PLATAFORMAS DE INTERNET
Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

El acceso a un recurso judicial efectivo en litigios entre usuarios y plataformas de Internet

Damián M. Loreti,
febrero 2022

FES COMUNICACIÓN

OBSERVACOM
Observatorio Latinoamericano
de Regulación de Medios y Convergencia

FRIEDRICH EBERT STIFTUNG

Damián M. Loreti

Abogado de la Universidad de Buenos Aires (UBA), Doctor en Ciencias de la Información por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Titular Plenario de Derecho a la Información de la Facultad de Ciencias Sociales de la UBA. •

Es una publicación de OBSERVACOM
Observatorio Latinoamericano de Regulación, Medios y Convergencia

Gral. César Díaz 1239/101
Montevideo, Uruguay
www.observacom.org

Con el apoyo del Programa de Medios y Comunicación para América Latina y El Caribe de la Fundación Friedrich-Ebert

FES Comunicación
Calle 71 # 11-90
Bogotá D.C, Colombia
https://fescomunica.fes.de

La Fundación Friedrich Ebert no comparte necesariamente las opiniones vertidas por los autores y las autoras. Este texto puede ser reproducido con previa autorización de la Fundación Friedrich Ebert (FES) si es con un objetivo educativo y sin ánimo de lucro.

Diseño: Valentina Galacio

Sobre licencia CC: https://eva.udelar.edu.uy/pluginfile.php/424842/mod_resource/content/1/licencias_creative_commons.html

RESUMEN

El incremento de conflictos judiciales por actividades que se desarrollan en Internet genera nuevos interrogantes sobre cómo se determina la jurisdicción y la legislación aplicable. La razón principal del problema es que las leyes y reglamentos -cuando no se han creado para cuestiones específicas-, funcionan bajo el supuesto de que las actividades están geográficamente localizadas y, en consecuencia, la ubicación es el criterio para determinar la jurisdicción. Sin embargo, el uso de las redes supera esa previsión histórica. En la medida en que no existen reglas de alcance universal en materia de cómo determinar la jurisdicción cuando se trata de conflictos emergentes del uso del Internet debido a sus alcances deslocalizados, en la jurisprudencia comparada se encuentra un uso alternativo de reglas *online* y de reglas *offline*. En este marco, este artículo busca hacer foco en que la posibilidad de accionar un recurso ante la Justicia como usuario de una plataforma para defender un derecho afectado en este ámbito ve involucrado el respeto y garantía del derecho humano a un recurso judicial efectivo. •

ABSTRACT

The increase in legal disputes over activities that take place on the Internet raises new questions about how the jurisdiction and the applicable legislation are determined. The main reason for the problem is that laws and regulations -when they have not been created for specific issues- operate under the assumption that activities are geographically localized and, consequently, location is the criterion for determining jurisdiction. However, the use of the networks exceeds this historical forecast. To the extent that there are no universally applicable rules on how to determine jurisdiction when dealing with conflicts arising from the use of the Internet due to its delocalized scope, comparative jurisprudence contains an alternative use of online rules and offline rules. In this framework, this article aims to focus on the possibility of filing a judicial appeal as a user of a platform to defend an affected right in this area, concerns the respect and guarantee of the human right to an effective judicial remedy. •

INTRODUCCIÓN

El incremento de conflictos judiciales por actividades que se desarrollan en Internet genera nuevos interrogantes sobre cómo se determina la jurisdicción y la legislación aplicable, incluso cuando ella es "pactada" forzadamente en acuerdos celebrados en los términos de servicio o términos y condiciones de la plataforma o del prestador del servicio. También ello ocurre en los requerimientos de consentimiento de la jurisdicción propuesta por el proveedor del servicio cuando se transforma en un requisito obligatorio para la adhesión, el uso o la apelación de las decisiones que los involucran.

Aún con las reglas propias de los sistemas del derecho anglosajón (*Common law*) y del derecho continental o civil, ambos parecen enfrentar los mismos problemas en materia de jurisdicción en Internet. Sin embargo, al tratarse de situaciones en las que se encuentra involucrada la moderación de contenidos y el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, nos inclinamos a sostener que debe prevalecer la obligación de garantizar el derecho al debido proceso y el acceso a un recurso judicial efectivo, como derechos humanos comprometidos en esta cuestión.

Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, "Corte IDH"), el debido proceso –íntimamente ligado con la noción de justicia–, debe reflejarse en: "(i) un acceso a la justicia no solo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables, (ii) el desarrollo de un juicio justo, y (iii) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa."[1]

Este derecho al debido proceso "no establece el derecho a un recurso" en sí, correspondiente al artículo 25 de la CADH, sino un amplio derecho al acceso a la justicia que regula la manera cómo

1 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. 2014, párr. 109. Corte IDH. Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador. FRC. 2015, párr. 151.

ésta justicia debe impartirse.[2] Este derecho al recurso judicial efectivo, sustancial, es para la Corte IDH "en términos amplios, la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales".[3] Debemos tener particularmente en cuenta que de acuerdo con la Corte IDH, "[n]o pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios".[4]

Como corolario principal, los Estados tienen la obligación internacional de investigar las violaciones a los derechos humanos. De más está decir que la restricción indebida o la censura al derecho de libertad de expresión lo es.[5]

Si bien dicha obligación estatal no se encuentra expresamente establecida en la CADH, ya desde la primera sentencia de fondo en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, la Corte IDH ha señalado que, como consecuencia de la obligación de garantizar, contenida en el artículo 1.1. de la CADH, se encuentran tanto la obligación de investigar como de reparar integralmente. Tales derechos y principios deben ser cumplidos sin posibilidad de apartamiento alguno en virtud de las obligaciones contraídas por los Estados que ratificaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, también, la obligación de control de convencionalidad. •

2 Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. FRC. 2004. Voto parcialmente disidente de la jueza Cecilia Medina Quiroga, párr. 2.

3 Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. EP. 1987, párr. 91.

4 Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, párr. 24.

5 CADH Artículo 13. Libertad de pensamiento y de expresión:
"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.
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: 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.
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." (El destacado es propio).

CRITERIOS GENERALES

En la medida en que no existen reglas de alcance universal en materia de cómo determinar la jurisdicción cuando se trata de conflictos emergentes del uso del Internet, debido a sus alcances deslocalizados tanto entre regiones como entre países, en la jurisprudencia comparada se encuentra un uso alternativo de reglas *online* y de reglas *offline*. En este marco, cabe resaltar que la razón principal de los problemas de regulación de Internet es que las leyes y reglamentos -cuando no se han creado para cuestiones específicas-, funcionan bajo el supuesto de que las actividades están geográficamente localizadas y, en consecuencia, la ubicación es el criterio para determinar la jurisdicción. Sin embargo, el uso de las redes supera esa previsión histórica.

Históricamente, el criterio denominador de la discusión sobre la jurisdicción internacional es la ubicación (puede ser de los hechos, las partes, las propiedades, los contratos, los agravios, etc.). Pero se debe tener presente que existen algunas diferencias entre el derecho público y el derecho privado. Por un lado, en el derecho público prevalece el principio de territorialidad, ya sea en virtud de la actuación del Estado o de la comisión de delitos. En el derecho privado, en cambio, se aplican otros criterios para definir la jurisdicción, tales como la ubicación de la parte demandada, de la responsabilidad civil, de acuerdo a un cumplimiento contractual, la ubicación del registro de la patente o marca registrada y, a veces, el lugar geográfico donde se encuentra el servidor.

Del mismo modo, las reglas en el derecho internacional público suelen estar establecidas por los tratados, convenios o acuerdos internacionales celebrados entre los Estados, bajo los reconocidos principios de libre consentimiento y de la buena fe y la norma "*pacta sunt servanda*". Por su parte, el derecho internacional privado, que regula las disputas internacionales entre personas (por ejemplo, comercio, contratos o difamación), y la jurisdicción puede ser pactada entre las partes.

De esta manera, determinar dónde se deben resolver los conflictos en el derecho internacional privado toma en general mayor relevancia porque impacta sobre:

a. La jurisdicción. Esto es, qué jueces deben intervenir como los jueces naturales de un caso.

b. Las leyes que deben ser aplicadas al caso; sus interpretaciones jurisprudenciales y doctrinas.

c. El reconocimiento y su ejecución. Esto significa que la sentencia extranjera tiene un efecto directo y debe ser cumplida.

Ahora, nos preguntamos si cuando estamos frente a la denuncia de una violación a los derechos humanos, como es el caso de la libertad de expresión, no debería prevalecer el derecho al acceso a un recurso judicial efectivo, asequible e inmediato, por sobre reglas de derecho privado susceptibles de ser "pactadas" o sujetas a adhesión forzosa de un usuario de plataformas.[6]

6 Se interpreta a la adhesión como "forzosa" dado que, si la persona que desea acceder al servicio/plataforma en cuestión no tilda en el casillero para brindar su consentimiento, no podrá acceder ni formular una queja en el caso de, por ejemplo, una apelación.

TEORÍAS APLICADAS EN EL DERECHO COMPARADO

A lo largo de los últimos ochenta años estos interrogantes se han analizado desde múltiples teorías, aún dentro de los mismos centros legales como Estados Unidos o Europa. En términos generales, las circunstancias históricas pesaron sobre quienes regulaban o quienes decidían, y también sobre la vocación de éstos de expandir las reglas propias a otros Estados.

En Estados Unidos se han aplicado, en forma alternativa o sucesiva, reglas como:

- "El test de contactos mínimos", que permitió que alguien no presente en el sitio del juicio no vea afectado sus derechos si mantenía "ciertos contactos mínimos" y ellos permitían concluir que no se afectaban las nociones tradicionales de debido proceso y justicia.
- "El test del aprovechamiento" que establece que no se puede accionar sobre un demandado no residente si solo tiene contactos esporádicos con el sitio.
- "Long-arm statutes" o "los estatutos de largo alcance", aplicados por algunos tribunales para obtener jurisdicción sobre cualquier persona que, aunque no está presente físicamente en el lugar del juicio, lleve adelante negocios dentro del territorio, cometa un acto ilícito dentro del Estado, o cometa un agravio fuera del Estado pero que causa daño dentro del Estado. Este criterio puede ser dejado de lado cuando consideren que no es conveniente, justo o eficaz.

En estos principios se apoyan hoy las leyes y/o los términos de servicio que "exportan" los alcances de las reglas o precedentes jurisprudenciales a los usuarios de redes o plataformas. En particular, en relación con la moderación de contenidos de las plataformas ocurre con la Sección 230 de la Ley de Comunicaciones y con la DMCA (Acta de Copyright Digital del Milenio).

En Europa, por su lado, coexisten legislaciones continentales con las nacionales. Entre las normas europeas más importantes encontramos el Reglamento (CE) Nº 44/2001 relativo a la Competencia Judicial y Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil (Bruselas I). La jurisdicción general se establece basándose en el domicilio del demandado; la especial se aplica a los contratos, en el lugar de cumplimiento de las obligaciones; la exclusiva, corresponde al tribunal acordado por las partes en el contrato. Aún así existe la posibilidad de llevar adelante el juicio en cualquier Estado miembro en casos de daños, delitos o cuasidelitos, a someterse en las cortes del lugar donde el daño ocurrió o pueda haber ocurrido. Por esta razón encontramos casos judiciales contra las empresas de Internet en diversos lugares de la Unión Europea. •

CASOS EMBLEMÁTICOS QUE SENTARON CRITERIOS VINCULADOS CON LA JURISDICCIÓN EN CONFLICTOS EMERGENTES DEL USO DE INTERNET

Los casos más resonantes en materia de determinación de jurisdicción no son contestes en sus resultados, consecuencias y precedentes. En este sentido, cabe referenciar a los dos casos principales que han creado la historia de los debates sobre la jurisdicción en Internet: *Dow Jones & Co. Inc. v Gutnick* en Australia y *Yahoo! Inc. v La Ligue Contre le Racisime et L'Antisemitisme* en Francia y los Estados Unidos.

En el primero, la revista electrónica Barron's (editada en Estados Unidos por Dow Jones) publicó un artículo en el que se difamaba a Gutnick, residente en Victoria, Australia. Éste demandó al editor norteamericano ante los tribunales de su residencia en Australia. Dow Jones alegó que, puesto que la revista se publica en New Jersey, sede del servidor que almacena la revista digital, son los tribunales de este Estado los más apropiados para conocer del caso, obviamente con la intención de someter el caso a la Primera Enmienda. El tribunal de Victoria rechazó tales alegaciones (sentencia de 28 agosto 2001), concluyendo que puesto que la revista era accesible (por subscripción) desde Victoria, la publicación (download) tenía lugar en Victoria; y añadió que, incluso en el caso de que el razonamiento de Dow Jones fuera correcto (y el lugar de publicación fuera el de la sede del servidor, upload, en New Jersey), siempre se ha entendido que en casos de difamación «tradicional», ésta tiene lugar en cualquiera de los países donde se distribuye el material infractor, y no existe motivo alguno para que esta misma regla de jurisdicción no sea también aplicable a los casos de difamación por Internet. El tribunal australiano concluyó «Gutnick

vive en Victoria, tiene aquí su negocio, ... y es aquí donde quiere reivindicar su reputación, puesto que es aquí donde tiene una reputación».

Dow Jones apeló, pero la High Court of Australia confirmó (sentencia de 10 diciembre 2002) la competencia de los tribunales australianos -y la aplicación de la ley australiana-. Finalmente, en el 2004, viendo que la aplicación de la ley y jurisdicción australiana le impedía ganar el caso, Dow Jones accedió a indemnizar a Gutnick.

En el caso Yahoo, en el mes de abril de 2000, la Liga Contra el Racismo y el Antisemitismo (LICRA) y la Unión de Estudiantes Judíos de Francia (UEFJ) advirtieron que en el portal de subastas de www.yahoo.com —accesible directamente a través de la referida dirección y también a través de www.yahoo.fr— se ofrecían objetos y propaganda relacionada con la ideología nazi, conducta constitutiva de delito en Francia. Ambas asociaciones iniciaron el 10 de abril de 2000 un procedimiento contra Yahoo Inc ante el Tribunal de Gran Instancia de París, obteniendo un primer pronunciamiento cautelar el 22 de mayo de ese mismo año., el Tribunal emitió una orden judicial preliminar para que el enlace a la subasta de objetos y el acceso a textos nazis desapareciera del portal imponiendo además la prohibición de que ciudadanos franceses pudieran acceder al sitio.

Yahoo Inc reclamó ante la propia justicia francesa la falta de jurisdicción nacional sino la imposibilidad técnica de impedir que los ciudadanos franceses accedieran directamente —sin enlazar a través de yahoo.fr— al portal yahoo.com en el que se encontraban los artículos y textos nazis el Tribunal de Gran Instancia de París acordó la designación de una comisión de tres expertos a fin de informar sobre la viabilidad de las medidas de prohibición de acceso acordadas por el Tribunal en resolución de mayo de 2000. El Tribunal de Gran Instancia de París ratificó en sentencia, el 20 de noviembre de 2000 la decisión preliminar cautelar adoptada el mes de mayo, otorgando a Yahoo Inc un plazo de tres meses para el cumplimiento de las previsiones acordadas en la resolución de 22 de mayo de 2000. A la vista de la resolución dictada por el Tribunal de Gran Instancia de París, Yahoo! Inc. decidió, en enero de 2001, acudir a la jurisdicción norteamericana impugnando la decisión de inaplicabilidad en Estados Unidos de las disposiciones acordadas contra Yahoo Inc por la justicia francesa.

La argumentación se sostuvo en que, en Estados Unidos, a) los proveedores de servicios no son responsables de los contenidos publicados

en los portales; b) La venta online de artículos nazis no es delito en Estados Unidos, estando amparada por el derecho a la libertad de expresión consagrado en la primera enmienda de la Constitución de los Estados Unidos; y c) Los tribunales franceses no son competentes para conocer y juzgar hechos originados en Estados Unidos, imputables a personas físicas o jurídicas de hechos originados en Estados Unidos, imputables a personas físicas o jurídicas de nacionalidad norteamericana y considerados legales en su territorio nacional. En síntesis, la demandada entendía que legislación francesa no era aplicable a las actuaciones desarrolladas por Yahoo Inc, por más que sus espacios web fueran accesibles a través del portal www.yahoo.com. En primera instancia, el juez federal, sin cuestionar los fundamentos de fondo de la decisión de la jurisdicción francesa, dio la razón a Yahoo Inc en el sentido de declarar la inaplicabilidad de la resolución del Tribunal de Gran Instancia de París en los Estados Unidos.

El problema principal se centraba en determinar el derecho aplicable —y consiguientemente la jurisdicción competente— en casos controvertidos de libertad de expresión ejercida por ciudadanos norteamericanos desde Estados Unidos a través de Internet, cuando entrara en colisión con otros ordenamientos jurídicos. El juez federal de primera instancia entendió que la protección a la libertad de expresión consagrada en la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana no resultaba compatible con el cumplimiento de la orden francesa en el territorio de los Estados Unidos, esto es, con la primacía del Derecho francés.

La sentencia del tribunal de primera instancia fue apelada por LICRA y UEFJ. Tras una primera resolución de la apelación, dictada el 23 de agosto de 2004, confirmando la sentencia de primera instancia, una segunda sentencia dictada por el tribunal del noveno circuito de apelaciones de California cambiaría la doctrina de las resoluciones precedentes —aunque no las consecuencias finales— al entender que desde el inicio del procedimiento en los Estados Unidos existió un defecto de legitimación pasiva, radicado en la imposibilidad de ejercer la jurisdicción nacional contra las dos asociaciones que en ningún caso habían acudido a la jurisdicción norteamericana, concluyendo que la justicia de Estados Unidos carecía de jurisdicción sobre las decisiones adoptadas por la jurisdicción francesa en el ejercicio de sus competencias. Así entonces quedó firme la resolución de la justicia francesa.

Por otra parte, también han tomado relevancia los llamados “test de Zippo” y “test de Calder” (originados por los nombres de los casos).

Ambos se derivan de las doctrinas de contactos mínimos y *long-arm statute* analizados más arriba. El test Zippo, proviene del caso Zippo Mfg Co. v Zippo Dot Com. Inc. en 1996, por una decisión de un tribunal federal Pennsylvania en la que se establece que la determinación de la jurisdicción está sujeta el nivel de interactividad entre el sitio web y el Estado donde está el tribunal. Es decir que la competencia es directamente proporcional a la naturaleza y a la calidad de la actividad comercial en Internet. Por otro lado, el modelo de Calder, también llamado la "test de efectos", se basa en los efectos causados intencionalmente dentro del lugar donde ejerce jurisdicción el tribunal, debido al comportamiento del demandado fuera del mismo para saber si es o no competente en el momento de resolver si interviene al iniciarse el juicio.

El test de Calder ofrece más certeza que Zippo, especialmente en disputas de comercio electrónico; también puede ser usado para establecer la jurisdicción en casos no comerciales, especialmente en los agravios a derechos o lesiones a las personas. Con el fin de establecer los efectos en el ciberespacio, los tribunales pueden considerar si existe una orientación u objetivo específico hacia alguien en la Internet (tales como el uso de un lenguaje específico, la moneda o la nacionalidad, el uso del dominio del país o similares).

Otras teorías sobre la jurisdicción que se reconocen en la jurisprudencia con la que cuenta el demandante a la hora de iniciar un procedimiento contra el causante de un ilícito a través de Internet son:

- Prórroga de jurisdicción pactada o por adhesión
- Domicilio del demandado
- Lugar del acto causal; cabe preguntarse cuál es el lugar donde se produce el hecho generador del daño cuando este ocurre en Internet
- Domicilio del actor
- Centro de gravedad del conflicto, es decir lugar en cuyo territorio los efectos del hecho litigioso manifiestan relevancia y al mismo tiempo, el afectado tiene su "centro de intereses".

Lamentablemente, ninguna de las teorías en boga se apoya en que debe privilegiarse aquella jurisdicción en la que el derecho al recurso judicial efectivo sea más accesible a la víctima del ilícito. •

ACUERDOS DE COMPETENCIA EN LOS TÉRMINOS DE SERVICIO DE LAS PLATAFORMAS

Sentados tales antecedentes, previo a considerar los de la región que se han podido verificar, quisiéramos recordar a qué propuestas de "acuerdos de competencia" nos exponemos con el uso de las plataformas, a causa de los términos de servicio (en adelante, "TdS"). La posibilidad de accionar un recurso ante la Justicia como usuario de una plataforma para defender un derecho afectado por la plataforma encuentra un primer escollo referido a la jurisdicción; es decir, si puede ejercer la facultad de demandar en su propio lugar de residencia.

La advertencia resulta del contenido de las previsiones obrantes en los TdS cuando las plataformas son destinatarias de reclamos judiciales. Estas reglas, que pueden tener la forma de un contrato privado de adhesión, suelen establecer condiciones como las que se citan a continuación.

Por ejemplo, en el punto 4 de los TdS de Facebook se señala:

> *4. Disputas. Intentamos establecer reglas claras para reducir y, a ser posible, evitar las disputas entre tú y nosotros. No obstante, si surge alguna, es útil saber con antelación dónde se puede resolver y qué leyes se aplican. Si eres consumidor, las leyes del país donde resides se aplicarán a cualquier reclamación, causa o conflicto que inicies contra nosotros y que surja como consecuencia de estas Condiciones o los Productos de Facebook, o en relación con ellos. Asimismo, puedes resolver la reclamación en cualquier tribunal competente del país que tenga jurisdicción. En el resto de los casos, aceptas que las reclamaciones se resuelvan de forma exclusiva en el Tribunal Federal del Distrito Norte de California de los Estados Unidos o en un tribunal estatal ubicado*

en el condado de San Mateo. Asimismo, aceptas someterte a la jurisdicción personal de cualquiera de estos tribunales con el propósito de litigar cualquier reclamación, y aceptas que estas Condiciones, así como cualquier reclamación, se regirán por las leyes del estado de California (independientemente de las disposiciones relativas a conflictos de derecho).

También Google posee similares contemplaciones (por ejemplo, para su red social YouTube) para sus relaciones de contrato con sus usuarios. Veamos:

Solucionar disputas, legislación aplicable y tribunales

Las leyes del estado de California (Estados Unidos) rigen cualquier disputa que se derive de estos términos o esté relacionada con ellos, los términos adicionales específicos de los servicios u otros servicios relacionados, con independencia de las normas de conflicto de leyes. Tanto Google como tú aceptáis someteros a la jurisdicción exclusiva de los tribunales federales o estatales del condado de Santa Clara (California) para solucionar estas disputas.

En la medida en que la legislación local aplicable prohíba resolver ciertas disputas en un tribunal de California, puedes presentarlas ante tus tribunales locales. Asimismo, si la legislación local aplicable prohíbe a tus tribunales locales aplicar la ley de California para resolver las disputas, estas se regirán por la legislación local aplicable de tu país, estado u otro lugar de residencia.[7]

En el caso de servicios de Google donde su uso no requiere forma de contrato previo (como los buscadores de información en Internet), la empresa exige iguales condiciones de aceptar legislación y competencia de Estados Unidos al mismo momento que el usuario presente una apelación contra una decisión de desindexación.[8]

7 Disponible acá

8 Declaraciones juradas: "Doy mi consentimiento a la jurisdicción del Tribunal Federal de Distrito para el distrito judicial en el que resido (o el Distrito Norte de California si mi dirección está fuera de los Estados Unidos), y aceptaré la notificación de la persona que proporcionó la notificación en virtud de la subsección (c)(1)(C) o un agente de dicha persona" *(ver acá) (El asterisco significa que es un campo requerido para poder avanzar en la petición ofrecida por el sistema).

En el caso de Twitter, se señala:

> *Si usted reside fuera de la Unión Europea, de los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA) o del Reino Unido, incluyendo si reside en los Estados Unidos, las leyes del Estado de California, excluyendo sus disposiciones en materia de elección de legislación, regirán estos Términos y cualquier conflicto que surja entre usted y Twitter. Todos los conflictos relativos a estos Términos o a los Servicios se presentarán únicamente ante los tribunales federales o estatales del Condado de San Francisco, California, Estados Unidos, y usted acepta la jurisdicción personal y renuncia a cualquier objeción de foro inapropiado.*

Corresponde tener en cuenta que la suscripción que efectúa cualquier usuario a una red social de Internet constituye un contrato de adhesión en el cual una de las partes fija los términos, condiciones de uso y disposiciones que regirán el contrato y la otra, "el usuario", mediante el ingreso de ciertos datos —"nickname" y "correo electrónico"— accede al sistema del sitio y de esa manera con un simple "click" se perfecciona la celebración del contrato de suscripción a la red social.

Así, en principio, según la empresa demandada, al aceptar las condiciones de uso del sitio el usuario –en su caso el reclamante por una desindexación- consiente la parte con quien suscribe, importando ello una "prórroga de jurisdicción". •

CASOS RELEVANTES EN ESTADOS PARTE DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS

En este apartado, se mencionarán diferentes casos de la región en los que, además de los temas de fondo, se analizó la intervención de los/as jueces/zas locales. Respecto a la cuestión de la prórroga de jurisdicción, cabe mencionar que existen antecedentes de la región latinoamericana por los que dicha "cláusula" debe tenerse por "no escrita" o que se haya hecho lugar a la nulidad, ya que en todos ellos se accedió a la jurisdicción local.

Para el uso de esta hipótesis puede recurrirse a antecedentes, entre otros:

- "L.E.R. c/ Facebook Inc. y otros s/ Incumplimiento de contrato", Expte. 4913/2013. Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de Argentina

- "Quinteros, H.A. c/ F. Argentina SRL / Amparo Ley 16.986", FLP 25923/2017, Cámara Federal de Apelaciones en lo Federal de la Ciudad de La Plata. Argentina

- Processo AC 1018154-59.2020.8.26.0451 SP 1018154-59.2020.8.26.0451, Órgão Julgador 34ª Câmara de Direito Privado Publicação 16 de Agosto de 2021

- Processo AC 1110924-91.2019.8.26.0100 SP 1110924-91.2019.8.26.0100, Órgão Julgador 35ª Câmara de Direito Privado Julgamento 22 de Março de 2021

- Processo AC 70076172949 RS Órgão Julgador Nona Câmara Cível Julgamento 21 de Março de 2018.

Existen, a su vez, otros casos por litigios laborales, como el de Uber en Uruguay en el cual se anuló una cláusula de obligatoriedad de arbitraje porque frustraba el derecho al recurso judicial efectivo.[9] También en Uruguay se dio trámite de un proceso por desindexación contra Google Inc y Google SRL de Argentina, traída al juicio como su administradora regional de negocios.[10]

En México, en el caso "Richter" llevado contra Google Inc., la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) confirmó una sentencia en contra de Google en México que da competencia a jueces mexicanos para juzgar a cualquier empresa con domicilio fuera del país y cuyos actos produzcan efectos en su territorio nacional.[11]

Según lo resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal de la Plata de Argentina, la ratio es que:

> "*...una interpretación como la propiciada por Facebook Argentina constituiría un importante obstáculo –y en ciertas circunstancias, un impedimento absoluto- para garantizar la efectividad de los derechos tutelados por la Constitución Nacional, los tratados y las convenciones internacionales. Constituye un hecho notorio que la notificación de las demandas a sociedades constituidas en el extranjero está rodeada de dificultades que desde antiguo llaman la atención de los tribunales al encontrarse en tensión el derecho de defensa, de un lado, y el derecho a acudir a los tribunales en procura de justicia, por otro, tal como lo revela la dispar jurisprudencia en torno a los arts. 122 y siguientes de la ley de sociedades.... En síntesis, puede sostenerse que: a) las actividades de Facebook Argentina constituyen un considerable aporte económico para el funcionamiento del servicio a través de la publicidad; b) esta tarea supone, al menos en parte, ingresos y actores locales; c) bajo ciertas circunstancias – literalmente, expresan las condiciones del servicio, para combatir las conductas perjudiciales o inapropiadas- ambas sociedades*

9 "Q., E. C/ UBER TECHNOLOGIES URUGUAY S.A. Y OTRO. DEMANDA LABORAL", IUE: 2-3894/2019.

10 "MANHARD, Enrique y otros C/ Google inc. EEUU y otros" I.U.E 22-8/2020.

11 Caso Richter Vs Google, Inc. Suprema Corte de Justicia de México - amparo en revisión 587/2017, 6 de diciembre de 2017.

> *Facebook Argentina y Facebook Inc. intercambian información y d) los usuarios que reclamasen protección judicial para hacer valer sus derechos y, eventualmente, reclamar reparación en caso de violación, enfrentarían las costosas consecuencias d promover un litigio contra una empresa radicada en el extranjero. A la luz de lo expuesto, entonces, cabe rechazar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada*".[12]

Es decir que, en este, como en otros casos, se ha superado la excepción de legitimación de que solo tendría responsabilidad la empresa internacional.[13]

También hay registros de sanciones por parte de autoridades administrativas en aspectos ligados a tratamiento de datos personales.[14]

12 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal de la Plata - Argentina -expediente FLP 7640/2019/CA1 caratulado "C., F. c/ Facebook Argentina SRL s/ Habeas data".

13 Ver asimismo Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de Argentina hizo lugar a un recurso de apelación interpuesto por la actora ("L.E.R. c/ Facebook Inc. y otros s/ Incumplimiento de contrato", Expte. 4913/2013). Allí, la Cámara se apartó de lo dispuesto por el artículo 122 de la Ley General de Sociedades N°19.550 (la "Ley General de Sociedades"), permitiendo correr traslado de la demanda a las sociedades extranjeras – que no poseen un domicilio en Argentina- en un domicilio comercial de su subsidiaria local Facebook Argentina S.R.L., el cual, a su vez, es distinto del de su sede social.

14 Resolución "Giolito c. Google Argentina SRL y Google LLC - EX-2019-84609512- -APNDNP-DP#AAIP" (Agencia de Acceso a la Información Pública de la Argentina).

APLICACIÓN DE LEGISLACIÓN VIGENTE PARA PROTEGER DERECHOS DE USUARIOS

Es importante tomar especialmente en cuenta las legislaciones locales en materia de defensa del consumidor. En algunos casos se incluye como figuras protegidas tanto a consumidores como usuarios de productos o servicios, en relaciones onerosas o gratuitas. De existir estas previsiones, posiblemente, también existan normas protectorias en materia de elección de jurisdicción para el ejercicio de las acciones judiciales.

Asimismo, hay que tener particular cuidado con la definición de consumidor o usuario, en la medida en que las leyes pueden excluir no solo a entidades sino a personas físicas que utilizan los servicios para la prestación o desarrollo de actividades profesionales o liberales. Hay antecedentes en los que la definición de la jurisdicción ha dependido de si se ha litigado contra la empresa local subsidiaria o dependiente de la titular de la plataforma y esta misma, mayormente por cuestiones de responsabilidad por contenidos y daños.[15]

Resta señalar que si se estimara conveniente promover un litigio desde la perspectiva del derecho del consumidor, y luego de verificar que las reglas admiten la protección no solo en casos de consumo oneroso de bienes o servicios, sino también a usuarios de servicios no pagos en forma directa, las reglas específicas más novedosas tienen cláusulas de competencia local que además tornan nulas las cláusulas predispuestas que afectan el derecho de los consumidores/usuarios a litigar en el lugar de prestación del servicio. •

15 Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. y otros/ daños y perjuicios 28 de octubre de 2014 R.522. XLIX de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

CONCLUSIONES

Partiendo del entendimiento que la restricción indebida o la censura al derecho de libertad de expresión es una violación a los derechos humanos que los Estados tienen la obligación de investigar, la posibilidad de accionar un recurso ante la Justicia como usuario para defender un derecho afectado por una plataforma ve involucrado también el respeto y la garantía del derecho humano a un recurso judicial efectivo.

En el debate sobre si la persona afectada puede demandar en su propio lugar de residencia deben prevalecer los estándares del derecho internacional de los derechos humanos con el fin de proteger los derechos fundamentales que se encuentran en juego, por sobre reglas de derecho privado susceptibles de ser "pactadas" o sujetas a adhesión forzosa del usuario de plataformas.

En detalle, en casos en los que se ha admitido la procedencia de los reclamos y acciones judiciales, tanto contra la empresa matriz internacional como contra la representante local, se ha rechazado el planteo de las filiales locales respecto a que no tienen injerencia en las definiciones de políticas o de moderación de contenidos y que su objeto es únicamente de representación comercial.

Aún cuando sea precisa la estipulación de prácticas y procesos, las obligaciones internacionales sobre el respeto y garantía de los derechos humanos establecen que éstos deben ser resguardados, exista o no una norma procesal *ad hoc* para su garantía. •

BIBLIOGRAFÍA

C., F. c/ Facebook Argentina SRL s/ Habeas data, FLP 7640/2019/CA1, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal de La Plata, Argentina.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. 2014, párr. 109. Corte IDH. Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador. FRC. 2015, párr. 151.

Corte IDH. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú. FRC. 2004. Voto parcialmente disidente de la jueza Cecilia Medina Quiroga, párr. 2.

Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. EP. 1987, párr. 91.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, párr. 24.

Giolito c. Google Argentina SRL y Google LLC - EX-2019-84609512--APNDNPDP#AAIP (Agencia de Acceso a la Información Pública de la Argentina).

GutnickvDowJones&CoInc.(2002)77ALJR255.HighCourtofAustralia.

L.E.R. c/ Facebook Inc. y otros s/ Incumplimiento de contrato, Expte. 4913/2013. Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de Argentina.

MANHARD,EnriqueyotrosC/Googleinc.EEUUyotros,I.U.E22-8/2020.

Processo AC 1018154-59.2020.8.26.0451 SP 1018154-59.2020.8.26.0451, Órgão Julgador 34ª Câmara de Direito Privado Publicação 16 de Agosto de 2021.

Processo AC 1110924-91.2019.8.26.0100 SP 1110924-91.2019.8.26.0100, Órgão Julgador 35ª Câmara de Direito Privado Julgamento 22 de Março de 2021.

Processo AC 70076172949 RS Órgão Julgador Nona Câmara Cível Julgamento 21 de Março de 2018.

Richter Vs Google, Inc. Suprema Corte de Justicia de México - amparo en revisión 587/2017, 6 de diciembre de 2017.

Q., E. C/ UBER TECHNOLOGIES URUGUAY S.A. Y OTRO. DEMANDA LABORAL, IUE: 2-3894/2019.

Quinteros, H.A. c/ F. Argentina SRL / Amparo Ley 16.986, FLP 25923/2017, Cámara Federal de Apelaciones en lo Federal de la Ciudad de La Plata, Argentina.
Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. y otros/ daños y perjuicios, 28 de octubre de 2014 R.522.XLIX de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

Yahoo! Inc. v La Ligue Contre le Racisime et L'Antisemitisme, 433 F.3d 1199 (9th Cir. 2006).

Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc., 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997). •

OBSERVACOM