

Título: Bloqueo de sitios web y aplicaciones móviles por jueces locales. Una violación al federalismo y a la libertad de expresión en Internet: el caso "Uber"

Autor: Cardozo García, Pablo A.

Publicado en: LA LEY 02/11/2018, 5 - LA LEY2018-F, 21 - LLCABA2019 (febrero), 6

Cita: TR LALEY AR/DOC/2305/2018

Sumario: I. Introducción.— II. Antecedentes.— III. La decisión del Tribunal Superior de Justicia.— IV. La postura de la OCDE frente a los bloqueos de aplicaciones de ride-sharing.— V. Recomendaciones de la OCDE en materia de economías digitales y economía colaborativa.

(*)

I. Introducción

El 18/06/2018 el Tribunal Superior de Justicia ("TSJ") de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ("CABA") decidió revocar el bloqueo contra la página web y aplicación móvil de Uber. Dicho bloqueo había sido decretado por la jueza subrogante del Juzgado N° 16 en lo Penal, Contravencional y de Faltas ("PCyF") de la CABA durante la feria judicial de enero de 2017 y fue confirmado por la sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero.

La decisión aporta claridad a un conflicto que ponía en jaque las bases de nuestro sistema constitucional. Reivindica, así, el respeto de las competencias de otras jurisdicciones y de la libertad de expresión en internet. Permite también, en alguna medida, corregir una situación que había despertado la preocupación del sistema interamericano de derechos humanos y que iba en contra de los estándares fijados por la OCDE.

II. Antecedentes

La decisión del TSJ es la consecuencia de una larga batalla judicial que comenzó casi simultáneamente con el lanzamiento de la operación de Uber en la CABA. Uber comenzó a operar el 12/04/2016 y al día siguiente el fiscal de Cámara de la CABA Martín Lapadú inició un proceso contravencional investigando la presunta comisión de la contravención prevista en el art. 86 del Cód. Contravencional de la CABA (ex art. 83), que castiga a quien "realiza actividades lucrativas no autorizadas en el espacio público" y a quien "organiza actividades lucrativas no autorizadas en el espacio público, en volúmenes y modalidades similares a las del comercio establecido". En su tercer párrafo, el artículo dispone que "No constituye contravención la venta ambulatoria en la vía pública o en transportes públicos de baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, la venta que no implique una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido, ni la actividad de los artistas callejeros en la medida que no exijan contraprestación pecuniaria".

El fiscal, entonces, tomó una norma prevista para la actividad de los "manteros" —basta con leer los antecedentes parlamentarios para comprobarlo— (1) y acude a la analogía (siempre prohibida en el derecho penal) para combatir el desembarco de Uber ante la falta de una norma que prohíba, específicamente, la actividad de la aplicación. Es que el Código de Tránsito de la CABA no contiene ninguna prohibición de prestar servicios de transporte sin autorización estatal ni tampoco contiene un *numerus clausus* que enuncie los servicios que sí estarían autorizados. De hecho, define al "servicio de transporte" como el "traslado de personas o cosas mediando contrato de transporte", sin exigir ninguna habilitación o que se preste bajo alguna de las modalidades específicamente previstas en el referido cuerpo normativo (2). Cobra relevancia entonces para Uber (y para otras plataformas tecnológicas como Netflix, Skype o Mercado Libre) el apotegma constitucional: lo que no está prohibido, está permitido: no poseen una "autorización" gubernamental ya que no la necesitan y operan bajo las leyes generales (como la Ley de Defensa del Consumidor, la Ley de Defensa de la Competencia, el Código Civil y Comercial, etc.).

II.1. La medida cautelar contra Uber dictada por la Fiscalía

A los pocos días de iniciada la causa, el 18/04/2016, el fiscal, por sí mismo, dispuso bloquear/clausurar preventivamente el sitio web y la aplicación de Uber, fundándose en el art. 18, inc. b), de la ley 12 de Procedimientos Contravencionales de la CABA, cuyo texto dudosamente autoriza al Ministerio Público a decretar una medida cautelar de bloqueo de un sitio web (3). Tan es así que algunos legisladores de la CABA, meses después, pretendieron, mediante un proyecto de ley que finalmente no prosperó, modificar el artículo mencionado haciendo explícita la facultad de los fiscales de clausurar sitios web y aplicaciones enteras (4).

Esta medida dispuesta por el fiscal fue declarada nula por el Juzgado N° 16 en lo PCyF por considerar que no se daban los requisitos exigidos normativamente para que el Ministerio Público decretara medidas cautelares.

II.2. La primera medida cautelar contra Uber dictada por el Juzgado N° 16 en lo PCyF

Si bien el Juzgado revocó la cautelar dictada por el fiscal, decidió dictar una medida judicial de idéntico

alcance. Entendió que se daban las condiciones previstas en el art. 29 de la Ley de Procedimientos Contravencionales de la CABA, según la cual "Cuando el juez o jueza verifica que la contravención pone en inminente peligro la salud o seguridad pública, puede ordenar la clausura preventiva del lugar, limitándola al ámbito estrictamente necesario, hasta que se reparen las causas que dieron motivo a dicha medida, y sin que ello impida la realización de los trabajos necesarios para la reparación".

Basta con leer la norma para advertir que no prevé el bloqueo de un sitio web. Para justificarlo, el Juzgado N° 16 recurrió a la quinta acepción del significado de la palabra "lugar" del Diccionario de la Real Academia Española, según la cual dicho término comprende un "pasaje, texto, autoridad o sentencia de un autor o de un escrito". En consecuencia, para el Juzgado, "tanto una página web como una aplicación, como texto o código inserto en internet y que puede ser adjudicado a un autor determinado —en este caso, la firma Uber— es, de acuerdo con la etimología española, un sitio susceptible de ser cerrado o inhabilitado temporalmente, o sea, un lugar tendiente a ser clausurado de manera preventiva" (5). En resumen: un sitio web es una expresión, una expresión es un lugar y se pueden clausurar lugares. Con este razonamiento, el Juzgado aplicó a una página de internet (que los estándares interamericanos equiparan en cuanto a su protección a un diario) una norma contravencional prevista para clausurar locales comerciales en la CABA.

En función de lo anterior, el Juzgado ordenó "la clausura/bloqueo preventivo [...] de la página web <https://drive.www.uber.com/argentina> y las plataformas digitales, aplicaciones y todo otro recurso tecnológico que permita contratar y/o hacer uso de los servicios de [...] Uber [...]; limitándola al estricto ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires..." (6).

Esta medida, con estos alcances, fue confirmada por la sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero el 05/05/2016.

II.3. El primer intento de la Fiscalía de bloquear Uber en todo el país

Como la medida cautelar ordenada era de imposible cumplimiento, ya que las compañías telefónicas y proveedores del servicio de internet manifestaron que es técnicamente imposible limitar el bloqueo a una jurisdicción específica como la CABA, el fiscal solicitó al fuero PCyF de la CABA que ordenara el bloqueo en todo el territorio nacional.

Como era de esperarse, tanto el Juzgado N° 16 (en agosto de 2016) como la sala II de la Cámara de Apelaciones (en octubre de 2016, entendiendo con motivo del recurso presentado por el fiscal contra el rechazo de primera instancia) denegaron el pedido por una cuestión evidente: carecen de competencia para decretar medidas fuera del estricto ámbito de la CABA (7).

Textualmente, en su decisión del 25/10/2017 la sala II afirmó: "Es claro que las normas constitucionales reseñadas se refieren exclusivamente al ámbito de la ciudad de modo que, proceder como lo requiere el Ministerio Público Fiscal ampliando la cautelar sobre Uber a todo el territorio de la Nación resulta improcedente. Es que 'no puede permitirse el desborde jurisdiccional al momento de repeler el intento de darle efectos extraterritoriales a una decisión que, en el mejor de los casos, puede tener efectos en la Provincia donde hubiera sido adoptada' —causa nro. 28185-00-CC/2016, 'Bwin.com', sala I, de esta Cámara, rta. el 07/04/2008—". Citó, además, el art. 4° la ley 27.078, que establece la jurisdicción federal y la competencia contencioso-administrativa sobre las tecnologías de la información y las comunicaciones.

II.4. El segundo intento de la Fiscalía de bloquear Uber en todo el país

A pesar de que tanto el Juzgado N° 16 como la Cámara de Apelaciones del fuero habían determinado su incompetencia para dictar bloqueos de alcance nacional, el fiscal reiteró su pedido. Lo hizo durante la feria judicial de enero de 2017, fecha en la cual la titular a cargo del Juzgado N° 16 se encontraba de vacaciones.

El 27/01/2017, a pocos días de que finalizara el receso judicial, la jueza subrogante María Fernanda Botana decidió conceder el bloqueo preventivo con alcance nacional. Sin embargo, conociendo el criterio tanto del titular del Juzgado como de la Cámara de Apelaciones, decidió sujetar su ejecución a que el Tribunal de Alzada confirmara la decisión. En otras palabras, decretó una medida cautelar suspendida ab initio, algo que cuesta conciliar con uno de los requisitos básicos de toda medida cautelar: el peligro en la demora.

Resumidamente, los fundamentos de la decisión fueron: i) la supuesta ineficacia de las medidas que el fuero sí puede adoptar; y ii) la falta de habilitación de Uber en otras jurisdicciones, tras enviar una consulta a la Dirección de Tránsito y Transporte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a la Subsecretaría de Transporte de la Provincia de Buenos Aires y al Ministerio de Transporte de la Nación.

El 04/04/2017 la sala II de la Cámara de Apelaciones en lo PCyF modificó su propio y reciente criterio y, esta vez, sí se consideró con competencia suficiente para dictar un bloqueo con alcance nacional. Vale la pena aclarar que i) entre el 25/10/2016 y el 04/04/2017 las normas constitucionales y federales —que fueron las que

motivaron que la sala II rechazara el bloqueo en la anterior oportunidad— no cambiaron; ii) la sala, llamativamente, cita el fallo "Bwin" para fundar su supuesta competencia, cuando ese fallo fue citado para fundar también su incompetencia, y iii) la Cámara no hizo referencia al fallo anterior que estaba contradiciendo, a pesar de tratarse del mismo expediente y de haber sido dictado aquel solo seis meses antes con exactamente la misma conformación de la sala.

III. La decisión del Tribunal Superior de Justicia

El caso llegó al TSJ como consecuencia del recurso de queja presentado por los abogados de la defensa, ya que la sala II de la Cámara de Apelaciones denegó el recurso de inconstitucionalidad. El TSJ devolvió claridad a un asunto que, de un modo inefable, había puesto en jaque algunos preceptos constitucionales básicos.

III.1. El exceso de jurisdicción del fuero PCyF de la CABA

En primer lugar, el TSJ revoca la decisión de la sala II por una cuestión evidente: el Poder Judicial de la CABA no tiene competencias fuera de ella. Textualmente, el fallo dispone: "[l]os jueces de mérito han excedido el ámbito de las competencias que le son propias al decretar una cautelar que excede el ámbito de la ciudad (cf. el art. 8° de la Const. CABA) hasta abarcar otras jurisdicciones. Puesto en otros términos, la decisión recurrida avanza ilegítimamente sobre competencias que ni la Const. CABA ni la ley les acuerda" (8).

No podía ser de otra manera. Las normas que reparten competencias entre la Nación, las provincias y la CABA no autorizan a ningún fuero local a dictar medidas que excedan los límites de sus respectivas jurisdicciones.

La supuesta "ineficacia" de las medidas que un fuero local puede dictar cuando afecta a otras jurisdicciones —que fue una de las principales razones valoradas por la jueza subrogante y la sala II— es justamente uno de los pilares del sistema federal: se evita, así, un conflicto interjurisdiccional en el que un juez de una localidad obstaculiza actividades en otra localidad. Es por esto que los únicos jueces con competencia para decretar medidas de alcance nacional son los jueces federales.

Como bien había valorado la misma sala II pocos meses atrás, el fuero PCyF de la CABA no podía ordenar el bloqueo nacional simplemente por la falta de jurisdicción fuera de dicha ciudad, limitación que resulta de las normas constitucionales.

En efecto, el art. 8° de la ley 7 de la CABA (Ley Orgánica del Poder Judicial) dispone que "[l]os tribunales, jueces y juezas son competentes en el territorio de la ciudad de Buenos Aires según los límites que declara el art. 8° de la Constitución de la ciudad...". El art. 8° de la Constitución de la ciudad, a su vez, aclara que "[l]os límites territoriales de la ciudad de Buenos Aires son los que históricamente y por derecho le corresponden conforme a las leyes y decretos nacionales vigentes a la fecha...".

Por ello resultaba llamativo que la sala II, al ordenar el bloqueo, ponderara circunstancias "de hecho" (como, p. ej., si Uber opera o no opera en otras ciudades o si las medidas dictadas fueron o no eficientes), cuando su rechazo, en octubre de 2016, se fundaba en circunstancias "de derecho" (es decir, en las normas constitucionales atributivas de la competencia). Si el derecho no cambió, no se comprendía por qué el criterio de la Cámara podía cambiar.

Por otra parte, debe valorarse que el TSJ no respaldó la decisión de la jueza subrogante y de la sala II de juzgar la "inexistencia de daño a Uber" por ordenar el bloqueo nacional tras analizar si en otras jurisdicciones Uber se encontraba o no habilitado.

Sin perjuicio de que el fuero PCyF de la CABA no tiene ningún tipo de atribución para analizar la normativa y situación de otras jurisdicciones, el razonamiento tenía algunos defectos.

En primer lugar, se basó en un muestreo totalmente parcial. De una consulta a la Dirección de Tránsito y Transporte del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, a la Subsecretaría de Transporte de la Provincia de Buenos Aires y al Ministerio de Transporte de la Nación se concluyó que Uber no podía funcionar en ninguna jurisdicción del país. La competencia para regular el transporte es provincial, y por lo general las provincias la delegan en las municipalidades. En la Argentina hay 23 provincias que se suman a la CABA y miles de municipalidades. Por ello, la respuesta que puedan haber dado solo dos jurisdicciones locales (la propia CABA y la provincia de Buenos Aires) y la Nación no puede nunca servir como fundamento para semejante decisión.

En segundo lugar, asume erróneamente que todas las jurisdicciones con competencia regulatoria de la República Argentina (las otras 23 provincias y los miles de municipios que las integran) requieren, necesariamente, una habilitación específica para un servicio como el de Uber. De hecho, la normativa de la propia CABA no prevé una habilitación para el servicio. Uber opera en cientos de ciudades del mundo sin contar con una habilitación expresa, sino que lo hace bajo las normas generales de fondo (como los Códigos

Civiles, las leyes de Defensa del Consumidor, de Defensa de la Competencia, etc.), tal como lo hacen otras aplicaciones tecnológicas. Y esto no quiere decir que opere ilegalmente. Si las normas no exigen ni prevén una habilitación para su tipo de actividad, la falta de regulación no puede traducirse en prohibición: "En otro sentido, la falta de regulación de una actividad no puede jamás interpretarse como una prohibición para desarrollarla. Por eso, el desarrollado por Uber, no puede ser considerado un objeto social ilegal" [\(9\)](#).

Esto se encuentra en línea con el mandato constitucional del art. 19 de la CN, según el cual "lo que no está prohibido, está permitido".

En tal sentido, sostiene Toller que "[l]a Constitución sabiamente dispuso hace más de siglo y medio que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que prohíbe (art. 19). Se llama principio de legalidad y controla formalmente la norma..." [\(10\)](#).

La pretendida ilegalidad de Uber no puede ser compatibilizada con este principio básico presente en nuestra Constitución: "Se pretende que el referido servicio de intermediación efectuado por medio de la plataforma digital cuestionada posea autorización para funcionar. ¿Por qué ha de tenerla el desarrollo de una actividad no prohibida y por lo tanto lícita? ¿Acaso el art. 19 de la CN no establece que nadie está privado de hacer lo que la ley no prohíbe?" [\(11\)](#).

III.2. La violación de estándares sobre libertad de expresión

Un aspecto que pasó inadvertido para la jueza subrogante y para la sala II fue la afectación a estándares elementales en materia de libertad de expresión que el bloqueo generaba.

Bloquear un sitio web, de acuerdo con los estándares interamericanos, es una medida gravísima, que equivale a cerrar un periódico, una radio o un canal de televisión. En efecto, la Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet de 2011 sostuvo que "[e]l bloqueo obligatorio de sitios web enteros, direcciones IP, puertos, protocolos de red o ciertos tipos de usos (como las redes sociales) constituye una medida extrema —análoga a la prohibición de un periódico o una emisora de radio o televisión— que solo podría estar justificada conforme a estándares internacionales, por ejemplo, cuando sea necesaria para proteger a menores del abuso sexual" [\(12\)](#).

De hecho, como se verá, el voto de la Dra. Conde recoge varios argumentos desde este enfoque para revertir la decisión de la Cámara. En apretada síntesis, la magistrada afirma que "una medida precautoria irrestricta, como la decidida, lesionaría innecesaria y desproporcionadamente derechos que allí han sido reconocidos [en referencia a las leyes 26.032 y 27.078], tales como: el acceso e intercambio de información (en tanto elementos constitutivos de la libertad de expresión, que en nuestro ámbito tiene especial protección por normas constitucionales y convencionales); la obtención de conocimientos y transmisión de ellos mediante la utilización de contenidos, herramientas y de aplicaciones; y la posibilidad de cualquier usuario de esa red global (internet) de comunicarse o desenvolverse libremente en ella [...]. Semejante determinación precautoria o cautelar pone en riesgo el 'derecho humano a las comunicaciones' a través de internet (art. 2º, ley 27.078), mediante la 'búsqueda, recepción y difusión de información (...) de toda índole' (art. 1º, ley 26.032); y —fundamentalmente— el principio de la 'completa neutralidad de las redes' que se encuentra asegurado por nuestro ordenamiento jurídico (arts. 1º, 56 y 57, ley 27.078)".

III.2.a. La condena expresa de la CIDH al bloqueo de Uber

La propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos ("CIDH") se había pronunciado, en su Informe Anual de 2017 elaborado por la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, en contra del bloqueo de Uber decretado por primera y segunda instancia. En dicho instrumento, aprobado por la Comisión en pleno, se incluyen los casos preocupantes para que los Estados adopten las medidas necesarias para corregirlos y evitar daños irreparables y, en última instancia, responsabilidad internacional.

En el párr. 65 del capítulo dedicado a la Argentina, la Comisión señaló: "En abril, la sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas de Buenos Aires confirmó el bloqueo preventivo de las plataformas digitales por las que se accede al servicio de transporte Uber. Los jueces Marcela de Langhe, Fernando Bosch y Pablo Bacigalupo respaldaron la decisión judicial de primera instancia, adoptada en enero por la jueza María Fernanda Botana a pedido de la Fiscalía de la ciudad, de bloquear de forma preventiva 'las plataformas digitales, aplicaciones y todo otro recurso tecnológico que permita contratar y/o hacer uso de los servicios de transporte de pasajeros que ofrece la empresa Uber Argentina', hasta tanto cesen los motivos que dieron origen a la medida cautelar. Los magistrados señalaron que 'la jueza de grado resolvió extender a todo el territorio nacional la clausura/bloqueo preventivo' de Uber ya que se comprobó que 'la empresa en cuestión organiza una actividad lucrativa sin autorización y que, entonces, se encuentra provisoriamente demostrada la materialidad ilícita'. Según explicaron, 'se advierte que pese a las numerosas decisiones adoptadas con la

finalidad de hacer cesar las conductas objeto de este proceso —con medidas de menor alcance— tal finalidad no se ha podido lograr, lo cual pone en crisis el objeto de las medidas cautelares en punto a no tornar ilusoria la decisión que en definitiva se adopte en el proceso'. Los magistrados añadieron que 'frente a tal panorama se impone confirmar la clausura/bloqueo preventivo' de Uber en todo el país, 'en tanto se aprecia a esta altura del derrotero procesal que resulta el único modo de instrumentar la medida ordenada'" (13). En el párrafo inmediato siguiente también mencionó el bloqueo de tarjetas de crédito, que puede entenderse como un caso de censura indirecta.

El relator especial para la Libertad de Expresión de la CIDH había ya expresado que "medidas drásticas como la bajada de aplicaciones enteras, considerándolas ilegales sin ningún test o sin una ley precisa y clara que determine cuál sería la ilegalidad respecto al test de necesidad, proporcionalidad y legalidad que establece el derecho internacional; la supresión de contenidos basadas en normas ambiguas, etc., afecta gravemente y de forma desproporcionada a internet [...]; hay algunas discusiones en [...] Argentina [...] respecto a aplicaciones que tienen que ver con el tránsito y es un buen ejemplo de cómo aplicar una decisión judicial de bajar toda una aplicación puede ser, justamente desproporcionada tanto en lo que tiene que ver con la jurisdicción y también en lo que tiene que ver con el entendimiento de internet. Porque muchas veces las aplicaciones acercan a las puntas, y a las personas que buscan información y servicios, y no son en sí mismas, o no contienen en sí mismo, expresiones ilícitas..." (14).

Mucho más explícito fue en una entrevista brindada al Diario Perfil: "A mi juicio, es desproporcionado que un juez municipal quiera censurar una aplicación, como en el caso de Uber. ¿Por qué? Porque si hay un problema que tiene que ver con el mercado del transporte, será una cuestión de política de transporte, pero no es un problema de internet. ¿Cuál es el sentido de bajar una aplicación de transporte si no es ilegal el contenido que transmite? Lo mismo sucede con las aplicaciones de pizza, por ejemplo. O Netflix y todas las aplicaciones que ofrecen un contenido o servicio. Si ese servicio no es pornografía infantil o no contiene apología del odio o de la guerra, ordenar bajarlo sería una solución desproporcionada. Si hoy bajamos una aplicación —argumenta—, mañana podemos bajar otras. Y rompemos el principio de no censura y de proporcionalidad" (15).

III.2.b. La protección al discurso comercial contenido en el sitio web de Uber

El art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos prevé que "[t]oda 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". Gracias a la amplitud del lenguaje utilizado, la libertad de expresión protege entonces todo tipo de discurso: el político, económico, científico, artístico y también el comercial.

De hecho, refiriéndose específicamente al bloqueo de Uber, especialistas en libertad de expresión afirmaron que "la página web que quiere censurarse está también protegida constitucionalmente como 'libertad de expresión comercial'. Así lo han reconocido la Corte Suprema de Estados Unidos y la Corte Europea de Derechos Humanos, fundadas en que el interés de los consumidores en la transmisión libre de informaciones comerciales puede ser igual o incluso más intenso que su interés en el debate político del día, y que las mismas pueden involucrar directamente al interés público. En el caso de la web de Uber, esto se ve subrayado por tratarse de un discurso 'mixto', donde se aúna la comunicación comercial con elementos del debate público, como es la discusión sobre prohibición, regulación y libertad constitucional, entre otros" (16).

III.2.c. La proporcionalidad como exigencia para bloquear un sitio web

En la página web y aplicación de Uber no se encuentra, únicamente, contenido vinculado al transporte de personas en la CABA. En ambos existe información diversa y que puede resultar sumamente útil para encarar cualquier debate medianamente serio sobre el asunto.

En efecto, en el sitio web de Uber se encuentra un subdominio (www.uber.com/es-AR/helping-cities/) que tiene datos estadísticos sobre el car-pooling y el impacto positivo en distintas ciudades sobre los índices de accidentes de tránsito bajo los efectos del alcohol. También hay un "Newsroom" (<http://newsroom.uber.com/>), es decir, un portal de noticias que incluye novedades de la plataforma a nivel mundial y no solo en la CABA.

De acuerdo con los estándares interamericanos, los bloqueos de sitios web deben estar cuidadosamente diseñados de forma tal que no impacten sobre discursos legítimos protegidos (17). Es decir, aun cuando el contenido pueda ser "censurado" por caer en una de las expresiones no tuteladas por el sistema interamericano —que no es el caso de Uber— (18), la medida debe someterse a un estricto juicio de proporcionalidad y estar cuidadosamente diseñada y claramente limitada de forma tal que no alcance a discursos legítimos que merecen protección.

De hecho, el relator especial sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión de las Naciones Unidas explicó que "en muchos casos los Estados restringen, controlan, manipulan y censuran contenidos difundidos por internet, sin fundamento jurídico o amparándose en leyes amplias y ambiguas, sin justificar el objeto de esas acciones o de una manera claramente innecesaria o desproporcionada para el logro del objetivo previsto [...]. El uso estatal de tecnologías de bloqueo o filtrado incumple con frecuencia su obligación de garantizar el derecho a la libertad de expresión [...]. [A]unque se aduzca una justificación, las medidas de bloqueo suponen un medio innecesario o desproporcionado para alcanzar la meta enunciada, pues a menudo no se centran en objetivos suficientemente precisos y privan de acceso a numerosos contenidos, aparte de los que se han catalogado de ilegales..." (19).

En el mismo sentido, y vinculado al caso de Uber, se dijo que "no existe un solo argumento que califique al contenido en sí, a la aplicación, como un contenido ilegítimo [...]. El fallo no logra sustentar que se cumpla exitosamente la regla de proporcionalidad. La clausura en términos de contenido se traduce en censura. Y la censura solo puede ser consecuencia de una responsabilidad ulterior, sujeta al test ya mencionado, y por la ilegitimidad del contenido en sí [...]. Esta es la única y gran pregunta que debería haber respondido el fallo: ¿es proporcionada la restricción del contenido en los términos del art. 13 de la Convención Americana? Que la medida sea 'útil' (y esto es relativo por la arquitectura misma de la internet) no avala, jurídicamente, su procedencia" (20).

De lo anterior surge que cualquier medida de bloqueo no puede ser extendida a contenidos lícitos. Las medidas de restricción deben contar con salvaguardas que eviten el abuso, como la transparencia respecto de los contenidos cuya remoción haya sido ordenada, así como información pormenorizada sobre su necesidad y justificación. En ningún caso se puede imponer una medida que impida la circulación de cualquier contenido no cuestionado.

III.2.d. La condena al bloqueo de otras organizaciones relevantes

Diversas organizaciones vinculadas a la libertad en internet se manifestaron públicamente en contra del bloqueo de Uber. Por ejemplo, Freedom House, en su informe "Freedom on the net", afirmó que "durante el período que cubre este reporte, decisiones judiciales controversiales fueron emitidas para bloquear la aplicación móvil de transporte Uber" (21).

Access Now, por su parte, publicó recientemente que "las decisiones judiciales deben ser necesarias, proporcionadas, estar fundadas y provenir de autoridades judiciales competentes. En este caso no se ha cumplido con ninguno de esos requisitos. Si admitimos que los jueces con competencia municipal en Argentina puedan dictar bloqueos de este tipo, el futuro se avizora complejo para una internet libre. Si bien celebramos la decisión [del] Superior Tribunal de la Ciudad de Buenos Aires de resolver la ilegalidad de este bloqueo, hubo efectivamente una vulneración de los derechos de los usuarios y de principios elementales de internet. Estas medidas se siguen sucediendo a lo largo de todo el continente y no parecen encontrar un fin" (22).

La Asociación Interamericana de Empresas de Telecomunicaciones (ASIET) y la Asociación GSM (GSMA) también han criticado fuertemente el bloqueo de Uber, realizando incluso "un llamamiento a las autoridades judiciales y al organismo regulador ENACOM para que se deje sin efecto dicho requerimiento", porque consideran, entre otras cosas, que "[e]l bloqueo de contenidos y servicios de internet constituye una medida extrema que tiene potenciales efectos nocivos sobre la integridad y seguridad de la red y de ningún modo constituye una solución al problema de fondo que la sala II pretende resolver. Se trata de una medida de difícil aplicación técnica y que sitúa a las operadoras móviles en un rol que no les corresponde" (23).

IV. La postura de la OCDE frente a los bloqueos de aplicaciones de ride-sharing

Finalmente, vale destacar que las recomendaciones de la OCDE van en un sentido diametralmente opuesto al que venía siguiendo la justicia de la CABA. En un documento reciente ha afirmado que "está claro que las plataformas que brindan servicios de ride-sourcing y servicios de viaje compartido se expanden constantemente en todo el mundo y prohibirlas no es la solución" (24).

En tal sentido, según la OCDE, mantener la neutralidad de la red resulta indispensable para garantizar un entorno abierto y dinámico de internet (25). El organismo recomienda que los Estados promuevan el acceso universal a internet y que no existan barreras injustificadas o discriminatorias para el ingreso de nuevos usuarios.

Según estas mismas recomendaciones, las políticas públicas deben fomentar la diversidad de contenidos, plataformas, aplicaciones, servicios en línea y otras comunicaciones que permitan a los usuarios beneficiarse plenamente de estas redes y servicios accediendo a una diversidad de contenidos, sin discriminación alguna (26).

Por otro lado, la OCDE ha reconocido que la falta de apertura de internet afecta el potencial de la economía

digital. Al respecto, el informe "One internet" de la Comisión Global sobre la Gobernanza de Internet (GCIG) (27), presentado en la reunión ministerial de la OCDE, sostiene que una internet abierta y accesible genera grandes beneficios económicos, y que, por el contrario, una internet fragmentada lastra la inversión y el comercio y menoscaba los derechos de libertad de expresión y de acceso al conocimiento (28).

Los intentos del fiscal y de la justicia de bloqueo a Uber eran contrarios al principio de neutralidad, apertura y accesibilidad de internet, por lo que colocaban el Estado argentino en situación de violar las recomendaciones de la OCDE. La OCDE incluso se ha pronunciado sobre la decisión de prohibir las aplicaciones de ride-sourcing, lo que, entiende, no es la solución. Ya se había advertido que la orden de bloqueo comprometía la posición de la Argentina frente a la OCDE, cuando se dijo que "El bloqueo a Uber y no permitir el funcionamiento de este servicio de transporte y su aplicación digital va en contra de las líneas regulatorias de la OCDE, y podría no ser la mejor carta de presentación de Argentina como garante de las inversiones" (29).

V. Recomendaciones de la OCDE en materia de economías digitales y economía colaborativa

Se entiende por "economía digital" a la "adaptación de todas las ramas de la economía (empresas, familias, gobiernos...) a las nuevas posibilidades de las tecnologías de la información y el conocimiento" (30).

La llamada "economía colaborativa", en cambio, consiste en un modelo de economía alternativo basado en compartir. La economía colaborativa puede definirse entonces como "el intercambio de bienes y servicios que, gracias a internet y a múltiples plataformas, favorece a personas, comunidades y al medio ambiente de forma universal" (31).

Una de las principales ventajas de este fenómeno es la optimización de recursos infrautilizados, sean bienes, sean talentos humanos. En efecto, bienes (como, p. ej., autos particulares o inmuebles) que solo se usan ocasionalmente (los fines de semana o solo algunos meses al año) son utilizados en plataformas como Uber, Cabify, Airbnb para explotarlos económicamente durante un mayor período de tiempo. Lo mismo ocurre con los talentos: una persona que sabe realizar artesanías, pero por falta de capital y de volumen de producción no puede comercializarlas por los canales tradicionales de venta (instalar un local, contratar empleados, etc.), sí puede venderlas a través de sitios de internet o aplicaciones como Mercado Libre, Facebook o Instagram. Del mismo modo, un empleado que tiene más gastos que ingresos, que no puede tener otro empleo a tiempo completo pero que tiene cierta cantidad de tiempo libre, puede conducir su automóvil utilizando Uber o Cabify algunas horas por semana para poder completar el ingreso familiar que necesita.

Otras de las ventajas que produce la economía colaborativa es la simplificación del ahorro, una mayor accesibilidad a determinados bienes, una ampliación de la oferta para los consumidores, mayor información para éstos, como así también un efecto positivo en cuanto a la sostenibilidad y la protección del medioambiente.

La OCDE también se ha pronunciado con respecto a la importancia del desarrollo de las nuevas economías digitales y los beneficios que puede acarrear la economía colaborativa.

En primer lugar, con respecto a las economías digitales, la Declaración Ministerial sobre Economía Digital 2016 de la OCDE (32) reconoce que la economía digital es un motor importante para la innovación, el crecimiento y la prosperidad social. A partir de ello, resalta la importancia de que los Estados establezcan políticas coherentes para reducir las barreras que existen en la utilización de las tecnologías digitales, fomenten la innovación y nuevas oportunidades de negocio, refuercen la confianza, promuevan la calidad del empleo y satisfagan las necesidades de la competencia.

En ese marco, la Declaración establece la necesidad de apoyar el comercio electrónico y facilitar el desarrollo de nuevas empresas y servicios, en los siguientes términos: "Apoyaremos la libre circulación de información con objeto de favorecer la innovación y la creatividad, fomentar la investigación y el intercambio de conocimientos, potenciar el comercio y el comercio electrónico, facilitar el desarrollo de nuevas empresas y servicios, e incrementar el bienestar de la población, mediante políticas fundamentadas en el respeto de los derechos humanos y el Estado de derecho que refuercen el carácter abierto de internet, en especial su carácter distribuido e interconectado" (33).

Finalmente, en un artículo publicado en el sitio oficial del World Economic Forum (34) se ha señalado cómo la economía colaborativa puede ayudar a combatir la pobreza. Específicamente indica que esta contribuye a: i) compartir o alquilar activos que no solo permiten a los consumidores ahorrar dinero, sino que también les permiten un acceso completamente nuevo a ese bien que antes no podían pagar; ii) formalizar el trabajo en países donde el trabajo informal suele representar más del 40% de la actividad económica; iii) aportar a la salud pública; y iv) brindar acceso a nuevos mercados laborales a las personas de países con altas tasas de desempleo y bajos salarios.

Es por todo ello que celebramos el fallo del TSJ, cuya revolución consiste en reafirmar principios básicos

que, durante los últimos meses, parecían haberse olvidado.

(A) Abogado. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Profesor de Derecho de la Información en la Facultad de Comunicación de la Universidad Austral.

(1) Cfr. SEREBRINSKY, Diego, "El caso 'Uber' en los Estados Unidos: un fallo ejemplar sobre el derecho de los consumidores a la libertad de elección"; LA LEY, 2017-A, 117.

(2) El "contrato de transporte", por su parte, es definido por el Cód. Civ. y Com. en su art. 1280 como aquel en virtud del cual "una parte llamada transportista [...] se obliga a trasladar personas [...] de un lugar a otro, y la otra, llamada pasajero [...] se obliga a pagar un precio...". El Cód. Civ. y Com. aclara, en su art. 1281, que sus normas aplicarán en caso de que no existan leyes especiales, lo que deja espacio para regulaciones de servicios particulares. Como la CABA no ha dictado ninguna "ley especial" sobre el servicio de Uber, y como el Cód. de Tránsito no lo prohíbe, el fiscal se vio en la necesidad de acudir al art. 86 (ex art. 83) del Cód. Contravencional para intentar detener el avance del gigante del ride-sourcing.

(3) El art. 18 prevé que "[l]as autoridades preventoras solo pueden adoptar medidas precautorias en los siguientes casos: [...] Clausura preventiva, en caso de flagrante contravención que produzca grave e inminente peligro para la salud o seguridad públicas".

(4) Me refiero al proyecto de ley 2298/16 de la CABA. Para ampliar se puede ver BOULIN, Ignacio, "Internet bajo amenaza de mordaza", Clarín, 31/08/2016, disponible en https://www.clarin.com/opinion/Internet-amenaza-mordaza_0_BJAF2_7o.html.

(5) Sentencia del Juzg. PCyF N° 16, 22/04/2016, dictada en el marco de la causa caratulada "NN s/ art. 1472:83. Usar indebidamente el espacio público c/fines lucrativos (no autorizadas) - CC", expte. 4790/16.

(6) Ibidem.

(7) Cfr. CCont. Adm. y Trib, sala II, 06/09/2016, "Sindicato de Peones de Taxis de la Capital Federal y otros c. GCBA y otros s/ incidente de apelación".

(8) Se puede ver la sentencia en informacionlegal.com.ar, AR/JUR/23908/2018.

(9) LONIGRO, Félix V., "El insólito embate contra Uber", La Nación, 08/08/2017, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/2050972-el-insolito-embate-contra-uber>.

(10) TOLLER, Fernando, "Argentina está intoxicada de reglamentarismo", Télam, 01/02/2017, disponible en <http://www.telam.com.ar/notas/201702/178551-argentina-esta-intoxicada-de-reglamentarismo.html>.

(11) LONIGRO, Félix V., "Uber: los pasajeros ven utilidad donde las autoridades fijan trabas", Infobae, 05/05/2017 (disponible en: <https://www.infobae.com/opinion/2017/05/05/uber-los-pasajeros-ven-utilidad-donde-las-autoridades-fijan-trabas/>).

En igual sentido: "Popularmente demandado, oficialmente resistido", Perfil, 14/05/2017 (disponible en: <http://www.perfil.com/noticias/columnistas/popularmente-demandado-oficialmente-resistido.phtml>).

(12) Relator especial de las Naciones Unidas (ONU) sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), relatora especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (OEA), y relatora especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), Declaración conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet, 01/06/2011, pto. 3.a).

(13) CIDH, "Informe anual 2017", Relatoría Especial para la Libertad de Expresión.

(14) Intervención de Edison Lanza, relator especial para la Libertad de Expresión, en Internet Day, Cabase, 17/05/2017, disponible en https://www.youtube.com/watch?v=zSo_IKmY448.

(15) "Cómo defendernos de la posverdad y las #fakenews", Diario Perfil, 22/12/2017, disponible en <http://www.perfil.com/elobservador/como-defendernos-de-la-posverdad-y-las.phtml>.

(16) TOLLER, Fernando, "Jueces y libertad de expresión en internet", La Nación, 29/04/2017, disponible en <http://www.lanacion.com.ar/2019083-jueces-y-libertad-de-expresion-en-internet>. El autor hace referencia a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos en "Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New York", 447 US 557 (1980), y de la Corte Europea de Derechos Humanos en "Markt Intern c. Alemania", 20/11/1989.

(17) De acuerdo con la Comisión Interamericana, los discursos que no están resguardados por el derecho a la libertad de expresión son la propaganda de guerra y la apología del odio que constituya incitación a la violencia, la incitación directa y pública al genocidio, y la pornografía infantil (cfr. "Informe anual 2009", informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, cap. III: "Marco jurídico interamericano del derecho a la libertad de expresión", OEA/Ser.L/V/II, doc. 51, 30/12/2009, párrs. 58 y ss).

(18) Cfr. TOLLER, Fernando, "Jueces y libertad...", cit., donde afirma que "el bloqueo de un sitio web de una empresa, cuando se está en medio de un debate público y de un proceso sobre la legitimidad de sus actividades, y cuando el censurado está esgrimiendo varios derechos fundamentales, no puede encontrarse entre los casos

especiales que habilitan una intervención drástica. Esta afectación a la libertad de expresión pondría en crisis al principio de neutralidad en la red, por el cual los prestadores no pueden censurar contenidos salvo los casos mencionados, y los usuarios tienen derecho al acceso universal. El caso Uber no se encuentra entre los pocos casos justificados de prevención judicial de daños derivados de informaciones, sino que implica una extralimitación innecesaria".

(19) Naciones Unidas, Asamblea General, informe del relator especial sobre la Promoción y Protección del Derecho a la Libertad de Opinión y de Expresión, Frank La Rue, A/HRC/17/27, 16/05/2011, párrs. 26 y 31, disponible en http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=85.

(20) VARGAS DE BREZ, P., "La cautelar contra la contravención de Uber: una contravención al sistema interamericano de libertad de expresión. Comentario al fallo 'Incidente de apelación de clausura preventiva art. 29, LPC, en autos Uber SRL s/ infr. 83, CC'", El Dial, 11/05/2016.

(21) Freedom House es una ONG fundada en 1941, con sede en Washington DC y con oficinas en cerca de una docena de países. Conduce investigaciones vinculadas con la tutela de los derechos humanos, en especial la libertad de expresión, y promueve la democracia, la libertad política y los derechos humanos. Puede verse completo en <https://freedomhouse.org/report/freedom-net/2017/argentina>.

(22) Access Now es una ONG internacional, vinculada con la tutela y protección de los derechos humanos, las políticas públicas y la defensa de una internet abierta y gratuita. Puede consultarse en mayor detalle en <https://www.accessnow.org/>. PISANU, G., "Bloqueo de aplicaciones en Argentina: inseguridad jurídica en internet", Access Now, 29/06/2018, disponible en <https://www.accessnow.org/bloqueo-de-aplicaciones-en-argentina-inseguridad-juridica-en-internet/>.

(23) Se puede ver el comunicado en [http://asiet.lat/actualidad/noticias/asiet-gsma-expresan-preocupacion-bloqueo-contenidos-servicios-internet-argentina-solicitan-se-](http://asiet.lat/actualidad/noticias/asiet-gsma-expresan-preocupacion-bloqueo-contenidos-servicios-internet-argentina-solicitan-se)

(24) El documento al que me refiero es la "Background note for the 65th Meeting of the Working Party No 2 on Competition and Regulation on 4 June 2018", disponible en [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2\(2018\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2(2018)1/en/pdf). La traducción es propia.

(25) Cfr. OCDE, "Recomendación del Consejo de la OCDE sobre los principios para la formulación de políticas en internet", disponible en <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/49258588.pdf>.

(26) Ibidem.

(27) Disponible en: <https://www.cigionline.org/publications/one-internet>.

(28) OCDE, "El mundo debe actuar con mayor rapidez para aprovechar el potencial de la economía digital", disponible en <http://www.oecd.org/centrodemexico/medios/el-mundo-debe-actuar-con-mayor-rapidez-para-aprovechar-el-potencial-de-la-economia-digital>.

(29) ALEGRETT SALAZAR, Adriana, "El bloqueo a Uber, otro capítulo en la mala reputación de Argentina", en Clarín, 06/06/2018, disponible en https://www.clarin.com/opinion/bloqueo-uber-capitulo-mala-reputacion-argentina_0_Hk6KpWEgQ.html.

(30) <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/48573/1/M%C3%A1s%20contenido%20L1.pdf>.

(31) SUÁREZ GARCÍA, Nataly, "Economía colaborativa", Universidad de Valladolid, 2016, disponible en <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/22179>.

(32) OCDE, "Declaración ministerial sobre la economía digital: innovación, crecimiento y prosperidad social", 23/06/2016, disponible en <https://www.oecd.org/centrodemexico/medios/declaracion-ministerial-sobre-la-economia-digital.htm>.

(33) Ibidem.

(34) GOWER, Richard, "The sharing economy could help end poverty. Here's how", 28/03/2018, disponible en <https://www.weforum.org/agenda/2018/03/the-sharing-economy-could-help-end-poverty-here-s-how/>.