



El derecho a remover contenido de Internet: ¿que límites impone el sistema interamericano de protección de la libertad de expresión?¹

Investigación del CELE desarrollada por Paula Vargas

Introducción

Cada Segundo, miles de millones de datos son volcados a la red de Internet para ser utilizados con fines variados. Para que un contenido generado por personas usuarias de un servicio "suba" a la Internet, se utilizan en general alguno o todos los servicios de los Intermediarios de Internet: esto es, transmisión, almacenamiento temporario, almacenamiento en la cuenta de un usuario o localización de la información.

Este contenido, que el Intermediario no genera ni controla –porque no puede, dado el volumen de información y porque no le corresponde, ya que su objeto es mediar- puede lesionar derechos de terceros. El contenido generado y publicado por usuarios puede vulnerar derechos fundamentales de personas distintas al autor del mismo, como por ejemplo, el derecho a la imagen, al honor, a la privacidad de las comunicaciones o al derecho a la protección de los datos personales.

La protección de los derechos de terceros afectados por un contenido, crea, inevitablemente, un conflicto con el derecho a la libertad de expresión del autor del contenido y con el derecho de otros a acceder al mismo. Por ello, en general, los sistemas de protección de los Derechos Humanos imponen condiciones a la limitación de la circulación de contenido, que obligan a realizar un balance de derechos en juego.

Efectuar ese balance de derechos fundamentales en colisión de por sí es complicado, pero la situación se complejiza por la intervención de los Intermediarios de Internet. Los Intermediarios de Internet no son los autores del contenido ni son quienes lo publican, pero son la llave que abre el candado a su remoción.

La remoción de contenido por parte del Intermediario de Internet puede ocurrir:

1) Porque el Estado impone <mark>alg</mark>una regulación <mark>que</mark> obliga al Inte<mark>rm</mark>ediario a implementar un mecanismo de remoción privado o porque el mismo Estado administra ese mecanismo; o

2) Porque el Intermediario resuelve remover contenido, por motivos comerciales o para prevenir potenciales daños a terceros. Estudios en Libertad de

En ambos casos se restringe la circulación de contenido, y por tanto, la libertad de expresión. No obstante, el punto 1) es objeto de debate en la mayor parte de los países de la Región: esto es, es legítimo que el Estado ordene a un Intermediario de Internet que remueva contenido generado por

-

¹ This work is licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 Unported Licence. You are free to copy, distribute and display this work and to make derivative works, provided you give credit to the Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información, do not use this work for commercial purposes and distribute any works derived from this publication under a licence identical to this one. To view a copy of this licence, visit: http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/.

otros? Y si así fuera, ¿cuales son las condiciones de legitimidad? ¿Que responsabilidad le cabría al Intermediario en este proceso?

El punto 2) ha sido menos explorado. Las obligaciones que imponen los sistemas de protección de Derechos Humanos, se dirigen a los Estados, no a los privados. La protección a la circulación de contenido no se aplica con la misma intensidad a los privados, quienes tienen mucha más libertad que el Estado para censurar.

Así, la normativa y las instituciones del IASHR están diseñadas para limitar la capacidad del Estado de interferir con el derecho a la libertad de expresión de los individuos. No obstante, notablemente, en el caso particular de la Internet, los documentos de la Relatoría para la Libertad de Expresión (RELE) también han mencionado en algunas de sus disposiciones a los Intermediarios en relación con la implementación de sus Términos y Condiciones y la protección de la libertad de expresión.

Este es un dato que permite explorar si las prácticas de los Intermediarios de Internet, plasmadas en sus Términos y Condiciones, satisfacen los parámetros de la RELE, y que oportunidades existen para fortalecer la protección de la libertad de expresión de los usuarios. Este será el foco de la presente investigación.

En la Parte I se expondrá la normativa del IASHR. Luego se analizarán casos de jurisprudencia en los que el Estado Argentino y Colombiano han debido aplicar esa normativa y Proyectos de ley actualmente presentados ante el Congreso Argentino para regular el (mal) llamado Derecho al Olvido. En ambos casos se analizará su adecuación al IASHR.

En la Parte II, se analizarán los Términos y Condiciones de las principales empresas proveedoras de servicios de Intermediarios en Internet para determinar que clase de contenido restringen y cuales son los procedimientos establecidos para su remoción (o no). Particularmente se analizará si los procedimientos cumplen con las garantías judiciales y del debido proceso exigidas por los Arts. 8 y 20 de la Convención.

En la Parte III se prop<mark>ondrán algunas medidas para reforzar la</mark> compatibilid<mark>ad de la</mark>s prácticas de los Intermediarios con protección de la libertad de expresión de acuerdo con el IASHR

PARTE L

Marco del Inter-American System of Human Rights (IASHR): el rol de los Intermediarios de Internet en el balance entre Libertad de Expresión y Derecho a la Privacidad y a la Protección de Datos Personales.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (IASHR), operativo bajo el paraguas de la Organization of America's States (OAS) esta compuesto, institucionalmente, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (IACHR) y por la Corte de Derechos Humanos (HRC). Desde una perspectiva juridica, los Documentos Básicos son la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, Declaración Americana) y la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, Convención o IACHR). A ellos se les suman una serie de Reportes Anuales de las distintas relatorías y en particular, todos los documentos emitidos por la RELE en cumplimiento de su rol de interprete de la Convención en materia de libertad de expresión.

El Artículo 13 de la Convención es la piedra basal del mecanismo, cuidadosamente articulado, de protección de la libertad de expresión. Esta norma delimita la legalidad del accionar de los Estados Miembro en la restricción del discurso de los ciudadanos. Brinda una fuerte protección, ya que aún reconociendo que no es un derecho absoluto, no deja librado a la discreción del regulador la forma de limitarlo², sino que le indica expresamente cuando y como.

² OAS, Special Rapporteur on Freedom of Expression, Annual Report: Freedom of Expression and Internet, 2013, "59. Second, it is crucial for the restrictions to be oriented toward achieving urgent objectives authorized under the American Convention, such as the protection of the rights of others, national security, public order, or public health or morals. ²On this point, is important to clarify that

Así, la Convención realiza en el Articulo 13 un balance de derechos priorizando la libertad de expresión, salvo en excepcionalisimas situaciones. En primer lugar, a diferencia de otros sistemas de derechos humanos, el Articulo 13³ prohibe la censura previa. Además, en lugar de la restricción de contenido, permite la imposición de "responsabilidades ulteriores", pero sólo en dos casos: "a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas"; y ello siempre y cuando no constituyan lo que denomina como "mecanismos indirectos de censura", que también están prohibidos. Este mecanismo contiene una única y limitadísima excepción a la prohibición de censura previa, en el inciso 5: "Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional.".

La Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴ y la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión han acompañado con su jurisprudencia y documentos la intención del Articulo 13 de favorecer la expresión y el acceso a la información. Así, se ha desarrollado lo que se conoce como el test tri-partito ("three-part test"), estandard de aplicación ineludible para la restricción de contenido.

La RELE ha identificado cuales son los derechos fundamentales que generalmente se contraponen a la libertad de expresión cuando intenta restringirse el discurso. En general, se trata de seguridad, privacidad, protección de los datos personales o derechos de autor (siendo este último de mas que dudosa equivalencia con la libertad de expresión, en términos de derechos fundamentales).

El Derecho a la Privacidad está expresamente protegido por el IASHR. La Convención contempla en su art. 11⁵ la garantía del derecho a la honra y a la dignidad, incluyendo expresamente la privacidad de la información. También son derechos que protege la Declaración Americana. ⁶

Por su parte, el Derecho a la Protección de los Datos Personales, si bien no está reconocido como un derecho autónomo en los Documentos Básicos, sí lo está en los documentos de la RELE (Annual Report on Freedom of Expression and the Internet, 2013) y en el reporte del Inter-American Juridical Committee "Privacy and Data Protection".

States are not free to interpret the content of these objectives in any way they please when justifying limitation on freedom of expression. At all times, these concepts must be interpreted pursuant to the principles of a democratic society."; Disponible en http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=849&IID=1

³ Ver http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=25&lID=2

44 I/A Court H.R. Case of Kimel v. Argentina. Merits, Reparations and Costs. Judgment of May 2, 2008. Series C No. 177. Para. 54: I/A Court H.R. Case of Palamara-Iribarne v. Chile. Merits, Reparations and Costs. Judgment of November 22, 2005. Series C No. 135. Para. 79: I/A Court H.R. Case of Herrera-Ulloa v. Costa Rica. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs. Judgment of July 2, 2004. Series C No. 107. Para. 120: I/A Court H.R. Case of Tristán-Donoso v. Panama. Preliminary Objection, Merits, Reparations and Costs. Judgment of January 27, 2009. Series C No. 193. Para. 110: I/A Court H.R. Case of Ríos et al. v. Venezuela. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of January 28, 2009. Series C No. 194. Para. 106; I/A Court H.R. Case of Perozo et al. v. Venezuela. Preliminary Objections, Merits, Reparations, and Costs. Judgment of January 28, 2009. Series C No. 195. Para. 117; I/A Court H.R. Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Arts. 13 and 29 American Convention on Human Rights).

⁵ OAS, American Convention on Human Rights, "Article 11. Right to Privacy: 1. Everyone has the right to have his honor respected and his dignity recognized. 2. No one may be the object of arbitrary or abusive interference with his private life, his family, his home, or his correspondence, or of unlawful attacks on his honor or reputation. 3. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks."; Disponible en http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=62&IID=1

⁶ OAS, American Declaration on the Rights and Duties of Men "Article V. Every person has the right to the protection of the law against abusive attacks upon his honor, his reputation, and his private and family life."; Disponible en: http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=104&IID=1

⁷ OAS, Inter-American Juridical Committee, "Privacidad y Protección de Datos"; Disponible en: http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/CJI-doc_474-15_rev2.pdf

Con el desarrollo tecnológico, y en particular con la penetración masiva de la Internet y su singular impacto en la comunicación, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión comenzó a poner el foco en las condiciones necesarias para que ésta poderosa herramienta continuara su crecimiento. Además, por supuesto, comenzó a advertir contra los intentos regulatorios de la Internet por parte de los Estados, que pretenden limitar la difusión de discurso por esta vía de alcance masivo. Así, en distintos documentos, la RELE analizó detalladamente las situaciones y derechos involucrados en la publicación de contenido en Internet.

A través de sus documentos, la RELE se ha ocupado intensamente de brindar un marco legal capaz preservar la libertad de expresión en Internet y ha marcado pautas no solo para los Estados —a quienes se les aplica de forma vinculante-sino también para los Intermediarios de Internet, reconociendo así la importancia que éstos tienen como vehículos del ejercicio de la libertad de expresión en Internet. La RELE ha sido consistente, desde los primeros documentos en que mencionó a la Internet allá por el año 2001, en su interpretación de que los Intermediarios no son responsables por el contenido generado por los usuarios y que la remoción de contenido extra-judicial vulnera la libertad de expresión (el Articulo 13 se interpreta conjuntamente con el 8 y el 25 de la Convención que exigen garantía judicial)⁸.

Cabe preguntarse entonces ¿es lícita la adopción del Derecho al Olvido aka Derecho a la Desindexación en el marco jurídico del IASHR?

Como adelanto de respuesta, vale citar a Bertoni (2014) quien calificó éste "derecho" como "An Insult to Latin American History"

Estándares de Protección de la Libertad de Expresión en Internet en el marco del IASHR, en rela<mark>ción con el</mark> Derecho a la Privacidad y a la Protección de Datos Personales.

De la sistematización¹⁰ de la Convención, la Declaración Americana y la Declaración de Principios de Libertad de Expresión, y de los documentos más relevantes producidos por la RELE en relación con la

 $\frac{http://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/reports/internet/FoE_AND_INTERNET_REPORT_2}{013.pdf}$

⁹ Bertoni, Eduardo, "The Right to Be Forgotten: An Insult to Latin American History", The Huffington Post, 24 de septiembre de 2014. Disponible en: http://www.huffingtonpost.com/eduardo-bertoni/the-right-to-be-forgotten_b_5870664.html La versión en español, "El derecho al olvido: un insulto a la historia latinoamericana", puede ser consultada en e-BERTONI, el blog personal de Eduardo Bertoni: http://ebertoni.blogspot.com.ar/2014/09/el-derecho-al-olvido-un-insulto-la.html

¹⁰ Systematization of IASHR Basic Documents, RELE Joint Declarations, RELE Annual Report 2013 and Principle's Declaration

- 1) OAS, Special Rapporteur for Freedom of Expression, *International Mechanisms for promoting freedom of expression Joint Declaration*, 2001; Disponible en
- 2) OAS, Special Rapporteur for Freedom of Expression, *Joint Declaration On the regulation of the Media, On the Restrictions on Journalists, and On Investigating Corruption,* 2003; Disponible en http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=88&IID=1
- 3) OAS, Special Rapporteur for Freedom of Expression , *Joint Declaration on the Internet and on Anti-Terrorist Measure*, 2005; Disponible en http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=650&IID=1
- 4) OAS, Special Rapporteur for Freedom of Expression, Joint Declaration On Publishing Confidential Information, Openness of National and International Public Bodies, Freedom of Expression and Cultural/Religious Tensions, and Impunity in Cases of Attacks Against

⁸ OAS, Special Rapporteur for Freedom of Expression Annual Report, Freedom of Expression and the Internet, "The essential requirements that must be met by any restriction of the right to freedom of expression are contained in Articles 13, 8 and 25 of the American Convention. As noted, when applied to measures that could compromise the Internet, the requirements should be evaluated from a systematic digital perspective. This is explained briefly in the following paragraphs, but can be summarized as (1) legal enshrinement; (2) seeking a crucial goal; (3) necessity, suitability and proportionality of the measure for achieving the aim sought; (4) judicial guarantees; and (5) satisfaction of due process, including user notifications.", 2013, para. 55, Disponible

libertad de expresión, la privacidad y la protección de los datos personales en Internet (Joint Declaration On the regulation of the Media, On the Restrictions on Journalists, and On Investigating Corruption; Joint Declaration on the Internet and on Anti-Terrorist Measure; Joint Declaration On Publishing Confidential Information, Openness of National and International Public Bodies, Freedom of Expression and Cultural/Religious Tensions, and Impunity in Cases of Attacks Against Journalists; Tenth Anniversary Joint Declaration: Ten key challenges to freedom of expression in the next decade; Joint Statement On Wikileaks; Joint Declaration on Freedom of Expression and the Internet; Annual Report: Freedom of Expression and the Internet), surgen los siguientes estándares:

- a) Three-part Test shall be applied to any restriction to right to freedom of expression: (1) legal enshrinement; (2) seeking a crucial goal; (3) necessity, suitability and proportionality of the measure for achieving the aim sought; (4) judicial guarantees; and (5) satisfaction of due process, including user notifications. (8 para.55)
- b) Governments cannot prohibit merely offensive speech or makes it an offence simply to exacerbate social tensions (4)
- c) Speech that is especially protected: information on matters of public interest and public officials or individuals voluntarily involved in matters of public interest (fallo Palamara Iribarne, para. 84)
- d) States should not adopt separate rules limiting Internet content; (1)
- e) The right to freedom of expression has found in the Internet a unique tool for incrementally extending its enormous potential to broad sectors of the population (8 p.10)
- f) Freedom of expression applies to the Internet, as it does to all means of communication.
 (7)
- g) When assessing the proportionality of a restriction on freedom of expression on the Internet, the impact of that restriction on the ability of the Internet to deliver positive freedom of expression outcomes must be weighed against its benefits in terms of protecting other interests. (7)
- h) Any regulation of the Internet should take into account the very special features of this communications medium. (2) (7) (8 para.12)
- i) On evaluating the necessity and proportionality of any restrictive measure, a systemic digital perspective must be applied that takes into account the impact the measure would have on the operation of the Internet as a decentralized and open network. (8 para. 63)
- It is necessary to take into account the availability of measures that are less restrictive to freedom of thought and expression that can be more easily available on the Internet than in analog environments. (8 para. 64)
- k) The significant potential of the Internet as a tool to promote the free flow of information and ideas has not been fully realised due to efforts by some governments to control or limit this medium. (5) (6)
- The Internet, at both the global and national levels, should be overseen only by bodies which are protected against government, political and commercial interference (3)

Journalists, 2006; Disponible en: http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=746&IID

- 5) OAS, Special Rapporteur for Freedom of Expression, *Tenth Anniversary Joint Declaration: Ten key challenges to freedom of expression in the next decade*, 2010; Disponible en: http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=784&IID=1
- 6) OAS, Special Rapporteur for Freedom of Expression, *Joint Statement On Wikileaks*, 2010-2; Disponible en:
- 7) OAS, Special Rapporteur for Freedom of Expression, *Joint Declaration on Freedom of Expression* and the Internet, 2011; http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=849&IID=1
- 8) OAS, Special Rapporteur for Freedom of Expression, *Annual Report: Freedom of Expression and the Internet*, 2013, Disponible en http://www.oas.org/en/iachr/expression/docs/reports/internet/FoE_AND_INTERNET_REPORT_2013.pdf
- 9) Inter-American Commission of Human Rights, *Declaration of Principles on Freedom of Expression*; Disponible en http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=26&IID=1

- m) Standards of liability, including defences in civil cases, should take into account the overall public interest in protecting both the expression and the forum in which it is made (i.e. the need to preserve the 'public square' aspect of the Internet). (7)
- n) The Special Rapporteur has indicated that subsequent liability should be imposed only on the authors of the online expression—that is, those directly responsible for the offensive expression. (8 para. 102)
- o) No one who simply provides technical Internet services such as providing access, or searching for, or transmission or caching of information should be liable for content on the Internet of which they are not the author, unless they have either adopted that content as their own **or refused to obey a court order** to remove that content where they have the capacity to do so ('mere conduit principle') (3) (7)
- p) Intermediaries should not be required to monitor user-generated content and should not be subject to extrajudicial content takedown rules which fail to provide sufficient protection for freedom of expression (which is the case with many of the 'notice and takedown' rules currently being applied). (7)
- q) Extrajudicial notice and takedown mechanisms have frequently been cause for the removal of legitimate content, including specially protected content. Leaving the removal decisions to the discretion of private actors who lack the ability to weigh rights and to interpret the law in accordance with freedom of speech and other human rights standards can seriously endanger the right to freedom of expression guaranteed by the Convention. For this reason, provisions for the imposition of liability on intermediaries should have sufficient judicial safeguards so as not to cause or encourage private censorship mechanisms. (8 parr. 105)
- r) Indeed, provisions for conditional immunity are compatible with the framework of the Convention to the extent that they establish sufficient safeguards for the protection of the users' freedom of expression and due process, and do not impose vague or disproportionate obligations on intermediaries. Specifically, the requirement that intermediaries remove content, as a condition of exemption from liability for an unlawful expression, could be imposed only when ordered by a court or similar authority that operates with sufficient safeguards for independence, autonomy, and impartiality, and that has the capacity to evaluate the rights at stake and offer the necessary assurances to the user. (8 para. 106)
- s) A system of strict liability in the sphere of electronic or digital communications is incompatible with minimum standards of freedom of expression, at least for the reasons discussed below. (8 para.95)
- t) Jurisdiction in legal cases relating to Internet content should be restricted to States in which the author is established or to which the content is specifically directed and/or the content is uploaded there; jurisdiction should not be established simply because the content has been downloaded in a certain State. Private parties should only be able to bring a case in a given jurisdiction where they can establish that they have suffered substantial harm in that jurisdiction (rule against 'libel tourism'). (3) (7) (8 para. 66)
- u) The defense of individual privacy should be carried out pursuant to reasonable and proportional standards that do not end up arbitrarily restricting the right to freedom of expression.(8 para.23/24)
- v) A law that specifically penalizes crimes against honor online and imposes harsher punishments than for off-line perpetrators would not be acceptable. This would represent a disproportionate restriction of Internet expression under a paradigm that considers it more risky than other media (8 para. 74).
- w) The Inter-American Commission has observed that the right to private life protects the confidentiality of all the data produced in that private space—in other words, it prohibits the disclosure or circulation of information captured, without the consent of their owner, in that space of private protection reserved to the individual. (8 para. 131)
- x) The protection of the right to private life involves at least two specific policies related to the exercise of the right to freedom of thought and expression: the protection of anonymous speech and the protection of personal data (8 para. 133)
- y) Given the impact on the private life of individuals, States should establish systems for the protection of personal data, to regulate their storage, processing, use, and transfer. (8 para. 135) (9)
- z) In this respect, States are required to prohibit the use of personal data for purposes inconsistent with the human rights treaties and to establish rights to information,

correction and - if necessary and proportioned - deletion of data, as well as to create of effective supervision mechanisms. (8 para. 139)

Por su parte, the Inter-American Juridical Committee, en su report "Privacy and Data Protection", en una referencia directa al "Derecho al Olvido" dijo que: 11

"Some national and regional regulatory schemes provide individuals with a right to request that data controllers delete (or erase) specific personal data which, although publicly available, the individuals contend is no longer necessary or relevant. This right is sometimes described as the right to omit or suppress specific information, to "de-identification" or "anonymization." The right is not absolute but rather contingent and contextual, and it requires a difficult and delicate balancing of interests and principles. Exercise of the right necessarily presents fundamental issues not just about privacy, honor and dignity, but also about the rights of access to truth, freedom of information and speech, and proportionality. It also raises difficult questions about who or what makes such decisions and by what process, and whether the obligation should apply only to the original (or primary) collector of the data in question (data controller) or also to subsequent intermediaries. These Principles embrace the rights of access, challenge and correction. Because, at this point in time, a "right to erasure or deletion" remains contentious and subject to differing definitions and views, the Principles do not explicitly endorse a right to deletion of personal data which (while true or factually accurate) is considered personally embarrassing, excessive or merely irrelevant by the individual concerned" (el resultado me pertenece)

Dentro del marco señalado anteriormente, es que debe interpretarse la legislación interna relacionada con la remoción de contenidos en Internet para protección de la privacidad y de los datos personales

La protección de l<mark>a Libertad</mark> de Expresión y su balance con el Derecho a la Protección de los <mark>Datos Pers</mark>onales y de la Privac<mark>id</mark>ad en la Jurisp<mark>rude</mark>ncia.

Fallo "Agencia Nacional de Protección de Datos v. Google Inc.".

En primer lugar, se hará referencia al fallo de la "Agencia Nacional de Protección de Datos de España v. Google Inc.¹², dictado por el Tribunal de Justicia Europeo y que se ha hecho conocido como "Costeja". Si bien no es, obviamente, jurisprudencia de la region Latino Americana, ha tenido allí altísimo impacto. Por un lado ha sido citado por los Máximos Tribunales de Argentina y Colombia, en dos fallos que se comentarán, y por otro lado, ha generado varios proyectos de ley presentados en el Congreso de la Nación Argentino.

Lo primero que debe recordarse es que "Costeja" es un fallo de protección de Datos Personales, no de violación del Derecho a la Privacidad, que en el marco de Derechos Humanos Europeo son distintos.

No obstante, tal vez desorientados por el título "Derecho al Olvido", los debates sobre la remoción de contenido se alejaron del limitado alcance del derecho consagrado en "Costeja" (aunque no por limitado menos controversial) y se extendieron a supuestos de remoción de contenido en general. Por lo tanto, el fallo "inaugural" del derecho a la desindexación permite explorar las condiciones para la remoción de contenido en general, en relación con la protección de los datos personales y más allá de este derecho

La posibilidad de responsabilizar a <mark>los</mark> Intermediarios de Internet por el contenido generado por los usuarios ha sido restringida con el mecanismo de limitación de la responsabilidad, conocido como "Safe Harbor", que tanto Europa como Estados Unidos adoptaron.

Sin embargo, esta solución no se traslada a la relación Intermediario de Internet-Contenido que publica datos personales (Ver en este sentido el excelente trabajo de Daphne Keller)¹³. Los Intermediarios de

¹¹Supra Nota 5

¹² "Google Spain, S.L., Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González", sentencia del 13 de mayo de 2014. Disponible en:

 $http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=\&docid=152065\&pageIndex=0\&doclang=ES\&mode=req\&dir=\&occ=first\partial=1\&cid=211837$

¹³ Keller, Daphne, *The final draft of Europe's "Right to be Forgotten" Law,* Center for Internet and Society, Stanford School of Law. Available at: http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2015/12/final-draft-europes-right-be-forgotten-law

Internet no existían cuando la Directiva de Protección de Datos fue adoptada, por lo cual no se reguló específicamente sobre sus respectivas actividades en relación con los datos personales incluidos en el contenido generado por sus usuarios. En Europa, la referencia a los Intermediarios la encontramos en la Directiva de Comercio Electrónico y en la Directiva de Copyright, pero estas normas no se refieren al tratamiento que pudiera realizar de datos personales incorporados en los contenidos publicados por usuarios.

Esta fue la tension que se puso de manifiesto en el fallo citado: la responsabilidad de un Intermediario de Internet por el tratamiento de datos personales publicados en contenidos que no genera ni controla. La falta de actualización de la Directiva se está volviendo evidente, y el llamado "Derecho al Olvido" expone que no está preparada para ponderar la protección de los datos personales, la actividad de los Intermediarios y otros derechos fundamentales en juego, de forma balanceada.

La sentencia del Tribunal de Justicia Europeo interpretó la Directiva de Protección de Datos Personales de tal forma que calificó a los motores de búsqueda de Internet como "controladores" de los datos personales que aparecían en los resultados de búsqueda y en las páginas a las que dichos resultados enlazaban. Obligó entonces a Google Inc. a eliminar de sus resultados de búsqueda los enlaces a páginas web que contuvieran datos personales en infracción a la Directiva ("inexactos, incompletos, o irrlevantes"), ante la solicitud del titular del dato.

La sentencia impuso, no obstante, 2 limitaciones al derecho a desindexar: 1) se desindexaría aquello que fuera resultado de una busqueda cuyo criterio hubiera sido exclusivamente el nombre del titular del dato; y 2) no sería permitido desindexar contenido de interes publico.

El fallo presenta varios problemas jurídicos y prácticos y fue ampliamente criticado por la industria de Internet, por la sociedad civil y por la academia. Una de las críticas más interesantes es la que realiza Miguel Peguera:

"...the balance was depicted as one between the data subject's fundamental rights and the "legitimate interests of internet users potentially interested in having access to that information." In addition, the controller's interest was considered to be of a mere economic nature. Such a starting point allowed the CJEU to perceive the "interests" of either the controller or the users, as something of a less value than the data subject's fundamental rights. This shows that such a balancing, if it can be understood as such, is not enough to achieve a result consistent with the Charter. In fact, if the outcome of Art. 7(f) analysis would favor the data subject, she would have a right to stop the data processing as a non legitimate one. However, that right should still be confronted with other fundamental rights at stake — not merely interests. The fundamental rights which may be limited as a consequence of asserting a data subject's right to be delisted — as an expression of their fundamental rights to privacy and to data protection recognized in arts. 7 and 8 of the Charter — are those of freedom of expression and information and freedom to conduct business (enshrined in arts. 11 and 16 of the Charter, respectively). ...

The fundamental right to freedom of expression was not considered in the balancing, either – beyond the brief mention regarding the Directive's media exception. Arguably, a fair analysis should consider whether the publisher may rely on the right to freedom of expression in order to have its content disseminated through search engines, and whether the search engine operator may also be exercising this right when displaying the search results" ¹⁴

Tal como lo remarca este excelente paper, el derecho a la libertad de expresión de quien publicó el contenido fue totalmente dejado fuera del análisis del balance de derechos. Esto se hizo porque se presentó el caso como un conflicto entre el "derecho fundamental" del titular del dato mientras "mero interés económico" del Intermediario, dejando fuera de la ecuación al contenido en sí.

El fallo es un disparador importante para evaluar la legitimidad de la remoción de contenidos publicados por los usuarios de los servicios de los Intermediarios. La posibilidad de solicitar al Intermediario de Internet la remoción o bloqueo de contenido generado por usuarios, y la atribución de responsabilidad a dicho Intermediario por el incumplimiento, que fue considerada legítima por el Tribunal de Justicia Europeo en ciertos contextos, plantea el desafío a los tribunales y a los

¹⁴ Peguera, Miquel, The Shaky Ground of the Right to Be Delisted (August 10, 2015). Available at SSRN: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2641876

reguladores de América Latina de determinar si, en el marco del IASHR podría llegarse a un resultado similar.

Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el caso "Rodriguez, María Belen c/Google Inc y ot. s/ Daños y Perjuicios"

En el año 2014, y luego de muchos años de litigio, la Corte Suprema de Justicia de Argentina resolvió el primer caso que trató la responsabilidad civil de los Intermediarios de Internet —específicamente de los motores de búsqueda- por los daños derivados de contenidos generados y publicados por usuarios, en "Rodriguez Maria Belen" c/ Google Inc. s/ Ds y Ps.". La Corte Suprema eligió un caso al que encuadró como un conflicto entre "Libertad de Expresión versus Derecho a la Privacidad"

En el fallo, la accionante argumentaba una lesión en su honor, imagen e intimidad por la aparición en los resultados de búsqueda relacionados con su nombre, de links que la vinculaban falsamente a páginas pornográficas o de prostución. Solicitaba la eliminación de los links cuestionados de los resultados de búsqueda y la reparación de daños y perjuicios. El reclamo por ambos rubros lo dirigió contra los motores de búsqueda y no contra el autor del contenido.

La Corte Suprema, citando a los Documentos Básicos del IASHR así como a los documentos producidos por la RELE, resuelve que los motores de búsqueda solo pueden ser obligados a remover contenido una vez que toman conocimiento del contenido ilícito y que solo serán responsables si, una vez debidamente notificados, no proceden a remover de forma expedita el contenido denunciado.

El punto que quedó sin resolver, ya que los hechos del caso no lo requerían (no había existido notificación anterior a la demanda judicial), es cual es el estandard para considerar que una notificación es válida para solicitar la remoción y por ende, generar responsabilidad del Intermediario por el incumplimiento. La Corte Suprema, era consciente de la importancia de esta cuestión, pues en ella se debate quien ejercerá de "censor" del contenido, si el Intermediario —un actor privado- o, un Juez — control publico e imparcial de contenidos.

Dado que la cuestión sobre el tipo de notificación requerida para que el Intermediario "tomara conocimiento efectivo" había surgido una y otra vez en los litigios llevados adelante contra los motores de busqueda, la Corte Suprema ofreció una "guía" (así la llamó en el fallo) a modo "obiter dictum". El estandar diseñado por la Corte Suprema distingue los contenidos entre "manifiestamente ilegítimos" – cuya remoción se autorizaría por vía privada- y los "aparentemente ilegítimos" -cuya remoción se autorizaría solo por vía judicial o de autoridad administrativa competente. El estandard es, como se dijo, solo una guía y tiene aspectos que no fueron, evidentemente, analizados en profundidad por la Corte Suprema.

Los supuestos ejemplificativos que enuncia como "manifiestamente ilegítimos"¹⁶ son ambiguos y demasiado amplios, dificilmente podrían superar los estandares del IASHR que, como se demostró supra, exigen orden judicial y desestiman la posibilidad de remoción extra-judicial, excepto para casos muy bien definidos y que se derivarían del tipo de contenido ya prohibido por la Convención. Sería deseable que este confuso estandard fuera corregido en futuros fallos.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios", 28 de octubre de 2014. Disponible en: http://bit.ly/1b4lxAI

¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios", "Son manifiestas las ilicitudes respecto de contenidos dañosos, corno pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de éstos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, corno también los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual. La naturaleza ilícita -civil o penalde estos contenidos es palmaria y resulta directamente de consultar la página señalada en una comunicación fehaciente del damnificado o, según el caso, de cualquier persona, sin requerir ninguna otra valoración ni esclarecimiento." para.18, Disponible en: http://bit.ly/1b4lxAI.

Fallo de la Corte Constitucional de Colombia en el caso "Sentencia T-277/15", contra Google Inc. y "El Tiempo" 17

El 6 de Julio de 2015, el Tribunal Constitucional de Colombia resolvió un trascendentes caso que, si bien no puede considerarse como "Derecho al Olvido" puro, se acerca a un caso "mixto". Al igual que en el caso Argentino comentado anteriormente, el caso se encuadra como un conflicto entre el "Derecho a la Honra" y el "Derecho a la Libertad de Expresión". Es decir, se resuelve no como un caso de protección de Datos Personales sino de protección de la Privacidad (con la particularidad de que su resultado podría aplicarse a un futuro caso de protección de datos en que la demandada no fuera un medio periodístico).

En el caso, una persona afectada por la publicación de su presunta participación en un delito, del que nunca fue sobreseída porque finalmente prescribió la causa, solicita que se remueva ese contenido desactualizado ya que le impide continuar con su vida normal. Dirige la demanda tanto contra el periódico "El Tiempo" que originariamente publicó la noticia como contra el motor de búsqueda que la indexa.

El fallo garantiza a la demandante el derecho a obtener por parte del periódico una actualización de la noticia y la eliminación de la noticia desactualizada. Para ello, considera que la medida menos restrictiva de la libertad de expresión es obligar al periódico El Tiempo a aplicar el software robot.txt para desindexar la información desactualizada o incompleta.

En relación con los Inte<mark>rmediari</mark>os de Internet, el fallo cit<mark>a</mark> expresamente a la Decla<mark>ración</mark> Conjunta de Libertad de Expresión e Internet (2011) de la RELE y resuelve que:

"Imponer responsabilidades a los intermediarios de Internet por los contenidos transmitidos limitaría de forma importante la difusión de ideas por este medio de comunicación, pues les daría el poder para regular el flujo de información en la red. En cuanto a quienes generan la información, la Relatoría para la Libertad de Prensa ha indicado que las responsabilidades ulteriores solamente pueden ser impuestas a los autores de lo expresado en internet, es decir, a quienes son directamente responsables de la expresión ofensiva."

De acuerdo con esto, exime a Google del deber de realizar actividad alguna en relación con el contenido publicado por el periódico, interpretando que si el motor de búsqueda no lo genera, no pude requerírsele que intervenga.

Proyectos de Ley presentados ant<mark>e el Congreso Arg</mark>entina para regular la responsabilidad de los Intermedia<mark>rios de Internet</mark> y la remoción de contenido.

Actualmente, se han identificado 5 Proyectos presentados ante el Honorable Congreso de la Nación, regulando distintas modalidades de mecanismos de remoción de contenido. De estos Proyectos solo uno estuvo activo y fue debatido sin que el debate concluyera durante el período 2015..

Los Proyectos que se reseñan, demuestran en mayor o menor medida, el poco conocimiento o apego de los legisladores a los mandatos del IASHR ya que ninguno cumple con los estándares en todos sus aspectos. También demuestran la influencia directa del fallo "Costeja" ya que 3 de los Proyectos fueron presentados inmediatamente luego de dicho fallo. Los otros, en cierta forma responden al fallo de la Corte Suprema de la Nación Argentina en el caso "Rodriguez, María Belén".

A) Ante el Honorable Senado de la Nación se encuentran presentados dos proyectos (Proyecto 444/15 y Proyecto 1865/15) que, de distinta forma, regulan la remoción de contenido y la responsabilidad de los motores de búsqueda. El primero propone modificar la ley de Protección de Datos Personales y recepta los parámetros del fallo "Costeja". Es decir, se asignaría a una autoridad no judicial la decision sobre estos contenidos. Dentro del Sistema Interamericano no ha sido resuelto qué se considera "necesario y proporcional" en relación con la eliminación de resultados de búsqueda, simplemente por contener datos personales desactualizados o incompletos. No se ha probado que esa sea la medida menos restrictiva de la libertad de expresión. El segundo fue Este Proyecto fue debatido durante el año 2015 y

¹⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia t-277-15, 6 de Julio de 2015, Disponible en: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-277-15.htm

podría continuar la discusión en el 2016. Básicamente recepta el estandard propuesto por el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina "Rodriguez, Maria Belen c/ Google" comentado más arriba. Sin embargo, la categoría de "contenido manifiestamente ilegítimo", y en particular los supuestos que se incluyeron en la misma, difícilmente lograrían pasar el test de proporcionalidad y necesidad.

B) Por su parte, la *Honorable Cámara de Diputados de la Nación* Argentina ha presentado al menos 3 Proyectos de Ley, dos de ellos conteniendo expresamente el nombre "Derecho al Olvido". Ninguno ha tenido tratamiento hasta la fecha (**Proyecto 4388-D-2015** que propone crear el "Habeas Internet, Derecho al Olvido", **Proyecto 8372-D-2014** que pretende consagrar el "Derecho a la eliminación de Datos Personales en Internet, y el **Proyecto 7989-D-2014** que se titula "Derecho al Olvido". Todos proponen un mecanismo de remoción privada de contenido por lo cual no cumplen con los estándares del IASHR.

En conclusión, cualquier regulación del Estado que proponga mecanismos privados de remoción de contenidos en Internet o que imponga responsabilidad de tipo objetiva a los Intermediarios correrá el serio riesgo de vulnerar los estándares de protección de la libertad de expresión del IASHR. Lo expresado arriba no quiere decir que no puedan existir algunos casos excepcionales de contenido prohibido a los que la ley les conceda un mecanismo de remoción extra-judicial.

Por el contrario, como buenos ejemplos regulatorios de la responsabilidad de los Intermediarios, puede citarse la Ley de Propiedad Intelectual de Chile¹⁸, reformada en el año 2010 que dispone de un mecanismo de bajada de contenido con orden judicial, y el Marco Civil de Internet de Brasil¹⁹, que declara inmunes a los ISP y a los proveedores de aplicaciones los somete a un procedimiento de inmunidad condicionada, sujeto al cumplimiento de una orden judicial. Contiene dos excepciones: la Propiedad Intelectual (que se regirá por su propio mecanismo) y la publicación de imagines intimas sin consentimiento del titular de la imagen.

PARTE II

La remoción de contenido de acuerdo a los Términos y Condiciones de los Intermediarios de Internet.

El IASHR es un sistema que impone a los Estados la obligación de respetar y de hacer que se respeten los derechos humanos. En el caso puntual de la libertad de expresión, dada su trascendencia para la vida democrática y el desarrollo de los individuos, la IACHR, a través de sus documentos, ha avanzado sobre la actividad de los Estados respecto de privados susceptible de restringir éste derecho.

En el Annual Report: Freedom of Expression and the Internet²⁰, la RELE sostiene que:

"111. Intermediaries must thus keep their activities from provoking or helping to provoke negative consequences on the right to freedom of expression. So, for example, the adoption of voluntary measures by intermediaries that restrict the freedom of expression of the users of their services—for example, by moderating user-generated content—can only be considered legitimate when those restrictions do not arbitrarily hinder or impede a person's opportunity for expression on the Internet.

Private actors must also establish and implement service conditions that are transparent, clear, accessible, and consistent with international human rights standards and principles, including the

http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933&buscar=Propiedad+Intelectual

http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12965.htm

Traducción al inglés: https://www.publicknowledge.org/assets/uploads/documents/APPROVED-MARCO-CIVIL-MAY-2014.pdf

¹⁸ **"Ley 17.366 de Propiedad Intelectual".** 2 de Octubre de 1970, última reforma de 4 de Mayo de 2010

^{19 &}quot;Marco Civil da Internet". 23 de Abril de 2014, Original en portugués:

²⁰ Citado más arriba.

conditions that might give rise to infringements of users' rights to freedom of expression or privacy. Companies must seek to ensure that any restriction derived from the application of the terms of service does not unlawfully or disproportionately restrict the right to freedom of expression."

En principio, los actores privados no tienen las mismas limitaciones que el Estado en relación con la supresión de contenido generado por los usuarios. Es decir, los Intermediarios pueden diseñar su producto para que por allí circule el contenido que consideren conveniente (con la importantisima excepción del servicio de transporte que brindan los ISP, sometidos a la neutralidad de la red).

En este marco, los Intermediarios imponen en sus Términos y Condiciones prohibiciones a la publicación de determinado tipo de contenido, sea en cumplimiento de una ley, por razones comerciales y muchas veces, respondiendo a la presión de los usuarios, como por ejemplo en los casos de "pornografía de venganza" o en el más controvertido de las bromas bloqueadas de Twitter por cuestiones de propiedad intelectual.

Es importante considerar que tan alineada o desalineada se encuentra una política de Términos y Condiciones en relación con las reglas de protección de la libertad de expresión. Esto es particularmente importante por dos motivos: en primer lugar, al Intermediario no se le exige realizar ningún balance de derechos para permitirle restringir contenido; es decir, no necesariamente la limitación a la circulación de contenido responde a preservar otro derecho fundamental. Además, la globalización de los servicios hace que los Términos y Condiciones acaben modelando en cierta forma el discurso global. Esto ultimo es relevante dado que las empresas intermediarias de alcance global formulan sus políticas siguiendo la legislación de origen, es decir, Estados Unidos, país que no ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos.

Para conocer el real impacto de los Términos y Condiciones de los Intermediarios en la circulación de contenido en Internet, es interesante relevar que tipo de contenido remueven. Dejaremos de lado en este trabajo el servicio de transporte de datos, que si bien facilita la publicación, y por tanto su bloqueo genera problemas de libertad de expresión, tiene particularidades distintas a las de los servicios que pueden conocer el tipo de contenido publicado por los usuarios, aun cuando no participen en su generación.

Análisis Empírico de los Términos y Condiciones

A fin de conocer las políticas y prácticas implementadas por los proveedores de servicios de Intermediarios en Internet, en relación con la remoción de contenidos generados por usuarios, el CELE encuestó a varias empresas.

De las empresas encuestadas²¹, solo respondió una empresa local que provee almacenamiento de contenido en cuentas de usuarios, y una red social que remitió a sus políticas ya publicadas sin responder específicamente a las preguntas. Por ello, el CELE no podrá conocer las prácticas reales del mercado y deberá confiar en que estas empresas del sector privado hacen aquello que indican en sus politicas.

El problema <mark>con</mark> los Intermediarios <mark>no</mark> es tal vez la ex<mark>ten</mark>sión del conten<mark>ido</mark> que autorizan a remover sino a quien y como se evalúa. Es d<mark>ec</mark>ir, mientras más <mark>am</mark>plia es la lista de contenidos, más amplia la lista de legitimados mayor peligro para la libertad de expresión.

Se destaca que el usuario es siempre el dueño de los contenidos que publica, por lo cual no está nunca limitada la remoción de contenido por el propio usuario (en la medida de lo técnicamente posible). La cuestión de libertad de expresión surge en relación con el contenido que la propia plataforma se reserva el derecho de remover o con el contenido que usuarios publicaron sobre terceros (a su vez usuario o no).

Los Intermediarios prohíben a sus usuarios publicar determinado contenido, y las restricciones pueden ser más severas en relación con sus anunciantes. También la mayoría se reserva el derecho discrecional de remover contenido de forma proactiva cuando vulnere la ley o sus propios términos y condiciones.

²¹ Se aclara que no todas las empresas mencionadas en el análisis fueron encuestadas. Algunas sí y otras se incluyeron específicamente para elaborar este capítulo.

Los Términos y Condiciones son largos y muchas veces es difícil obtener un panorama completo de todo el contenido que puede removerse, ya que esta desperdigado en distintas secciones y requiere la lectura de todo el documento por parte del usuario. Es poco probable que esto ocurra, por lo cual es fácil que un usuario pueda cometer una infracción que autorizaría a la remoción del material o la suspensión de la cuenta.

Las estructuras de los Términos y Condiciones de los Intermediarios mas sofisticados son por supuesto, diferentes, pero se parecen en que proponen secciones para regular la conducta y los contenidos de los usuarios. Es decir, el contenido "prohibido" literalmente se limita a una serie de casos taxativos, pero luego los Términos y Condiciones proponen "Community Standars", "Statements of Rights and Responsabilities" y esto amplía substancialmente el campo del contenido que finalmente puede ser removido.

El contenido que las empresas Intermediarias potencialmente podrían remover excede ampliamente la protección de los datos personales, esto es, el alcance del "derecho al olvido". Llamativamente, esta causal ni siquiera aparece en la mayoría de los Términos y Condiciones, dado que no es un derecho reconocido por la legislación de los Estados Unidos, país de origen de los Intermediarios con alcance global.

Es interesante que **solo una de las empresas intermediarias analizadas, Twitter, recepta expresamente algo similar al derecho al olvido, al que inteligentemente llama "contenido retenido por un país",** refiriéndose a aquel contenido que, por cualquier motivo, un país especifico ha ordenado remover o bloquear. También es destacable que todas, desde la más permisiva hasta la más restrictiva han receptado expresamente el supuesto de "pornografía de venganza" o "pornografía involuntaria", que consiste básicamente en la publicación de imágenes de desnudo o de escenas sexuales sin consentimiento del titular de la imagen.

También es importante considerar que los usuarios aceptan los Términos y Condiciones, y por tanto aceptan que pueden publicar y que no, pero también qué pueden publicar terceros sobre ellos. Esto limita en cierta forma su capacidad para realizar solicitudes de remoción (distinto es tal vez el caso de quien solicita la remoción de cierto contenido no siendo usuario del servicio en cuestión). Es interesante determinar que predomina en este caso. No obstante, por ejemplo en Argentina, la ley 25.326 de Protección de Datos Personales es de orden publico.

Por ultimo, respecto de la preservación de la libertad de expresión, debe considerarse que no es lo mismo la información "desindexada" de un buscador, que la información removida de otro tipo de servicios, de los cuales realmente puede ser eliminada.

Facebook

A grandes rasgos, Facebook descr<mark>ibe</mark> "contenido pro<mark>hibi</mark>do", "conducta<mark>s p</mark>rohibidas" y "Community Standards". Todo ello representa un universo muy amplio de contenido susceptible de ser removido.

El "FB statement of Righst and Responsabilities" de los usuarios autoriza la remoción de contenido por parte de FB, sin necesidad de reclamos de otro usuario, ante la mera violación de estas obligaciones dispuestas unilateralmente, pero aceptadas por los usuarios al momento de obtener su cuenta de usuario. Estas obligaciones impiden la publicación de determinado contenido y por otro lado imponen una determinada conducta a los usuarios, lo que excede el ámbito del "speech".

Facebook hace una buena descripción de los casos de contenido no autorizado, así como de las excepciones. Los casos están definidos ampliamente, por lo cual el alcance del contenido potencialmente removible también es amplio. También aclara expresamente los casos en que un tipo de contenido puede dar lugar a que la empresa activamente notifique al law enforcement o a que preste colaboración. Facebook exige a sus usuarios que se identifiquen, por lo cual las posibilidades de ejercicio de la libertad de expresión de forma anónima se reducen. Es decir, alguien puede crear perfiles falsos, pero eso autoriza al cierre de la cuenta, por lo que en principio el discurso anonimo no está permitido.

1) Contenido Prohibido: a) bully, intimidate, or harass any user; b) It is hate speech, threatening, or pornographic; incites violence; or contains nudity or graphic or gratuitous violence; c) It is not

appropriate considering age-based restrictions for alcohol, dating and mature contentit infringes or violates someone else's rights or otherwise violates the law; d) contains identification documents or sensitive financial information

2) Conductas Prohibidas: Facebook prohibe "to do anything unlawful, misleading, malicious, or discriminatory" y se reserva el derecho de "remove any content or information you post on Facebook if we believe that it violates this Statement or our policies.".

Como mecanismo para garantizarse el cumplimiento de estas obligaciones relativas al contenido y a la conducta de sus usuarios, al usar el servicio "Facebook users must provide their real names and information".

3) "Community Standars" en relación con el contenido. El Usuario no puede publicar el siguiente tipo de contenido: a) Physical Harm or direct threats to public safety. En este caso, FB se reserva el derecho de "remove content, disable accounts, and work with law enforcement"; b) Direct Threats; c) Self Injury; d) Dangerous Organizations; e) Bullying and harassment; f) Sexual Violence and exploitation; g) Regulated goods; h) Nudity; i) Hate Speech; j) Violence and graphic content

"FB allow humor, satire, or social commentary related to these topics, and believes that when people use their authentic identity, they are more responsible when they share this kind of commentary. For that reason, we ask that Page owners associate their name and Facebook Profile with any content that is insensitive, even if that content does not violate our policies."

"The consequences for violating the Community Standards vary depending on the severity of the violation and the person's history on Facebook.

Facebook promueve la adopción de soluciones privadas: "We've created tools for you to communicate directly with other people when you're unhappy with posts, photos, or other content you see on Facebook."

Twitter

Esta red social es la única de las analizadas que ha abordado directamente la problemática del "Derecho al Olvido", sin llamarla por ese nombre, afortunadamente. Obviamente excluyendo a Google Inc. que, al menos para Europa, debe disponer de un formulario específico a tal fin.

De forma inteligente, ya que transmite acabadamente el impacto de las medidas restrictivas de contenido ordenadas por un país, llama a esta situacion "Country Withheld Content"²² y desarrolla una políticas específica al respecto.

Twitter informa que que en caso de "Country Withheld Content" responde a este tipo de órdenes de forma "reactiva", que notificará al usuario afectado y enviará la información a Chilling Effects²³. Finaliza dicha política con un contundente "We strongly believe that the open and free exchange of information has a positive global impact, and that the Tweets must continue to flow."

Otra política inteligente de Twitter es establecer en sus Términos y Condiciones (lo cual en prinicipio sería vinculante para todos los usuarios, aún los que pretender remover contenido), que "Si el contenido ha sido publicado con anterioridad en la web no sera removido".

²² Twitter Te<mark>rm</mark>s and Conditions: "Country Withhel<mark>d C</mark>ontent Policy": If you have encountered a Tweet or an account that has been marked as withheld, you may be wondering what that means and why that may have happened. With hundreds of millions of Tweets posted every day around the world, our goal is to respect our users' expression, while also taking into consideration applicable local laws. Many countries, including the United States, have laws that may apply to Tweets and/or Twitter account content. In our continuing effort to make our services available to users everywhere, if we receive a valid and properly scoped request from an authorized entity, it may be necessary to reactively withhold access to certain content in a particular country from time to time. We have found that transparency is vital to freedom of expression. Upon receipt of requests to withhold content, we will promptly notify affected users unless we believe we are legally prohibited from doing so (for example, if we receive an order under seal). We also clearly indicate within the product when content has been withheld. And, we have expanded our partnership with Chilling Effects to publish not only DMCA notifications but also requests to withhold content -unless, similar to our practice of notifying users, we are legally prohibited from doing so. We strongly believe that the open and free exchange of information has a positive global impact, and that the Tweets must continue to flow."

²³ Chilling Effects Project

Twitter ha diseñado sus Términos y Condiciones alrededor de "Políticas". Existe una "Política General" y varias "Políticas" según el tema o contenido de que se trate, por ejemplo: "Abusive Behavior Policy" o "Country Witheld Content Policy". Dentro de la "Políticas Generales" se encuentran las "Twitter Rules", que a su vez distingue entre: 1) "Content Boundaries" (es decir, contenido cuya publicación está prohibida): impersonation, private information, violence and threats, y unlauful use; 2) "Abuse": que comprende targeted abuse y graphic content.

Luego, se desarrollan cada una de las "Policies": 1) Abusive behavior Policy: que a su vez comprende Violent Threats, Private Information, Targeted Abuse and Harrassment, Self Harm, Impersonation; 2) Country Witheld Content (it is a smart name for "RTBF"); 3) Child Sexual Explotation Policy; 4) Twitter Media Policy; 5) Parody, Commentary and fan account policy.

Las medidas que adopta Twitter en relación con este tipo de contenido son:

"When a Tweet or account is reported, Twitter may investigate the full account reported, including profile, media and other Tweets." "Offensive content is tolerated as long as it does not violate the Twitter Rules and Terms of Service. If Twitter receive a valid and properly scoped request from an authorized entity, it may be necessary to reactively withhold access to certain content in a particular country from time to time. These limitations comply with legal requirements and make Twitter a better experience for all."

Google Inc. 24

Esta empresa de servicios de indexación en línea es, claramente, la que menos oportunidades de remoción de contenido ofrece.

Google ha establecido una política para "Solicitudes legales de retirada" que practicamente limita los casos a DMCA, a difamación (única opción que está localizada por país) o al cumplimiento de una orden legal.

Es interesante que Google solicita que reclamante inicie tantos reclamos como productos de Google de donde quiera bajar contenido. Esta medida refuerza la protección de la libertad de expresión de quien publico el contenido.

Google se reserva el derecho de revisar el Contenido, pero advierte que eso no quiere decir que lo haga efectivamente.

En el caso particular de las búsquedas en la web, Google distingue entre los pedidos de eliminación por motivos legales de la información que Google resuelve eliminar de acuerdo a sus políticas. En ambos casos la posibilidad de remover contenido es muy limitada.

Eliminación por motivos legales: Google elimina contenido de los resultados de búsqueda en el caso de que incluya: 1) Imágenes de abusos sexuales a menores; 2) en respuesta a solicitudes legales, como notificaciones de infracciones de derechos de autor que cumplan los requisitos de la ley estadounidense de protección de los derechos de autor (Digital Millennium Copyright Act). Google despliega un menu en el que las opciones van limitando y restringiendo a muy pocas posibilidades concretas de remover contenido. Google accedería a eliminar Información personal de los resultados de búsqueda: Números de identificación nacional, Números de cuentas bancarias, Números de tarjeta de crédito, Imágenes de firmas, Imágenes sexualmente explícitas o de desnudos subidas o compartidas sin tu consentimiento. Información que no se suele eliminar: Fecha de nacimiento, Direcciones, Números de teléfono. Google efectúa ciertas preguntas específicas para determinar la posibilidad de "daño", como por ej. "¿Es una foto o un vídeo sexualmente explícito o de un desnudo identificable compartido sin consentimiento?".

En el caso específico del Derecho a Desindexar derivado del caso "Agencia Nacional de Protección de Datos Personales de España c/ Google Inc.", Google dispone de un formulario específico, disponible solo para la Unión Europea. Para completar ese formulario se exige identificación (número de identificación según el país). Esta es una buena medida para evitar fraudes.

²⁴ Google Terms, Disponible en https://support.google.com/legal/answer/3110420?hl=es-419&rd=2, versión vigente al mes de septiembre de 2010.

Google informa al usuario que: "Los resultados de búsqueda de Google reflejan el contenido disponible públicamente en la Web. Los motores de búsqueda no pueden eliminar contenido de la Web directamente. Por lo tanto, el contenido de la Web no se vería afectado por la eliminación de los resultados de búsqueda de Google. Si el usuario desea eliminar algo de la Web, debe ponerse en contacto con el webmaster del sitio en el que se publicó el contenido en cuestión y solicitarle que realice un cambio. Luego de que el contenido se elimine y Google advierta la actualización, la información dejará de aparecer en los resultados de búsqueda de Google. Si tiene que solicitar una eliminación urgente, también puede visitar nuestra página de ayuda para obtener más información." Debe aclararse que la "eliminación urgente" en realidad direcciona a las políticas generales de acuerdo a las cuales, como ya se dijo, la posibilidad cierta de remover contenido es limitadísima.

REDDIT²⁵

Esta plataforma tiene una política muy sencilla.

Informa cual contenido es considerado prohibido: 1) <u>illegal</u>: copyright or trademark infringemen, illegal sexual content, <u>involuntary pornography</u> (tiene la particularidad de referirse a imagenes "tomadas sin consentimiento", que no es lo mismo que "publicadas sin consentimiento"). Dispone de una dirección específica, lo cual es una buena práctica, para así acelerar la remoción. Debe notarse que Reddit no prohibe ese tipo de contenido, contrario a otras plataformas como Facebook, solo lo prohibe si fue realizado sin consentimiento; 2) <u>Encourages or incites violence:</u> no obstante, no prohibe todo tipo de violencia, solo la que incita a dañar a una persona o grupo de personas; 3) <u>Threatens, harasses, or bullies</u> or encourages others to do so; 4) Is **personal** and confidential information (a la que no define) or involves vigilantism; 4) <u>Impersonates</u> someone in a misleading or deceptive manner; 5) <u>spam</u>

REDDIT menciona varias acciones que podrá adopter en relación con el contenido infractor, de las cuales la remoción aparece mencionada anteúltima, es decir, es considerada una medida grave.

Mercado Libre.

Esta es una plataforma que funciona como un Mercado virtual (similar a Ebay). En sus Términos y Condiciones, no prohíbe contenido, sino que prohíbe productos, como por ej.: relacionados con el Nazismo, con el KKK, AL Queda, FARC, videos de crueldad con animales, elementos de tortura, etc.

OLX

Es una plataforma que funciona como un Mercado virtual. Este servicio hace una reserva amplia de poder remover contenido de forma proactiva en la cual es lo mismo "pornografía, obscenidad o material difamatorio", o que sea de "excesiva extensión". Es decir, parece una mezcla entre motivos morales y motivos puramente funcionales del producto. No obstante, detalla algún contenido cuya publicación prohíbe: 1) sea contrario a la ley; 2) sea dañino, ilícito, amenazador, abusivo, acosador, difamatorio, contenidos para adultos, prostitución, pornográfico, pedofilia, relacionado con juegos de azar, difamatorio, que invada la privacidad de otros o que dañe a menores de cualquier forma; 3) acose, degrade, intimide o sea odioso respecto a un individuo o un grupo de individuos por su religión, género, orientación sexual, raza, etnia, edad o discapacidad; 4) imite a otra persona o entidad, incluyendo un empleado, representante o agente de OLX, o que implique una falsa declaración o que de cualquier manera tergiverse la relación del Usuario con una persona o con una entidad; 5) incluya información personal o de identificación de otra persona, sin el consentimiento expreso de la persona mencionada;

Centro de Estudios en Libertad de Expresión RECOMENDACIONES FINALES ormación

Siguiendo la división metodológica con la que se estructuró este informe, efectuaremos algunas recomendaciones tanto para el Estado al momento de regular la remoción de contenidos online, como para el sector privado.

Recomendaciones regulatorias para el Estado

²⁵ Reddit Terms & Conditions https://www.reddit.com/help/contentpolicy

Seguiremos en este punto las acertadas recomendaciones efectuadas por Verónica Ferrari y Daniela, en un Policy Paper recientemente publicado por el Centro de Estudios de Libertad de Expresión, ²⁶"Responsabilidad de Intermediarios y Derecho al Olvido: Aportes para la discusión legislativa en la Argentina" (2015), quienes sugieren:

"A los fines de respetar los derechos humanos en Internet, cualquier **proyecto de legislación** sobre responsabilidad de intermediarios o "derecho al olvido" debería:

- En principio, abordar —dada la complejidad de estos temas— la responsabilidad de los intermediarios mediante una regulación específica y no a través de marcos legales generales.
- No trasladar "soluciones" aplicadas en otros contextos a los proyectos de ley locales. La regulación de Internet debería discutirse a la luz del marco establecido por el sistema interamericano de protección de derechos de derechos humanos.
- Asegurar que las decisiones sobre desindexación, bloqueo y remoción de contenidos estén en manos de una autoridad judicial, y no de organismos privados.
- Adoptar un régimen que otorgue inmunidad a los intermediarios por contenidos generados por terceros y establezca que éstos solo deben obedecer a órdenes de remoción o filtrado de contenidos emanadas de una autoridad judicial. El intermediario podrá ser responsable si incumple dicha orden, pero nunca debe ser responsabilizado por el contenido en sí —salvo que haya modificado o intervenido dicho contenido—.".

Se destaca que estas recomendaciones están en sintonía con la mayoría de los instrumentos internacionales, como por ejemplo, los "Principios de Manila" a los que el CELE adhirió y contribuyó a redactar. ²⁷

Recomendaciones para reforzar la protección de la Libertad de Expresión en los Términos y Condiciones

En primer lugar, siguiendo la enérgica defensa que la IACHR y en particular la RELE realizan sobre el rol de los intermediarios como vehículo incomparable para el ejercicio de la libertad de expresión, la recomendación inicial es que acepten el llamado de la RELE a resistir los intentos de censura de contenido por parte del Estado.

Para esto, los Intermediarios cuentan con las herramientas que la misma RELE les otorgó con sus estándares: exigir que la remoción del contenido provenga de una orden judicial, o al menos de una autoridad con facultades jurisdiccionales y exigir no ser responsabilizados por contenido generado por usuarios a menos que incumplan una orden judicial.

Esta resistencia, obviamente dentro de sus limites legales, debe transparentarse en sus Términos y Condiciones. Para ello, es fundamental que éstos hayan sido meditados y definidos con precisión "quirurgica", a fin de incluir restrictivamente lo que la ley exija y permitir la libre circulación de todo otro contenido.

Para ello, las <mark>ref</mark>erencias a buenas <mark>prácticas, el</mark>aborada<mark>s d</mark>e conformidad <mark>con el IASH</mark>R pueden ser una guía útil. Proponemos las siguientes:

- Disponer dentro de los Términos y Condiciones de una única sección en la que de forma clara y sencilla se citen todos los casos de contenido potencialmente removible, sin tantas distinciones sobre si se trata de una prohibición, una regla o un standard. El usuario debe conocer que contenido la plataforma permitirá que sea removido, sin perjuicio de las ordenes judiciales.
- Aclarar enfáticamente respecto de que tipo de contenidos el Intermediario dará aviso a las autoridades o colaborará con éstas
- No incluir entre los potencialmente removibles, ninguna categoría de contenidos que no pueda definirse detalladamente. El usuario debe poder saber exactamente cuando su contenido está sujeto a esta medida, más aún, cuando se adopta por motivos comerciales y no legales (ej. Desnudez)

²⁶ Disponible en: http://www.palermo.edu/cele/pdf/Policy_Paper_Derecho_al_Olvido.pdf

²⁷ Ver https://www.manilaprinciples.org/

- No aumentar el alcance de una definición ya establecida en la ley local o en Pactos Internacionales si esta ampliación conceptual pudiera ser gravosa para la libertad de expresión, por ej. "Hate Speech".
- Si el tipo de producto lo permite, limitar la remoción de contenido a los casos en que el contenido cuestionado fue publicado originariamente allí y rechazar la remoción si se encuentra publicado en otro sitio de la Internet
- Detallar la política, si la tuviera, de remoción de contenido por "Derecho al Olvido"
- Exigir un reclamo de remoción por producto (excepto órdenes judiciales)
- Localizar las solicitudes de remoción
- Limitar la restricción al anonimato
- Limitar las situaciones de cancelación de cuentas a casos de publicación de contenido delictivo
- Establecer algún acuerdo con alguna entidad académica o del tercer sector, al estilo "Chilling Effects" para transparentar los pedidos de remoción
- Transparentar los casos en que la remoción la realizó la misma plataforma.

