

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE ESTUDIOS EN DERECHO INFORMÁTICO

Comentarios al proyecto de ley que regula las plataformas digitales

Noviembre 2021

Este documento forma parte de los estudios, informes y minutas elaborados por los investigadores e investigadoras del Centro de Estudios en Derecho Informático de la Universidad de Chile, y algunos colaboradores y colaboradoras externas, y tienen por propósito abrir el debate y la conversación pública sobre diversos temas relevantes de la relación entre derecho y tecnología.

Su producción se ha financiado con recursos propios del Centro y sus contenidos han sido elaborados por quienes lo suscriben.

(cc) Algunos derechos reservados

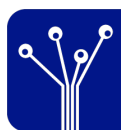
Licencia Creative Commons Atribución - Compartir Igual

<https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>

Comentarios al proyecto de ley que regula las plataformas digitales

ÍNDICE

Presentación	5
Resumen ejecutivo	5
Comentarios desde la perspectiva nacional	7
Comentarios a la exposición de motivos	7
Comentarios a las fuentes.....	10
Comentarios al articulado	11
Objeto de la ley.....	11
Ámbito de aplicación.....	11
Definiciones.....	11
Principios	13
De los Derechos y Obligaciones en el Espacio Digital	14
De la responsabilidad contractual	19
Comentarios desde la perspectiva internacional	22
Una problemática global	22
La experiencia regulatoria de la Unión Europea	23
Las audiencias públicas de las grandes empresas tecnológicas	25
Decisiones destacadas de las agencias de protección de datos contra grandes plataformas tecnológicas	26



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE ESTUDIOS EN DERECHO INFORMÁTICO

El presente documento fue elaborado por el Centro de Estudios en Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, conformado por los profesores Daniel Álvarez Valenzuela, Alberto Cerda Silva y Rodrigo Moya García y los investigadores e investigadoras Michelle Bordachar Benoit, Juan Pablo Hernández Hellriegel, Paloma Herrera Carpintero, Daniela Olivares Rojas, Pablo Trigo Kramcsák, Rodrigo Vargas Acosta, Eduardo Vilches Fuentes y Danielle Zaror Miralles.

Información de contacto

Prof. Daniel Álvarez Valenzuela
Coordinador Académico
dalvarez@derecho.uchile.cl
www.cedi.uchile.cl

Presentación

1. El objetivo de este documento es presentar una opinión técnica al proyecto de ley iniciado en moción de los senadores Girardi, Goic, Coloma, Chahuán y De Urresti, que regula las plataformas de servicios digitales.
2. Este documento fue elaborado y suscrito por la totalidad del equipo de investigación del **Centro de Estudios en Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile**, integrado por los profesores Dr. Alberto Cerda Silva, Mg. Rodrigo Moya García y Dr. (c) Daniel Álvarez Valenzuela, y por las investigadoras Dra. Danielle Zaror Miralles, Mg. Michelle Bordachar Benoit, Paloma Herrera Carpintero y Daniela Olivares Rojas, y los investigadores Dr. (c) Pablo Trigo Kramcsák, Mg. Eduardo Vilches Fuentes, Rodrigo Vargas Acosta y Juan Pablo Hernández.
3. El **CEDI**, es el centro de estudios más antiguo de América Latina y el Caribe especializado en la relación entre derecho y tecnologías digitales. El Centro edita y publica además la Revista Chilena de Derecho y Tecnología, que es la principal y más prestigiosa revista científica de América Latina en su ámbito y forma parte de importantes índices internacionales como Scopus, SciELO Chile, WOS-ESCI, entre otros.
4. Si bien se solicitó formalmente ser invitados a exponer a la Comisión de Desafíos del Futuro, Ciencia, Tecnología e Innovación del Senado, no fuimos considerados en el debate en general de este proyecto de ley.

Resumen Ejecutivo

1. En base a la experiencia analizada **no hay evidencia que permita sostener que el contenido del proyecto de ley pueda tener algún efecto significativo en la operación de las plataformas que pretende regular** (grandes o pequeñas, nacionales o internacionales) y **más bien puede generar riesgos importantes al ejercicio de derechos fundamentales en el entorno digital como la libertad de expresión, el debido proceso y la privacidad.**
2. Que, en efecto, el esquema regulatorio que propone el proyecto, denominado notice and choice, se encuentra superado en otras jurisdicciones e incluso en Chile, donde se ha optado por reglas comprehensivas de privacidad por diseño y por defecto, responsabilidad proactiva y accountability. Así, el hecho que un individuo autorice determinadas operaciones de procesamiento de su información personal **no supone que el responsable de la respectiva base de datos se sustraiga de la responsabilidad que le cabe por tratamientos indebidos.**
3. El proyecto de ley al entregarle tantas responsabilidades a las plataformas de internet, entre ellas la censura de contenidos, **lo único que se consigue es dotar de mayor poder a un actor que, por las condiciones de su estructura, ya goza de esa posición de privilegio.** Las normas propuestas solo agudizan esa asimetría en favor de aquellas organizaciones que se pretende controlar, en desmedro de los actores o empresas de menor tamaño, y de los usuarios.
4. El control de contenidos eventualmente ilícitos o nocivos no puede ser entregado a las plataformas digitales y **debe mantenerse como una atribución**

exclusiva de los tribunales de justicia, tal como se implementó en el caso de eventuales infracciones a los derechos de autor, donde la remoción de contenidos debe ser autorizada por un juez al resolver una medida prejudicial precautoria, conforme dispone la Ley N°17.336. La experiencia comparada demuestra que los riesgos de censura son altos.

5. El proyecto simplifica muchos aspectos relativos a asuntos que se encuentran sistemáticamente desarrollados en otros estatutos, y no logra robustecer esas reglas, al contrario, las relativiza, **como es el caso de las reglas en materia de protección al consumidor o en materia de libertad de expresión.**
6. En el Congreso Nacional se encuentra actualmente en tramitación el proyecto de ley que modifica la **ley de protección de datos personales**, que resuelve de mejor manera algunas de las inquietudes que la moción busca resolver.
7. La evidencia internacional da cuenta que la manera más efectiva de hacerle frente a estas corporaciones tecnológicas es a través de cuerpos normativos robustos y de alcance general, que protejan a la persona en tanto titular de derechos, sin distinguir un estatuto particular, es decir, **se le protege en cuanto a ciudadano titular de derechos y no como consumidor, que es una parte de una relación económica; y que estas normas sean justiciables a través de entidades públicas administrativas e independientes, como las agencias de protección de datos personales.**
8. En mérito de las observaciones de forma y fondo, sugerimos suspender la tramitación del

proyecto de ley e iniciar un trabajo multidisciplinario abierto para apoyar la elaboración de iniciativas parlamentarias que resuelvan los importantes problemas que identifica la moción en análisis, además de avanzar en la discusión y aprobación del proyecto de ley sobre datos personales.

Comentarios desde la perspectiva nacional

Comentarios a la exposición de motivos

- La exposición de motivos del proyecto de ley no logra plantear de manera clara, precisa y estructurada las diferentes materias y problemas que requieren de respuesta regulatoria, incluyendo una referencia precisa a los diversos bienes jurídicos que busca garantizar o los criterios generales de ponderación que guían el balance valorativo entre los distintos derechos fundamentales involucrados.
- De igual manera, el proyecto omite abordar las razones por las cuales nuestra actual regulación (general y sectorial) resulta insuficiente para resguardar adecuadamente los derechos de los usuarios de plataformas digitales y de otros sujetos que pueden verse afectados por ciertas actividades llevadas a cabo a través de Internet. Este problema basal incide directamente en las deficiencias del articulado que el proyecto de ley propone, el que carece de un hilo conductor, un objetivo último, que otorgue cierta unidad argumentativa al texto, sea en cuanto a los bienes jurídicos protegidos, los nuevos derechos que busca establecer o la suficiente identificación/delimitación de los sujetos activos y pasivos de dichos derechos.
- La referencia a una ausencia de regulación adecuada de las plataformas digitales resulta oscura y poco articulada en torno a los

ámbitos que enuncia el proyecto, integrando referencias erróneas al monopolio de la comunicación en base a una fuente bibliográfica que alude al monopolio del comercio electrónico y a una supuesta “disyuntiva” europea ante la regulación/no regulación de las plataformas digitales lo que no da cuenta precisa del marco normativo de la Unión Europea en torno a diversos ámbitos del funcionamiento y convivencia en el ciberespacio, tales como comercio electrónico y mercado único digital, o propiedad intelectual, a través de un modelo regulatorio tradicionalmente horizontal.

- Asimismo, la fundamentación de los motivos que justifican la promoción del proyecto reduce las relaciones en los espacios digitales a una dimensión dual (consumidor-proveedor), unidireccional y contractual, soslayando la realidad presente en el ciberespacio en el marco de la Cuarta Revolución Industrial, esto es, la conjugación de relaciones tripartitas entre los diversos actores de Internet (usuarios, intermediarios y titulares de derechos); multidireccionales y que exceden, por mucho, el ámbito contractual.
- Tal como veremos más adelante, cuando analicemos la experiencia regulatoria de la Unión Europea, el proyecto de ley carece de un enfoque regulatorio apropiado, respecto del cual no es posible advertir la existencia de un análisis suficientemente fundamentado

sobre el estado del arte o el diagnóstico que motiva a este proyecto de ley; las respuestas normativas que los problemas jurídicos que se buscan abordar han tenido en el derecho comparado (teniendo presente, entre otros aspectos, el fuerte componente transfronterizo de algunas plataformas digitales, lo que acentúa el carácter complejo de esta clase de esfuerzos regulatorios); la exposición clara de los diversos bienes jurídicos que pueden verse afectados por la actividad de las plataformas digitales, con especial énfasis en los operadores de gran tamaño y los problemas específicos derivados de la concentración de los mercados digitales; las hipótesis de solución planteadas por el legislador (por ejemplo, la necesidad de incorporar un enfoque basado en riesgos y extensión del daño o en la tutela cooperativa y el equilibrio de intereses en el ámbito de la propiedad intelectual); las eventuales limitaciones que pueden surgir a partir de ciertas consideraciones sustanciales de derecho internacional; o, la propuesta genérica y los resultados esperados de ella para fines de evaluación del proyecto legislativo.

- Más aún, la propuesta carece del mínimo esquema que resulta indispensable en todo proyecto de ley, no solo para su evaluación ex ante y ex post, sino para la tramitación misma, por cuanto la propia Constitución en Chile establece en su artículo 73 que “[e]n ningún caso se admitirán las observaciones

que no tengan relación directa con las ideas matrices o fundamentales del proyecto, a menos que hubieran sido consideradas en el mensaje respectivo”.

- Este déficit hace especialmente difícil llevar a cabo una verdadera evaluación y cumplir con la prescripción constitucional, por cuanto de su tenor, se advierten al menos diez temáticas sobre las que versaría esta iniciativa legal (protección al consumidor, protección de la infancia, protección de personas pertenecientes a grupos vulnerables -distintos de los/as niños/as, libertad de expresión, derecho a la honra, seguridad digital, economía digital, monopolio de las comunicaciones, neutralidad y transparencia), las que son abordadas sin la profundidad que materias de estas características exigen. En este sentido, no se incorpora ningún análisis o evaluación de la forma en que los diversos cuerpos normativos que regulan las referidas temáticas resultan insuficientes para proteger a los individuos frente a aquellos riesgos que se derivan de las actividades de las plataformas digitales.
- Además, se observa que el proyecto de ley tiene un fuerte énfasis en aspectos propios del derecho de protección de los consumidores (lo que puede apreciarse claramente en las definiciones contenidas en su artículo 3º), en especial aquellos vinculados a contratos de adhesión y responsabilidad del proveedor, sin explicitar de qué manera la normativa

actual resulta inadecuada para abordar las peculiaridades o riesgos específicos que se derivan de la actividad de las plataformas digitales en el ámbito del consumo. Por otra parte, se hace referencia al rol que cumplirían las plataformas digitales como “medios de comunicación e información”, para, sobre la base de la relación de consumo que existiría entre los proveedores de plataformas digitales y sus usuarios, regular aspectos relativos al “control de contenidos” o su moderación. Se debe tener presente que dichos aspectos distan de circunscribirse únicamente a las relaciones de consumo, siendo, más bien, multidimensionales desde el punto de vista de los diversos derechos fundamentales involucrados.

- Sorprende el hecho que esta sección del proyecto de ley no hace mención alguna a las actividades de tratamiento de datos personales que tienen lugar en el ámbito de las plataformas digitales, y que constituyen uno de los pilares fundamentales de la economía digital y del modelo de negocios de todas las plataformas que recopilan y almacenan información de los individuos que interactúan en ellas. No hay tampoco una sola mención a la ley vigente en materia de protección de datos personales, Ley N°19.628, sobre Protección de la Vida Privada, ni al proyecto de ley sobre el mismo tema que se encuentra en actual tramitación en el Senado (Boletines Nos. 11.144-07 y 11.092-07 refundidos). Cabe destacar que el

proyecto de ley refundido busca regular de manera comprehensiva y en profundidad la generalidad de las operaciones de tratamiento de datos personales, con un enfoque basado en un conjunto de principios, derechos y obligaciones, cobrando relevancia los principios de finalidad, proporcionalidad, seguridad, transparencia, información, responsabilidad proactiva, y de privacidad por diseño y por defecto, entre otros.

- Así también, preocupa que se deje entrever el ejercicio de controles editoriales sobre las plataformas digitales, lo que, en otros términos, posiciona al legislador en una posición de habilitación de la censura ante derechos fundamentales de idéntico contenido y diversos titulares.
- En conclusión, no existe un correlato entre lo descrito en la exposición de motivos y la respuesta normativa contenida en el articulado de la moción parlamentaria. Puede establecerse que este proyecto de ley, en lugar de complementar los estatutos de protección contemplados en otras normas, contempla un catálogo de reglas que podrían superponerse a categorías jurídicas y derechos ya existentes, pudiendo resultar no solo redundante, sino que también, en ciertos casos, contradictorio, teniendo en cuenta, por ejemplo, las reglas sobre responsabilidad contenidas en el normativa sobre protección

de los consumidores o el nuevo estándar de protección (más comprehensivo y exhaustivo, teniendo especialmente presente la realidad de los tratamientos masivos de datos en los entornos digitales) que contiene el proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales.

Comentarios a las fuentes

- En el texto del mensaje se señala que *“en nuestro país, prácticamente cualquier persona puede acceder a este nuevo espacio digital de interacción, donde pueden crear, controlar, consumir y compartir información a un gran número de personas de una manera impensada para generaciones anteriores”*, citando al Instituto Nacional de Estadísticas (INE) como fuente para sustentar dicha afirmación. Esta frase es parcialmente cierta: no es efectivo que cualquier persona puede acceder a este espacio digital de interacción, pues de los números que entrega el INE se desprende que las conexiones en hogares han aumentado pero ellas aún no llegan al punto de involucrar a *“prácticamente cualquier persona”*. Lo anterior resulta relevante de cara a la adecuada estimación y ponderación del fenómeno que el proyecto de ley pretende abordar.
- La exposición de motivos recurre a un número amplio de hipótesis de vulneración sobre las que no entrega un desarrollo adicional más allá de la expresión de un tema general.

Esa formulación tiene el inconveniente de solapar muchas respuestas que ya existen en el ámbito respectivo desde la perspectiva legal, por ejemplo, en materia de cláusulas contenidas en contratos de adhesión, seguridad del consumo, consentimiento y tratamiento de datos personales, pudiendo obstaculizar la aplicación de dichos estatutos de protección. Por otra parte, en materia de derecho a la honra, cabe destacar que dicho derecho fundamental se encuentra amparado por la acción constitucional de protección, la que se caracteriza por sus reglas tendientes a un ejercicio expedito y sin dilaciones, dependiendo de la Corte de Apelaciones donde se interponga. Este mecanismo constitucional de tutela permite resolver adecuadamente conflictos entre derechos fundamentales (por ejemplo, entre el derecho a la honra y la libertad de información).

- Otro déficit de las fuentes está dado por las citas y notas que sustentan el análisis que sirve de fundamento a la propuesta. Abundan citas a medios de comunicación de diversa índole, que en ocasiones configuran meras opiniones (v.gr. cita N° 5), observándose una carencia de referencias a literatura especializada en las diversas materias abordadas, las que por cierto existen y proveen la densidad necesaria para discutir temas complejos como los que pretende abordar este proyecto.

- En cuanto a la literatura especializada, el trabajo sobre [Responsabilidad de Intermediarios \(2021\) de Al Sur](#), el paper [Internet & Jurisdiction Global Status Report 2019](#), los [Principios de Santa Clara \(2018\)](#) y los [Principios de Manila \(2015\)](#), son antecedentes indispensables para una discusión informada sobre la materia.

Comentarios al articulado

Objeto de la ley

- La descripción del alcance del proyecto de ley autodesigna el “primer marco regulatorio a las plataformas digitales en Chile”. Lo anterior soslaya los cuerpos normativos que, en diversos aspectos, regulan materias relativas a las actividades y derechos involucrados en el desarrollo del modelo de negocio de las plataformas digitales, tales como el Capítulo III del Título IV de la Ley N° 17.336 de Propiedad Intelectual, Ley N° 19.496 que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (v.gr. artículos 12 A y 30), Ley N° 18.168 General de Telecomunicaciones (v.gr. artículo H), entre otros.
- El proyecto de ley, en el artículo 1°, relativo a su objeto, se sirve de una afirmación vaga, por cuanto señala que viene a regular “la situación de las plataformas de servicios digitales en Chile, así como de los usuarios de ellas”. La expresión “situación de las plataformas digitales en Chile” vendría a dar cuenta de un objeto que carece de suficiente especificidad, pudiendo abarcar todas las dimensiones jurídicas de la actividad de las plataformas digitales, de cualquier naturaleza,

en cualquier tiempo, lo que no se corresponde con los elementos presentados en la exposición de motivos.

Ámbito de aplicación

- En lo que dice relación con su ámbito de aplicación, éste también es vago y ambiguo. Concretamente, el artículo 2° del proyecto de ley señala que sus disposiciones se aplican a “aquellas plataformas digitales que direccionan específicamente su contenido al país”. El concepto de “direccionar específicamente contenido al país” no es precisado (especialmente la voz “direccionar”), resultando de difícil interpretación e, incluso, de ejecución, teniendo presente el marcado componente transfronterizo de ciertas plataformas digitales y la eventual aplicación de las instituciones u otros elementos propios del derecho internacional privado. Por otra parte, el concepto de “contenido” -que no es definido por el proyecto de ley- constituye también un término de difícil delimitación, máxime si éste difiere del “servicio digital” que presta o suministra la plataforma.

Definiciones

- Es quizás en este aspecto donde mayores dificultades se observan. En términos generales, los conceptos expuestos en el artículo 3° del proyecto de ley resultan ser, más que abiertos o indeterminados, imprecisos y confusos, dando cuenta de una insuficiente comprensión (o simplificación artificial) del tipo de actividades llevadas a cabo por las diversas plataformas o prestadores de servicios digitales presentes en Internet (así como de la forma como funcionan

y se desenvuelven los distintos actores involucrados en los mercados digitales y en los servicios de Internet), pudiendo resultar, en algunos casos, contradictorios con otros cuerpos legales.

- En particular, respecto al concepto de plataforma digital -que resulta central de cara a los deberes de conducta y responsabilidades que contempla el proyecto de ley, contenido en su artículo 3º letra a)- pueden formularse las siguientes observaciones:

- El concepto es definido de manera excesivamente amplia, por cuanto comprendería, más allá de las plataformas, a cualquier “infraestructura digital” dirigida, genéricamente, al “intercambio de información” entre personas naturales o jurídicas (podría estimarse que cabe dentro de dicha definición, sin más, cualquier intermediario, sitio o servicio digital que permita el ingreso, requerimiento, almacenamiento o transmisión de información de cualquier tipo). Esta definición comprendería, sin ninguna distinción, a las infraestructuras de tipo privado o cerrado, por cuanto no se circunscribe a las plataformas online, respecto de cuya actividad se suscitan los problemas que el proyecto de

ley pretende regular, según se desprende de su exposición de motivos.

- No se realiza ninguna categorización entre los diversos tipos de plataformas o servicios online presentes en los mercados (por ejemplo, entre proveedores que cumplen roles activos y pasivos),¹ lo que permitiría, a su vez, establecer distintos deberes de conducta y responsabilidades, sobre la base de los riesgos que envuelven sus actividades específicas, niveles de control del espacio online, tamaño (por ejemplo, distinción entre empresas de menor tamaño y empresas de gran tamaño) y participación de mercado².
- Por otra parte, la definición, al referirse a aquellas infraestructuras digitales “cuyo propósito es crear, organizar y controlar, por medio de algoritmos y personas”, pareciera circunscribirse a plataformas que, a lo menos en parte, incorporan dentro de sus procesos sistemas de Inteligencia Artificial con algún grado de autonomía, excluyendo así de su ámbito de aplicación a aquellas plataformas que no presentan este componente³. Si bien deben tenerse presente los eventuales problemas que pueden derivarse del uso de sistemas algorítmicos,

1. Moscon, V. (2020). Free Circulation of Information and Online Intermediaries – Replacing One “Value Gap” with Another. IIC 51, pp. 977-982.

2. Cabe hacer presente, además, que los diferentes mecanismos normativos (e incluso de autorregulación) no son extrapolables de un tipo de plataforma a otra, lo que pondría en entredicho aquellas iniciativas que pretenden establecer modelos de regulación unívoca. Así, por ejemplo, respecto a la dificultad de aplicar a las distintas redes sociales modelos únicos de moderación de contenidos, véase Lanza, Edison y Jackson, Matías (2021). Informe “Moderación de contenidos y mecanismos de autorregulación: El Oversight Board de Facebook y sus implicancias para América Latina”, Inter-American Dialogue, texto disponible en <https://www.thedialogue.org/wp-content/uploads/2021/09/Facebook-Oversight-Board-Report-EN.pdf>

3. No nos referiremos en profundidad a las complejidades asociadas a la adecuada regulación del impacto de los modelos de Inteligencia Artificial, materia que está comenzando a ser abordada de manera sistémica a nivel comparado (evidenciándose las primeras aproximaciones regulatorias en las normativas sobre protección de datos personales, a propósito de los tratamientos de datos dirigidos a generar decisiones automatizadas, sin intervención humana significativa). Con todo, deben tenerse presente las dificultades que supone el uso, sin mayores explicaciones, del término “algoritmos”, el que incluiría modelos algorítmicos básicos, que, a nivel técnico, podrían no ser necesariamente considerados como sistemas de Inteligencia Artificial, en vista a su grado de funcionamiento independiente, capacidad para afectar los entornos con los cuales interactúan o potencial para generar decisiones automatizadas.

en particular en lo que respecta a su potencial para amplificar determinados contenidos ilícitos, sesgos o desinformación, estos riesgos no se circunscriben exclusivamente a aquellas actividades que incorporan en sus procesos el uso de este tipo de tecnologías.

- Asimismo, cabe señalar que el proyecto de ley pareciera no excluir de su ámbito de aplicación las plataformas digitales de cualquier tipo administradas por organismos públicos (por ejemplo, el portal Mercado Público), por cuanto la definición de proveedor de plataformas digitales que incorpora (en su artículo 3° letra b) se refiere ampliamente a toda “persona natural o jurídica que ofrece y administra una plataforma digital”.

Principios

- Si bien es cierto que las legislaciones han adoptado la práctica de consagrar en su texto catálogos de principios que permitan ir interpretando la ley conforme transcurre el tiempo⁴ y así ir armonizando sus reglas y llenando vacíos, lo cierto es que ello solo es posible cuando ese catálogo constituye un cuerpo armónico, característica que no está presente en el proyecto de ley en cuestión.
- El primer principio del catálogo es el de la equivalencia del espacio digital y físico. Si dicho principio estuviera bien dotado de un núcleo de contenido, no sería necesario definir, tal y como lo hace este boletín, el concepto de consumidor

digital, pues bastaría la expresión “consumidor” al hacer equivalente sus derechos y obligaciones en ambos entornos como lo plantea el principio. Por otro lado, la misma doctrina (De la Maza) que citan los autores del proyecto de ley señala que las realidades de los contratos de adhesión en papel como en entornos digitales presentan desafíos y dificultades diferentes, de manera que “equiparar los espacios” es una reducción artificial que termina por ignorar los riesgos que hay en una y otra dimensión, y que pueden devenir, paradójicamente, en una desprotección mucho mayor del consumidor porque lo determina a tener “derechos equivalentes, deberes y prohibiciones equivalentes” cuando las variables del entorno digital pueden ser sustancialmente más gravosas. El proyecto recoge de manera equivocada un principio diferente, que es que “los derechos del individuo” del entorno físico son los mismos en el entorno digital, pero no que ambos entornos son iguales, porque no lo son y de ahí las complejidades de plantear una regulación.

Ahora bien, la doctrina civilista en que parece sustenta la necesidad de legislar la “situación de las plataformas digitales” en lo que cataloga como monopolio de comunicación (De la Maza), expresa que las cláusulas abusivas que pudieran estar presentes en los contratos de adhesión o de aceptación en bloque, no provienen de la posición monopólica del proveedor de Internet, sino que de la asimetría de la información en donde el consumidor no puede evaluar, sin embargo

4. Lo que en palabras del profesor Novoa Monreal aporta a la reducción de la brecha de inadecuación entre la norma y la realidad a la que aplica. Novoa Monreal, Eduardo (1968). La renovación del Derecho. Revista de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Concepción (144), p. 12.

destaca las bondades de Internet en términos de que el acceso a la información es más segura, rápida, comparativa, entre otras características.

- El segundo principio, de cumplimiento normativo, resulta redundante en la medida que cualquier actividad humana que se desarrolle en territorio nacional debe ajustarse al ordenamiento jurídico vigente, en este caso de Chile, de manera que su sola mención no tiene relevancia regulatoria, lo que se puede probar con el contrafactual que, si se elimina ese principio, sería igualmente exigible pedir el cumplimiento normativo en caso que las acciones de la plataforma constituyan una vulneración a la normativa chilena. El principio es idéntico a señalar que el cumplimiento de la ley es obligatorio, prescindiendo de una propiedad inherente a la norma jurídica (normatividad del Derecho).
- El tercer principio, de universalidad de acceso, además no ser suficientemente explicado, podría carecer de racionalidad económica, pues muchas plataformas solo permiten una interacción en la medida que exista una contraprestación económica (por ejemplo, los servicios de contenido de *streaming*). Pedir una garantía de acceso resulta inapropiado considerando la diversidad de plataformas existentes, así como también pedir calidad, cuestión que, además de no ser adecuadamente definida, puede no

depender necesariamente de los propietarios de la plataforma sino de los proveedores de servicios de acceso a Internet o consideraciones relativas a la capacidad de pago del consumidor o de ubicación geográfica⁵.

De los Derechos y Obligaciones en el Espacio Digital

- **Derecho a la neutralidad de las plataformas digitales (artículo 5º):** incluye componentes de cumplimiento normativo y aspectos de acceso/tráfico, los que no dependen necesariamente de las plataformas digitales que el proyecto de ley busca regular. En definitiva, esta disposición confundiría el concepto de neutralidad entendido como igualdad en el tráfico de datos -aspecto regulado en la Ley N°20.453, que consagra el principio de neutralidad en la red para los consumidores y usuarios de Internet- con la neutralidad respecto de los contenidos, sugiriendo una especie de deber de *must-carry* por parte de las plataformas⁶.
- **Derecho a la libertad de expresión digital (artículo 6º):** este derecho se traduciría en la imposibilidad de eliminar contenidos, salvo “que puedan considerarse civilmente injuriosos, calumniosos, constitutivos de amenazas, que constituyan delitos tipificados por otros cuerpos jurídicos o que inciten a cometer un crimen”. Resulta problemático que el texto propuesto no establezca si esta ponderación o “consideración” constituye una evaluación que debe realizar a *priori* y discrecionalmente el

5. Así, por ejemplo, ocurre con el artículo 24 K de la Ley N°18.168, general de telecomunicaciones, el cual prescribe que los “proveedores de acceso a Internet deberán garantizar un porcentaje de las velocidades promedio de acceso, para los distintos tramos horarios de mayor y menor congestión, ofrecidas en sus diferentes planes comerciales [...]” e incluso obliga a la dictación de una norma técnica que permita medir el cumplimiento de tal obligación.

6. A mayor abundamiento, el mandato que pretende incluirse en el diseño de las plataformas digitales en términos del artículo 5º del proyecto podría resultar atentatorio contra la libertad consagrada en el artículo 19 N° 21 de la Constitución, en la medida en que un modelo de negocio de Internet podría verse proscrito en cuanto su diseño sea no neutral en los contenidos que gestionan, sino que dirigido a un sector muy específico de la población según gustos, orientación sexual, etc. (v.gr. aplicaciones de citas para personas homosexuales), lo cual conduciría a sostener que todo contenido debe ser “dirigido” a todas las personas.

proveedor de la plataforma, más teniendo presente que el proyecto dispone que los proveedores son responsables “por no haber actuado con diligencia para bloquear o retirar contenido cuando tengan conocimiento efectivo de que es ilícito”.

A mayor abundamiento, a propósito de la discusión relativa a la responsabilidad de los intermediarios de contenidos digitales por los daños provocados por los usuarios de Internet a terceros, en el ámbito comparado se ha promovido, en gran medida, la diferenciación de la categoría de intermediario de que se trate a fin de determinar el criterio a aplicar sobre la prevalencia de la libertad de expresión (por ejemplo, en el caso de los Estados Unidos, debe tenerse presente que este derecho se encuentra contenido en la Primera Enmienda de su Constitución) en relación a otros bienes jurídicos en juego y, especialmente a propósito de la vinculación existente entre la libertad de expresión y el derecho al acceso a Internet, considerando que situaciones de afectación no pueden ser medidas de idéntica manera respecto de un intermediario de acceso a Internet y/o de un intermediario de acceso masivo a contenidos digitales, como YouTube.⁷

Teniendo presente la vaguedad de los conceptos contenidos en el proyecto, el ideal de conducta que el proyecto pretende imponer a los proveedores de plataformas digitales tendería a acentuar los mecanismos extrajudiciales y privados de control de los entornos digitales, incentivando no solo la remoción preventiva en Internet de contenidos que

la propia plataforma sospeche que revisten (incluso con una baja intensidad) el carácter de ilícitos (lo que podría implicar prácticas constitutivas de censura previa), sino que también una búsqueda proactiva de dichos contenidos, sirviéndose de ayudas tecnológicas automatizadas como las denominadas *automated content moderation tools*.⁸ El uso de estas herramientas de moderación de contenidos trae aparejado los riesgos que se derivan de la implementación de sistemas de Inteligencia Artificial que operan sin mayor supervisión humana, especialmente en cuanto a amplificación de sesgos, falta de transparencia, opacidad y a la recopilación y tratamiento masivo de datos personales de los usuarios (incluyendo gran cantidad de metadatos, junto con información concerniente a sus hábitos personales de conducta en los espacios digitales).

Es importante recordar que la única regla de responsabilidad respecto a los proveedores de servicio en Internet que existe en la actualidad en Chile es la norma de limitación de responsabilidad en casos de contenidos protegidos por derechos de autor, la cual requiere el establecimiento de mecanismos de notificación judicial y retiro de contenidos respecto de los proveedores de servicios de alojamiento y búsqueda de contenidos. Establecer una norma tan vaga en su alcance como la propuesta por el proyecto, que propone deberes proactivos de la plataforma para la eliminación de contenidos, resultaría en un exceso de cautela y en el aumento de “falsos positivos”.

7. Roundtable (2019). Section 512 Study Roundtable. Texto disponible en https://www.copyright.gov/policy/section512/public-roundtable/transcript_04-08-2019.pdf

8. Véase Gillespie T. (2020). Content moderation, AI, and the question of scale. *Big Data & Society*. doi:10.1177/2053951720943234. Cabe señalar que la identificación proactiva y la eliminación automatizada de los contenidos generados por los usuarios de plataformas online plantean problemas que van más allá de la exactitud y la amplitud de estos procesos de identificación. Entre otros aspectos, se considera que los factores técnicos vinculados al filtrado de contenidos se contraponen al debido resguardo del derecho a la libertad de expresión (véase Llansó, Emma J. (2020). No amount of “AI” in content moderation will solve filtering’s prior-restraint problem. *Big Data & Society*. doi:10.1177/2053951720920686).

Por otro lado, al determinar que la libertad de expresión y emitir opinión de los consumidores prevalece sobre las decisiones que puedan tomar las plataformas digitales, de manera tal que los contenidos no podrán ser eliminados sino en casos determinados (injurias, calumnias, amenazas, contenidos que constituyan delitos o que inciten a cometer un crimen), se afecta a su vez la facultad de moderación de las plataformas digitales, reduciéndola a un mínimo absurdo, que incluso podría impedir el normal funcionamiento de las plataformas y de las redes en general.

Todas las plataformas digitales en su operación normal deben moderar contenidos “indeseables” que no son necesariamente ilegales, como por ejemplo, contenido dirigido a atacar el código de un sitio, spam, comportamientos abusivos de los integrantes de la comunidad, tales como amenazas, doxing, entre otros. Esto ocurre en todas las plataformas, sin importar cuán liberales sean en su administración.⁹ Si se estableciera esta prohibición casi absoluta de la moderación de contenidos, asociada a una idea de que las plataformas digitales deben soportar todos los contenidos que sean publicados por los usuarios, se estaría impidiendo el funcionamiento normal de las redes, tanto a nivel técnico como de convivencia entre usuarios.

En relación a este último aspecto, hay que tener en cuenta que en nuestro país no existe un

reconocimiento legal de la violencia digital como forma de violencia de género, así que el establecimiento de una limitación de la moderación solo a casos de contenidos ilícitos dejaría fuera los esfuerzos de privados por combatir este fenómeno.

En definitiva, el proyecto no contempla salvaguardas estrictas en materia de derechos fundamentales, con miras a ponderar la necesidad y la proporcionalidad de las medidas que la plataforma adopte para cumplir esta obligación,¹⁰ además de perseguir propósitos contradictorios, como son los deberes de proactividad en la eliminación de contenidos ilícitos, por un lado, y por el otro la prevalencia absoluta de la libertad de expresión de los usuarios por sobre la posibilidad de las plataformas de realizar moderación de contenidos.

- **Derecho de rectificación y olvido (artículo 7°):** se dispone que el consumidor digital tiene derecho a que se rectifiquen los contenidos emitidos a través de plataformas digitales que atenten contra su imagen, la intimidad personal y familiar en Internet. Tiene también derecho a la no divulgación de sus datos personales y a solicitar al proveedor de la plataforma digital la supresión de aquellos que circulen sin su consentimiento, bastando para ello que así lo indique. Cabe mencionar que aquí, se pretenden abordar algunos aspectos sustanciales regulados en la Ley N°19.628, sobre Protección de la Vida Privada, y que son modificados en

9. Véase Jeong, Sarah (2018). The Internet of garbage, Vox Media. Texto disponible en <https://www.theverge.com/2018/8/28/17777330/internet-of-garbage-book-sarah-jeong-online-harassment>

10. A este respecto, cabe mencionar que los artículos 26 y 27 de la Digital Services Act exigen que las grandes plataformas online (en atención a su dominio del mercado y su rol en el debate público y circulación de la información) evalúen y mitiguen los riesgos que pueden derivarse de sus sistemas (incluidos los relativos a la protección de los derechos fundamentales, el interés público, la salud pública y la seguridad), y que sometan sus evaluaciones y medidas a una auditoría independiente y a una supervisión reglamentaria. Esto, viene a dar cuenta de un enfoque basado en riesgos, que pone especial atención a los riesgos sistémicos.

profundidad por el proyecto de ley Boletines Nos. 11.144-07 y 11.092-07 refundidos, proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales. Por otra parte, la regulación propuesta no tiene presente las peculiaridades de aquellos tratamientos de datos personales que tienen lugar a propósito del ejercicio de las libertades de emitir opinión y de informar (y que requieren, en caso de colisión, un adecuado ejercicio de ponderación de derechos, generalmente en sede judicial, en la medida en que conjuga e involucra dos o más derechos fundamentales de las personas).

En estos términos la exposición de motivos y, el proyecto en términos generales, soslaya que resulta esencial para evitar que la norma propuesta derive en efectos perjudiciales, mayores que los beneficios que se busca obtener, el establecer las diferenciaciones que en Derecho y en la práctica correspondan. A modo ilustrativo, un estudio de la organización InternetLab del año 2018 mostró que la mayoría de los casos judiciales de retiro de contenido ocurridos en Brasil fueron ilegítimos, infundados o abusivos.¹¹ Asimismo, conocido es el abuso de este tipo de normas realizado por personajes públicos con la finalidad de intimidar y acallar voces disidentes.¹²

Cabe destacar que las normas de última generación en materia de protección de datos personales, como el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, abordan estas materias a partir de un conjunto de principios, conceptos, derechos y aspectos procesales particulares (considerando todos los elementos y categorías propias de dicha área del Derecho, junto con los aspectos jurisprudenciales y doctrinales que le son propios), cobrando relevancia, entre otros aspectos, el rol de las autoridades de supervisión y sus atribuciones de enforcement, junto con la existencia de procedimientos efectivos, tanto administrativos como judiciales, de tutela de derechos y sancionatorios¹³.

- **Derecho a la protección de personas vulnerables -en razón de su edad, condición u otra circunstancia análoga- (artículo 8º):** este artículo establece la obligación para los proveedores de plataformas digitales de proteger la imagen e integridad de las personas que la ley considera vulnerables, proponiendo distintas medidas para ello, entre las cuales encontramos el deber de advertir del contenido sensible a que tales plataformas los expongan cuando conste su naturaleza adictiva. Más allá de la evidente dificultad práctica para cumplir con esta medida (pues requerirá a lo menos de un patrullaje

11. InternetLab, “Responsabilidade de intermediários e a garantia da liberdade de expressão na rede”, texto disponible en:

<https://www.internetlab.org.br/pt/especial/responsabilidade-de-intermediarios-e-a-garantia-da-liberdade-de-expressao-na-rede/>

12. En <http://www.ctrlx.org.br/#/infografico> es posible ver las acciones judiciales llevadas a cabo en Brasil por políticos para remoción de contenido.

13. Así, aplicando la normativa europea sobre protección de datos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que los operadores de motores de búsqueda de Internet y las plataformas de redes sociales pueden revestir la calidad de responsables del tratamiento de datos personales. En dicho sentido, el concepto de “responsable del tratamiento de datos personales” ha sido interpretado de manera amplia. Véase el caso C-131/12, Google Spain SL & Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos. (AEPD) & Mario Costeja González; y, el caso C-210/16, Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein v Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein (con la intervención de Facebook Ireland Ltd),

constante de los contenidos que los miles o millones de usuarios puedan subir diariamente), la redacción de la norma, en sí misma, resulta preocupante. Los conceptos abiertos y los ejemplos indeterminados contenidos en este artículo no solo generan distintas interrogantes (v.gr.: ¿qué podría ser requerido a las plataformas para entender cumplido su deber de protección? ¿quién -y cómo- determinará aquella “condición o circunstancia análoga” que hace de una persona un ser vulnerable que requiere de protección?), sino que además podrían entregar a las plataformas el mismo margen de discrecionalidad que el proyecto pretende quitarles, a la vez que propiciar prácticas de moderación de contenido paternalistas o discriminatorias, especialmente en contra de grupos minoritarios e históricamente marginados. Por último, en cuanto al deber de proteger la “imagen” de las personas, la norma sólo obliga a aquello, pero no da ninguna directriz o ejemplo para comprender a qué se refiere o cómo la misma podría contribuir a dicho propósito.

- **Derecho a la no discriminación de los consumidores de plataformas digitales (artículo 9°)**: la incorporación de este derecho podría resultar redundante de cara al estatuto de protección que consagra la Ley N°19.496. Con todo, se señala, sin entregar mayores detalles, que el proveedor debe implementar mecanismos de control de sesgos, dando cuenta, nuevamente, de una forma inadecuada de abordar una materia altamente compleja, que implica múltiples variables,

pudiendo mencionarse, entre otros aspectos, la replicación y aumento de los sesgos presentes en los datos con los que se alimenta al sistema, en el modelo algorítmico que emplea o en sus variables, así como también en la impenetrabilidad de los algoritmos e imprevisibilidad de sus resultados (riesgo que puede verse incrementado en los modelos de deep learning)¹⁴.

- **Deber de sensibilización y transparencia de contenido (artículo 10)**: comprende aspectos vinculados al derecho de información sobre los fundamentos de las decisiones de las plataformas respecto de los usuarios o sobre los contenidos proporcionados. Respecto a los reglas contenidas en los incisos segundo y tercero de este artículo, el proyecto no hace referencia a los problemas que se pretenden resolver mediante la incorporación del derecho a la “desactivación” de los programas que tomen las decisiones de la plataforma o mediante el deber de contar con sistemas que permitan la visión cronológica de contenido de carácter noticioso, sin incluir tampoco un análisis respecto de la existencia de experiencias o casos relevantes de implementación de esta clase de medidas (a lo menos a nivel de prueba o programa piloto), ni una referencia a aspectos de técnicos o de diseño que implica su implementación. Asimismo, se sobrestima (sin acompañar evidencias) el nivel de penetración y las funcionalidades específicas de las soluciones de Inteligencia Artificial que son utilizadas por el amplio universo de entidades que estarían sujetos al cumplimiento de las disposiciones del proyecto de ley (esto, en vista a la definición amplia de plataforma digital que la propuesta contempla).

14. A este respecto, véase Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés (2017). Comment permettre à l’homme de garder la main ? Les enjeux éthiques des algorithmes et de l’intelligence artificielle. Synthèse du débat public animé par la CNIL dans le cadre de la mission de réflexion éthique confiée par la loi pour une république numérique. Texto disponible en https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/cnil_rapport_garder_la_main_web.pdf

- **Deber de sensibilización y transparencia de las inteligencias artificiales (artículo 11):** este derecho da cuenta nuevamente del foco que tiene el proyecto en las plataformas que usan tecnologías de Inteligencia Artificial (en definitiva, pretende ser una primera aproximación regulatoria a la materia), prescindiendo no solo de una discusión profunda en torno al concepto de Inteligencia Artificial y sus riesgos concretos -con miras, por ejemplo, a poner foco en aquellos sistemas que presenten un nivel de riesgo que amerite una intervención regulatoria-, sino que también de la necesidad de contar previamente con un marco normativo robusto en materia de protección de datos personales (entendiendo el tratamiento de datos personales como un elemento crucial para el diseño, entrenamiento, desarrollo e implementación de las tecnologías de Inteligencia Artificial), lo que incluye las operaciones de procesamiento de datos personales vinculadas a la toma de decisiones automatizadas, el derecho de oposición a dichos tratamientos y otros derechos anexos. Cabe advertir que estas materias son abordadas en detalle por el proyecto de ley Boletines Nos. 11.144-07 y 11.092-07 refundidos, proyecto de ley que regula la protección y el tratamiento de los datos personales y crea la Agencia de Protección de Datos Personales.
- **Derecho a debido proceso (artículo 12):** abarcaría tanto las decisiones de la plataforma como el ejercicio de derechos sobre la información que recopila. Con todo, este aspecto no es abordado con mayor detalle por el proyecto de ley, lo que podría resultar crítico de cara, por ejemplo, al ejercicio del denominado derecho

a la libertad de expresión digital y el derecho al olvido. En este sentido, no se abordan (más allá de ciertos principios) las reglas mínimas y específicas comprendidas dentro de este derecho, lo que incide en la discrecionalidad bajo la cual los sujetos obligados operarían a este respecto. Así, los conceptos de transparencia y rapidez a los cuales alude esta disposición carecen de suficiente especificidad en orden a dotar de contenido a esta regla procedimental, afectando su adecuada aplicación. Con todo, el proyecto desafía abiertamente la tradición continental del debido proceso, en la medida en que entrega facultades de procesamiento de reclamos, ergo, de adjudicación, actuando como “juez y parte” en su resolución, sin considerar que un elemento esencial del debido proceso es el derecho a un tribunal independiente e imparcial.¹⁶

De la responsabilidad contractual

- La regla contenida en el **artículo 13**, sobre formación del consentimiento en las relaciones de consumo con plataformas digitales se aleja de los estándares contenidos en la Ley N°19.496, estableciendo un criterio extremadamente exigente, sin que la exposición de motivos indique los fundamentos que justifican este enfoque normativo específico. Cabe apuntar que la regla del artículo en comento relativiza a tal punto la voluntad del usuario que resulta abiertamente vulneratoria de la fuerza obligatoria de los contratos (artículo 1545 del Código Civil) o del principio general de “pacta sunt servanda”, pilar fundamental del derecho de los contratos.¹⁷

16. García Pino, Gonzalo y Contreras Vásquez, Pablo (2013). El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. *Revista Estudios Constitucionales* 11(2), pp. 229-282.

17. En nuestro medio véase a Momberg, Rodrigo (2013). El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato, *Revista de Derecho* (26:1), p. 10.

A diferencia de las normas sobre formación del consentimiento y abusividad de cláusulas contenidas en contratos de adhesión de consumo, contenidas en la Ley N°19.496, el referido artículo 13 resta valor a la capacidad del usuario de Internet en el marco de la contratación en línea.¹⁸

- Por su parte, el **artículo 14** propuesto da cuenta de una regla sobre licitud o habilitación para el tratamiento de datos personales de consumidores digitales, materia abordada en detalle en el artículo 4° de la Ley N°19.628. El estándar contenido en el mencionado artículo 4° requiere para el tratamiento de datos personales del consentimiento escrito del titular de datos, quien debe ser informado respecto del propósito del almacenamiento de sus datos personales y su posible comunicación al público, pudiendo en todo momento revocar el consentimiento originalmente otorgado. Dichos elementos no están incorporados en el referido artículo 14, sin tampoco ahondar en la forma como se verifica la existencia de un consentimiento expreso, específico e informado.

Por lo demás, no queda claro si el enfoque propuesto en el proyecto de ley podría implicar

un obstáculo a las normas, principios, derechos y obligaciones contenidos en la Ley N°19.628 y sus posteriores modificaciones. Cabe advertir, además, que el listado de datos personales señalado en el artículo 14 propuesto incorpora información que puede ser considerada como dato sensible relativo a los hábitos personales, los datos de geolocalización, sujetos a un estatuto reforzado de protección (circunstancia de la cual el proyecto no da cuenta).

Finalmente, la aproximación regulatoria adoptada en esta materia por el proyecto de ley parece basarse en un enfoque denominado de *notice and choice* o *notice and consent*,¹⁹ que pone toda la carga de la protección de los datos en la persona de su titular, sin otorgarle resguardos efectivos luego de otorgado el consentimiento para tratar su información personal,²⁰ acto que se circunscribe a aceptar un texto interminable de “términos y condiciones” escrito en un lenguaje técnico de difícil comprensión).²¹ Este enfoque se aleja completamente de los modelos comprensivos de protección de datos personales, que reconocen su carácter de derecho fundamental, como aquel contenido en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea, en el que, por lo demás, se

18. La regla contenida en el artículo 13 no establece que ciertas cláusulas no “surtirán efectos” en cuanto importen condonación del dolo futuro (artículo 1465 del Código Civil.); se trate de cláusulas de exoneración de responsabilidad que no estén sujetas de forma exclusiva al Código Civil sino que también a la legislación protectora de los derechos del consumidor; se declare legalmente la no formación del consentimiento bajo ciertas hipótesis que apuntan al error obstáculo por falta de información del consumidor (artículo 12 A de la Ley N° 19.496), o, incluso que impliquen la renuncia de derechos irrenunciables (artículos 4° de la Ley N° 19.496 y 5° del CT); cuatro técnicas legislativas que justifican la privación de los efectos del contrato.

19. Mantelero, Alessandro (2014). The future of consumer data protection in the E.U. Re-thinking the “notice and consent” paradigm in the new era of predictive analytics, *Computer Law & Security Review*, Volume 30, Issue 6, 2014, pp. 643-660.

20. En este sentido, se habla de una crisis o desensibilización del consentimiento, junto con el problema de fatiga del consentimiento (Schermer, Bart et al. (2014). The crisis of consent: How stronger legal protection may lead to weaker consent in data protection. *Ethics and Information Technology*, 16 (2), p. 178), planteándose la idea de repensar los modelos de tratamiento de datos personales basados en el consentimiento de su titular (Solove, Daniel J. (2013). Privacy self-management and the consent dilemma. *Harvard Law Review*, 126, p. 1.901). Asimismo, se debe tener presente la problemática del consentimiento y las condiciones abusivas (Herrera Carpintero, Paloma (2016). El derecho a la vida privada y las redes sociales en Chile. *Revista chilena de derecho y tecnología*, 5(1), pp. 87-112).

21. Véase Zanfir-Fortuna, Gabriela (2019). 10 reasons why the GDPR is the opposite of a ‘notice and consent’ type of law, *Future of Privacy Forum*. Texto disponible en

<https://fpf.org/blog/10-reasons-why-the-gdpr-is-the-opposite-of-a-notice-and-consent-type-of-law/>

inspira el proyecto de ley Boletines Nos. 11.144-07 y 11.092-07 refundidos.²²

- El **artículo 15** contiene un estatuto de responsabilidad de los proveedores que podría diferir de aquel contenido en la Ley N°19.496, y que requiere ser adecuadamente fundamentado y explicado respecto a sus alcances en la exposición de motivos. Con todo, la regla contenida en el mencionado artículo 15 es contradictoria con aquella establecida en el artículo 6° del mismo proyecto, donde se establece el deber de actuar diligentemente “para bloquear o retirar contenido cuando tengan conocimiento efectivo de que es ilícito”. El proyecto no da luces sobre la interacción entre la regla especial contemplada en el artículo 6° con el régimen estricto de responsabilidad que pretende establecer en su artículo 15, resultando complejo proyectar su aplicación y efectos.

La responsabilidad es objetiva cuando la obligación es de resultado, sin embargo, la regla contenida en el artículo 15 del proyecto analizado declara la imputación objetiva de todos los daños que ocasionen a los “usuarios”, lo que no conversa adecuadamente con la tradición legislativa-sustantiva en materia de contratos, toda vez que ni aun la Ley de Protección al Consumidor establece, de manera íntegra, normas de responsabilidad objetiva, sino que, para autorizado sector de la doctrina civilista,²³ la consagra de manera parcial y excepcional ante el incumplimiento de deberes de los proveedores esenciales para el ejercicio de los derechos de los

esenciales para el ejercicio de los derechos de los consumidores.

Adicionalmente, la regla contenida en este artículo se aleja de aquellas establecidas en los tradicionales modelos regulatorios de intermediación de contenidos digitales tradicionales (Digital Millenium Copyright Acta y Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior) y de aquellos recientes (Directiva 2019/ 790 el Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9 / CE y 2001 / 29 / CE), en donde las plataformas digitales son intermediarios de contenido, sujetos a un régimen de no responsabilidad al alero del cumplimiento de ciertas y determinadas condiciones, cuyo incumplimiento, ni siquiera acarrea la responsabilidad automática de dichos proveedores. Así, el régimen que pretende impetrar el proyecto pasa de la inmunidad (en Chile solo existe reglamentación respecto de los derechos de autor, sin embargo, los tribunales nacionales han aplicado las normas de la Ley de Propiedad Intelectual a otras materias)²⁴ a uno de responsabilidad objetiva, ciertamente sui generis, empero, nocivo para el desarrollo actual y venidero de la industria de Internet y del resguardo de los derechos de los usuarios

22. Téngase presente además que esta materia ha sido del principal interés del Servicio Nacional de Protección al Consumidor, organismo que en reiteradas oportunidades ha hecho un llamado a la autoridad a legislar, pero sobre la protección de datos personales. Para conocer detalles de la opinión de la autoridad de consumo se aconseja visitar: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-62885.html>

23. Hernández, Gabriel y Gatica, María Paz (2019). Protección del consumidor y responsabilidad civil por producto o servicio defectuoso. Revista de Estudios de la Justicia (31), p. 35.

24. Véase Corte de Apelaciones de Valparaíso, Sentencia ROL N° 1638-2016, de 23 de mayo de 2016, considerando sexto.

tales como el derecho a la información, acceso a la cultura, etc. Lo anterior sitúa la discusión en un plano ajeno al concierto comparado y que parece retroceder en los consensos que en dicho plano existen en torno al ejercicio armónico de los derechos e intereses en el ambiente digital.

Por lo demás, lo expuesto en el mencionado artículo 15 puede resultar de difícil aplicación, teniendo presente las dificultades que conlleva la determinación, prueba y evaluación de ciertos daños. Así, por ejemplo, en relación al tratamiento indebido de datos personales, la identificación de los daños causados constituyen un reto, por cuanto son muy variados, difiriendo no solo en su tipo, sino también en su gravedad.²⁵

Finalmente, cabe señalar que tanto la regla que obliga a retirar contenido, como aquella que faculta al juez para condenar al proveedor en hasta el doble de los perjuicios causados y, asimismo, bloquear la plataforma, se traducen en propuestas que arriesgan convertirse en mecanismos de censura y control. Además, la experiencia comparada muestra que normas de este tipo son susceptibles de provocar censura previa por parte de las plataformas (para no arriesgarse a infringir la ley).²⁶

Comentarios desde la perspectiva internacional

Una problemática global

Cuando se está en presencia de entidades como las que este proyecto declara que busca regular, lo primero que se debe hacer es diferenciarlas por su naturaleza, pero en particular, por su escala global. Se trata de organizaciones que si bien tienen una matriz, la mayoría de las más importantes en Estados Unidos, ellas despliegan su quehacer prácticamente en cada punto del orbe donde es posible conectarse a una red de Internet. Donde quiera que lleguen se transforman en medios de comunicación, de interacción, de información, de entretenimiento y, en muchos casos, en una economía en sí misma.²⁷

Por su carácter globalizado, sus prácticas tienden, por regla general, a ser homogéneas en aquellos lugares donde sus servicios o productos son utilizados. Existen, sin embargo, territorios excepcionales donde estas plataformas adecuan su modelo de operación a las condiciones prescritas por esas jurisdicciones. Un ejemplo de esto es la Unión Europea y su Reglamento General de Protección de Datos Personales,

25. Citron y Solove, dando cuenta de esta complejidad, proponen la siguiente categorización: daños físicos, daños económicos, daños a la reputación, daños psicológicos, daños a la autonomía, daños por discriminación y daños a las relaciones.. Véase Citron, Danielle Keats y Solove, Daniel J. (2021). Privacy Harms. GWU Legal Studies Research Paper No. 2021-11, GWU Law School Public Law Research Paper No. 2021-11, Boston University Law Review, Vol. 102, 2022. Por lo demás, teniendo presente las dificultades probatorias asociadas a estos daños, el public enforcement que ejercen las autoridades de control (que se manifiesta en los procesos de detección de infracciones e imposición de sanciones) puede entenderse como una herramienta disuasoria eficaz si se compara con el “impacto individual que una infracción normativa tenga sobre cada una de las víctimas” y que puede ser “de escasa relevancia para motivar el ejercicio individual de acciones privadas. Asimismo, el public enforcement tiene una dimensión regulatoria, por cuanto “se trata de una aplicación especializada del derecho por parte de sujetos expertos en esta materia, que pueden proyectar sus conocimientos y esfuerzos en un sector de actividad particular, considerar los intereses y preferencias presentes –no solo aquellos de los afectados– y proponer soluciones regulatorias acordes con el interés general y que maximicen el bienestar social” (Rubí Puig, Antoni (2019). Problemas de coordinación y compatibilidad entre la acción indemnizatoria del artículo 82 del Reglamento General de Protección de datos y otras acciones en derecho español. Derecho privado y constitución 2019; (34), p. 208).

26. Disponible en <https://www.eff.org/issues/cda230/legislative-history>

27. Kenney, Martin y Zysman, John (2016). The Rise of the Platform Economy. Issues in Science and Technology 32, no. 3 (Spring).

promulgado en 2016, donde se definen reglas justiciables en todo el territorio de la Unión (incluso fuera de él) para perseguir las infracciones que responsables del tratamiento de datos personales como las plataformas digitales, cometieran en la operación de sus negocios.²⁸

Este límite es un buen ejemplo a tener en cuenta, acerca de cómo una contraparte institucional -a través de un robusto cuerpo normativo- es capaz de definir para el Estado, las empresas y los ciudadanos (con certeza y claridad) qué aspectos del uso de los datos de las personas resultan intolerables para la sociedad.

Ahora bien, los bienes y servicios que se transan estas plataformas alcanzan a diversos sectores de la economía, entre las que se puede mencionar a las comunicaciones, las finanzas, el transporte, la energía, la logística, la entretención, el comercio, etc. Todas estas actividades están, a su vez, altamente unificadas, por lo que el fenómeno de red ve potenciado su alcance mundial.

Se suma a lo anterior el carácter evolutivo de las plataformas digitales. “La interconexión a escala mundial que entrega un espacio físico sin fronteras geográficas ha sido objeto de un avance acelerado durante las últimas décadas y la adopción de nuevas tecnologías seguirá siendo impulsada por la naturaleza acumulativa del cambio tecnológico; por la naturaleza exponencial de las tecnologías modernas; por la

convergencia de nuevas tecnologías; por la reducción de sus costos de generación; por los menores costos de acceso y, por la emergencia de las denominadas «plataformas de plataformas» (como YouTube)”.²⁹

Ciertamente, el espectro comparado avanza hacia el establecimiento de cargas colaborativas a las plataformas digitales en torno a los derechos de los usuarios de Internet, esto porque en el marco de la interconexión del comercio mundial los sistemas jurídicos con tradición y bagaje jurisprudencial alrededor del rol de los intermediarios de Internet en la protección de los derechos de terceros, reconocen la necesidad de establecer un sistema cooperativo que propenda a la protección eficaz de dichos derechos en el ciberespacio,³⁰ más no al establecimiento de sobrecargas a las plataformas digitales que ahoguen el desarrollo de la Industria de Internet o, peor aún, al otorgamiento de mayores poderes de control de los datos de los usuarios que termine por hipotecar la esencia de los derechos que pretenden protegerse por la legislación propuesta.

La experiencia regulatoria de la Unión Europea

Esfuerzos normativos como los llevados a cabo en la Unión Europea, a través de su propuesta de Reglamento relativo a un mercado único de servicios digitales (en inglés, *Digital Services Act*),³¹

28. Houser, K. A. and Voss, G. (2018). GDPR: The end of Google and Facebook or a New Paradigm in Data Privacy?, *Richmond Journal of Law & Technology*, 25-1.

29. Del Canto, Nicole (2021). Modelos regulatorios de intermediación de plataformas digitales en el marco de la protección de los derechos de autor. Santiago, Programa de Doctorado, Universidad de Chile, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, p. 31.

30. Zhang, Dermot W.J. (2002). Cross-Border Enforcement of Intellectual Property Rights in an E-Commerce Environment [en línea]. Texto disponible en <https://www.hllawyers.com/publications/en/publications-20.html>

31. Texto disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/proposal-regulation-european-parliament-and-council-single-market-digital-services-digital-services>. Cabe señalar que el camino seguido por la Unión Europea para abordar los nuevos problemas que se derivan de la actividad de las plataformas digitales y limitar su creciente poder es esbozado en la Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa de 2015, y se inicia con el Reglamento sobre relaciones entre plataformas y empresas (Reglamento P2B) -que establece diversas obligaciones de cargo de los proveedores de servicios de intermediación online y motores de búsqueda en

presentada por la Comisión Europea en diciembre de 2020, resultan clave para comprender la densidad conceptual y los grados de reflexión requeridos para regular adecuadamente materias que presentan una alta complejidad técnica.

En este caso, el legislador europeo entiende que su propuesta normativa aborda un fenómeno multidimensional -que involucra diversos bienes jurídicos, actores y mercados, de la más diversa índole- del que se derivan diversos problemas técnicos y sociales, teniendo especialmente presente la complejidad de los entornos online.³² Sobre esta base, la *Digital Services Act* cumple con definir claramente su objetivo: la promoción de entornos digitales online transparentes y seguros, con miras a la protección de los derechos fundamentales de los usuarios finales, junto con establecer una estructura de gobernanza para la efectiva supervisión de los proveedores de servicios digitales, sobre la base de los principios de responsabilidad limitada y de no control general, a objeto de mantener un entorno de plataformas online justo y abierto,³³ bajo la óptica de una escena digital cooperativa, distinguiendo entre los tipos y las dimensiones de los servicios y plataformas digitales.

Dando cuenta de las peculiaridades del fenómeno que pretende regular, la propuesta regulatoria de la Unión Europea reconoce la naturaleza diversa de los servicios digitales presentes en los ambientes

online, distinguiendo entre servicios de intermediación, servicios de alojamiento, plataformas online y plataformas online muy grandes. En vista a esta clasificación, la propuesta normativa europea contempla distintas obligaciones y deberes de rendición de cuentas. Las obligaciones que la propuesta establece respecto de los diferentes tipos de plataformas digitales tienen directa relación con el rol e impacto de su actividad específica en los entornos digitales, atendiendo a múltiples criterios, por ejemplo, a su tamaño, perfiles de riesgo o a su calidad de operador sistémico, estableciendo mayores obligaciones respecto de aquellas plataformas que cuentan con más concentración o poder de mercado o que revisten el rol de actores dominantes.

Cabe mencionar que la propuesta regulatoria de la Unión Europea viene a complementar, sin superponerse, los diversos estatutos de protección que contempla su normativa, especialmente en materia de datos de carácter personal. Sobre esta base, en el marco de la *Digital Services Act* se busca establecer garantías adicionales, en particular en relación con la moderación de contenido, la detección de contenido ilegal, el fenómeno de la desinformación, la publicidad online, el monitoreo de comportamiento y el uso sistemas de recomendación de contenidos, tendiendo a una adecuada ponderación de los no hace sino reforzar otro aspecto relevante al

en su relacionamiento con empresas o negocios que ofrecen sus bienes y servicios a través de estos canales- siguiendo con las propuestas de *Digital Services Act* y *Digital Markets Act*. Respecto a la *Digital Markets Act*, podemos destacar que su texto se basa en el Reglamento P2B, teniendo como objetivo restringir el poder de las grandes plataformas digitales en su rol de puerta de entrada (gatekeepers) para que los usuarios comerciales lleguen a sus clientes, garantizando la existencia de mercados digitales justos y abiertos. Véase https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en

32. Texto disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_20_2348

33. Texto disponible en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/digital-services-act-package>

momento de legislar y que dice relación con la necesidad ineludible de coherencia regulatoria para la eficacia de la ley.³⁴

Las audiencias públicas de las grandes empresas tecnológicas

Entre los años 2019 y 2020, el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos convocaron, a través de la Cámara de Representantes, a los ejecutivos de Google, Amazon, Facebook y Apple, a una serie de audiencias públicas, donde se les requirió información acerca de la trayectoria de sus negocios y sobre prácticas denunciadas por ser eventualmente anticompetitivas.³⁵

Las audiencias fueron, además, una verdadera manifestación de poderes. Nunca antes estas compañías habían sido encaradas en su territorio por un poder constituido como lo es la Cámara de Representantes. En dicha oportunidad, y una vez concluida la audiencia, el presidente de dicha corporación señaló que *“[e]sta audiencia me ha dejado claro un hecho: estas compañías, tal como existen hoy, tienen poder de monopolio. Algunos necesitan ser divididos, todos necesitan ser regulados adecuadamente y rendir cuentas (...). Necesitamos asegurarnos de que las leyes antimonopolio escritas por primera vez hace más de un siglo funcionen en la era digital”*.³⁶

Lo anterior revela que si bien hay un problema jurídico que tiene que ver con bienes individuales como la privacidad, la protección de datos personales y la libertad de información, buena parte de los problemas tienen un origen en el tamaño de estas corporaciones, lo que vuelve cualquier relación de proveedor o consumidor, totalmente asimétrica.

Entonces, al tratarse de un asunto que resulta aún más complejo, pareciera haber cierto consenso a nivel jurídico, que el abordaje debe ser multisistémico y debe partir por definiciones que las regulaciones de competencia y protección de datos deben proporcionar previamente.

Sin perjuicio de esta constatación y de la gran cantidad de iniciativas legislativas que se han promovido desde entonces,³⁷ estas grandes compañías sí han tenido que hacerse responsables por sus prácticas y rendir cuenta de ellas frente a las sanciones impuestas por agencias de protección de datos personales, fuera del territorio norteamericano, donde como mencionamos en el punto 1.- de esta segunda parte, sí existen los contrapesos institucionales que han permitido delimitar las actuaciones de estas “gigantes tecnológicas”.

34. Con todo, se sostiene que la propuesta europea requiere formular o desarrollar de mejor manera diversos aspectos, por ejemplo, el régimen de responsabilidad de los marketplaces y su modelo de enforcement, siendo necesario contemplar mecanismos de ejecución eficientes y coherentes con las estructuras de enforcement propias de otras leyes de la Unión Europea. Véase The European Consumer Organization (2021). The Digital Services Act Proposal - BEUC position paper. Texto disponible en https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2021-032_the_digital_services_act_proposal.pdf

35. Disponible en <https://www.congress.gov/event/116th-congress/house-event/110883>

36. Disponible en <https://digitalpolicylaw.com/gafa-tiene-poder-de-monopolio-la-conclusion-de-la-audiencia-tecnologica-en-el-congreso-de-eua/>

37. Algorithmic Accountability Act. Disponible en <https://www.congress.gov/bill/116thcongress/senatebill/1108/text?q=%7B%22search%22:%22algorithmic+accountability+act%22%7D&r=1&s=2>

Biometric Information Privacy Act. Disponible en <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/4400/text> Consumer data privacy and security act. Disponible en <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/3456/text>

Decisiones destacadas de las agencias de protección de datos contra grandes plataformas tecnológicas

Google

- Francia. En 2020, la Comisión Nacional de Informática y Libertades de Francia (CNIL) multó a Alphabet (Google) en 100 millones de euros.

Amazon

- Luxemburgo. En julio de 2021, la Comisión Nacional por la Protección de Datos de Luxemburgo (CNPD) impuso una multa de 746 millones de euros a Amazon Europe Core S.à r.l por realizar operaciones de tratamiento de datos en contravención a las reglas contenidas en el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea.

Facebook

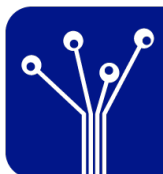
- Irlanda. En septiembre de 2021, la Comisión para la Protección de Datos de Irlanda (DPC) multó a la compañía de mensajería WhatsApp, propiedad de Facebook, por 225 millones de euros, por infringir la normativa sobre protección de datos, especialmente en lo relativo a los deberes de transparencia y entrega de información a los titulares de datos personales.
- Estados Unidos. En 2019 la Comisión Federal de Comercio lo multó en 5.000 millones de dolares por violación a la privacidad.

38. Disponible en <https://www.cnil.fr/en/cookies-financial-penalties-60-million-euros-against-company-google-llc-and-40-million-euros-google-ireland>. El 7 de diciembre de 2020, la CNIL sancionó a las empresas Google LLC y Google Ireland Ltd con una multa total de 100 millones de euros de multa, en particular por haber instalado cookies publicitarias en los equipos de los usuarios del motor de búsqueda google.fr, sin su consentimiento previo.

39. Disponible en <https://cnpd.public.lu/en/actualites/international/2021/08/decision-amazon-2.html>

40. Disponible en <https://www.dataprotection.ie/en/news-media/press-releases/data-protection-commission-announces-decision-whatsapp-inquiry>

41. Disponible en <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/07/ftc-imposes-5-billion-penalty-sweeping-new-privacy-restrictions>



UNIVERSIDAD DE CHILE FACULTAD DE DERECHO

CENTRO DE ESTUDIOS EN DERECHO INFORMÁTICO

www.cedi.uchile.cl

✉ cedi@derecho.uchile.cl

🐦 [@cedi_uchile](https://twitter.com/cedi_uchile)

📷 [cedi_uchile](https://www.instagram.com/cedi_uchile)

▶ Centro de Estudios en Derecho Informático

