lo que se debe que el marco del derecho internacional de los derechos humanos siga siendo pertinente y aplicable a las nuevas tecnologías de la comunicación; de hecho, puede afirmarse que el Internet ha pasado a ser un medio fundamental para que las personas ejerzan su derecho a la libertad de opinión y de expresión, atento a sus características singulares, como su velocidad, alcance mundial y relativo anonimato. Por tanto, en atención a ese derecho humano, se reconoce que en el orden jurídico nacional y en el derecho internacional de los derechos humanos, existe el principio relativo a que el flujo de información por Internet debe restringirse lo mínimo posible, esto es, en circunstancias excepcionales y limitadas, previstas en la ley, para proteger otros derechos humanos (Tesis 2a. CII/2017).⁵⁰

IV.3. El rol de la regulación sobre Responsabilidad Civil de los Intermediarios de Internet en el ejercicio de la Libertad de Expresión.

Como se menciona en el capítulo anterior, los intermediarios tienen un rol central para hacer de la Internet el medio por excelencia para el ejercicio de la libertad de expresión y de otros derechos. Gracias a la infraestructura que desarrollan y operan, las herramientas, programas (software), plataformas y aplicaciones que ponen a disposición de los usuarios hacen posible y facilitan el libre flujo de informaciones, opiniones, ideas, contenidos y materiales de todo tipo.⁵¹

Esta función, de intermediarios y facilitadores de la comunicación de terceras personas, ha planteado la interrogante de si deben ser considerados corresponsables o si se les debe atribuir cierto grado de responsabilidad por los ilícitos o daños que las informaciones y contenidos generados por los usuarios pudiera producir.

Aunque existen precedentes judiciales que han determinado que los proveedores de servicios de telecomunicaciones (particularmente telégrafo y teléfono) no son responsables de las comunicaciones entre sus clientes (los más antiguos datan de finales del siglo XIX y principios del XX), las comunicaciones en Internet son mucho más complejas y ricas que las tradicionales llamadas telefónicas o telegramas, pues

⁵⁰ Tesis 2a. CII/2017 (10a.) emitida por la Segunda Sala de la SCJN, Rubro FLUJO DE INFORMACIÓN EN RED ELECTRÓNICA (INTERNET). PRINCIPIO DE RESTRICCIÓN MÍNIMA POSIBLE, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 43, Junio de 2017, Tomo II, p. 1433. Registro digital: 2014515

⁵¹ Véase el Capítulo III en el que se describe el rol de los intermediarios en la operación de la Internet y en el libre flujo de la información.

pueden combinar texto con medios audiovisuales; pueden combinar comunicaciones punto-multipunto en lugar de la tradicional punto a punto; han dado lugar al concepto de “prosumer” o “prosumidor” en el que una persona es simultáneamente emisor y receptor, consumidor y productor; y alcanzan escalas de masificación y velocidad que por una parte hacen imposible vigilar el contenido de las comunicaciones y, por la otra, hace que los efectos negativos de contenidos dañosos tengan un mayor alcance e impacto, lo que ha provocado que el debate sobre el grado de responsabilidad de los intermediarios resurja periódicamente en distintas partes del mundo.

En ese sentido, en distintos momentos y lugares se ha tratado de atribuir a los intermediarios responsabilidad por el contenido de las comunicaciones generadas por terceros y sus consecuencias. Como se puede apreciar en el Capítulo V, desde los primeros años de expansión de Internet, los intermediarios han enfrentado litigios que han buscado hacerlos responsables de los daños y perjuicios ocasionados por la actividad irregular o ilícita de los usuarios, y en cada caso los distintos regímenes legales le han dado solución a dichas controversias ya sea por la vía judicial, aplicando los principios de responsabilidad ya existentes, o mediante reformas a su marco jurídico.

Una constante en estas discusiones y que, en mayor medida ha guiado el sentido de las sentencias y de la legislación, es la preocupación de que un régimen legal que permita o haga responsables a los intermediarios de Internet pueda tener un efecto disuasorio sobre el ejercicio de la libertad de expresión (“*chilling effect*”).

Lo anterior debido a que, en la medida en que los intermediarios de Internet están expuestos al riesgo de enfrentar litigios en los que pueden ser considerados responsables por informaciones y contenidos generados por terceros, se crean incentivos para que limiten el libre flujo de información y establezcan mecanismos para impedir la difusión o, en su caso, remover preventivamente cualquier información o contenido que potencialmente pudiese dar origen a una reclamación por daños y perjuicios. Esto, aunado al uso de sistemas automatizados de monitoreo proactivo de contenidos, puede conducir a un estado en que los intermediarios remuevan o eliminen contenidos incluso ante la inexistencia de un aviso, queja o notificación por parte de alguna persona que pudiese considerarse afectada.

En ese sentido, el régimen sobre responsabilidad civil estaría favoreciendo la creación de un mecanismo de censura privada o colateral, el cual se da por que ante el riesgo de ser considerados responsables por los daños ocasionados por la información, los intermediarios tienden a remover de manera automática cualquier información o contenido sin realizar una valoración o ponderación de las afirmaciones, circunstancias y derechos en juego, particularmente el derecho a la

libertad de expresión y de acceso a la información, permitiendo o dando vía para que particulares, autoridades y personajes públicos estén en capacidad de eliminar contenidos con lo que simplemente no están de acuerdo o les son incómodos.

Un elemento que no debe pasar desapercibido, es el volúmen de información que se maneja actualmente a través de Internet. La aparición de la Web 2.0 (WWW) y de las plataformas de intermediación de contenidos, ha facilitado que millones de personas difundan informaciones y contenidos en todo momento. Si las empresas propietarias de dichas plataformas estuvieran expuestas a enfrentar potencialmente un juicio por cada publicación de sus usuarios, los costos en los que podrían incurrir para atender millones de demandas harían imposible su viabilidad económica. Engine, una organización dedicada a apoyar empresas de reciente creación (startups), ha estimado que los costos por la defensa legal en contra de demandas originadas por contenido de terceros pueden ir de los \$15,000 a los \$500,000 dólares de los Estados Unidos, por lo que, tratándose de empresas que apenas comienzan, el costo de defenderse aún de demandas frívolas puede exceder el valor de la propia empresa.⁵²

Ante esto, a las empresas intermediarias de Internet les quedarían dos opciones, cerrar operaciones o asumir el control editorial de la información que se difunde a través de sus plataformas, es decir, revisar previamente a su publicación cada información o contenido que pretendiese difundir cada usuario, lo que ralentizaría al extremo el flujo de información y convertiría al Internet en un servicio equiparable a la televisión o la radio.⁵³

Por ello, los Relatores para la libertad de expresión de los diversos organismos internacionales, conscientes del impacto que una regulación sobre responsabilidad de Intermediarios puede tener en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión, han resaltado en la “*Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet*”, la relevancia del papel de los Intermediarios y la importancia de establecer protecciones frente a la responsabilidad que se puede originar por contenidos creados, generados y difundidos por terceros:

2. Responsabilidad de intermediarios

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

⁵² Value of Section 230. Engine, 31 de enero de 2019. Se puede consultar en: <https://www.engine.is/news/primer/section230costs>

⁵³ Keller ..

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” que se aplican actualmente).

De igual forma, más de cien organizaciones de la sociedad civil encabezadas por la “*Electronic Frontier Foundation*” de los Estados Unidos, adoptaron el 24 de marzo de 2015 los “*Principios de Manila sobre Responsabilidad de los Intermediarios*”, en los cuales se establecen como principios encaminados a garantizar la libertad de expresión la existencia de protecciones para los intermediarios de Internet frente a la responsabilidad por contenidos de terceros:

1. Los intermediarios deberían estar protegidos por ley de la responsabilidad por contenido de terceros

a. Cualquier disposición que rija la responsabilidad de intermediarios debe ser establecida por leyes, que deben ser precisas, claras y accesibles.

b. Los intermediarios deberían ser inmunes a la responsabilidad por contenido de terceros en circunstancias en las que no han estado involucrados en la modificación de dicho contenido.

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.

Por lo tanto, un elemento importante para considerar que un marco legal en materia de responsabilidad civil aplicable al Internet garantiza el ejercicio de la libertad de expresión (en línea), es necesario que establezca una protección para los intermediarios frente a reclamaciones por daños y perjuicios derivados de la difusión de informaciones y contenidos creados, generados y difundidos por terceros (usuarios).

Como se verá en el capítulo siguiente, diversos países han establecido este tipo de protecciones de manera expresa en su legislación, a las cuales de manera común se les denomina disposiciones o regulación de “puerto seguro” (“*safe harbor*”). Tal es el caso de los Estados Unidos de América, Brasil, la Unión Europea y, para el caso especial de infracciones a derechos de autor, Estados Unidos, Canadá, Chile y México, entre otros.

Además de los beneficios para el ejercicio de la libertad de expresión, la regulación en materia de responsabilidad o de “puerto seguro” ha tenido un impacto positivo en el desarrollo de la economía digital y la innovación. Lo anterior en atención a que han permitido el desarrollo de nuevos modelos de negocios que se basan en contenido generado por terceras partes. Sin este tipo de protecciones no podrían existir plataformas de intermediación de contenido como blogs, redes sociales (YouTube, Facebook, Tik Tok, Twitter, Instagram, Reddit, LinkedIn etc.), de intermediación de bienes y servicios (Mercado Libre, Ebay, etc.), colaborativas (Wikipedia), servicios de búsqueda y referenciación (Google search, Yahoo, etc.).

Un estudio realizado en 2017 por Christian M. Dippon,⁵⁴ hace notar que una importante razón para el éxito de las compañías intermediarias de Internet norteamericanas a escala global,⁵⁵ ha sido el espacio para la innovación creadas por los “puertos seguros”. Asimismo, señala que debilitar las protecciones para los intermediarios de Internet podría tener un impacto negativo en el producto interno bruto de los Estados Unidos de 44 mil millones de dólares anuales y la desaparición de 425,000 puestos de trabajo,⁵⁶ además de que tendría efectos secundarios difícilmente cuantificables, como una reducción de la inversión en el sector de Internet y en la creación de nuevas compañías (*startups*).

Por otra parte, la imposición de requisitos estrictos que obliguen a los intermediarios de Internet a realizar el monitoreo activo de posibles informaciones, contenidos o conductas ilícitas puede afectar la competencia y constituir una barrera de entrada al mercado, toda vez que los costos pueden ser elevados de tal forma que sólo las empresas ya consolidadas podrían cubrirlos, lo que reforzaría su posición en el mercado.

⁵⁴ Dippon, Christian M. "Economic Value of Internet Intermediaries and the Role of Liability Protections", Nera Economic Consulting, June 5, 2017. p. 4.

⁵⁵ En el año 2014 13 de las 21 compañías de Internet más grandes eran de los Estados Unidos.

⁵⁶ Dippon, Christian M. p. 18.

Tabla 1. Disposiciones Constitucionales y Convencionales sobre Libertad de Expresión			
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	Convención Americana de los Derechos Humanos	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	Declaración Universal de Derechos Humanos
<p>Artículo 6o. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.</p> <p>Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión.</p> <p>(....)</p> <p>Artículo 7o. Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. No se</p>	<p>Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión</p> <p>1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y 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.</p> <p>2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:</p> <p>a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o</p>	<p>Artículo 19</p> <p>1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.</p> <p>2. 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.</p> <p>3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:</p> <p>a) Asegurar el respeto a los</p>	<p>Artículo 19</p> <p>Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.</p>

<p>puede restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones.</p> <p>Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartar la libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6o. de esta Constitución. En ningún caso podrán secuestrarse los bienes utilizados para la difusión de información, opiniones e ideas, como instrumento del delito.</p>	<p>b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.</p> <p>3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.</p> <p>4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.</p> <p>5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan</p>	<p>derechos o a la reputación de los demás;</p> <p>b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.</p>	
--	--	--	--

	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.		
--	---	--	--

V. La Protección de los Intermediarios de Internet en el Derecho Comparado.

Como se mencionó en el Capítulo III, la operación y constante expansión de la Internet se basa en la colaboración de ininidad de actores dedicados a permitir y facilitar la comunicación entre personas de todo el mundo, a los que de manera genérica se les conoce como “intermediarios de Internet”. Este término abarca una gran diversidad de actores. Desde empresas de telecomunicaciones que prestan el servicio de acceso o conexión a Internet, hasta plataformas de comercio electrónico y redes sociales, todas juegan un papel fundamental para permitir el flujo de información y hacer posible la difusión y distribución de todo tipo de opiniones, ideas, expresiones y contenidos por parte de los usuarios. Por ello, en ciertas jurisdicciones se ha dotado a los intermediarios de Internet de un estatuto jurídico que les otorga cierta protección frente a reclamaciones por los daños y perjuicios que pudiese ocasionar la difusión de informaciones y contenidos.

En ese orden de ideas, es importante aclarar que, cuando nos referimos a regímenes jurídicos sobre “*responsabilidad civil extracontractual de intermediarios de Internet*”, estamos hablando de leyes que tratan a las empresas de Internet exclusivamente en su papel de “intermediarios” en los casos en que la información, expresiones y contenidos creados, generados y difundidos por terceras personas, producen un daño o un perjuicio de manera ilícita y, derivado de esto, surge la obligación de indemnizar a la persona que los sufrió.

Durante los últimos 25 años distintos países han expedido leyes en esta materia de manera progresiva, las cuales se pueden dividir en dos grandes sectores: 1) las que abordan la responsabilidad de manera general, tales como la “Sección 230 de la Communications Decency Act” (CDA-230) de los Estados Unidos de América, la “Directiva sobre Servicios de la Sociedad de la Información en particular el Comercio Electrónico” de la Unión Europea y la Ley de Marco Civil de Brasil y, 2) las que de manera específica abordan la responsabilidad que se origina por posibles infracciones a derechos de autor, dentro de las que cabe mencionar la “*Digital Millennium Copyright Act*” (DMCA) de los Estados Unidos de América, la “*Copyright Modernization Act*” de Canadá, la “*Ley 20435 que modifica la Ley de Propiedad Intelectual*” de Chile y, recientemente en el caso de México, la reforma a la “*Ley Federal del Derecho de Autor*” de 2020.

Atendiendo a que el presente estudio tiene por objeto el análisis de la responsabilidad de los intermediarios de Internet en supuestos distintos a los generados por infracciones en materia de derechos de autor, en los siguientes apartados nos abocaremos al estudio de la legislación que regula la responsabilidad de los intermediarios de manera general en otras partes del mundo.

VI.1. La “Sección 230 de la Communications Decency Act” de los Estados Unidos de América (CDA-230).

Diversos especialistas han reconocido que la Sección 230 de la “*Communications Decency Act*” ha sido fundamental para moldear el Internet que tenemos actualmente, permitir la innovación y garantizar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en línea. Como lo señala Jeff Kosseff, la Sección 230 creó el marco legal y social para el Internet que conocemos actualmente, el Internet que se basa en el contenido creado no solo por grandes empresas sino por los usuarios, y que permitió el surgimiento de una industria valuada en varios billones de dólares.

Promulgada en 1996 como parte de la Ley de Telecomunicaciones, la Sección 230 de la “*Communications Decency Act*”⁵⁷ fue la primera Ley en el mundo que reguló la responsabilidad de los intermediarios de Internet, por lo que ha servido de referencia para el resto de los países que han legislado en la materia.

No obstante que la Sección 230 acaba de cumplir un cuarto de siglo, sus antecedentes se remontan a los años cincuenta del siglo XX, por lo que se puede afirmar que ésta es producto de una serie de precedentes judiciales emitidos por las cortes al interpretar la Primera Enmienda de la Constitución Estadounidense y que, de manera paulatina, establecieron el régimen de responsabilidad de los “distribuidores” de información.

Si bien los precedentes establecidos por la Corte Suprema reconocen la necesidad de proteger a los distribuidores neutrales de información respecto de la responsabilidad que se puede originar por la distribución de contenidos que ellos no crearon, a fin de promover la libertad de expresión y evitar que entidades privadas censuren contenidos proporcionados por terceras partes,⁵⁸ la protección que se estableció no fue absoluta, ya que dejó abierta la posibilidad de que los intermediarios fueran considerados responsables en determinadas circunstancias.

Al resolver en diciembre de 1959 el caso “*Smith v. California*” (en el que se condenó a cárcel al propietario de una librería por vender un libro con contenido obsceno en violación de una ordenanza municipal del Condado de Los Angeles, California), la Corte Suprema estableció que la Primera Enmienda prohíbe que los distribuidores

⁵⁷ Promulgada por el Presidente William Jefferson Clinton el 8 de febrero de 1996 como parte de la Ley de Telecomunicaciones de 1996 (Telecommunications Act). Actualmente aparece en el Título 47 del Código de los Estados Unidos.

⁵⁸ Kosseff, p. 17.

de contenido sean considerados legalmente responsables, a menos que se demuestre que tenían “conocimiento” del contenido de la información (*scienter*).⁵⁹

Al respecto Jeff Koseff señala que esta regla que aplica a todos los distribuidores de contenido de terceros (tales como librerías, puestos de periódico, radiodifusoras, estaciones de televisión, proveedores de internet y páginas electrónicas), derivó en una paradoja, ya que éstos pueden reducir el riesgo de ser considerados responsables “haciéndose de la vista gorda” respecto del material que distribuyen, ya que una vez que revisan el mismo pierden la protección.⁶⁰

Empero, precedentes posteriores tanto de la Corte Suprema como de otras cortes de apelación redujeron aún más la protección, toda vez que establecieron que la inmunidad otorgada por la Primera Enmienda no sólo se pierde cuando el distribuidor de información tiene “conocimiento efectivo” del contenido específico del material, sino también cuando “debió saber”, tuvo “razones para saber”, o de “manera imprudente o negligente con total despreocupación pasó por alto” la ilicitud del mismo (“*recklessly disregard*”).⁶¹

La regla sobre responsabilidad de distribuidores de información establecida por los mencionados precedentes judiciales, preparó el camino para la resolución de dos casos que de manera directa establecieron la necesidad de establecer una regla especial tratándose de Internet y condujeron a la discusión y aprobación de la Sección 230.

Cabe recordar que en los primeros años de Internet comercial (el que se podía contratar para un servicio privado o doméstico), las compañías proveían de acceso a Internet y a una serie de publicaciones electrónicas escogidas por la propia compañía. Además, los usuarios podían hacer comentarios en tableros de anuncios (*bulletin boards*) y comunicarse a través de *chat rooms*. Se trataba de comunidades cerradas ya que los usuarios de una compañía no tenían acceso a las publicaciones y los comentarios de los usuarios de otras compañías.⁶² En ese momento, el mercado estaba dominado por tres compañías, America Online, CompuServe y Prodigy.

En atención a que las compañías seleccionaban (“curaban”) las publicaciones que se ponían a disposición de los usuarios, tenían la capacidad de decidir si hacían

⁵⁹ Koseff, p. 27.

⁶⁰ Koseff, p. 28.

⁶¹ Koseff, p. 28 & 30.

⁶² Koseff, p. 37.

una revisión del contenido de las publicaciones o, por el contrario, si omitían cualquier tipo de control sobre el mismo (*hands-off approach*). Como se verá a continuación, la decisión que tomaron dos empresas fue decisiva para determinar su responsabilidad en dos casos distintos.

En el primero, *Cubby Inc.*, una empresa dedicada a difundir un boletín informativo sobre la industria de la radiodifusión, demandó en Octubre de 1990 ante una corte federal de Manhattan a *CompuServe* por distribuir una publicación electrónica llamada “*Rumorville*”, en la que, a decir del demandante, se hicieron una serie de afirmaciones falsas sobre el servicio que prestaba y uno de sus propietarios. En respuesta, *CompuServe* solicitó que la demanda fuera desechada argumentando que había actuado como un “distribuidor pasivo de la información”, ya que no ejercía ningún tipo de “control editorial” sobre el contenido de “*Rumorville*” y no había recibido ninguna queja sobre su contenido, por lo que no tenía motivos o razones para saber de las supuestas afirmaciones infamantes antes de que fueran distribuidas.⁶³

En la sentencia emitida un año después, en Octubre de 1991, el juez a cargo del asunto le concedió a *CompuServe* la calidad de mero “distribuidor” y, aplicando la regla establecida en “*Smith v. California*”, determinó que era inmune a la demanda. Al respecto, Jeff Koseff señala que esta sentencia, enfocada en el “control editorial”, en su momento estableció un test de dos pasos para establecer si un servicio en línea (online) debe ser protegido por reclamaciones originadas por contenido de terceras partes. Primero el juez debe concluir que el servicio en línea (online) no ejerce un control editorial significativo sobre el contenido y que por lo tanto es un mero “distribuidor” y, en segundo lugar, el servicio debe establecer que no tenía conocimiento o razones o motivos para conocer el contenido objetable. Esta interpretación preparó el camino para que, unos años más tarde, un juez sí considerara responsable a un proveedor de servicio de Internet.

En octubre de 1994 un usuario (que no pudo ser identificado) publicó una serie de mensajes en el *bulletin board* “*Money Talk*” de Prodigy, acusando a la firma de corretaje de valores “*Stratton Oakmont Inc.*”, de realizar prácticas fraudulentas en la oferta pública de acciones de la empresa “*Solomon-Page Group Ltd.*”. Unas semanas más tarde, el 7 de noviembre del mismo año, “*Stratton Oakmont Inc.*” demandó a “*Prodigy Services Co.*” por difamación y negligencia, alegando que había actuado como un “editor” y no como un mero “distribuidor” de la información.

⁶³ Koseff, p. 40.

A diferencia de *CompuServe*, *Prodigy* había establecido políticas o lineamientos de contenido que requerían que los usuarios utilizaran su nombre real y prohibía material dañino, por lo que los contenidos que violaran los lineamientos podían ser removidos y las cuentas canceladas. Adicionalmente, para diferenciarse de la competencia y como una estrategia de mercadeo, *Prodigy* había promocionado su servicio señalando que revisaba los comentarios de los usuarios y borraba cualquier contenido dañino, obsceno o difamante.⁶⁴ A pesar de ello, durante el procedimiento *Prodigy* alegó que los lineamientos sobre contenido habían sido redactados varios años antes y no reflejaban la operación de la empresa al momento de publicarse los mensajes. El crecimiento del servicio y del volúmen de los mensajes y comentarios de los usuarios había hecho imposible hacer una revisión manual de los mismos, por lo que habían dejado de hacerlo. En su lugar utilizaba un software que de manera automática hacía una revisión en busca de ciertas palabras pero que, de ninguna forma, hacía una valoración del contenido de los mensajes.⁶⁵

El 24 de mayo de 1995 el juez a cargo del asunto resolvió que *Prodigy*, al utilizar tecnología y recursos humanos para borrar notas del “*bulletin board*”, estaba tomando decisiones sobre el contenido y que esas decisiones constituían un “*control editorial*”, sin importar que éste se ejerciese cuando las notas se publican o cuando se recibe una queja. Consecuentemente, el juez resolvió que al haber hecho *Prodigy* una decisión “consciente” de moderar contenido, debía ser tratado como un “editor” y no como un “distribuidor neutral de información”, por lo que se le debía considerar responsable de los daños producidos por las publicaciones difundidas en su bulletin board.⁶⁶

La resolución tomada en “*Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*” llegó en un momento de inflexión para la industria de Internet. A mediados de los noventas la industria estaba transitando de las comunidades cerradas a un Internet infinitamente más abierto con el desarrollo de la World Wide Web (WWW), que permitiría a millones de personas acceder y difundir todo tipo de opiniones y contenidos. De inmediato la industria digital y la prensa especializada hicieron notar que el precedente establecido en “*Stratton Oakmont*” exponía a las empresas de Internet al riesgo de ser consideradas responsables por acciones de millones de personas, lo que afectaría el desarrollo de los modelos de negocios y obligaría a las empresas a claudicar de cualquier intento de monitorear, controlar o moderar contenido, ya que esto haría que perdieran la protección otorgada por la *Primera Enmienda* a los “distribuidores” de información.

⁶⁴ Koseff, p. 49.

⁶⁵ Koseff, p. 51.

⁶⁶ Koseff, p. 52.

El asunto llamó la atención de dos integrantes de la Cámara de Representantes del Congreso de los Estados Unidos, Chris Cox y Ron Wyden, quienes formaron un grupo de trabajo para trabajar en la propuesta que posteriormente se convertiría en la Sección 230, con el propósito de promover el desarrollo de los servicios en línea y evitar el riesgo de que las empresas desaparecieran al afrontar costosos litigios originados por la difusión de contenidos proporcionados por terceros. La propuesta se presentó el 30 de junio de 1995 y fue aprobada en febrero de 1996 de manera conjunta con la iniciativa presentada por el Senador James Exon, en el marco de la aprobación de la Ley de Telecomunicaciones de 1996. El texto aprobado dispone lo siguiente en lo sustantivo:

(c) Protection for “Good Samaritan” blocking and screening of offensive material

(1) Treatment of publisher or speaker

“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.”

(Ningún proveedor o usuario de un servicio informático interactivo deberá ser tratado como el editor o vocero de cualquier información proporcionada por otro proveedor de contenido de información.)

(2) Civil liability

(Responsabilidad Civil)

No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of—

(A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected; or

(B) any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph (1).

Uno de los elementos que se incluyó en el decreto con el que se promulgó la Sección 230 y que ha servido a las cortes como una referencia al momento de interpretar y resolver los casos, fue la inclusión de un apartado de conclusiones y “política legislativa” en el que se exponen los motivos que tuvo el Congreso para su aprobación. En este apartado se reconoce que el desarrollo de la Internet

representa un avance extraordinario en la disponibilidad de la información para la población y ofrece un foro para una verdadera diversidad en el discurso político, así como oportunidades únicas para el desarrollo cultural y la actividad intelectual. Asimismo, reconoce que el Internet y otros servicios informáticos interactivos han florecido con un mínimo de regulación gubernamental, por lo que establece como una “política” de los Estados Unidos el promover el continuo desarrollo de Internet, de los servicios informáticos y otros medios interactivos; preservar el mercado libre, vibrante y competitivo que existe para el Internet; y remover los desincentivos para el desarrollo y la utilización de tecnologías de bloqueo y filtrado que permitan a los padres restringir el acceso de los menores a materiales inapropiados.

El régimen legal establecido por la Sección 230 se caracteriza por lo siguiente:

1.- Define a los servicios informáticos interactivos como *“cualquier servicio de información, sistema o proveedor de software de acceso que proporciona o permite el acceso de múltiples usuarios a un servidor informático, incluyendo específicamente un servicio o sistema que proporciona acceso a Internet y dichos sistemas operados o servicios ofrecidos por bibliotecas o instituciones educativas.”*⁶⁷

Tal como lo han interpretado las cortes norteamericanas, esta definición cubre una amplia gama de servicios y de intermediarios. Tanto empresas de telecomunicaciones que proveen el servicio de acceso de internet, como páginas de internet, aplicaciones, foros de discusión, buscadores, redes sociales, plataformas colaborativas, etc., todos quedan comprendidos y reciben la protección de la Sección 230.

2.- Al disponer que los “proveedores de servicios informáticos interactivos” no deberán ser tratados como editores o voceros de información proporcionada por una tercera parte, establece una protección o inmunidad frente a reclamaciones o litigios que buscan imputarles una responsabilidad originada por información o contenidos proporcionados por una tercera parte, incluso en el supuesto de que tuvieron conocimiento específico del mismo, “debieron saber” o “tenían razones para saber” la naturaleza de la información o contenido.

⁶⁷ Sección 230 de la CDA: (2) Interactive computer service.- *The term “interactive computer service” means any information service, system, or access software provider that provides or enables computer access by multiple users to a computer server, including specifically a service or system that provides access to the Internet and such systems operated or services offered by libraries or educational institutions.*

3.- Extiende la protección a los “usuarios” que difundieron o replicaron la información o el contenido proporcionado por un tercero, a pesar de que hayan hecho ediciones menores a la información o contenido. Al respecto, la corte de apelaciones del Noveno Circuito, al resolver el caso “*Batzel v. Smith*”, estableció el precedente que la protección de la Sección 230 no se pierde al hacer ediciones “modestas” a la información, toda vez que el término “desarrollo de la información significa algo más substancial que sólo editar porciones de un correo electrónico y seleccionar material para su publicación”.⁶⁸

4.- La protección otorgada por la Sección 230 aplica tanto para litigios por difamación, en los que se reclama un daño a la imagen, honor y reputación de las personas, como para litigios o reclamaciones que sean resultado de infracciones a otro tipo de leyes (con excepción de la legislación en materia de propiedad intelectual)⁶⁹, siempre y cuando se hayan originado por información o contenido proveído por una tercera parte.

5.- No impide la aplicación de leyes penales y legislación contra la obscenidad, explotación sexual de menores y tráfico sexual. Cabe señalar que en abril de 2018 se promulgó la “*Ley que permite a los Estados y las Víctimas combatir el Tráfico Sexual en Línea de 2017*” (*Allow States and Victims to Fight Online Sex Trafficking Act of 2017*), que sanciona penalmente a los propietarios, administradores y operarios de servicios informáticos interactivos que promovieron o facilitaron la prostitución de otra persona y establece una “violación agravada” cuando se promueva o facilite la prostitución de 5 o más personas o de manera imprudente desestimó el hecho de que su conducta contribuyó al tráfico sexual, permitiendo a las víctimas recuperar daños por la vía civil.⁷⁰ Asimismo, estableció que la Sección 230 no debe ser interpretada para limitar una acción civil relacionada con una violación a la Ley para la Protección de Víctimas de Tráfico (*Trafficking Victims Protection Reauthorization Act - TVPRA*), cuando con conocimiento se haya asistido, apoyado o facilitado una violación a dicha Ley.

6.- Establece la denominada cláusula del “Buen Samaritano”, en virtud de la cual los proveedores de servicios informáticos interactivos no serán responsables de cualquier acción tomada de manera voluntaria de buena fe, para restringir el acceso o la disponibilidad de materiales que considere obscenos, lascivos, inmundos, excesivamente violentos u objetables, ya sea que éstos reciban protección constitucional.

⁶⁸ Kosseff, p. 112.

⁶⁹ Sección 230 de la CDA.- (2) *No effect on intellectual property law.- Nothing in this section shall be construed to limit or expand any law pertaining to intellectual property.*

⁷⁰ Public Law 115–164, Apr. 11, 2018.

Esta cláusula es importante y hasta cierto punto necesaria para complementar las disposiciones del párrafo “1” de la Sección 230. Como se recordará, en el caso “*Stratton Oakmont Inc.*” una corte determinó que “*Prodigy*” debía ser considerado responsable por contenido proporcionado por un tercero simplemente por contar con una “política” de moderación de contenido, es decir, por arrogarse la atribución de revisar los materiales o contenidos y determinar si éstos debían ser removido o no. La cláusula del “Buen Samaritano” le permite a las empresas determinar el tipo de materiales que no son apropiados para sus usuarios y removerlos de sus sistemas o plataformas sin que esto les pueda originar una responsabilidad.

7.- La protección o inmunidad se extiende a la responsabilidad subjetiva del proveedor de servicios informáticos derivada de su decisión de “abstenerse de eliminar” o, mejor dicho, de omitir eliminar un contenido o información (proporcionado por un tercero), a pesar de haber recibido un “aviso” o “notificación” por parte de la persona o entidad afectada informando la naturaleza ilícita o dañina del mismo.

Como se recordará, la protección otorgada tradicionalmente a los “distribuidores” de información se pierde al momento en que éstos tienen conocimiento del contenido, por lo que, en la situación existente antes de la aprobación de la Sección 230, los intermediarios de internet podían perder la protección de la Primera Enmienda si no tomaban una acción después de recibir un aviso informando la naturaleza perjudicial o ilícita de un contenido particular, ya que se actualiza un supuesto de “responsabilidad secundaria” conforme a la doctrina existente en los Estados Unidos.⁷¹ Sin embargo, al resolver el caso “*Zeran v. America Online*” la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito estableció que la Sección 230 también otorga protección aún en dicho supuesto argumentando para ello sus efectos negativos sobre la libertad de expresión.

En la sentencia de dicho caso, la corte de apelaciones reconoció la amenaza que las demandas por daños pueden tener sobre la libertad de expresión y que hacer responsables a las plataformas por publicaciones de sus usuarios tendría un efecto disuasorio de la expresión en línea, toda vez que las compañías se verían obligadas a limitar el número y tipo de mensajes que son difundidos.⁷² En ese sentido, señaló que cuando un servicio en línea recibe una queja sobre una información o contenido,

⁷¹ La responsabilidad secundaria se actualiza cuando se hace responsable a una persona por las acciones de terceros a pesar de no haber participado de manera directa en los hechos, si se llega a demostrar que indujo, incitó o alentó la actividad infractora o se benefició económicamente de ella, en tanto que abdicó de su derecho o capacidad para controlarla.

⁷² Kosseff, p. 92.

se le ubica en el rol de un editor, por lo que si estuviese sujeto al mismo tipo de responsabilidad que un “distribuidor de información” estaría expuesto a ser considerado responsable y enfrentar potencialmente un litigio cada vez que recibiera un aviso, lo que además de traducirse en una carga imposible de sobrellevar para el proveedor de servicios, le permitiría a cualquier persona censurar cualquier información o contenido con el que no estuviera de acuerdo, bastando para ello sólo presentar una queja o un aviso alegando que es potencialmente difamatorio para que el intermediario de Internet se vea constreñido a retirarlo so *pena* de ser considerado legalmente responsable del mismo.⁷³

Indudablemente esta es la característica más importante de la protección que brinda la Sección 230 en términos de libertad de expresión. Como lo señala Jeff Kosseff, la interpretación que se estableció en el precedente “*Zeran v. America Online*” excede a la protección otorgada a los editores y cambió el curso de la legislación sobre Internet en los Estados Unidos.⁷⁴

8.- El hecho de que no se cumplan con los requisitos para que opere la protección o inmunidad (excluyente de responsabilidad), no implica necesariamente que el prestador de servicios sea culpable, es decir, no lo hace automáticamente responsable de los daños y perjuicios que se originen con motivo de la información o contenido, sino que dicha cuestión se debe acreditar posteriormente en el curso del proceso legal.

VI.2. La “Ley de Marco Civil de Internet” de Brasil.

La Ley de Marco Civil de Internet de Brasil es notable en muchos sentidos. Tanto por el proceso que culminó con su aprobación como por el contenido de sus disposiciones, ha sido reconocida como un ejemplo a nivel mundial. A diferencia de la legislación que se ha tratado de impulsar en algunos países, que pretende regular con un enfoque que busca limitar el Internet por sí mismo, la Ley de Marco Civil adopta un enfoque basado en los derechos de las personas, reconociendo derechos como a la neutralidad de la red, la privacidad y el derecho a la libertad de expresión.

La Ley de Marco Civil de Internet es producto de un proceso deliberativo democrático, transparente y ampliamente incluyente que duró siete años. Este proceso dió inicio con una fuerte reacción pública en contra del proyecto conocido como “Ley Azeredo” que buscaba establecer varios delitos que hubieran convertido

⁷³ Kosseff, p. 93.

⁷⁴ Kosseff, p. 95.

a millones de usuarios de Internet en criminales.⁷⁵ En mayo de 2007 Ronaldo Lemos, Director del Instituto para la Tecnología y Sociedad de Río de Janeiro, publicó un artículo en el periódico “*Folha de São Paulo*”, en el que planteó que, en lugar de una legislación penal, el país debería tener un marco legal sobre derechos civiles para el internet. Esta idea fue retomada por el Ministerio de Justicia para lo que en 2008 invitó a un grupo de académicos con el mandato de establecer un proceso abierto y multi-parte (*multistakeholder*) para producir un proyecto de Ley.⁷⁶

Durante el proceso de consulta pública participaron compañías de telecomunicaciones, organizaciones de la sociedad civil, compañías de internet globales y de Brasil, el sector de la radiodifusión y el gobierno. Todos ellos manifestaron sus posturas públicamente sobre temas específicos como la neutralidad de la red, privacidad, responsabilidad de intermediarios para casos de libertad de expresión y de propiedad intelectual, localización forzada de datos, registro de datos de conexión y remoción de contenidos en caso de difusión de contenidos íntimos sin autorización de la persona afectada. El resultado fue un proyecto de Ley que la Presidenta Dilma Rouseff presentó al Congreso Brasileño en agosto de 2011 y que, después de un periodo de discusión, fue aprobado y promulgado como la “Ley de Marco Civil de Internet” el 23 de abril de 2014 (Ley 12.965).

Raphaela Maciel Ladeia señala que la ley fue inspirada o tomó como referencia leyes promulgadas en otros países, dentro de las que cabe mencionar a la Sección 230 de la CDA y la legislación en materia de privacidad de los Estados Unidos de América, el Reino Unido y otros países europeos y que, según lo expresado por la Vicepresidente de comercio electrónico de Brasil, tiene por objeto establecer las reglas básicas de internet en el país, mitigando un ambiente de inseguridad que espanta a potenciales inversionistas.⁷⁷

Por lo que respecta a la responsabilidad de intermediarios de Internet por contenido generado o creado por terceros (usuarios), la Ley de Marco Civil de Internet establece una de las protecciones más sólidas en términos de libertad de expresión.

⁷⁵ Lemos Ronaldo en Pereira de Souza, Carlos Affonso *et al.* Understanding Brazil's Internet Bill of Rights. Primera Edición. Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro. Brasil, 2015. Pág. 28.

⁷⁶ Lemos Ronaldo en Pereira de Souza, Carlos Affonso *et al.* p. 29.

⁷⁷ Ladeia, Raphaela Maciel. The Internet Service Provider Secondary Liability: A Comparative Analysis of Brazilian and United States Legislation and Case Law. Journal of International Entertainment & MediaLaw. 2016/2017, Vol.6, Issue 2, pág. 187-205. 19p.

Antes de la aprobación de la Ley de Marco Civil de Internet, el Tribunal Superior de Justicia de Brasil había sostenido que los proveedores de servicios de internet, al recibir un mero aviso o solicitud, estaban obligados a retirar todo contenido difamatorio en un periodo de 24 horas a partir del momento en que recibieron el aviso ya que, de lo contrario, se les consideraría secundariamente responsables por la omisión.⁷⁸ En otro precedente (REsp 1193764/SP) la ministro Nancy Andrichi señaló que, aunque el monitoreo previo del contenido no es intrínseco al servicio que prestan los proveedores de servicios de Internet, deben retirar los contenidos en cuanto alguien les notifique o les de aviso de su ilegalidad y que de no actuar en consecuencia, son responsables por dicha omisión.⁷⁹ Cabe mencionar que el establecimiento de plazos fatales (como el de 24 horas), para retirar contenido después de recibir un aviso, es sumamente nocivo en términos de libertad de expresión, ya que el proveedor de servicio al no tener tiempo para revisar y hacer una valoración del aviso y del contenido, opta por retirar el mismo de manera automática, estableciéndose en la práctica un sistema de censura privada.

La Ley de Marco Civil de Internet regula el régimen de responsabilidad de intermediarios de Internet en la Sección III del Capítulo III, titulado “*De la Responsabilidad por Daños que Surgieran del Contenido Generado por Terceros*”, el cual se caracteriza por lo siguiente:

1.- Distingue entre dos tipos distintos de intermediarios de Internet al momento de establecer el régimen de responsabilidad o protección al que estarán sujetos, toda vez que establece una disposición específica para los proveedores de servicios de conexión a Internet (Art. 18) y otra para los proveedores de aplicaciones (Art. 19).

2.- En el caso de los proveedores de servicios de conexión a Internet, establece una protección respecto de cualquier tipo de responsabilidad (tanto objetiva como subjetiva), que se pudiera generar por los daños ocasionados por la difusión de contenidos creados y difundidos por terceros:

*Artículo 18. El proveedor de conexión a Internet no será responsabilizado civilmente por daños surgidos por contenido generado por terceros.*⁸⁰

A decir de Carlos Affonso Pereira de Souza, esta disposición tiene su fundamento tanto en la imposibilidad técnica de los proveedores de evitar conductas dañinas o nocivas de los usuarios, como en la falta de un “*nexo causa*” directo o inmediato

⁷⁸ Ladeia, Raphaela Maciel, p. 187-205.

⁷⁹ Ladeia, Raphaela Maciel, p. 187-205.

⁸⁰ Traducción tomada de: “*Marco Civil Brasileño de Internet en Español*”. Cámara de Diputados. Brasilia, 2015. pág. 36.

entre el daño causado a una persona y la actividad del proveedor del servicio de conexión a Internet, toda vez que la causa directa del daño es la conducta realizada por el usuario creador del contenido ilegal o dañino.⁸¹

3.- En el caso de los proveedores de aplicaciones, el artículo 19 inicia con una afirmación clara e inequívoca de que el régimen de responsabilidad de estos proveedores se fundamenta en una salvaguarda a la libertad de expresión, reconociendo el papel de los intermediarios como vehículos para el ejercicio de ésta y que evitar la imposición de cargas excesivas a éstos evita la creación de incentivos para la censura privada.⁸²

En ese sentido, dispone que los proveedores de aplicaciones de Internet sólo pueden ser responsables de los daños originados por contenidos generados por terceros sólo si se abstienen de retirar un contenido después de haber recibido una orden emitida por una autoridad judicial:

Artículo 19. Con el objetivo de asegurar la libertad de expresión e impedir la censura, el proveedor de aplicaciones de Internet solamente podrá ser responsabilizado por daños que surjan del contenido generado por terceros si, después de una orden judicial específica, no toma las previsiones para, en el ámbito de los límites técnicos de su servicio y dentro del plazo asignado, tornar indisponible el contenido especificado como infractor, exceptuando las disposiciones legales que se opongan.⁸³

Al respecto, Carlos Affonso Pereira de Souza comenta que con esta disposición la Ley de Marco Civil “afirma que la regla general para la responsabilidad de los intermediarios en Brasil se basa en la culpa del proveedor, negando los intentos de hacerlos responsables en los estándares típicos de responsabilidad estricta, ya sea por la simple disponibilidad de contenido dañino basado en el riesgo teoría o basada en la prestación de un servicio defectuoso”,⁸⁴ es decir, reconoce que a los proveedores de aplicaciones por Internet no puede atribírseles una responsabilidad objetiva.

4.- Establece una protección a los intermediarios, proveedores de aplicaciones en Internet, frente a la responsabilidad subjetiva (secundaria) que se pudiera originar por abstenerse de retirar o eliminar una información o contenido después de haber

⁸¹ Pereira de Souza, Carlos Affonso, *et al.* p. 47.

⁸² Pereira de Souza, Carlos Affonso, *et al.* p. 48.

⁸³ Traducción tomada de: “Marco Civil Brasileño de Internet en Español”. Cámara de Diputados. Brasilia, 2015. pág. 36.

⁸⁴ Pereira de Souza, Carlos Affonso, *et al.* p. 48.

recibido un aviso o notificación por parte de la persona afectada, informando sobre la naturaleza ilícita o dañina de la misma.

En ese sentido, al dejar establecido que los proveedores únicamente podrán ser considerados responsables de los daños sólo en el supuesto de que incumplan con una orden emitida por una autoridad judicial, se eliminan los incentivos para que se pueda utilizar una posible responsabilidad de éstos como un mecanismo de censura privada, es decir, una herramienta a través de la cual las personas que están inconformes con la publicación de una información o contenido limiten su difusión alegando un supuesto daño. Lo anterior en atención a que se excluye la posibilidad de que los intermediarios retiren información y contenidos sólo para evitar el riesgo de afrontar un juicio civil que desemboque en una condena que los obligue a indemnizar los daños causados.

Es importante señalar que esta disposición parte del reconocimiento de que es la autoridad judicial la única facultada o la idónea para realizar un análisis de cada caso y ponderar los posibles intereses y derechos en conflicto, como lo pudiera ser la libertad de expresión y de acceso a la información frente a otros derechos como lo son a la privacidad, el honor, a la reputación y a la imagen propia.

5.- En los casos en que el juicio involucre afectaciones a derechos de la personalidad, la honra y la reputación, establece que los juicios se podrán presentar ante juzgados especiales y el juez puede establecer una especie de medida precautoria, mediante la cual puede ordenar el retiro de la información o contenido en caso de que se le puedan causar daños irreparables o de difícil reparación a la parte afectada:

Artículo 19. ...

§ 3o Las causas judiciales que traten sobre el resarcimiento por daños surgidos de contenidos disponibles en Internet relacionados a la honra, la reputación y a derechos de personalidad, así como sobre la indisponibilidad de esos contenidos por proveedores de aplicaciones de Internet, podrán ser presentadas mediante los juzgados especiales.

§ 4o El juez, incluso en el procedimiento previsto en el § 3o, podrá anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, existiendo la prueba inequívoca del hecho y considerando el interés de la colectividad en la disponibilidad del contenido en Internet, estando presentes requisitos de verosimilitud de la alegación del autor y de temor fundado de daño irreparable o de difícil reparación.

6.- Establece que la orden judicial que ordene la remoción de un contenido debe identificar de manera clara y específica el contenido señalado como infractor y que permita la localización inequívoca del material.

Artículo 19. ...

§ 1o La orden judicial de que trata este artículo deberá contener, bajo pena de nulidad, identificación clara y específica del contenido especificado como infractor, que permita la localización inequívoca del material.

En relación con esta disposición, el Tribunal Superior de Justicia de Brasil determinó que para cumplir con dicho requisito se debe de proporcionar el URL (Localizador Uniforme de Recursos) del contenido específico, es decir, tanto el actor lo debe señalar en su demanda como el juzgado en su resolución.

7.- Dispone que, en caso de que el proveedor de aplicaciones tenga los datos de contacto del usuario responsable de haber hecho disponible la información o contenido infractor, deberá comunicarle las razones por las cuales se retiró y proporcionarle la información suficiente para que pueda comparecer y defenderse en el juicio. Asimismo, se establece que si así lo solicita el usuario responsable, el proveedor deberá sustituir el contenido removido con la orden del juez que ordenó su retiro.

8.- De manera similar a la Sección 230 de la CDA, la Ley de Marco Civil establece una excepción tratándose de asuntos relacionados con infracciones a los derechos de autor que ocurren a través de Internet. En ese sentido, señala que se estará a las disposiciones específicas que establezca la legislación en la materia, la cual deberá, en su caso, respetar la libertad de expresión.

9.- Dispone una segunda excepción tratándose de la difusión no autorizada de contenidos que muestren desnudos o actos sexuales de carácter privado. En este caso, el proveedor de aplicaciones debe de retirar o hacer no disponible el contenido de manera diligente atendiendo a las limitaciones técnicas de su servicio, bajo pena de ser considerado subsidiariamente responsable de la violación a la intimidad.

10.- El hecho de que no se cumplan con los requisitos para que opere la protección o inmunidad (excluyente de responsabilidad), no implica necesariamente que el prestador de servicios sea culpable, es decir, no lo hace automáticamente responsable de los daños y perjuicios que se originen con motivo de la información o contenido, sino que dicha cuestión se debe acreditar posteriormente en el curso del proceso legal.

VI.3. Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea.

La Unión Europea dió los primeros pasos para establecer una regulación común en materia de responsabilidad de intermediarios de Internet el 8 de junio de 2000, con la aprobación de la “*Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior*”, comúnmente conocida como la “Directiva sobre el comercio electrónico”.

A decir de la propia Directiva, ésta surge con la finalidad de eliminar los obstáculos jurídicos, originados por la disparidad de las legislaciones nacionales, que estaban entorpeciendo el desarrollo de la economía digital de la región, por lo que tiene por finalidad establecer un marco general de referencia que permita la libre circulación de servicios de la “sociedad de la información” entre Estados miembros. En ese sentido, la Directiva no pretende imponer un régimen homogéneo para toda la región, sino que se limita a establecer reglas generales que los Estados pueden implementar en su legislación nacional con un cierto grado de flexibilidad.

Si bien la Directiva de la Unión Europea en su Sección 4 titulada “*Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios*” (artículos 12 a 15) establece protecciones frente a la responsabilidad originada por informaciones y contenidos generados por terceros, a diferencia de la Sección 230 de los Estados Unidos y de la Ley de Marco Civil de Brasil, se disponen condiciones particulares atendiendo al tipo de intermediario para que operen las excluyentes de responsabilidad por lo que éstos quedan en un mayor estado de vulnerabilidad.

En ese sentido, el régimen establecido por la Directiva se caracteriza por las siguientes notas distintivas:

1.- Es aplicable a los denominados “servicios de la sociedad de la información”, los cuales son definidos como “*todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios.*”⁸⁵ Cabe hacer notar que en el considerando 18 de la Directiva se aclara que dicho término comprende servicios no remunerados por sus destinatarios como “*aquellos que consisten en ofrecer información en línea o*

⁸⁵ El término es definido por la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea del 22 de junio de 1998 (modificada por la Directiva 98/48/EC).

*comunicaciones comerciales, o los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos”.*⁸⁶

2.- Al establecer disposiciones que aplican de manera general, no excluye su aplicación de alguna materia en lo particular, como el caso de las responsabilidades que se pudiesen originar por infracciones a derechos de autor (propiedad intelectual), o en materia administrativa.

3.- Distingue entre distintos tipos de intermediarios de Internet al momento de establecer el régimen de responsabilidad o protección al que estarán sujetos. En ese sentido, establece disposiciones específicas para proveedores de servicios de conexión a Internet (Art. 12), de almacenamiento tampón o caching (Art. 13) y de alojamiento de datos (Art. 14).⁸⁷

Como se puede apreciar, no se establece una disposición especial para los prestadores de servicios de “búsqueda”, “referenciación” o “enlace” a contenidos o sitios de terceros. Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) en su sentencia del 23 de marzo de 2010 determinó que el Artículo 14 de la Directiva “*aplica al prestador de un servicio de referenciación en Internet cuando no desempeñe un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos almacenados*”.⁸⁸ Asimismo, algunos Estados miembros como Austria, España y Portugal, han establecido disposiciones específicas sobre estos servicios en su legislación nacional.⁸⁹

4.- En el caso de los servicios de servicios de acceso y transmisión de datos por redes de comunicaciones, el artículo 12 establece que los proveedores no se considerarán responsables de los datos transmitidos a condición de que: no hayan originado la transmisión; no seleccionen al destinatario de la transmisión; y no seleccionen ni modifiquen los datos transmitidos. Esta protección se extiende al

⁸⁶ (18) ... Los servicios de la sociedad de la información no se limitan únicamente a servicios que dan lugar a la contratación en línea, sino también, en la medida en que representan una actividad económica, son extensivos a servicios no remunerados por sus destinatarios, como aquéllos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, o los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos. Los servicios de la sociedad de la información cubren también servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, o albergar información facilitada por el destinatario del servicio.

⁸⁷ La “Digital Millennium Copyright Act” (DMCA) de los Estados Unidos de América promulgada en 1998 establece una clasificación similar.

⁸⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 23 de marzo de 2010, Google France SARL y Google Inc. v. Louis Vuitton Malletier SA (C-236/08), Google France SARL contra Viaticum SA y Luteciel SARL (C-237/08).

⁸⁹ Lara, Juan Carlos y Vera Francisco. Responsabilidad de los prestadores de servicios de internet. ONG Derechos Digitales, Chile,

almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos, en la medida que sirva exclusivamente para realizar la transmisión. En este caso, se reconoce que a los prestadores de servicios de acceso a internet no puede atribuírseles una responsabilidad objetiva por los daños generados por la información.

5.- En el mismo sentido, el artículo 13 establece que los prestadores de servicios que realicen el almacenamiento automático, provisional y temporal de información con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de ésta a otros destinatarios del servicio, a petición de éstos (memoria tampón o caching), no serán responsables a condición de que: no modifiquen la información; y actúen con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso a ella será imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.⁹⁰

6.- Para el caso de los prestadores de servicios de alojamiento de datos proporcionados por el destinatario del servicio (usuario), los cuales abarcan una gran cantidad de servicios como hosting, plataformas de redes sociales y servicios de búsqueda o referenciación, el artículo 14 establece que éstos no serán considerados responsables sujeto a la condición de que: no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita; en el caso de una acción por daños y perjuicios, no hayan tenido conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito; actualizándose alguna de los dos supuestos señalados anteriormente, hayan actuado con prontitud para retirar los datos y hacer que el acceso a ellos sea imposible; y el destinatario del servicio no haya actuado bajo la autoridad o control del prestador de servicios, es decir, se trate efectivamente de un tercero.

“Artículo 14. Alojamiento de datos

“1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que:

⁹⁰ Adicionalmente el artículo 13 establece en sus incisos b) a d) condiciones sobre el cumplimiento de normas técnicas relativas al acceso y actualización de la información y la no interferencia en la utilización lícita de tecnología con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información.

“a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que,

“b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.”

Como se puede apreciar, un elemento clave para determinar la posible responsabilidad del intermediario ante la omisión de no haber actuado con prontitud para remover una información o contenido es el “conocimiento efectivo” de la naturaleza ilícita o dañina de la misma. Sin embargo, la Directiva no establece de manera expresa un criterio para determinar la forma o el momento en que se puede obtener el “conocimiento efectivo”, dejando abierta la posibilidad de que sean los Estados miembros los que especifiquen esto en su legislación nacional, lo que puede provocar que se establezcan criterios heterogéneos y que, en algunos casos, no protejan de manera preeminente el derecho a la libertad de expresión.

Esta falta de definición ha dado origen a una discusión que ha tenido que ser abordada en primera instancia por la legislación y los tribunales de cada país y, en segundo lugar por los tribunales europeos. No obstante que no hay resolución definitiva sobre este tema, en términos generales se puede estimar que el “conocimiento efectivo” se puede obtener por: la resolución de una autoridad competente que haya declarado la ilicitud de la información o contenido; por un aviso o comunicación de la persona afectada al prestador de servicios (en este caso, algunos autores señalan que la mera comunicación no debiera ser suficiente, sino que se tendrían que aportar elementos que permitieran inferir la ilicitud con cierto grado de razonabilidad);⁹¹ y, en casos en que la ilicitud y los daños puedan ser considerados como evidentes. En relación con este último punto, algunos autores han expresado que son muy negativas para la libertad de expresión las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2013 y 2015 al resolver el caso *Delfi vs. Estonia*, en el que se determinó que las decisiones de las cortes nacionales de Estonia de hacer responsable a un portal de noticias por los comentarios realizados por un usuario no son contrarias al marco legal Europeo, a pesar de que el portal de noticias había retirado el contenido después de recibir un aviso por parte del afectado, ya que consideró que el prestador de servicios debió de haber retirado el contenido inmediatamente después de su publicación, tomando en cuenta que

⁹¹ Rubí Puig, A. citado por Herrera de las Heras, Ramón. Responsabilidad Civil por Vulneración del Derecho al Honor en las Redes Sociales. Editorial Reus. Madrid 2017. Pág. 63.

contaba con mecanismos de moderación de contenido y los comentarios eran claramente ilícitos.⁹²

7.- Para que opere la inmunidad o excluyente de responsabilidad de los intermediarios, su actividad debe ser de naturaleza técnica, automática, neutral y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada, es decir, funcione como un mero conducto. En ese sentido, los tribunales europeos han determinado que si el prestador de servicios de alguna manera juega un papel activo o tiene algún control sobre la información, como por ejemplo al realizar algún tipo de moderación posterior de los contenidos,⁹³ optimizar la presentación de la información proporcionada por el usuario o mostrar sugerencias, por ese solo hecho pierde la protección que otorga la Directiva.⁹⁴

8.- Establece que los Estados no deberán imponer a los prestadores de servicios una obligación de supervisar o monitorear activamente sus sistemas para buscar e identificar hechos o información que pudiesen ser ilícitos:

Artículo 15. Inexistencia de obligación general de supervisión

1. Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios 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, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14.

9.- La inmunidad o protección que otorga la Directiva no es un impedimento para que los tribunales o autoridades administrativas de los Estados miembros, conforme a sus sistemas jurídicos, le puedan requerir a los prestadores de servicios que pongan fin a una infracción o la impidan, incluyendo el retiro de la información o contenido.

10.- El hecho de que no se cumplan con los requisitos para que opere la protección o inmunidad (excluyente de responsabilidad), no implica necesariamente que el prestador de servicios sea culpable, es decir, no lo hace automáticamente

⁹² Cotino Hueso, Lorenzo. Responsabilidad de Intermediarios y Prestadores de Servicios de Internet en Europa y Estados Unidos y su Importancia para la Libertad de Expresión. Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías, No. 17, enero - junio de 2017. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Pág. 14.

⁹³ Cotino Hueso, Lorenzo. p. 11.

⁹⁴ Montagnani, Maria Lilla y Trapova, Alina Yordanova. Safe harbours in deep waters: a new emerging liability regime for Internet intermediaries in the Digital Single Market. International Journal of Law and Information Technology, 2018, 26. Pág. 302.

responsable de los daños y perjuicios que se originen con motivo de la información o contenido, sino que dicha cuestión se debe acreditar posteriormente en el curso del proceso legal.

Como se puede apreciar, el sistema establecido en la Directiva de la Unión Europea, a diferencia de la legislación de los Estados Unidos de América y de Brasil, no establece una inmunidad o protección sólida en términos de libertad de expresión por lo que respecta a la responsabilidad subjetiva del intermediario derivada de su omisión de retirar una información o contenido cuando la ilicitud o naturaleza perjudicial sea clara o cuando haya recibido una queja o aviso por parte de la persona afectada.

VI. Análisis del marco jurídico en materia de responsabilidad civil extracontractual aplicable a los intermediarios de Internet en México y sus implicaciones.

México no cuenta en su legislación con disposiciones específicas en materia de “responsabilidad civil extracontractual de intermediarios de Internet”, es decir, que de manera concreta establezcan reglas sobre la atribución o exclusión de la responsabilidad civil de las personas físicas o morales que prestan servicios de conexión y a través de Internet, cuando las informaciones, expresiones y contenidos creados, generados y difundidos por terceras personas, producen un daño o un perjuicio y, derivado de esto, surge una obligación de indemnizar a la persona que los sufrió.

En tales circunstancias, es claro que cualquier controversia que se origine en este supuesto, se tendrá que resolver necesariamente con base en las disposiciones que actualmente prevén el Código Civil Federal y los códigos civiles de las Entidades Federativas en materia de responsabilidad civil objetiva, subjetiva y daño moral.

Esto plantea un panorama complejo, ya que al ser la materia civil competencia de las Entidades Federativas y los juicios del fuero común, se está ante un escenario en el que potencialmente pueden existir 32 legislaciones diferentes (aunque con elementos comunes) y cientos de criterios judiciales distintos provenientes de juzgadores locales y federales ubicados a lo largo del territorio nacional. Si bien, esto último se podría resolver con un criterio emitido por el pleno o las salas de la SCJN, el camino para llegar al mismo es prolongado y tortuoso, ya que muchas veces depende de los recursos económicos y la convicción de las partes para continuar con procesos que duran varios años.

Por otra parte, cabe hacer notar que varios participantes en el estudio hicieron hincapié en que México tiene un marco legal sólido en materia de derechos humanos y libertad de expresión, por lo que las disposiciones en materia civil no se deberían interpretar y aplicar de manera aislada de las disposiciones constitucionales y convencionales.

VI.1. Análisis de la Responsabilidad Civil Objetiva de los intermediarios de Internet en México.

La responsabilidad objetiva se encuentra regulada por el Artículo 1913 del Código Civil Federal⁹⁵ y sus correlativos de los códigos civiles de las Entidades Federativas. A diferencia de lo que sucede con la responsabilidad subjetiva, la responsabilidad objetiva se caracteriza por la ausencia de “culpa”, es decir, se origina sin que el responsable del “hecho” dañoso haya obrado de manera ilícita. Así tenemos que la responsabilidad objetiva se define como la obligación que se le impone a una persona de restituir o reparar un detrimento patrimonial originado por una conducta o un hecho previsto por la ley como objetivamente dañoso, el empleo de objetos o mecanismos en sí mismos peligrosos.⁹⁶

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha señalado que la responsabilidad objetiva se apoya en un elemento ajeno a la conducta y para que se actualice deben concurrir los siguientes elementos: 1) *el uso de sustancias, mecanismos, instrumentos o aparatos peligrosos, por sí mismos o por sus características*; 2) *la provocación de un daño*; 3) *la causalidad entre el uso y el daño referidos*; y, 4) *que no exista culpa o negligencia inexcusable de la víctima, entendida como culpa grave, debido a que el agente no puede ser responsable de la conducta ajena, cuando ésta fue la que dio lugar al daño.*⁹⁷

En ese orden de ideas, para que una autoridad judicial pudiera estar en la posibilidad de atribuir una responsabilidad objetiva a intermediarios de Internet, se tendrían que cumplir dos condiciones: 1) que considere que la actividad que desarrollan o los instrumentos y herramientas (como infraestructura física, sistemas, software, etc.), que ponen a disposición de los usuarios y que éstos utilizan para difundir informaciones y contenidos, son en sí mismos peligrosos, y 2) que existe un nexo causal directo e inmediato entre el daño causado y la actividad del Intermediario.

El análisis de la legislación y precedentes emitidos en otros países, la doctrina y las entrevistas sostenidas con informantes calificados han mostrado que existe

⁹⁵ Artículo 1913.- Cuando una persona hace uso de mecanismos, instrumentos, aparatos o sustancias peligrosas por sí mismos, por la velocidad que desarrollen, por su naturaleza explosiva o inflamable, por la energía de la corriente eléctrica que conduzcan o por otras causas análogas, está obligada a responder del daño que cause, aunque no obre ilícitamente, a no ser que demuestre que ese daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.

⁹⁶ Gutiérrez y González, Ernesto. p. 784.

⁹⁷ Tesis: 1a. CCLXXVI/2014 (10a.) emitida por la Primera Sala de la SCJN, Rubro RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA. ELEMENTOS NECESARIOS PARA SU ACTUALIZACIÓN, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, p. 166, Registro digital: 2006974

consenso en el sentido de que no se cumplen los supuestos para considerar que los intermediarios son objetivamente responsables de los daños producidos por contenidos de terceros, sino que esto, además de ser jurídicamente equivocado, sería sumamente perjudicial para el ejercicio de la libertad de expresión y de otros derechos en Internet por las siguientes razones:

1.- El uso de los mecanismos o instrumentos que se utilizan para transmitir y difundir información y contenidos (datos) no representan un riesgo en sí mismos, por lo que no se acredita el supuesto establecido en el artículo 1913 del Código Civil Federal. Al contrario, como se planteó en el Capítulo IV, el Internet se ha consolidado como un habilitador para el ejercicio de los derechos humanos y el desarrollo económico, por lo que sus efectos positivos van más allá de los posibles riesgos que se pudieran derivar de la actividad irregular de algunos usuarios.

2.- No existe un “nexo causal” entre el daño causado y la actividad del intermediario o los instrumentos o sistemas que utiliza para la prestación de servicios, toda vez que la causa directa e inmediata del daño es la información o contenido creado y difundido por un tercero independiente del intermediario (usuario).

3.- Los intermediarios no tienen capacidad de controlar la información previamente a su difusión y evitar conductas ilícitas, dañinas o nocivas de los usuarios, por lo que no se les puede responsabilizar por ellas. Esto aplica tanto para los intermediarios que proveen servicios en la capa de red,⁹⁸ que se limitan a facilitar la transmisión de datos (información) a través de las redes de telecomunicaciones de manera pasiva, como para los intermediarios que proveen de servicios en la capa de aplicación,⁹⁹ toda vez que la información se procesa a través de mecanismos automatizados y la magnitud de su volúmen hacen imposible que el intermediario tome conocimiento de la misma y ejerza un control editorial previo a su difusión, lo que se ve reforzado por la ausencia de una obligación de supervisión o monitoreo proactivo.

La imposibilidad jurídica de imputar una responsabilidad objetiva a los intermediarios de Internet por contenido generado por terceros, ha sido confirmada en precedentes judiciales en países con los que México comparte la misma tradición jurídica (familia romano-germánica) en casos que han involucrado a intermediarios de la capa de aplicación.

⁹⁸ Tales como proveedores de servicios de acceso a Internet -empresas de telecomunicaciones-, almacenamiento temporal de datos para su transmisión -caching-, relacionados con el registro de nombres de dominio, hosting, cómputo en la nube, etc.

⁹⁹ Operadores de sitios y portales Web, plataformas de redes sociales, servicios de almacenamiento a solicitud del usuario, buscadores o servicios de vinculación o referenciación, etc.

Sobresale la sentencia del 28 de octubre de 2014 de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en el caso “Rodríguez, María Belén vs. Google Inc.”, en la que resolvió que “no corresponde juzgar la eventual responsabilidad de los “motores de búsqueda” de acuerdo a las normas que establecen una responsabilidad objetiva, desinteresada de la idea de culpa” sino, por el contrario “a la luz de la responsabilidad subjetiva”, y que esta pretensión es de una llamativa “insustancialidad”, toda vez que “si a la vera de un camino se desarrolla una actividad ilícita no por eso puede sancionarse al responsable de la ruta que permite acceder al lugar, con el peregrino argumento de que hizo más fácil la llegada a aquél”. Asimismo, la Corte Argentina señaló que, atendiendo a que los “buscadores” no tienen una obligación general de monitorear o supervisar activamente los contenidos proporcionados por los responsables de cada página web, son “irresponsables por esos contenidos que no han creado”, y que la “libertad de expresión sería mellada de admitirse una responsabilidad objetiva”.

Por su parte, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia SU-420 del 12 de septiembre de 2019 (JWFC vs. Google Colombia Ltda y Google LLC; SMAC vs. YRA y otros; OJCA vs. DEM y otro; EHO vs. CCCG; y RMM vs. RGRB), señaló que “los intermediarios de Internet no son responsables por el contenido que publican sus usuarios, ya que establecer esta responsabilidad llevaría a limitar la difusión de ideas y les daría el poder para regular el flujo de información en la red, en consecuencia, la responsabilidad es de quien directamente usa las expresiones ofensivas o calumniadoras”.

En cuanto a México, el pasado 11 de agosto de 2021 la Primera Sala de la SCJN reconoció la ausencia de responsabilidad objetiva de las plataformas digitales de intermediación que de manera neutral transmiten la información creada o generada por un tercero (usuario) al resolver el amparo en revisión 1956/2020,¹⁰⁰ lo que constituye el primer precedente en el que la SCJN emite una resolución sobre la responsabilidad civil extracontractual de un intermediario de Internet.

En la sentencia la Primera Sala determina que los propietarios de las páginas electrónicas que sirven para intermediar entre ofertantes y solicitantes de empleo, no son reponsables por los actos de discriminación que lleguen a cometer los empleadores al hacer las ofertas de trabajo “cuando actúen como medios o vehículos neutros para hacer posible la conexión entre quienes ofrecen trabajo y

¹⁰⁰ Amparo en revisión derivado del juicio por responsabilidad civil entablado por el “Centro contra la Discriminación, A.C.”, en contra de “Protección Agropecuaria Compañía de Seguros, S.A.” y “Online Career Center México, S.A.P.I de C.V.”

quienes buscan obtenerlo”, es decir, como un intermediario que se le limita a difundir o transmitir la información creada por un usuario. Dos puntos adicionales de particular relevancia que son abordados en la resolución son, primero, que el hecho de que la plataforma obtenga un beneficio económico y que en sus “términos y condiciones” haya advertido a sus usuarios sobre la obligación de no discriminar, no afectan su función de medio o vehículo neutro y, por tanto, no la hace responsable,¹⁰¹ y segundo, que no le es exigible a dichas empresas el filtrar o impedir la publicación de ofertas de empleo que puedan resultar discriminatorias ya que *“puede haber casos en que la definición de ese aspecto podría ser cuestionable o dudoso, sin que le corresponda a ella tal determinación en su carácter de vehículo neutro”*.

Por último, la Primera Sala deja abierta la posibilidad de que se les pueda atribuir a las plataformas una responsabilidad subjetiva, en este caso por un hecho propio, en el supuesto de que de manera activa promovieran la realización de actos discriminatorios de sus usuarios, lo que podría suceder si asesoraran o aconsejaran la inclusión de requisitos injustificados para un puesto de trabajo o en los formularios puestos a disposición de los empleadores se incluyeran categorías claramente excluyentes.

Cabe señalar que la sentencia emitida por la Primera Sala no establece de manera expresa que la decisión se haya fundamentado en las disposiciones constitucionales y del marco interamericano sobre libertad de expresión, sin embargo uno de los informantes calificados señala que durante el análisis sí se tomaron como marco de referencia.

VI.2. Análisis de la Responsabilidad Civil Subjetiva de los Intermediarios de Internet en México.

La responsabilidad civil extracontractual subjetiva tiene una amplia tradición en nuestro sistema jurídico, la cual se remonta al derecho romano.¹⁰² Actualmente ésta se encuentra regulada en diversos artículos del Código Civil Federal y sus correlativos de los códigos de las Entidades Federativas.¹⁰³ La responsabilidad subjetiva se caracteriza por el elemento de la “culpa”, esto es por la actuación ilícita

¹⁰¹ En la sentencia no se menciona si la plataforma ejerce algún tipo de moderación de contenido, por lo que la Primera Sala no realiza una valoración de la responsabilidad del Intermediario a la luz de este supuesto.

¹⁰² Los antecedentes se remontan a las XII Tablas y la Lex Aquilia, en la que se reconocía la necesidad de indemnizar los daños basándose en un “deber de no causar daño a los demás” (*alterum non laedere*). Acedo Penco, A. p. 339.

¹⁰³ Artículos 1910, 1911, 1912, 1914 y del 1917 al 1926 del Código Civil Federal.

del autor del hecho dañoso, ya sea porque existe la intención de dañar o porque se incurre en descuido o negligencia. En ese sentido, el artículo 1910 del Código Civil Federal dispone que *“el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo”*.

Gutiérrez y González señala que en la responsabilidad subjetiva convergen, entre otros, los siguientes elementos: una acción u omisión; un detrimento patrimonial (daño y/o perjuicio); una relación de causalidad entre la acción u omisión y el detrimento patrimonial; que la acción u omisión implique un hecho propio del responsable o de una persona a su cuidado (menores, incapaces y trabajadores); y, que la acción u omisión implique la violación culpable de un deber jurídico u obligación *latu sensu*.¹⁰⁴

En el caso de los intermediarios de Internet, existen precedentes judiciales sobre todo en países o regiones que carecen de protecciones legales específicas, en las que se ha establecido la posibilidad de que se les impute una responsabilidad subjetiva¹⁰⁵ al considerarse que no actúan de manera diligente cuando omiten retirar o impedir el acceso a una información o contenido creado, generado o difundido por un tercero, cuando han tenido conocimiento de la naturaleza ilícita o dañosa del mismo.

Como lo vimos en el capítulo anterior, la forma en que aborda esta cuestión la legislación en otros países, es decir, los supuestos y condiciones para que se actualice la inmunidad o excluyente de responsabilidad del Intermediario en este supuesto, son las notas que distinguen a un régimen de otro, particularmente al modelo estadounidense del brasileño y del europeo.¹⁰⁶

En México, derivado de la ausencia de una regulación expresa que establezca cierta inmunidad o protección a los intermediarios frente a la posible responsabilidad subjetiva, se han comenzado a presentar casos en los que órganos jurisdiccionales los han considerado responsables por no retirar contenidos cuando han tenido conocimiento del mismo por el simple aviso de la persona afectada, a diferencia de lo que acontece en países con protecciones sólidas como Estados Unidos y Brasil.

Al respecto resulta crítica la tesis I.4o.C.325 C (9a.) emitida por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en la que adopta la doctrina europea (derivada de la Directiva de Comercio Electrónico de la Unión Europea) y determina

¹⁰⁴ Gutiérrez y González, Ernesto. p. 556.

¹⁰⁵ En los Estados Unidos de América se le conoce como responsabilidad secundaria.

¹⁰⁶ Véase Capítulo V.

que, para efectos de responsabilidad del intermediario, el conocimiento de la naturaleza ilícita o dañosa de la información puede obtenerse por “cualquier mecanismo o procedimiento”, incluyendo los procedimientos que el propio intermediario pone a disposición de los usuarios o el público en general o el monitoreo (medio de detección) que pudiese realizar respecto del contenido existente en su plataforma:

BURÓ DE CRÉDITO. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS SOCIEDADES DE INFORMACIÓN CREDITICIA SOBRE EL CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN QUE ALBERGAN EN SUS BASES DE DATOS, En principio, no es dable imputar a las sociedades de información crediticia responsabilidad civil objetiva o conjunta con los "usuarios" (instituciones bancarias), respecto de la falta de información veraz contenida en su base de datos, al ser su creador el responsable. Sin embargo, la interpretación del artículo 51 relacionado con el diverso 20, ambos de la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia, permite estimar que el buró de crédito está obligado a responder por los daños causados a los clientes (público en general), cuando exista culpa grave, dolo o mala fe en el manejo de la base de datos. Lo anterior converge con la doctrina española, ya que al hacer referencia a los prestadores de servicios de intermediación (en lo particular de hosting), indica que para evitar que aquéllos incurran en algún tipo de responsabilidad civil, deben cumplir con alguna de las dos condiciones siguientes: 1) No deben tener conocimiento efectivo de que la actividad o información almacenada es ilícita o que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de ser tutelados a través de la figura de responsabilidad civil. Este conocimiento efectivo que ha de probar quien pretenda una indemnización a cargo del prestador del servicio intermediario de hosting, puede obtenerse por cualquier mecanismo o procedimiento. Como ejemplo de ello, se cita el conocimiento que se hace a través de una notificación de una resolución dictada por una autoridad judicial o administrativa competente que declare la ilicitud del contenido alojado. Otro supuesto ilustrativo, es cuando se haga sabedor de la ilicitud del contenido alojado en virtud de los procedimientos puestos en marcha por el prestador, a razón de acuerdos voluntarios de los que forme parte o de cualquier medio de detección aplicado por el propio prestador e incluso previsto como cláusula contractual expresa. 2) Que el prestador del servicio, una vez que tenga conocimiento de la ilicitud de ciertos contenidos, haya actuado con diligencia procediendo a retirar los datos o informaciones o impidiendo el acceso a los mismos. Cabe hacer notar que el encargado del tratamiento de los datos puede incurrir en responsabilidad, cuando los destine a una finalidad distinta a la prevista contractualmente, estando legitimado pasivamente en la acción de responsabilidad que ejercite el perjudicado. De lo que precede se colige, que identificado el autor del contenido o de la información ilícita o dañosa, sobre éste recaerá la responsabilidad civil, de manera que el prestador del servicio de hosting sólo será responsable en el caso de que incumpla con

cualquiera de las dos exigencias referidas o bien cuando se ubique dentro del supuesto descrito con antelación.¹⁰⁷

En el mismo sentido e igualmente preocupante es la sentencia emitida el 4 de marzo de 2021 por el Juez Décimo de lo Civil en la Ciudad de México, en la que condenó a Google por daño moral derivado de informaciones y contenidos creados y publicados por un tercero en la plataforma “*Blogger*”. En este caso, un abogado, Ulrich Richter Morales, le solicitó a la empresa estadounidense la eliminación de un blog por considerar que la información y contenido del mismo es difamatorio, suplanta su identidad y comparte información falsa.¹⁰⁸ La demanda presentada en octubre de 2015 en contra de Google se basa en haber omitido la eliminación del blog, por lo que es un claro ejemplo de la forma en que se puede utilizar la responsabilidad civil como un instrumento para limitar o restringir el libre flujo de información afectando el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Como se mencionó anteriormente, este tipo de criterios que atribuyen una responsabilidad subjetiva a los intermediarios de Internet, generan mecanismos de censura privada o colateral, toda vez que ante el riesgo de ser considerados responsables por los daños ocasionados por la información, éstos tienden a remover de manera automática cualquier información o contenido sin realizar una valoración de las afirmaciones, circunstancias y derechos en juego, particularmente el derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información, permitiendo o dando vía para que particulares, autoridades y personajes públicos estén en capacidad de eliminar contenidos con los que simplemente no están de acuerdo o les son incómodos.

VI.3. Consideraciones particulares sobre la Responsabilidad Civil por Daño Moral.

La responsabilidad por daño moral ha cobrado relevancia en los últimos 40 años gracias a dos reformas al Código Civil Federal,¹⁰⁹ la primera publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 31 de diciembre de 1982 y, la segunda, el 13 de abril de 2007.

¹⁰⁷ Tesis: I.4o.C.325 C (9a.), Tribunales Colegiados de Circuito, Rubro BURÓ DE CRÉDITO. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS SOCIEDADES DE INFORMACIÓN CREDITICIA SOBRE EL CONTENIDO DE LA INFORMACIÓN QUE ALBERGAN EN SUS BASES DE DATOS, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5, p. 4304, registro digital: 160450

¹⁰⁸ <http://ulrichrichtermorales.blogspot.mx>

¹⁰⁹ Originalmente Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal, el cual cambió su denominación a Código Civil Federal por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000.

Antes de la reforma de 1982 la denominada “reparación moral” se encontraba supeditada a la responsabilidad civil por hecho ilícito (subjetiva) y no podía exceder de una tercera parte del monto establecido como reparación por el daño material (patrimonial). La reforma de 1982 transformó radicalmente esto, reconoció los derechos de la personalidad, dotó al daño moral de autonomía respecto del daño patrimonial, no la limitó a la responsabilidad subjetiva por hecho ilícito, sino que la extendió a la responsabilidad objetiva, la hizo extensiva a la responsabilidad contractual y eliminó el tope de la indemnización, estableciendo que su cuantificación quedará a la determinación del juez tomando en cuenta diversas circunstancias. Asimismo, con la reforma se agregó un nuevo artículo 1916 Bis en el que se estableció que no estará obligado a la reparación del daño moral quien ejerza sus derechos de opinión, crítica, expresión e información, en los términos y con las limitaciones establecidos en los artículos 6o y 7o de la Constitución.¹¹⁰

Por su parte, la reforma de 2007 eliminó del Código Penal los delitos contra el honor (difamación y calumnia) y estableció en el artículo 1916 nuevas conductas “ilícitas civiles susceptibles de ser calificadas como causantes de daño moral”:¹¹¹ Además, adicionó un segundo párrafo al artículo 1916 estableciendo que no se considerarán ofensas al honor las opiniones desfavorables de la crítica literaria, artística, histórica, científica o profesional, así como las opiniones desfavorables realizadas en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho cuando el modo de proceder o la falta de reserva no tenga un propósito ofensivo.

Los ilícitos civiles sujetos a la reparación del daño moral introducidos por la reforma de 2007 son los siguientes:

I. El que comunique a una o más personas la imputación que se hace a otra persona física o moral, de un hecho cierto o falso, determinado o indeterminado, que pueda causarle deshonra, descrédito, perjuicio, o exponerlo al desprecio de alguien;

II. El que impute a otro un hecho determinado y calificado como delito por la ley, si este hecho es falso, o es inocente la persona a quien se imputa;

III. El que presente denuncias o querrelas calumniosas, entendiéndose por tales aquellas en que su autor imputa un delito a persona determinada, sabiendo que ésta es inocente o que aquél no se ha cometido, y

¹¹⁰ Esquivel Zubiri, Jorge Luis. La Responsabilidad por Daño Moral (Evolución Legislativa y Jurisprudencial en México). Editor Jorge Luis Esquivel Zubiri. Primera Edición, Ciudad de México. Pág. 8.

¹¹¹ Esquivel Zubiri, p. 16.

IV. Al que ofenda el honor, ataque la vida privada o la imagen propia de una persona.”

Consecuentemente, para que se acredite la existencia del daño moral en términos de las disposiciones incorporadas por las reformas mencionadas, se requiere de: a) *la existencia de un hecho o conducta ilícita provocada por una persona denominada autora; b) que ese hecho o conducta ilícita produzca afectación a una determinada persona, en cualquiera de los bienes que a título ejemplificativo tutela el artículo 1916 del Código Civil (sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás); y, c) que haya una relación de causalidad entre el hecho antijurídico y el daño.*¹¹²

El nuevo régimen sobre responsabilidad por daño moral ha establecido condiciones para un activismo judicial en esta materia, motivado principalmente por la eliminación del límite de la indemnización que existía antes de la reforma de 1982 y la adopción de figuras importadas de los Estados Unidos de América, particularmente los denominados “daños punitivos”, que buscan tener un efecto disuasivo de las conductas dañosas¹¹³ y pueden conducir a la determinación de cuantiosas sumas de dinero por concepto de reparación del daño.

Asimismo, nuestros Tribunales han adoptado el criterio de “malicia efectiva” o “real malicia” (“*actual malice*”) desarrollado en primera instancia por la Corte Suprema de los Estados Unidos y posteriormente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Conforme a este criterio, se establece un “sistema dual de protección”, conforme al cual se considera que los límites de la crítica son más amplios cuando se refiere a una persona que, por dedicarse a actividades públicas o por el rol que desempeñan en una sociedad democrática, están expuestas a un control más riguroso de sus actividades y manifestaciones que aquellos particulares sin proyección pública alguna,” lo que se traduce en que la imposición de sanciones civiles (responsabilidades ulteriores) derivadas de la emisión de opiniones, ideas o

¹¹² Jurisprudencia I.3o.C. J/56, emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Rubro DAÑO MORAL. PRESUPUESTOS NECESARIOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN RELATIVA (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIX, Marzo de 2009, p. 2608. Registro digital: 167736.

¹¹³ Tesis: 1a. CCLXXII/2014 (10a.), emitida por la Primera Sala de la SCJN, Rubro DAÑOS PUNITIVOS. CONCEPTUALIZACIÓN DE SUS FINES Y OBJETIVOS, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 8, Julio de 2014, Tomo I, p. 142. Registro digital: 2006958.

juicios, corresponde exclusivamente a aquellos casos en que existe "información falsa" o haya sido producida con la única intención de dañar.¹¹⁴

Asimismo, la Primera Sala de SCJN ha determinado que, conforme al estándar de "malicia efectiva", no sólo se requiere demostrar que la información difundida es falsa sino, además, que se publicó a sabiendas de su falsedad, o con total despreocupación sobre si era o no falsa, pues ello revelaría que se publicó con la intención de dañar. Al respecto, la Primera Sala señala que la mera negligencia o descuido no es suficiente para que se actualice la "malicia efectiva", sino que se requiere de una negligencia inexcusable o "temeraria despreocupación", lo que presupone la existencia de elementos objetivos que permiten acreditar que el autor, si bien no tenía conocimiento directo sobre la inexactitud de los datos aportados, era consciente de esa inexactitud por las circunstancias de hecho del caso concreto y, además, disponía de los recursos que le permitían verificar, de manera inmediata y sin mayor esfuerzo, aquella inexactitud.¹¹⁵

Respecto de la responsabilidad civil por daño moral de intermediarios de información, cabe mencionar que los precedentes que ha emitido la SCJN (con excepción del amparo en revisión 1956/2020 analizado en el apartado VI.1 "*Análisis de la Responsabilidad Civil Objetiva de los Intermediarios de Internet*"), se han limitado a casos de medios impresos, es decir, no se encontraron antecedentes de asuntos que involucren medios masivos de comunicación como la radio y la televisión o las telecomunicaciones (telégrafo, teléfono, etc.) en los que se haga una apreciación de su responsabilidad en la difusión de informaciones creadas o generadas por terceros.

Resulta relevante mencionar la tesis aislada 1a. CLXXII/2012 (10a.) en la que la Primera Sala de la SCJN se pronuncia por eximir de responsabilidad a las personas físicas y morales que se dedican a la venta, difusión y distribución de medios impresos, por considerar que se encuentran en una imposibilidad material de revisar el contenido de las obras y cerciorarse de que no se utilicen expresiones que puedan llegar a ser injuriosas o maliciosas ni verificar que lo publicado sea cierto, toda vez

¹¹⁴ *Jurisprudencia 1a./J. 38/2013 (10a.), emitida por la Primera Sala de la SCJN, Rubro LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES A LA LUZ DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DUAL Y DEL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1, p. 538. Registro digital: 2003303.*

¹¹⁵ *Jurisprudencia 1a./J. 80/2019 (10a.), emitida por la Primera Sala de la SCJN, Rubro LIBERTAD DE EXPRESIÓN. EL ESTÁNDAR DE MALICIA EFECTIVA REQUIERE NO SÓLO QUE LA INFORMACIÓN DIFUNDIDA HAYA SIDO FALSA, SINO QUE SE HAYA DIFUNDIDO A SABIENDAS DE SU FALSEDAD O CON LA INTENCIÓN DE DAÑAR (INTERPRETACIÓN DE ESTE ÚLTIMO ESTÁNDAR), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 71, Octubre de 2019, Tomo I, p. 874. Registro digital: 2020798.*

que concluir lo contrario conduciría al establecimiento de un mecanismo de censura previa o indirecta delegado a los particulares.¹¹⁶ Como se puede apreciar, este razonamiento encuentra similitudes con lo establecido por la Corte Suprema Americana en el caso “*Smith vs. California*”, respecto a la inexistencia de responsabilidad de distribuidores de información, sin embargo no llega a pronunciarse respecto de las consecuencias en el supuesto de que dichos sujetos hayan tenido conocimiento del contenido del material.

Por otra parte, la tesis le impone el cumplimiento de un “deber de cuidado” a las casas editoriales para no ser consideradas responsables del material, consistente en la identificación y conservación de los datos de identificación de los autores de las notas y que la publicación haya respetado el contenido en los términos presentados por sus autores, es decir, sin modificaciones de fondo:

DAÑO MORAL. SUPUESTO EN EL QUE PUEDEN SER RESPONSABLES LAS PERSONAS QUE SE DEDIQUEN A LA EDICIÓN, VENTA, DIFUSIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE MEDIOS IMPRESOS. Las casas editoriales, así como quienes se dediquen a la venta, difusión y distribución de medios impresos -ya sea que se trate de personas morales o de personas físicas-, se encuentran en una imposibilidad material para revisar, validar o cerciorarse de que el contenido de una obra, artículo, columna o reportaje se abstenga de utilizar expresiones que puedan llegar a ser consideradas injuriosas, maliciosas o insultantes respecto de alguna persona, ni para verificar que lo publicado en ellas sea veraz. De ahí que sostener la posibilidad de que tales personas sean declaradas judicialmente responsables por el eventual daño moral que se hubiese causado por las notas contenidas en ellas, equivaldría a imponerles la carga de revisar y seleccionar contenidos y decidir qué notas pueden o no publicar, lo que a su vez se traduciría en el establecimiento de un mecanismo de censura previa o indirecta delegado a los particulares. Lo hasta aquí expuesto no soslaya que esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que un periódico puede llegar a ser responsable frente a terceros, por las posibles afectaciones que les causen las informaciones u opiniones que aparecen en ellos en el formato específico de las inserciones pagadas por particulares. Este supuesto, por analogía, puede comprender también el de las notas periodísticas que se publiquen en un medio de comunicación. Así, las personas que se dediquen a la edición de estilo y que publiquen las notas periodísticas trasladan la responsabilidad a los autores de las mismas, siempre y cuando: (i) identifiquen y conserven los datos de identificación de los autores de las notas; y (ii) publiquen y distribuyan los artículos respetando su contenido en los

¹¹⁶ Tesis 1a. CLXXII/2012 (10a.), emitida por la Primera Sala de la SCJN, Rubro DAÑO MORAL. SUPUESTO EN EL QUE PUEDEN SER RESPONSABLES LAS PERSONAS QUE SE DEDIQUEN A LA EDICIÓN, VENTA, DIFUSIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE MEDIOS IMPRESOS, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, p. 480. Registro digital: 2001286.

términos presentados por sus autores, sin que dicha traslación de responsabilidad se vea impedida por la labor editorial, que comprende correcciones ortográficas, sintácticas, de estilo o de diseño que no deben entenderse como aportaciones de fondo. Si el medio de comunicación cumple con este deber de cuidado -que de ninguna manera implica una censura previa-, se dejan a salvo los derechos de las personas que pudieren ver afectado su patrimonio moral por el contenido de las notas publicadas para hacerlos valer en contra de los verdaderos responsables de las mismas, es decir, los autores.

Adicionalmente a los criterios establecidos por la Primera Sala, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito ha determinado que las empresas editoriales son conjuntamente responsables con los autores por el contenido, basándose en el “control editorial” que ejercen sobre el material. De esta forma, las empresas editoriales son consideradas igualmente responsables del contenido cuando: a) existe un acuerdo de voluntades, expreso o tácito, entre la empresa editorial y el autor, que le permite realizar un análisis previo del contenido con la finalidad de determinar si decide o no publicarla; b) intencionalmente busca dañar o afectar; c) existe culpa inexcusable al presentar información notoriamente falsa; d) cuando es dueña o titular de los derechos de publicación, de manera que, pueda reimprimir o autorizar a otros la reproducción del contenido, ya declarado ilícito, en otros medios de difusión:¹¹⁷

DAÑO MORAL. RESPONSABILIDAD DE EMPRESAS EDITORIALES, POR AFECTACIÓN A LA VIDA PRIVADA, AL HONOR Y A LA PROPIA IMAGEN. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada 1a. CLXXII/2012 (10a.), estableció como regla general la ausencia de imputación objetiva de responsabilidad para estas empresas; sin embargo, reconoció la existencia de excepciones concretas, lo que abre la posibilidad de contribuir a la determinación de otros casos, que lejos de reñir o contraponerse con esos lineamientos, los complementen. Ciertamente, es innegable la existencia de supuestos de los que se evidencia claramente la corresponsabilidad de los órganos directivos o de las empresas editoriales, conjuntamente con los autores, que afectan el honor, la vida privada de las personas, la propia imagen, etcétera, con el material reproducido en sus medios de comunicación, como son los siguientes: 1. Existencia de un acuerdo de voluntades, expreso o tácito, entre la empresa editorial y el autor, en el que la primera se haya reservado su derecho de revisar previamente el contenido aportado por el segundo, como requisito establecido en el contrato de edición literaria, con base en las disposiciones de la Ley Federal del Derecho de

¹¹⁷ Tesis I.4o.C.71 C (10a.), emitida por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Rubro DAÑO MORAL. RESPONSABILIDAD DE EMPRESAS EDITORIALES, POR AFECTACIÓN A LA VIDA PRIVADA, AL HONOR Y A LA PROPIA IMAGEN, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 65, Abril de 2019, Tomo III, p. 2005. Registro digital: 2019713.

Autor. Esta situación implica que la editorial realiza un análisis previo del contenido de la información, con la finalidad de determinar si decide o no publicarla. Ese análisis no se traduce en una previa censura, ni se les impone la obligación de revisar y seleccionar contenidos y decidir qué notas pueden o no publicar, porque esa actividad se lleva a cabo en cumplimiento a los derechos y obligaciones contractuales. 2. Cuando la empresa editorial intencionalmente busca dañar o afectar, acorde a lo dispuesto por el artículo 2106 del Código Civil Federal y sus correlativos de las entidades de la República, así como diversos principios de los actos jurídicos propios, relativos a que nadie puede beneficiarse de su propio dolo. Para evitar legitimar el abuso del derecho, debe recurrirse al análisis de su organización normativa y funcional, vista externamente o mediante el corrimiento del velo corporativo, cuando ello sea estrictamente necesario, con base en los hechos y las pruebas aportadas por el afectado, que pueden complementarse con las recabadas oficiosamente por el juzgador, cuando así proceda. 3. Culpa inexcusable de la empresa editorial, presente en los casos de información notoriamente falsa; la que carece claramente de fuentes comprobables, a pesar de haberse manejado como "investigación"; la que se aparta de las reglas de la lógica, del sentido común, o la que parte de premisas clara, evidente y rotundamente indemostrables, que fácilmente se adviertan por cualquier persona, como sucede, verbigracia, cuando se derivan de revelaciones de videntes o seres divinos. En este supuesto, para determinar la responsabilidad, es imprescindible que el demandante contribuya aportando los hechos claros, precisos y concisos desde su demanda y cumpla su carga probatoria. 4. Cuando es dueña o titular de los derechos de publicación, de manera que, en términos del artículo 47 de la Ley Federal del Derecho de Autor, pueda reimprimir o autorizar a otros la reproducción del contenido, ya declarado ilícito, en otros medios de difusión. En este caso, la editorial podría pretender ejercer sus derechos contractuales, y así poner en tela de juicio los derechos del afectado para defenderse, porque ya no podría demandarse de nueva cuenta al autor, en virtud de que la reimpresión o nueva publicación no le serán atribuibles. La situación se agrava cuando la información permanece en Internet por tiempo indefinido, pues si no se vincula a la editorial, se pondría en duda su obligación consecuencial de eliminar los registros digitales y dejarla al alcance de cualquier cibernauta, por lo que el acto ilícito seguiría produciendo efectos y consecuencias en el patrimonio moral del afectado. 5. Por discriminación e inequidad en el cumplimiento de la condena. En efecto, estas empresas, acorde a lo establecido por el artículo 75, fracción IX, del Código de Comercio, desempeñan una actividad lucrativa, por lo cual existe la presunción legal de que obtuvieron ganancias con la publicación de la información ilícita. La mercantilidad de sus actos implica que si solamente se condena al autor, en términos del artículo 39 de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, ahora Ciudad de México, se propiciaría: a) discriminar subjetivamente al autor frente a la editorial, porque a pesar de que ambos lucraron con el mismo acto ilícito, solamente el primero tendrá que soportar la condena, en contravención al artículo 1o. constitucional; y b) enriquecer

ilícitamente a la editorial, al lucrar con la publicación de la sentencia condenatoria a costa del autor, ganancia que puede ser mucho mayor acorde al espacio necesario para difundir la resolución condenatoria. 6. El enfoque de la información, por el formato o estilo del diseño gráfico.

VI.4. Compromisos asumidos por el Estado Mexicano en materia de Responsabilidad Civil de Intermediarios de Internet en el T-MEC.

El Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC) fue negociado a instancia del gobierno estadounidense con el propósito de sustituir al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), en vigor desde el 1º de enero de 1994. Después de poco más de un año de negociaciones, los tres países firmaron el T-MEC el 30 de noviembre de 2018 en la Ciudad de Buenos Aires, Argentina, en el marco de la Cumbre de Líderes del G20, siendo aprobado por la Cámara de Senadores el 19 de julio de 2019. Sin embargo, las negociaciones continuaron a instancia del Gobierno de los Estados Unidos de América, lo que desembocó en la firma de un Protocolo Modificadorio el 10 de diciembre de 2019, el cual fue aprobado por el Senado de México dos días después, esto es el 12 de diciembre.

Por su parte, tanto el Tratado como el Protocolo Modificadorio fueron aprobados por el Senado de los Estados Unidos el 15 de enero de 2020 y por el Parlamento Canadiense el 13 de marzo de 2020. El Tratado se publicó en el *Diario Oficial* de la Federación el 29 de junio de 2020 y entró en vigor para los tres países el 1o de julio del mismo año.

Durante la negociación del T-MEC se incluyeron capítulos y disposiciones que no formaban parte del TLCAN, pero que retomaban discusiones previas que se dieron en el marco de la negociación del Tratado de Asociación Transpacífico (TTP), en el cual participaron los tres países. Uno de los capítulos novedosos fue el 19 en materia de Comercio Digital, el cual contiene disposiciones sobre trato no discriminatorio a productos digitales (Art. 19.4), comercio y firmas electrónicas (Arts. 19.5 y 19.6), protección al consumidor (Art. 19.7), protección de datos personales (Art. 19.8), acceso y uso de Internet para el Comercio Digital (Art. 19.10), flujo transfronterizo de datos (Art. 19.11), no localización forzada de instalaciones informáticas (Art. 19.12), ciberseguridad (Art. 19.15) y datos abiertos gubernamentales (Art. 19.18), entre otras.

Una de las disposiciones que no tiene antecedente en algún otro tratado en materia comercial es el artículo 19.17 sobre responsabilidad de intermediarios de Internet,

denominados para efectos del tratado como “servicios informáticos interactivos”. Cabe mencionar que los Estados Unidos ya habían incorporado disposiciones sobre responsabilidad de intermediarios en otros tratados pero sólo para el caso de infracciones en materia de derechos de autor.

El T-MEC reproduce la división que hace la legislación americana en materia de responsabilidad de intermediarios de Internet, la relacionada con infracciones en materia de derechos de autor se regula por los artículos 20.88 y 20.89, siguiendo el modelo de la DMCA, y la aplicable a todos los demás casos por el artículo 19.17, siguiendo el modelo de la Sección 230 de la CDA.

El artículo 19.17, particularmente los párrafos 2 y 3, retoman en lo sustancial la redacción de la Sección 230 de la CDA. Sin embargo, el texto del párrafo 2 es más preciso al establecer, de manera expresa, que la protección que se debe otorgar al intermediario es respecto de la información “almacenada, procesada, transmitida, distribuida o puesta a disposición” a través de su servicio y respecto de los daños que ésta pudiera ocasionar, es decir, la enmarca en el ámbito de la responsabilidad civil. Asimismo, este párrafo hace explícito que la inmunidad no aplica cuando el intermediario haya contribuido con la creación o desarrollo de la información (retomando la definición de “proveedor de contenido de información” y la interpretación que han realizado las cortes norteamericanas):

Sección 230 de la CDA	Artículo 19.17
(1) Tratamiento de editor o vocero Ningún proveedor o usuario de un servicio informático interactivo deberá ser tratado como el editor o vocero de cualquier información proporcionada por otro proveedor de contenido de información.	2. Para ello, salvo lo dispuesto en el párrafo 4, ninguna Parte adoptará o mantendrá medidas que traten a un proveedor o usuario de un servicio informático interactivo como proveedor de contenido de información para determinar la responsabilidad por daños relacionados con la información almacenada, procesada, transmitida, distribuida o puesta a disposición por el servicio, excepto en la medida en que el proveedor o usuario, en su totalidad o en parte, haya creado o desarrollado la información.

Por otra parte, el párrafo 3 incorpora la llamada “Cláusula del Buen Samaritano”, conforme a la cual el intermediario tiene la posibilidad de retirar o restringir el acceso a información o contenidos que de manera unilateral considere perjudiciales u objetables:

Sección 230 de la CDA	Artículo 19.17
<p>(2) Civil liability</p> <p>No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of—</p> <p>(A) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected; or</p> <p>(B) any action taken to enable or make available to information content providers or others the technical means to restrict access to material described in paragraph (1).</p>	<p>3. Ninguna Parte impondrá responsabilidad a un proveedor o usuario de un servicio informático interactivo a causa de:</p> <p>(a) cualquier acción voluntariamente adoptada de buena fe por el proveedor o usuario para restringir su acceso a o la disponibilidad del material que es accesible o está disponible mediante el suministro o uso de los servicios informáticos interactivos y que el proveedor o usuario considere perjudicial u objetable; o</p> <p>(b) cualquier medida adoptada para habilitar o poner a disposición los medios técnicos que permitan a un proveedor de contenidos de información u otras personas restringir el acceso a material que considere perjudicial u objetable.</p>

Posiblemente, la diferencia más importante entre ambos ordenamientos es la definición de “servicio informático interactivo”. En tanto que la definición proporcionada por la Sección 230 de manera expresa incluye a los proveedores de servicios de acceso a Internet (y otros servicios proporcionados por bibliotecas e instituciones educativas), el artículo 19.1 del T-MEC únicamente se limita a señalar que se trata de sistemas o servicios que proporcionan o habilitan el acceso electrónico de múltiples usuarios a un servidor informático:

Sección 230 de la CDA	Artículo 19.17
<p>(2) Interactive computer service</p> <p>The term “interactive computer service” means any information service, system, or access software provider that provides or enables computer access by multiple users to a computer server, including specifically a service or system that provides access to the Internet and such systems operated or services offered by libraries or educational institutions.</p>	<p>servicio informático interactivo significa un sistema o servicio que proporciona o habilita el acceso electrónico de múltiples usuarios a un servidor informático.</p>

Adicionalmente, el párrafo 4 del artículo 19.17, de la misma forma que lo hace la Sección 230 de la CDA establece que las disposiciones del mismo no deberán aplicarse a cualquier medida del país relacionada con la propiedad intelectual o interpretarse para: aumentar o disminuir la capacidad de proteger o hacer cumplir un derecho de propiedad intelectual; impedir la aplicación de cualquier ley penal o impedir el cumplimiento de una orden legal específica.

Por su parte, el Anexo 19-A del T-MEC establece que el Artículo 19.17 se aplicará a México pasados tres años a partir de la entrada en vigor del tratado (lo que ocurrirá el 1o de julio de 2023), y establece diversos criterios sobre la conformidad de la legislación nacional con dicho artículo, particularmente los siguientes:

- Señala que las países firmante consideran que los artículos 145 y 146 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión de México¹¹⁸ no son incompatibles con el artículo 19.17, y establece una presunción en este sentido en relación con cualquier controversia derivada de las disposiciones que emita la autoridad en esta materia. Cabe recordar que dichos artículos establecen el principio de neutralidad de la red como un derecho de los consumidores de servicios de acceso a Internet y facultan al Instituto Federal

¹¹⁸ Artículo 145. Los concesionarios y autorizados que presten el servicio de acceso a Internet deberán sujetarse a los lineamientos de carácter general que al efecto expida el Instituto conforme a lo siguiente:

I. Libre elección. Los usuarios de los servicios de acceso a Internet podrán acceder a cualquier contenido, aplicación o servicio ofrecido por los concesionarios o por los autorizados a comercializar, dentro del marco legal aplicable, sin limitar, degradar, restringir o discriminar el acceso a los mismos. No podrán limitar el derecho de los usuarios del servicio de acceso a Internet a incorporar o utilizar cualquier clase de instrumentos, dispositivos o aparatos que se conecten a su red, siempre y cuando éstos se encuentren homologados;

II. No discriminación. Los concesionarios y los autorizados a comercializar que presten el servicio de acceso a Internet se abstendrán de obstruir, interferir, inspeccionar, filtrar o discriminar contenidos, aplicaciones o servicio;

III. Privacidad. Deberán preservar la privacidad de los usuarios y la seguridad de la red;

IV. Transparencia e información. Deberán publicar en su página de Internet la información relativa a las características del servicio ofrecido, incluyendo las políticas de gestión de tráfico y administración de red autorizada por el Instituto, velocidad, calidad, la naturaleza y garantía del servicio;

V. Gestión de tráfico. Los concesionarios y autorizados podrán tomar las medidas o acciones necesarias para la gestión de tráfico y administración de red conforme a las políticas autorizadas por el Instituto, a fin de garantizar la calidad o la velocidad de servicio contratada por el usuario, siempre que ello no constituya una práctica contraria a la sana competencia y libre concurrencia;

VI. Calidad. Deberán preservar los niveles mínimos de calidad que al efecto se establezcan en los lineamientos respectivos, y

VII. Desarrollo sostenido de la infraestructura. En los lineamientos respectivos el Instituto deberá fomentar el crecimiento sostenido de la infraestructura de telecomunicaciones.

Artículo 146. Los concesionarios y los autorizados deberán prestar el servicio de acceso a Internet respetando la capacidad, velocidad y calidad contratada por el usuario, con independencia del contenido, origen, destino, terminal o aplicación, así como de los servicios que se provean a través de Internet, en cumplimiento de lo señalado en el artículo anterior.

de Telecomunicaciones para emitir lineamientos de carácter general en esta materia.

Es importante señalar que la fracción II del artículo 145 establece que los proveedores del servicio de acceso a Internet se “*abstendrán de obstruir, interferir, inspeccionar, filtrar o discriminar contenidos, aplicaciones o servicio*”, lo que refuerza su carácter de transmisores neutrales de información y, consecuentemente, su ausencia de responsabilidad objetiva.

- Establece que las medidas que adopten los países para combatir los delitos de trata de personas, explotación sexual de niños y la prostitución en línea, incluyendo las disposiciones de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de Estos Delitos, son medidas necesarias para proteger la moral pública, por lo que pueden ser impuestas por los países de manera legítima sin contravenir el tratado, siempre que no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable o una restricción encubierta al comercio.
- Se señala que las demás partes (Estados Unidos y Canadá) entienden que México cumplirá con las obligaciones del Artículo 19.17.3, de una manera que sea tanto efectiva como consistente con los Artículos 6 y 7 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por otra parte, cabe mencionar que el párrafo 2 contiene una nota de pie de página que dispone que las Partes podrán cumplir con el artículo 19.17 a través de sus leyes, regulaciones o la aplicación de las doctrinas existentes, tal y como se aplica mediante decisiones judiciales. Esto es relevante sobre todo para el caso de los Estados Unidos y Canadá, cuyos sistemas jurídicos al formar parte de la tradición jurídica del “*common law*” le dan un papel preponderante a los precedentes judiciales como una fuente creadora de derecho, a diferencia del sistema mexicano en el que las decisiones judiciales tienen un papel más limitado.

Asimismo es importante señalar que el país que ha desarrollado una doctrina sólida a partir de precedentes judiciales en materia de responsabilidad de Intermediarios de Internet es Estados Unidos. Como se analizó en el Capítulo V, a partir de la promulgación de la Sección 230 de la CDA en 1996, las cortes norteamericanas han consolidado la protección de los intermediarios a la luz del derecho a la libertad de expresión. Este es el caso de la responsabilidad subjetiva (secundaria), en la que fue la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito al resolver el caso “*Zeran v. America Online*”, la que estableció la regla de que la protección de la Sección 230 de la CDA

aplica para el caso de que el intermediario omitió retirar o eliminar contenido al momento de recibir un aviso o notificación por parte de una persona.

En estas condiciones, aunque no se señala de manera expresa, es razonable considerar que Estados Unidos tiene una expectativa de que en el momento en que Canadá y México instrumenten las disposiciones del artículo 19.17 del T-MEC otorgarán un nivel de protección similar o equiparable a la que provee la Sección 230 de la CDA.

VIII. Conclusiones y Recomendaciones

De la misma forma que el Tratado de Libre Comercio tuvo un impacto en el sistema jurídico mexicano hace 30 años, el artículo 19.17 T-MEC representa una oportunidad para generar un debate en un área de la legislación que ha permanecido desatendida en nuestro país. Como lo hemos visto a lo largo del presente estudio, el tema de la responsabilidad de intermediarios de Internet trasciende el ámbito meramente jurídico ya que tiene impactos sociales, en términos del ejercicio de derechos fundamentales y el desarrollo de una opinión pública informada y democrática, y económicos, al establecer condiciones para el desarrollo de la economía digital.

Este debate no debe de perder de vista una serie de consideraciones que deben de tenerse en cuenta al momento de decidir sobre la adopción de un modelo de regulación en particular, dentro de las que cabe mencionar las siguientes:

1.- La naturaleza abierta, interoperable y descentralizada de la Internet ha facilitado el libre flujo de información y lo ha convertido en un habilitador de derechos fundamentales como lo son a la libertad de expresión y acceso a la información, de asociación, a la educación, a participar en la vida cultural, a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, y de participación política. En ese sentido, la adopción de una regulación que afecte la naturaleza de la Internet, también puede afectar negativamente el ejercicio de dichos derechos en línea.

2.- En última instancia, el Internet es sólo un instrumento para dar cauce a la conducta humana, por lo que se puede utilizar tanto para fines loables y que aportan para el desarrollo de los individuos y de la sociedad, como para fines deleznable. Cada vez se hace más notorio que Internet se puede usar como un vehículo para cometer una serie de conductas que pueden ser ilícitas o encaminadas a lesionar los derechos e intereses de otras personas.

Esta actividad irregular se puede encuadrar en tres supuestos básicos:

- La realización de conductas o difusión de informaciones y contenidos que pueden ser ilícitos por sí mismos (como es el caso de la pornografía infantil).
- La difusión de informaciones y contenidos que le puedan ocasionar un daño patrimonial (daño o perjuicio) o moral a una persona en lo particular (difamación y afectaciones a la honra, la propia imagen, o la difusión de bienes amparados por derechos de propiedad intelectual).

- La difusión de informaciones y contenidos que no son ilegales, no le causan un daño o un perjuicio a una persona en lo particular, pueden estar amparados por el derecho a la libertad de expresión, pero que algunos sectores de la sociedad o personas pudieran considerar inapropiados u objetables (tal es el caso de contenidos de naturaleza sexual que no involucra menores de edad, la difusión de cierto tipo de contenidos políticos o religiosos o de información que no es precisa o cierta).

Los dos primeros supuestos pueden ser objeto de una restricción a la libertad de expresión de conformidad con lo establecido en el marco interamericano de derechos humanos, esto es, privilegiando la imposición de responsabilidades ulteriores en lugar de la censura previa y cumpliendo con el test tripartito.

Sin embargo, un aspecto que es determinante es el hecho de que es sumamente difícil determinar *a priori* que una información o contenido es en sí mismo ilícito, es decir, que su “ilegalidad” es objetiva, evidente e incontrovertible. Salvo la pornografía de menores de edad, existen muy pocos casos que pueden caer en este supuesto. En la mayoría de los casos, la “ilicitud” o la determinación de que una información o contenido no está protegida por el derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información depende del contexto en que se presenta, de hechos o circunstancias que no son evidentes o son producto de una apreciación subjetiva.

3.- Las controversias que se originan con motivo de la difusión de informaciones y contenidos entrañan una tensión o pugna entre diversos derechos. Por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión y de acceso a la información vs. los derechos de la personalidad de un individuo concreto (derecho al honor, la reputación, a la imagen personal, etc.). Es importante que la decisión sobre la preponderancia de un derecho humano sobre otro no se deje al arbitrio de las partes involucradas, incluyendo a los intermediarios de Internet, sino que sea tomada preferentemente por una autoridad judicial, que de manera independiente e imparcial realice la ponderación de los derechos en juego.

4.- Un marco legal que permita o favorezca la atribución de responsabilidades a los intermediarios de Internet tiene un efecto disuasorio en el ejercicio de la libertad de expresión (“*chilling effect*”). Esto debido a que, en la medida en que los intermediarios de Internet están expuestos al riesgo de enfrentar litigios en los que pueden ser considerados responsables por informaciones y contenidos generados por terceros, se crean incentivos para que limiten el libre flujo de información y establezcan mecanismos para impedir la difusión o, en su caso, remover preventivamente cualquier información o contenido que potencialmente pudiese dar

origen a una reclamación por daños y perjuicios. Esto, aunado al uso de sistemas automatizados de monitoreo proactivo de contenidos, puede conducir a un estado en que los intermediarios remuevan o eliminen contenidos incluso ante la inexistencia de un aviso, queja o notificación por parte de alguna persona que pudiese considerarse afectada.

En ese sentido, el régimen legal estará favoreciendo el establecimiento de un mecanismo de censura privada o colateral ya que, al recibir un aviso, queja o notificación de una persona supuestamente afectada, los intermediarios tienden a remover de manera automática cualquier información o contenido sin realizar una valoración o ponderación de las afirmaciones, circunstancias y derechos en juego para eliminar cualquier riesgo de ser considerados responsables, dando vía para que particulares, autoridades y personajes públicos estén en capacidad de eliminar contenidos con los que simplemente no están de acuerdo o les son incómodos.

5.- El régimen de responsabilidad civil al que están sujetos los intermediarios de Internet puede tener un impacto en las condiciones para el surgimiento y desarrollo de una economía digital, así como para la innovación y creación de nuevos modelos de negocio. Asimismo, la imposición de requisitos estrictos que obliguen a los intermediarios de Internet a realizar el monitoreo activo de posibles informaciones, contenidos o conductas ilícitas puede afectar la competencia y constituir una barrera de entrada al mercado, toda vez que los costos pueden ser elevados de tal forma que sólo las empresas ya consolidadas podrían cubrirlos, lo que reforzaría su posición en el mercado.

6.- Los regímenes de responsabilidad civil de intermediarios de Internet que otorgan una mayor protección al derecho a la libertad de expresión son los que se encuentran vigentes en los Estados Unidos de América, Sección 230 de la CDA, y Brasil, Ley de Marzo Civil. Lo anterior en atención a que otorgan una protección sólida frente a la responsabilidad subjetiva (conocida en Estados Unidos como responsabilidad secundaria), derivada de la omisión del intermediario de remover o eliminar un contenido una vez que recibió un aviso, queja o notificación por parte de una persona que realiza alegaciones sobre la naturaleza ilícita o dañosa de una información o contenido.

Tomando en consideración los puntos arriba señalados, se estima conveniente que al momento en que se instrumente el artículo 19.17 del T-MEC se atiendan los siguientes puntos:

Primero.- Las medidas que adopte el Estado Mexicano para implementar las

disposiciones del artículo 19.17 del T-MEC, ya sean legislativas o la interpretación que realicen las autoridades judiciales, deben de tomar como punto de partida y referencia el marco constitucional e interamericano de derechos humanos, protegiendo el derecho a la libertad de expresión en línea y evitando inducir el establecimiento de mecanismos de censura privada por parte de los intermediarios de Internet.

Segundo.- Es importante que se consideren adecuaciones o modificaciones a la legislación civil, principalmente en materia de responsabilidad civil subjetiva.

No obstante que el párrafo 2 del artículo 19.17 del T-MEC contiene una nota de pie de página que dispone que los Estados Parte podrán cumplir con sus disposiciones a través de sus *“leyes, regulaciones o la aplicación de las doctrinas existentes, tal y como se aplica mediante decisiones judiciales”*, lo que deja abierta la posibilidad de no reformar el marco legal, es un hecho que México no cuenta con una doctrina judicial en materia de responsabilidad de intermediarios de Internet, a diferencia de lo que acontece con su principal socio comercial.

Por el contrario, la aplicación de la legislación civil en vigor y la interpretación que han realizado los tribunales mexicanos al resolver controversias sobre responsabilidad subjetiva, particularmente la tesis I.4o.C.325 C (9a.) establecida por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y la sentencia del Juez Décimo de lo Civil en la Ciudad de México en el caso *“Ulrich Richter vs. Google”*, se ha inclinado por considerar que los intermediarios de Internet son responsables de contenidos creados, generados y difundidos por terceros cuando han omitido removerlos o eliminarlos después de recibir un aviso, queja o notificación por parte de un particular que alega su ilicitud o carácter lesivo.

Como se recordará, la Sección 230 de la CDA otorga una protección sólida en materia de responsabilidad subjetiva o secundaria, por lo que la legislación mexicana actualmente no está brindando un nivel igual o equiparable de protección, lo que puede originar en un futuro la disconformidad del gobierno de los Estados Unidos. En ese sentido, la interpretación de las tribunales nacionales es más cercana a la posición de los países europeos que, con base en la Directiva de Comercio Electrónico de la Unión Europea, han estimado de manera consistente que el conocimiento efectivo de la naturaleza ilícita o dañosa de la información o contenido puede obtenerse mediante un aviso de un particular.

Por lo tanto, conforme a la legislación civil vigente en México los intermediarios de Internet están expuestos al riesgo de ser considerados responsables de contenidos creados, generados y difundidos por terceros, con las consecuencias negativas que

esto acarrea en términos de libertad de expresión las cuales han sido ampliamente descritas. Es importante señalar que no se trata de una mera especulación o ejercicio académico sino, por el contrario, de un riesgo real y presente que ya se ha materializado en una tesis o criterio judicial de un Tribunal Colegiado (con dos asuntos en el mismo sentido) que, a falta de algún otro precedente en la materia, sirve de guía para los jueces de todo el país.

En ese sentido, se estima importante revertir dicho criterio mediante la reforma a la legislación civil en vigor, con el objeto de establecer una protección o inmunidad expresa para los intermediarios de Internet.

Por otra parte, por lo que respecta a la responsabilidad objetiva, aunque ya existe un asunto resuelto por la Primera Sala de la SCJN en el que determinó la ausencia de responsabilidad de una plataforma de intermediación laboral al considerar que actuó como intermediario neutral y pasivo de información y su actividad no representa un riesgo en sí mismo, para efectos de certidumbre jurídica se estima conveniente establecer una protección en ese sentido de manera expresa en la legislación.

Tercera.- Las posibles adecuaciones o reformas a la legislación civil deben tener un alcance nacional.

De conformidad con el sistema de distribución de competencias establecido por los artículos 73, 122 y 124 de la Constitución General de la República, le corresponde a las Entidades Federativas (incluyendo a la Ciudad de México) legislar en materia civil y a los jueces y tribunales del fuero común resolver las controversias que se originen en materia de responsabilidad civil, lo que se traduce en 32 códigos civiles locales y cientos de jueces que interpretan sus disposiciones a lo largo del país, lo que incrementa la posibilidad de que existan disposiciones e interpretaciones que no sean consistentes entre sí.

Esto plantea el reto de que, para lograr la completa homologación de la legislación civil del país se requiere la modificación de todos los códigos civiles locales, lo que implica un proceso que se puede extender indefinidamente en el tiempo.

Para tratar de solventar esta situación, se estima conveniente modificar o reformar el Código Civil Federal y, de manera paralela, el Código de Comercio, en atención a dos consideraciones, la primera que tiene una coincidencia teleológica con el Capítulo 19 del T-MEC y, segundo, al ser federal sus disposiciones son aplicables

en toda la República.¹¹⁹

Cuarta.- Las modificaciones a la legislación que, en su caso se realicen para instrumentar las disposiciones del artículo 19.17 del T-MEC, es conveniente que considere lo siguiente:

- a) Definición de [proveedor de] servicios informáticos interactivos.- A diferencia de la definición establecida en la Sección 230 de la CDA, la establecida en el artículo 19.1 del T-MEC (“*sistema o servicio que proporciona o habilita el acceso electrónico de múltiples usuarios a un servidor informático*”) no hace referencia a los proveedores de servicios de acceso a Internet. La definición es adecuada y cubre a los intermediarios de la capa de aplicación (plataformas de intermediación de contenidos, redes sociales, servicios de referenciación o vinculación, etc.), sin embargo no abarca a intermediarios de la capa de red, por lo que se considera conveniente establecer una disposición especial para este tipo de intermediarios, de la misma forma que lo hace la Ley de Marco Civil de Brasil.
- b) Cláusula de responsabilidad por daños y conocimiento efectivo de la naturaleza ilícita o dañosa del contenido.- El párrafo 2 del artículo 19.17 del T-MEC,¹²⁰ a pesar de que de manera adecuada establece que un proveedor de servicios informáticos interactivos no deberá ser considerado como proveedor de contenido de información para determinar la responsabilidad por los daños originados por ésta, no aborda de manera expresa el supuesto de la responsabilidad subjetiva. Cabe recordar que incluso en el caso de la Sección 230 de la CDA la protección en este supuesto fue resultado de la interpretación realizada por las cortes norteamericanas en el caso “*Zeran vs. America Online*”, por lo que se estima necesario que se aborde este supuesto de manera expresa en la legislación. Un ejemplo de la manera en que este supuesto es abordado por un sistema jurídico afín al nuestro, es el artículo 19 de la Ley de Marco Civil de Brasil, el cual de manera expresa establece que un intermediario sólo puede ser responsabilizado por los daños sólo si, después de recibir una orden emitida por una autoridad judicial, no toma las

¹¹⁹ Para efecto de certidumbre jurídica se considera conveniente la modificación de la legislación en esta materia, independientemente del hecho de que las disposiciones del T-MEC se han incorporado al sistema jurídico nacional en virtud del Artículo 133 Constitucional.

¹²⁰ 2. “Para ello, salvo lo dispuesto en el párrafo 4, ninguna Parte adoptará o mantendrá medidas que traten a un proveedor o usuario de un servicio informático interactivo como proveedor de contenido de información para determinar la responsabilidad por daños relacionados con la información almacenada, procesada, transmitida, distribuida o puesta a disposición por el servicio, excepto en la medida en que el proveedor o usuario, en su totalidad o en parte, haya creado o desarrollado la información.”

previsiones para tornar indisponible el contenido especificado como infractor.

Esta fórmula resuelve dos cuestiones de suma importancia, por una parte asegura que sea una autoridad judicial, independiente de las partes involucradas en la controversia, la que realice una ponderación de los derechos e intereses en conflicto y determine la ilicitud del contenido controvertido (evitando que sea el intermediario -un particular- el que tome dicha decisión) y, por la otra, garantiza que el único mecanismo a través del cual se va a considerar que el intermedio tiene “conocimiento efectivo” de la naturaleza ilícita o lesiva del contenido es a través de la notificación de la decisión del juzgador

- c) Cláusula del Buen Samaritano.- La excluyente de responsabilidad establecida en el párrafo 3 del artículo 19.17 del T-MEC, es sumamente importante y complementa la disposición establecida en el párrafo 2, toda vez que evita que se imponga una responsabilidad al intermedio derivada de informaciones y contenidos por considerarse que su actuación no es enteramente neutral y que está tomando decisiones de control editorial sobre los contenidos que almacena o pone a disposición del público a través de su plataforma. Asimismo, es importante ya que permite a los intermediarios establecer y aplicar políticas de moderación de contenidos sin exponerse al riesgo de que su existencia y práctica implique un deber de cuidado que a su vez derive en la atribución de responsabilidades sobre el contenido. En las circunstancias actuales es necesario que los intermediarios de la capa de aplicación (particularmente las plataformas de redes sociales), cuenten con la posibilidad de realizar moderación de contenido, con la finalidad de limitar en lo posible la difusión de información y contenidos objetables, ya sea por que pueden implicar un riesgo para los usuarios (por ejemplo, información falsa tratándose de asuntos sanitarios de interés público como en el caso de la pandemia por COVID-19) o inapropiados conforme a las reglas establecidas por el propio intermediario.
- d) Monitoreo proactivo de informaciones, contenidos y conductas que se puedan estimar ilícitas. Se considera relevante que se incorpore una disposición que establezca que los intermediarios no tienen la obligación de monitorear activamente la información y contenidos que transmiten, procesan, almacenan y distribuyen por dos razones, en primer lugar debido a que la existencia de una obligación en esta materia puede conducir a estimar que el intermediario “tuvo conocimiento” o “debió de tener conocimiento” de la existencia de una información o contenido ilícito o lesivo y ser considerado responsable por haber incumplido con un deber de cuidado

(sin importar el grado de sofisticación de los sistemas de monitoreo que pudiera establecer) y, en segundo lugar, la imposición de este tipo de obligaciones puede afectar la competencia y constituir una barrera de entrada al mercado a nuevos competidores, toda vez que los costos pueden ser elevados de tal forma que sólo las empresas ya consolidadas podrían cubrirlos, lo que a su vez reforzaría su posición en el mercado. Cabe señalar que tanto el artículo 15 de la Directiva de Comercio Electrónico de la Unión Europea, como el artículo 20.89 del T-MEC, establecen disposiciones en esta materia.

- e) Identificación de las informaciones y contenidos mediante el URL.- Es primordial que, las resoluciones y medidas que emita una autoridad jurisdiccional que ordenen el retiro o la inhabilitación del acceso a una información o contenido, identifiquen plenamente el mismo indicando su Localizador Uniforme de Recursos (URL), lo que por una parte permite el adecuado cumplimiento de la resolución judicial y, por la otra, evita que se remuevan o retiren contenidos que no son objeto de controversia y su difusión está amparada por el derecho a la libertad de expresión.

Bibliografía

I. Fuentes Bibliográficas

- Acedo Penco, Ángel. Derecho de Contratos, Cuasicontratos y Responsabilidad Extracontractual. Dykinson, Madrid, 2011.
- Burgoa, Ignacio, Las Garantías Individuales. 28a. edición. Editorial Porrúa. México, 1996.
- Esquivel Zubiri, Jorge Luis. La Responsabilidad por Daño Moral (Evolución Legislativa y Jurisprudencial en México). Editor Jorge Luis Esquivel Zubiri. Primera Edición, Ciudad de México.
- F. Aguilar, Luis, GOBERNANZA: El nuevo proceso de gobernar, Ciudad de México, Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit, 2010.
- García Ramírez, Sergio, y Gonza, Alejandra. La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Editado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Primera edición. México, 2007.
- Herrera de las Heras, Ramón. Responsabilidad Civil por Vulneración del Derecho al Honor en las Redes Sociales. Editorial Reus. Madrid 2017.
- Kosseff, Jeff. The Twenty - Six Words that Created the Internet. Cornell University Press. United States, 2019.
- Kurbalija, Jovan, Gobernanza en Internet: Asuntos, actores y brechas, https://books.google.com.mx/books?hl=en&lr=&id=uHkBXgmEWu4C&oi=fnd&pg=PA8&dq=info:SRAUwwN8jAgJ:scholar.google.com&ots=sh_96YXJQf&sig=wpePkPn69EOmhGW9tmgLZXkPaoM&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false
- McCabe, James D, Network Analysis, Architecture, and Design, 3a ed., USA, Morgan Kaufmann Publishers, 2007
- Pereira de Souza, Carlos Affonso *et al.* Understanding Brazil's Internet Bill of Rights. Primera Edición. Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro. Brasil, 2015.
- Riordan, Jaani, The liability of Internet Intermediaries, UK, Magdalen College, Oxford, Thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy in Law, University of Oxford, 2013.

- Villanueva, Ernesto, Régimen Jurídico de las Libertades de Expresión e Información en México. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1998.

II. Fuentes Hemerográficas

- Cotino Hueso, Lorenzo. Responsabilidad de Intermediarios y Prestadores de Servicios de Internet en Europa y Estados Unidos y su Importancia para la Libertad de Expresión. Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías, No. 17, enero - junio de 2017. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho.
- Gellis, Catherine R. 2014 State of the Law Regarding Internet Intermediary Liability for User-Generated Content. Business Lawyer. Winter 2014/2015, Vol. 70 Issue 1, p.299-306.
- Ladeia, Raphaela Maciel. The Internet Service Provider Secondary Liability: A Comparative Analysis of Brazilian and United States Legislation and Case Law. Journal of International Entertainment & Media Law. 2016/2017, Vol. 6, Issue 2, p. 187-205.
- Stalla-Bourdillon, Sophie. Liability Exemptions Wanted! Internet Intermediaries' Liability under UK Law. Journal of International Commercial Law and Technology, Vol. 7, Issue 4 (2012).
- Keller, Daphne, Build Your Own Intermediary Liability Law: A Kit For Policy Wonks Of All Ages <http://cyberlaw.stanford.edu/publications/build-your-own-intermediary-liability-law-kit-policy-wonks-all-ages>