



# La exigencia de presencia local a las empresas TIC: una mirada desde el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho económico internacional

*Septiembre 2022*

**Facultad de Derecho**

Centro de Estudios en Libertad  
de Expresión y Acceso a la Información



# La exigencia de presencia local a las empresas TIC: una mirada desde el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho económico internacional<sup>†</sup>

*Matías González\* y Belén Portugal<sup>‡</sup>*  
**CELE**

## I. Introducción

En el último tiempo, hemos visto proliferar<sup>1</sup> leyes y proyectos de ley en distintas partes del mundo, que imponen la creación de algún tipo de lazo jurídico-comercial o de una conexión local entre empresas de tecnologías de la información y la comunicación (TIC) (principalmente redes sociales) y el país en el que prestan sus servicios. Según el caso, la modalidad elegida para lograr este objetivo consiste en requerir la presencia comercial, la asignación de un representante local, la localización de datos o la contratación de personal local. Estas iniciativas no han pasado inadvertidas y tanto el sector privado como la sociedad civil han realizado diversas críticas al enfocarse en potenciales afectaciones de índole económica, como también en el impacto que estas pueden tener para el ejercicio de la libertad de expresión. Esta tendencia se da en un contexto que, como sugiere Gonzalo Bustos Frati, Pablo Palazzi y Silvana Rivero, está marcado por una “profunda incertidumbre y creciente complejidad acerca del futuro de la gobernanza de la economía digital, en general, y en materia de RDII [responsabilidad de

---

<sup>†</sup> Este artículo y su correspondiente investigación son producto del trabajo desarrollado por los autores en el Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Universidad de Palermo. Los autores agradecen a Agustina Del Campo, Federico Lavopa y Ramiro Álvarez Ugarte por sus valiosos aportes y comentarios. Cualquier error nos pertenece.

\* Abogado de la Universidad de Buenos Aires, Maestrando en Política y Economía Internacionales, Universidad de San Andrés. Coordinador del Observatorio Legislativo en el Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE) de la Universidad de Palermo.

<sup>‡</sup> Licenciada en Gobierno y Relaciones Internacionales. Cuenta con amplia experiencia en negociaciones comerciales internacionales, en particular sobre comercio de servicios. Actualmente se desempeña en la Oficina de Relaciones Internacionales del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

<sup>1</sup> Elliott, Vittoria, “New Laws Requiring Social Media Platforms to Hire Local Staff Could Endanger Employees”, Rest of World, 2021, disponible en: <https://restofworld.org/2021/social-media-laws-twitter-facebook>, último acceso: 30 de mayo de 2022.

intermediarios] en particular”.<sup>2</sup> Pero, sobre todo, esta tendencia se monta sobre dos áreas del derecho internacional distintas y que hasta cierto punto parecen paralelas y podrían solaparse: el derecho económico internacional y el derecho internacional de los derechos humanos.

Hasta ahora, los argumentos expuestos principalmente por la sociedad civil y la academia especializada en temas de derechos digitales a nivel internacional han tendido a tildar estos requisitos de *hostage clauses*, que son cláusulas diseñadas para retener a los representantes y obligarlos a través de esa jurisdicción personal a ejecutar e implementar órdenes locales de toda índole, incluso órdenes contrarias a los derechos humanos. Asimismo, la sociedad civil y la academia especializada alertan a los Gobiernos de distintos países que las consideran para el potencial efecto modelador de sus leyes sobre otras legislaciones del mundo menos democráticas o menos respetuosas de los derechos humanos. En esta línea, vemos denuncias y alertas sobre cómo el requisito del Digital Services Act (DSA) de la Unión Europea podría generar un modelo o una validación para que otros Gobiernos o parlamentos del mundo adopten regulaciones similares.<sup>3</sup> Sin embargo, estas alertas poco dicen sobre la potestad legal de establecer dichas obligaciones o sobre la conveniencia jurídica de las mismas desde el derecho comercial.

Aquí nos proponemos analizar estas iniciativas legislativas actuales sobre la exigencia de representación local para las TIC y sus posibles consecuencias, desde un enfoque que intenta acercar dos ramas del derecho internacional que se encuentran comúnmente dissociadas: el derecho comercial internacional y el derecho internacional de los derechos humanos. Para ello, este artículo se dividirá en tres partes: primero realizaremos una breve descripción de las distintas iniciativas existentes a la fecha y de las problemáticas principales en torno a ellas; la segunda parte ahondará en la legalidad (o no) de estos requisitos desde el punto de vista del derecho económico internacional; y, finalmente, la tercera sección abordará las críticas realizadas sobre la afectación del derecho humano a la libertad de expresión. Este trabajo concluye que es necesario que la investigación académica empiece a identificar cada vez más la interacción entre estos regímenes para buscar respuestas a problemas que son por demás complejos.

---

<sup>2</sup> Bustos Fratis, Gonzalo, Palazzi, Pablo A. y Rivero, Silvana, *Responsabilidad de intermediarios de internet en América Latina: hacia una regulación inteligente de la economía digital*, Washington D.C., Banco Interamericano de Desarrollo (BID), 2021, p. 6, disponible en: <https://alai.lat/wp-content/uploads/2021/05/Responsabilidad-de-intermediarios-de-internet-en-America-Latina-Hacia-una-regulacion-inteligente-de-la-economia-digital.pdf>, último acceso: 30 de mayo de 2022.

<sup>3</sup> Keller, Daphne, “Who Do You Sue? State and Platform Hybrid Power over Online Speech”, Aegis Series Paper N° 1.902, Hoover Institution, Stanford University, 2019, disponible en: <https://www.hoover.org/research/who-do-you-sue>, último acceso: 30 de mayo de 2022.

## II. Una tendencia global

Con distintos argumentos y generalmente amparados en preocupaciones legítimas, son muchas y diversas las iniciativas legislativas que tienen por objetivo requerir la presencia local o controlar la forma en que las empresas TIC pueden prestar sus servicios de manera transfronteriza. En América Latina, cabe destacar los casos de México y Brasil. En el caso de México, si bien no se exige la designación de un representante local ni se pide que se alojen localmente los datos, el proyecto de ley<sup>4</sup> abierto a consulta pública presentado por el senador Ricardo Monreal Ávila estipula que las redes sociales relevantes (aquellas que cuenten con un millón o más de suscriptores, usuarios o usuarias) deberán solicitar autorización al Instituto Nacional de Telecomunicaciones para prestar su servicio. Además, deben presentar ante este instituto sus términos y condiciones, en particular en lo referido a la moderación de contenidos y a la suspensión o eliminación de cuentas. El proyecto establece multas para las empresas que vulneren la libertad de expresión.

En el caso de Brasil, en el año 2020, se presentó ante el Congreso un proyecto de ley de libertad, responsabilidad y transparencia en internet<sup>5</sup> que determina normas para las empresas de redes sociales o para los proveedores de mensajería privada que tengan más de dos millones de usuarios registrados y usuarias registradas, estén o no radicados en Brasil. El proyecto establece que las empresas deben, entre otras cosas, vedar las cuentas que no sean auténticas y las cuentas automáticas no identificadas como tales;<sup>6</sup> identificar los contenidos publicitarios; limitar el número de veces que un mensaje puede ser reenviado y el número de personas que puede haber en un grupo; guardar por tres meses el contenido de mensajes enviados de forma masiva, etc. Los datos de quienes remitieron los mensajes podrían ser utilizados en procedimientos de investigación criminal o penal mediante orden judicial. La norma también obliga a las empresas a garantizar el derecho a la información y a la libertad de expresión de los usuarios y de las usuarias al hacerles partícipes del proceso de elaboración de los térmi-

---

<sup>4</sup> Senador doctor Ricardo Monreal Ávila, "Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión", Senado de la República de los Estados Unidos Mexicanos, Senado Morena LXIV Legislatura, 2021, disponible en: <https://ricardomonrealavila.com/wp-content/uploads/2021/02/REDES-SOCIALES-Propuesta-Iniciativa-29.01.21.pdf>, último acceso: 30 de mayo de 2022.

<sup>5</sup> Cámara de Diputados de Brasil, Comité Directivo, "Ley Brasileña de Libertad, Responsabilidad y Transparencia en Internet.", 2020, disponible en: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1909983&filename=PL+2630/2020](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1909983&filename=PL+2630/2020), último acceso: 30 de mayo de 2022.

<sup>6</sup> También exige solicitar a los usuarios y a las usuarias que comprueben sus datos en caso de incumplimiento de la ley.

nos de uso.<sup>7</sup> La ley también estipula que los proveedores de redes sociales deben producir informes trimestrales de transparencia, disponibles en sus sitios web, en portugués, para notificar sobre los procedimientos y las decisiones para el manejo de los contenidos generados por terceros en Brasil, así como sobre las medidas empleadas para cumplir con esta ley.<sup>8</sup> En sus disposiciones finales, el proyecto de ley establece que los proveedores de redes sociales y los servicios de mensajería privada deben tener sede y designar representantes legales en Brasil, como también mantener el acceso remoto desde Brasil a sus bases de datos, que contendrán información sobre los usuarios brasileños y las usuarias brasileñas y servirán para el almacenamiento de contenido en situaciones previstas por la ley, especialmente para cumplir con órdenes de una autoridad judicial brasileña.<sup>9</sup>

A nivel internacional, más allá de la región latinoamericana, también son varias y diversas las iniciativas que incorporan la obligación de presencia local. El Digital Services Act<sup>10</sup> de la Comisión Europea, por ejemplo, en el artículo 11 del proyecto dispone que:

los prestadores de servicios intermediarios establecidos en un tercer país que ofrezcan servicios en la Unión deberán *designar a un representante legal en la Unión* suficientemente facultado y proporcionar información relativa a sus representantes legales, para que sea posible la supervisión y, en su caso, la ejecución eficaz del presente Reglamento en relación con dichos prestadores. También deberá ser posible que el representante legal funcione como punto de contacto, siempre que se cumplan los requisitos pertinentes del presente Reglamento.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> Cámara de Diputados de Brasil, *supra* nota 5, art. 12.

<sup>8</sup> *Ibid.*, art. 13.

<sup>9</sup> *Ibid.*, art. 32.

<sup>10</sup> Comisión Europea, “Questions and Answers: Digital Services Act”, 2022, disponible en: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA\\_20\\_2348](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/QANDA_20_2348), último acceso: 30 de mayo de 2022. El Digital Services Act (DSA) se trata de un paquete de medidas que se enmarca dentro de la estrategia del Mercado Único Digital de la Unión Europea que busca “armonizar las condiciones de los prestadores de servicios de internet a lo largo y ancho de la región” al respetar los derechos humanos fundamentales. Las disposiciones del DSA se aplicarían a lo largo de todo el Mercado Único Europeo e inclusive en aquellos intermediarios en línea que no estén establecidos en la Unión Europea, pero que presten allí sus servicios. Ver el análisis en Schatzky, Morena, “Desglosando la nueva regulación europea contra la difusión de contenido terrorista en línea”, Blog del Observatorio Legislativo, 2021, disponible en: <https://observatoriolegislativocele.com/desglosando-la-nueva-regulacion-europea-contra-la-difusion-de-contenido-terrorista-en-linea>, último acceso: 30 de mayo de 2022.

<sup>11</sup> Comisión Europea, “Propuesta de reglamento del parlamento europeo y del consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de Servicios Digitales) y por el que se modifica la directiva 2.000/31/CE”, 15 de diciembre, 2020, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en>, último acceso: 30 de mayo de 2022. Ver también el art. 2.d. Las cursivas son nuestras.

La ley alemana de redes sociales, o NetzDG,<sup>12</sup> también incluye disposiciones similares. Esta ley fue aprobada en 2017 y “regula la implementación de las leyes sobre discriminación y discurso de odio en internet”.<sup>13</sup> Además, impone multas para aquellas plataformas de gran envergadura y redes sociales “que no bloqueen o eliminen el contenido manifiestamente discriminatorio o constitutivo de discurso de odio y le otorga un plazo de 7 días para eliminar o bloquear cualquier otro contenido ilegal”.<sup>14</sup> Según su sección 5, aquellas plataformas de redes sociales que cuenten con más de dos millones de usuarios y usuarias en Alemania deberán designar a un representante local en Alemania.<sup>15</sup>

En la misma línea, la Ley de Internet turca<sup>16</sup> determina que las empresas de redes sociales con más de un millón de usuarios y de usuarias en Turquía establezcan una presencia comercial en el país y almacenen localmente los datos de los usuarios turcos y de las usuarias turcas. El requisito complementa una reforma por la cual se instauraron obligaciones para que las redes sociales eliminen o bloqueen contenido dentro de 24 horas cuando exista una orden judicial y en 48 horas cuando el pedido provenga, en cambio, de un usuario o una usuaria individual.<sup>17</sup> Las empresas tienen la obligación de designar un representante local, que debe ser un ciudadano turco o una persona jurídica registrada en Turquía y debe estar autorizado para aceptar notificaciones o traslados de documentos a los efectos de la ley N° 5.651.<sup>18</sup> La designación del representante ha de ser publicada en el sitio web del proveedor de la red social y comunicada a la Autoridad de

<sup>12</sup> German Law Archive, “Network Enforcement Act (Netzdurchsetzungsgesetz, NetzDG)”, 2017, disponible en: <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=1245>, último acceso: 30 de mayo de 2022.

<sup>13</sup> Del Campo, Agustina, “La regulación de internet y su impacto en la libertad de expresión en América Latina”, Buenos Aires, Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la Información (CELE), 2018, p. 9, disponible en: <https://observatoriolegislativocele.com/wp-content/uploads/La-regulaci%C3%B3n-de-internet-y-su-impacto.pdf>, último acceso: 30 de mayo de 2022.

<sup>14</sup> Comisión Europea, “Act Improving Law Enforcement on Social Networks [Netzdurchführungsgesetz – NetzDG]”, 2017, disponible en: <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/en/search/?trisaction=search.detail&year=2017&num=127>, último acceso: 30 de mayo de 2022.

<sup>15</sup> Elliott, *supra* nota 1.

<sup>16</sup> Article 19, “Turkey: Twitter Becomes Latest Company to Comply with Repressive Social Media Law”, 2021, disponible en: <https://www.article19.org/resources/turkey-twitter-becomes-latest-company-to-comply-with-repressive-social-media-law>, último acceso: 30 de mayo de 2022.

<sup>17</sup> Según el artículo 4 (2), las multas por incumplimiento de estas disposiciones de eliminación y bloqueo oscilan de cinco a diez millones de liras turcas. Ver, Mehmet Bedii Kaya, “The Turkish Internet Law: Full Translation of the Law N° 5.651”, 2021, disponible en: <https://www.mbkaya.com/turkish-internet-law>, último acceso: 30 de mayo de 2022.

<sup>18</sup> Cantekin, Kayahan, “Turkey: New Rules Require Social Network Providers to Appoint Representatives in Turkey”, Library of Congress, 2020, disponible en: <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2020-10-08/turkey-new-rules-require-social-network-providers-to-appoint-representatives-in-turkey>, último acceso: 30 de mayo de 2022.

Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.<sup>19</sup> Ante el incumplimiento, se prevén sanciones que aumentan gradualmente: primero, la Autoridad notificará a los proveedores para solicitarles la designación en un plazo de 30 días bajo apercibimiento de una multa administrativa de treinta millones de liras turcas.<sup>20</sup> En caso de que continúe el incumplimiento, en un plazo de 3 meses, se prohibirán las publicidades y se reducirá el ancho de banda de internet de la red social de un 50% a un 90%.

En India, en febrero de 2021, se aprobaron las “Reglas de tecnología de la información<sup>21</sup> (pautas para intermediarios y código de ética de medios digitales)”.<sup>22</sup> Las nuevas reglas requieren que las empresas de redes sociales importantes (aquellas que tengan más de cinco millones de usuarios registrados y de usuarias registradas en el país) restrinjan una variedad de temas, cumplan con órdenes de eliminación de contenido emanadas desde el Gobierno e identifiquen la fuente original de la información compartida.<sup>23</sup> A fin de garantizar su implementación, las reglas incorporan la obligación de presencia local en el país –el requisito de constituir localmente un oficial de quejas (*grievance officer* en inglés)– y prevén que, ante el incumplimiento

---

<sup>19</sup> Tarihi, Kabul, “Ley por la que se modifica la ley de regulación de las publicaciones realizadas por Internet y de lucha contra los delitos cometidos a través de estas publicaciones”, *Resmî Gazete*, 2020, disponible en: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/07/20200731-1.htm>, último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>20</sup> Se podrá sumar una multa adicional por la misma suma en caso de seguir el incumplimiento dentro de los 30 días siguientes.

<sup>21</sup> “Reglas de tecnología de la información (pautas para intermediarios y código de ética en medios digitales)”, *The Gazette of India*, 2021, disponible en: [https://prsindia.org/files/bills\\_acts/bills\\_parliament/2021/Intermediary\\_Guidelines\\_and\\_Digital\\_Media\\_Ethics\\_Code\\_Rules-2021.pdf](https://prsindia.org/files/bills_acts/bills_parliament/2021/Intermediary_Guidelines_and_Digital_Media_Ethics_Code_Rules-2021.pdf), último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>22</sup> Este conjunto de reglas introdujo varios cambios (muchos bastante polémicos y cuestionados por la sociedad civil y por los organismos de derechos humanos). De hecho, tres de los relatores del sistema de Naciones Unidas enviaron una carta al Gobierno indio para indicar su preocupación sobre este conjunto de reglas y sus implicancias para la libertad de expresión y la privacidad. Ver, Palais des Nations, “Mandates of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression; the Special Rapporteur on the Rights to Freedom of Peaceful Assembly and of Association and the Special Rapporteur on the Right to Privacy”, 2021, disponible en: <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gld=26385>, último acceso: 2 de junio de 2022.

Asimismo, con posterioridad a su aprobación, hemos visto un escalamiento de tensiones entre el Gobierno y las empresas de tecnología, que llevó a que las oficinas de Twitter fueran “visitadas” por la policía india luego de que la compañía hubiera etiquetado unos tuits del Partido Popular Indio (BJP) como *manipulated media* (medios manipulados). Ver, Singh, Manish, “Police in India Visited Twitter Offices over ‘Manipulated Media’ Label”, *Tech Crunch*, 2021, disponible en: <https://techcrunch.com/2021/05/24/delhi-police-run-by-indias-central-government-raids-twitter-offices-over-manipulated-label>, último acceso: 30 de mayo de 2022. De hecho, Twitter expresó su preocupación sobre cómo las acciones del Gobierno indio podrían afectar negativamente la libertad de expresión. Ver, Rekhi, Dia, “Penalty Cause in India’s Laws Worry Twitter”, *The Economic Times*, 2022, disponible en: <https://economictimes.indiatimes.com/tech/technology/twitter-expresses-concern-over-proposed-indian-legislation/articleshow/89704958.cms?from=mdr>, último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>23</sup> Corresponsal especial, “Govt Announces New Social Media Rules to Curb Tts Misuse”, *The Hindu*, disponible en: <https://www.thehindu.com/news/national/govt-announces-new-social-media-rules/article33931290.ece>, último acceso: 30 de mayo de 2022.

sustantivo de las normas, las empresas o sus representantes puedan incurrir en responsabilidad legal. Este mecanismo complejo de quejas requiere que las redes sociales importantes conformen un equipo completo de reparación de quejas<sup>24</sup> compuesto por tres personas con diferentes responsabilidades: 1) un director o una directora de Cumplimiento, responsable de garantizar el cumplimiento de la Ley de Tecnologías de la Información y sus reglas; 2) una persona de contacto nodal, responsable de coordinar a tiempo completo con todas las agencias de aplicación de la ley; y 3) un o una oficial de quejas residente que pueda responder por estas quejas.<sup>25</sup> Los o las tres oficiales tienen la obligación legal de residir en la India.<sup>26</sup> La disposición levantó críticas de las empresas, la academia y la sociedad civil.<sup>27</sup>

El caso de Pakistán es similar al de India. En 2020, Pakistán publicó sus “Reglas de eliminación y bloqueo de contenido ilegal en línea (procedimiento, supervisión y salvaguardias)” y, según la regla 9 (5), toda compañía de redes sociales o los proveedores de servicios que cuenten con más de quinientos mil usuarios registrados y usuarias registradas en el país deberán instalar una oficina permanente registrada en Pakistán y designar una persona de contacto que resida allí. La regla 9 (5) también obliga a las empresas de redes sociales y a los proveedores de servicios a establecer uno o más servidores de bases de datos en Pakistán y

<sup>24</sup> Obhan, Ashima y Patodia, Vrinda, “The Social Media Furore”, Obhan & Associates, 2021, disponible en: <https://www.obhanandassociates.com/blog/the-social-media-furore>, último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>25</sup> Obhan, Ashima y Patodia, Vrinda, “India Tightens the Noose on Intermediaries and Social Media Platforms – Part 3”, Obhan & Associates, 2021, disponible en: <https://www.obhanandassociates.com/blog/india-tightens-the-noose-on-intermediaries-and-social-media-platforms-part-3>, último acceso: 30 de mayo de 2022.

<sup>26</sup> Mendiratta, Raghav, “Information Technology (Intermediary Guidelines and Digital Media Ethics Code) Rules 2021”, Wilmap, 2021, disponible en: <https://wilmap.stanford.edu/entries/information-technology-intermediary-guidelines-and-digital-media-ethics-code-rules-2021>, último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>27</sup> Chinmayi Arun, entre otros, sostuvo, por ejemplo, que este requisito (que bien podríamos denominar de *hostage-taking clause*) hace que las empresas se conviertan en rehenes de los potenciales pedidos del Gobierno puesto que, ante cualquier resistencia a un pedido, su propio personal empleado podría ir a la cárcel. Angwin, Julia, “Defending Freedom of Expression”, Hello World, 2021, disponible en: <https://www.getrevue.co/profile/themarkup/issues/defending-freedom-of-expression-661837>, último acceso: 2 de junio de 2022. De hecho, ya contamos con un antecedente en América Latina de este tipo de prácticas con el arresto, en 2016, del vicepresidente de Facebook por parte de las autoridades brasileñas por no proveer información en el marco de una investigación criminal. Ver, además, Watts, Jonathan, “Brazilian Police Arrest Facebook’s Latin America Vice-president”, *The Guardian*, 2016, disponible en: <https://www.theguardian.com/technology/2016/mar/01/brazil-police-arrest-facebook-latin-america-vice-president-diego-dzodan>, último acceso: 2 de junio de 2022.

En el caso de las empresas, por ejemplo, si bien Twitter al principio resistió la implementación de la norma (ver, Singh, Manish, “Twitter Appoints Resident Grievance Officer in India to Comply with New Internet Rules”, Tech Crunch, 2021, disponible en: <https://techcrunch.com/2021/07/10/twitter-appoints-resident-grievance-officer-in-india-to-comply-with-new-internet-rules>, último acceso: 2 de junio de 2022), en julio de 2021 terminó designando un *grievance officer* luego de que el Gobierno indio realizara una presentación ante la justicia de su país con el argumento de que Twitter había perdido la inmunidad de responsabilidad sobre el contenido generado por usuarios y usuarias de la red (*safe harbor*), por no haber cumplido con los requisitos que mencionamos antes. Ver, Twitter Help Center, “Grievance Officer - India”, disponible en: <https://help.twitter.com/en/rules-and-policies/report-twitter-abuse-india>, último acceso: 2 de junio de 2022.



la regla 9 (7) les exige que proporcionen “información descifrada, legible y comprensible” a la Agencia Federal de Investigación en conformidad con las disposiciones de PECA. Esto ha traído aparejados ciertos cuestionamientos respecto a la seguridad de los datos,<sup>28</sup> a la protección de la privacidad de los ciudadanos y de las ciudadanas, así como a sus implicancias para el ejercicio de la libertad de expresión (en particular en relación con la censura gubernamental en internet por razones de seguridad nacional o defensa del Islam).<sup>29</sup>

Asimismo, en Rusia, en 2021, se aprobó una ley que impone obligaciones a aquellos sitios web extranjeros y plataformas de redes sociales que posean más de medio millón de usuarios diarios y de usuarias diarias.<sup>30</sup> Entre estas obligaciones encontramos el requisito de registrar una entidad local en Rusia. El objetivo de esta ley es que las subsidiarias locales asuman la responsabilidad cuando las empresas alcanzadas violen la legislación rusa, que interactúen con agencias estatales locales y que limiten la difusión de la información que viole las leyes rusas en la Federación Rusa.<sup>31</sup> Por supuesto, aquellas compañías que no den cumplimiento a estos requisitos podrían enfrentar consecuencias no deseadas y sanciones, por ejemplo, la restricción del acceso al servicio prestado por la plataforma.

Vietnam es un caso que sigue la misma línea que los anteriores, pero con algunas particularidades.<sup>32</sup> Para que una empresa pueda constituirse como red social allí debe registrarse en la Oficina de Registro Comercial y, además, tiene que obte-

---

<sup>28</sup> Digital Rights Foundation, “Removal and Blocking of Unlawful Online Content (Procedure, Oversight and Safeguards) Rules, 2020: Legal Analysis”, 2020, disponible en: [https://digitalrightsfoundation.pk/wp-content/uploads/2020/12/Removal-and-Blocking-of-Unlawful-Online-Content-Procedure-Oversight-and-Safeguards-Rules-2020\\_-Legal-Analysis.pdf](https://digitalrightsfoundation.pk/wp-content/uploads/2020/12/Removal-and-Blocking-of-Unlawful-Online-Content-Procedure-Oversight-and-Safeguards-Rules-2020_-Legal-Analysis.pdf), último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>29</sup> Hashim, Asad, “Pakistan to ‘Review’ Controversial Internet Censorship Rules”, Aljazeera, 2021, disponible en: <https://www.aljazeera.com/news/2021/1/26/pakistani-government-says-will-review-internet-censorship-rules>, último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>30</sup> Enlace a la ley disponible en: <http://publication.pravo.gov.ru/Document/View/0001202107010014>, último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>31</sup> Runet Echo, “What Does Russia’s New ‘Hostage-Taking’ Law Mean for Social Media Companies?”, Global Voices, 2022, disponible en: <https://globalvoices.org/2022/02/21/what-does-russias-new-hostage-taking-law-mean-for-social-media-companies>, último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>32</sup> Por un lado, según han registrado diferentes medios, en el país han ocurrido varios escándalos en torno a la supuesta presión gubernamental para censurar ciertas publicaciones en línea. Ver, Dan, Lihn, “Vietnam Pressures Social Media Platforms to Censor”, Voice of America, 2021, disponible en: <https://www.voanews.com/press-freedom/vietnam-pressures-social-media-platforms-censor>, último acceso: 2 de junio de 2022.

Además, el Gobierno, en 2018, introdujo un código de conducta para las redes sociales que insta a los usuarios y a las usuarias a promover la belleza del paisaje, la gente y la cultura de Vietnam, y a difundir “buenas historias sobre gente buena”. Ver, Nguyen, Phuong y Pearson, James, “Vietnam Introduces Nationwide Code of Conduct for Social Media”, Reuters, 2021, disponible en: <https://www.reuters.com/world/asia-pacific/vietnam-introduces-nationwide-code-conduct-social-media-2021-06-18>, último acceso: 2 de junio de 2022.

ner una licencia para operar como red social ante el Ministerio de Información y Comunicaciones.<sup>33</sup> Para obtener la licencia, la empresa deberá demostrar que cuenta con personal calificado, con un nombre de dominio aprobado, que cumple con ciertos requisitos técnicos y que ha implementado medidas para proteger la seguridad, la protección y la administración de la red social. Asimismo, la ley de ciberseguridad de 2019 requiere que las plataformas establezcan oficinas en el país y que almacenen localmente los datos de usuarios y de usuarias dentro de sus fronteras. Las licencias de operación podrán ser suspendidas por hasta dos años si las empresas no bloquean el contenido denunciado por las autoridades.<sup>34</sup>

En Nigeria, el 4 de junio de 2021, en respuesta a la remoción por parte de Twitter de los tuits del presidente del país, Muhammadu Buhari, en los que amenazaba con castigar a los secesionistas regionales, el gobierno de Nigeria decidió suspender indefinidamente las actividades de la empresa. Días después, el ministro de Información anunció que las empresas de redes sociales que quieran operar en el país deberán registrar una entidad local y obtener una licencia de la comisión de radiodifusión.<sup>35</sup> Organizaciones y activistas sostienen que esta tendencia podría expandirse a Uganda donde el Gobierno decidió cortar el acceso a internet por conflictos con la moderación de contenidos en línea por parte de las empresas.<sup>36</sup>

Además, en 2021, se presentó en Australia un proyecto de ley anti-trolling<sup>37</sup> que también incorpora la obligación de que todo proveedor de un servicio de redes sociales que sea una persona jurídica extranjera y cuyo servicio tenga al menos doscientos cincuenta mil titulares de cuentas australianas deberá mantener una entidad designada en Australia. Es decir, esta entidad debe ser un agente del proveedor, estar radicada en Australia y contar con oficinas en el país.<sup>38</sup> Asimismo, deberá tener acceso a detalles de contacto relevantes de los usuarios y de las usuarias finales del servicio que hayan publicado contenido en sus páginas en Australia; deberá poder acceder a los datos de ubicación del país de los usuarios y de las

<sup>33</sup> Vietnamese Law Blog, "Social Networks in Vietnam", Indochine Counsel, 2021, disponible en: <https://www.vietnameselawblog.com/social-networks-in-vietnam>, último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>34</sup> Dan, *supra* nota 32.

<sup>35</sup> Carsten, Paul, "Nigeria Demands Social Media Firms Get Local Licence", Reuters, 2021, disponible en: <https://www.reuters.com/technology/nigeria-demands-social-media-firms-get-local-licence-2021-06-09>, último acceso: 2 de junio de 2022. La legislación que contiene los requisitos aún no fue publicada.

<sup>36</sup> Madung, Odanga, "In Africa, Content Moderation Is a Dangerous Game", Wired, 2021, disponible en: <https://www.wired.com/story/opinion-in-africa-content-moderation-is-a-dangerous-game>, último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>37</sup> The Parliament of the Commonwealth of Australia, House of Representatives, "Social Media (Anti-Trolling) Bill 2022", 2022, disponible en: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2022B00015>, último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>38</sup> *Ibid.*

usuarias finales del servicio que los hayan publicado; y, junto con el mecanismo de quejas que indicado por ley, deberá tener la autoridad para recibir, en nombre del proveedor, quejas y solicitudes hechas por personas australianas.<sup>39</sup> Las redes sociales que no cumplan con estos requisitos están sujetas al pago de multas.

Finalmente, en Kazajistán, en mayo de 2022, se sancionó una ley<sup>40</sup> que requerirá a las redes sociales establecer oficinas locales y registrarse en el país para operar. Esta ley modifica la Ley Nacional sobre los Derechos de los Niños y las Niñas con el objetivo de combatir el ciberbullying.<sup>41</sup> Las compañías con más de cien mil usuarios y usuarias por mes tendrán un plazo de 6 meses para registrar y para abrir oficinas en el país. Esta ley fue criticada por las organizaciones de la sociedad civil y por las defensoras de los derechos humanos al argumentar que puede ser utilizada por el Gobierno para restringir la libertad de expresión.<sup>42</sup>

Estos casos son solo algunos de los que hoy existen a nivel internacional, en distintas regiones del globo.<sup>43</sup> Sin perjuicio de las normas sustantivas que acompañan el requisito de garantizar la presencia local –o de la compatibilidad de las mismas con los derechos humanos–, está claro que existe una preocupación común en torno a la necesidad de darle una implementación efectiva a la legislación nacional que se adopte. Prácticamente, todas las iniciativas citadas vinculan de manera expresa el requisito de presencia local con la necesidad de hacer cumplir su legislación en materia de libertad de expresión o privacidad.

### III. Análisis de las medidas desde el derecho comercial internacional

Si bien la prestación de un servicio en un país (como son los servicios digitales prestados por las redes sociales) puede tener lugar en el mercado interno de ese país y estar regulado por sus normas nacionales, cuando el servicio es provisto

---

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> Enlace a la ley disponible en: [https://online.zakon.kz/Document/?doc\\_id=38610814&pos=207;-2#pos=207;-2](https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=38610814&pos=207;-2#pos=207;-2), último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>41</sup> RFE & RL's Kazakh Service, "Kazakh President Signs Bill Allowing Social Media to Be Shut Down", Radio Free Europe Radio Liberty, 2022, disponible en: <https://www.rferl.org/a/kazakhstan-law-social-media/31832653.html>, último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>42</sup> Putz, Catherina, "Kazakh President Signs Controversial Law Aiming to Control Social Media Companies", *The Diplomat*, 2022, disponible en: <https://thediplomat.com/2022/05/kazakh-president-signs-controversial-law-aiming-to-control-social-media-companies>, último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>43</sup> Ver, por ejemplo, Australian Government, Attorney-General's Department, "Social Media (Anti-Trolling) Bill", 2022, disponible en: <https://www.ag.gov.au/legal-system/social-media-anti-trolling-bill>, último acceso: 8 de junio de 2022.

por empresas de origen extranjero también se aplican las normas del comercio internacional de servicios. Podemos encontrar estas normas en los acuerdos de libre comercio, al igual que en las normas de la Organización Mundial de Comercio (OMC) que regulan la relación económica entre los países firmantes, los que adquieren reglas vinculantes al incorporar dichos acuerdos.<sup>44</sup>

Como abordaremos en esta sección, la interpretación de los tratados internacionales, pese a ser un asunto complejo, se vuelve fundamental para garantizar el cumplimiento de sus disposiciones por parte de los Estados<sup>45</sup> y, en el caso de nuestro objeto de estudio, para determinar cómo y qué puede regular un Estado respecto de ciertos servicios internacionales. Para esto, sería necesario analizar los acuerdos comerciales internacionales que se hayan suscripto en materia de servicios en el país cuya regulación se desea interpretar, y, por otro lado, la reglamentación específica para cada sector o actividad que emitan las agencias de gobierno para regular el uso, el consumo o la provisión de un servicio en su territorio<sup>46</sup> (y su conformidad con los acuerdos primeramente mencionados). De hecho, los acuerdos comerciales internacionales en materia de servicios contemplan que los Gobiernos mantengan cierto poder regulatorio, siempre que no sean regulaciones aplicadas de forma discriminatoria o constituyan una barrera injustificada al comercio.<sup>47</sup>

<sup>44</sup> Trejos, Alberto, "Instrumentos para la evaluación del impacto de acuerdos comerciales internacionales: aplicaciones para países pequeños en América Latina", en: *Serie Estudios y Perspectivas*, N° 110, Cepal, México D.F., 2009, disponible en: [https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/4895/S2009441\\_es.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/4895/S2009441_es.pdf), último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>45</sup> Novak Talavera, Fabián, "Los criterios para la interpretación de los tratados", en: *Themis Revista de Derecho*, N° 63, Lima, 2013.

<sup>46</sup> Como, por ejemplo, las mencionadas en el apartado anterior.

<sup>47</sup> Esto puede verse claramente estipulado en el art. VI de "El acuerdo general sobre el comercio de servicios" de la Organización Mundial del Comercio que dice: "En los sectores en los que se contraigan compromisos específicos, cada Miembro se asegurará de que todas las medidas de aplicación general que afecten al comercio de servicios sean administradas de manera razonable, objetiva e imparcial". Organización Mundial del Comercio (OMC), "El acuerdo general sobre el comercio de servicios (AGCS): objetivos, alcance y disciplinas", disponible en: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/serv\\_s/gatsqa\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/gatsqa_s.htm), último acceso: 2 de junio de 2022.

Bajo el amparo de esta norma, algunos servicios (por ejemplo, los servicios profesionales) tienen regulaciones nacionales específicas que contemplan, entre otras cosas, las licencias que se deben obtener para poder proveerlos. Ver, Laurel, Terry, "The Revised Handbook about the GATS. General Agreement on Trade in Services", International Bar Association, 1998, p. 8, disponible en: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=9e1e0915-f3a5-4f0f-bd1c-3dac5b2480b8>, último acceso: 2 de junio de 2022.

Lo mismo ocurre con el sector del transporte. Por ejemplo, la Ley N° 24.653 de Transporte Automotor de Cargas de Argentina, en su art. 7.a, establece que, para prestar servicios en el país, las empresas tienen la obligación de tener su sede legal de administración radicada en territorio de la República Argentina, además de requerir la matriculación y el registro de los vehículos. Este mismo caso en otro país podemos encontrarlo en la reserva de transporte terrestre efectuada por Canadá en el Canada-United States-Mexico Agreement (CUSMA). "Only a person of Canada using Canadian-registered and either Canadian-built or duty-paid trucks or buses, may provide truck or bus services between points in the territory of Canada", Canada-United States-Mexico Agreement (CUSMA), Annex I, Schedule of Canada, Reservation I-C-20, Motor Vehicle Transport Act, R.S.C. 1985, c. 29 (3rd supp.), as amended by S.C. 2001, c. 13; Canada Transportation Act, S.C. 1996, c. 10; Customs Tariff, S.C. 1997, c. 36, disponible en: [https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/a1\\_canada.aspx?lang=eng](https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/a1_canada.aspx?lang=eng), último acceso: 2 de junio de 2022.

Con la atención puesta en la complejidad de realizar ese ejercicio con cada país cuya nueva legislación (o proyecto de legislación) nos atañe, se procurará describir los conceptos generales del comercio internacional de servicios, abarcados tanto en los acuerdos comerciales regionales más relevantes como en el marco de la Organización Mundial del Comercio. Asimismo, se intentará dilucidar cómo se relacionarían estos conceptos con las exigencias de representación local de las empresas TIC, que emanen de estas nuevas legislaciones.

El Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS) fue el primer acuerdo a nivel multilateral en la materia y es el marco fundamental para entender las potestades y las limitaciones del Estado al momento de regular el comercio internacional de servicios.<sup>48</sup> El acuerdo, celebrado en el marco de la OMC en 1994, dispone obligaciones que se aplican a todos los Estados parte.<sup>49</sup> Entre ellas está el proporcionar acceso al mercado y al trato nacional (no discriminación) a los proveedores y servicios en los sectores, términos y modos de prestación especificados en su lista de compromisos (denominadas “listas positivas”).<sup>50</sup>

El AGCS propone cuatro tipos de provisión de servicios: 1) el suministro transfronterizo; 2) el consumo en el extranjero; 3) la presencia comercial;<sup>51</sup> y 4) la presencia de personas físicas.<sup>52</sup> Es posible que un país asuma compromisos con respecto a un sector en particular (por ejemplo, transporte marítimo), mientras que otros no. También es posible que dos países liberalicen el mismo servicio en modos distintos. Por ejemplo, en el caso de los servicios educativos, la mayoría de los países asumieron más compromisos en los modos 1 y 2 que en los modos 3 y 4.<sup>53</sup> Para este artículo, nos interesan en particular el modo 1 y el modo 3. Si bien existen discusiones sobre si los “servicios digitales o servicios de internet”

<sup>48</sup> World Trade Organization (WTO), “Services: Rules for Growth and Investment”, disponible en: [https://www.wto.org/english/thewto\\_e/whatis\\_e/tif\\_e/agrm6\\_e.htm](https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm6_e.htm), último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>49</sup> Por ejemplo, el reconocido artículo II referido al principio de nación más favorecida (NMF). Ver, Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) & Centre for Educational Research and Innovation (CERI), “Current Commitments under the GATS in Educational Services”, 2002, disponible en: <https://www.oecd.org/education/skills-beyond-school/2088471.pdf>, último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>50</sup> Ver, WTO, “Guide to Reading the GATS Schedules of Specific Commitments and the List of Article II (MFN) Exemptions”, disponible en: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/serv\\_e/guide1\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/guide1_e.htm), último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>51</sup> Aquí es necesario realizar una aclaración metodológica: para el análisis de esta sección se tomará como sinónimo la exigencia de mantener un representante local (tal como aparece en varias de las legislaciones recabadas) con el concepto de presencia comercial del AGCS.

<sup>52</sup> Para este artículo, nos interesan en particular el modo 1 y el modo 3.

<sup>53</sup> OECD & CERI, *supra* nota 49, p. 2. OMC, “Guía para la lectura de las listas de compromisos específicos y de las listas de exenciones del artículo II (NMF)”, disponible en: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/serv\\_s/guide1\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/guide1_s.htm), último acceso: 2 de junio de 2022.

pueden ser clasificados como modo 2, no ahondaremos aquí en esta discusión.<sup>54</sup> Asimismo, el modo 4 (es decir, la posibilidad de entrada y de estancia “temporal” en el territorio de un Estado ofrecida a particulares extranjeros a fin de que suministren un servicio) no será considerado puesto que el requisito de presencia local que se analiza en este trabajo está más orientado al establecimiento de una oficina comercial o de un representante con residencia –no temporal– en el país donde se provee el servicio.

Cabe destacar que, en términos generales, tanto el modelo de liberalización de servicios del AGCS como el modelo incorporado en el North American Free Trade Agreement (NAFTA) –el cual explicaremos más adelante– han servido como base para muchos acuerdos comerciales en materia de servicios que se han negociado con posterioridad<sup>55</sup> (aún de manera híbrida). Si bien el objetivo de estos acuerdos fue liberalizar el comercio de servicios entre países, esta liberalización no fue absoluta puesto que se mantuvo cierto margen de acción para que los Estados pudieran regular el acceso de los proveedores extranjeros a su mercado.<sup>56</sup> En el presente artículo, hemos decidido poner especial foco en el modelo provisto por el AGCS y mencionar algunos elementos del NAFTA.

En el caso del AGCS, las nuevas regulaciones que exigen representación local deberán ser compatibles con sus listas de compromisos<sup>57</sup> para que estén en conformidad con los compromisos asumidos internacionalmente (donde pueden incorporar excepciones al trato de nación más favorecida, al trato nacional y al acceso a mercados o directamente no comprometer algunos sectores), o enmarcarse en las excepciones que se encuentran en los acuerdos (como los artículos XIV y XIV bis del AGCS).<sup>58</sup>

---

<sup>54</sup> Ver, Ahmed, Usman, Bieron, Brian y Horlick, Gary, “Mode 1, Mode 2, or Mode 10: How Should Internet Services Be Classified in the Global Agreement on Trade in Service?”, *School of Law International Law Journal*, 2015, disponible en: <https://www.bu.edu/ilj/2015/11/24/mode-1-mode-2-or-mode-10-how-should-internet-services-be-classified-in-the-global-agreement-on-trade-in-service>, último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>55</sup> Cordero, Martha, *El comercio de servicios en la integración económica centroamericana*, México D.F., CEPAL, 2018, p. 22, disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43933/1/S1800758\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43933/1/S1800758_es.pdf), último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>56</sup> OMC, “Finalidad y conceptos básicos”, disponible en: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/serv\\_s/cbt\\_course\\_s/c1s1p1\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/cbt_course_s/c1s1p1_s.htm), último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>57</sup> OMC, *supra* nota 53.

<sup>58</sup> “Artículo XIV: Excepciones generales

A reserva de que las medidas enumeradas a continuación no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan condiciones similares, o una restricción encubierta del comercio de servicios, ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir que un Miembro adopte o aplique medidas:

Debido al margen de acción que mantienen los Estados para regular, incluso al asumir compromisos en los acuerdos internacionales, los proveedores en cualquier modalidad deben dar cumplimiento a las normas del país en el cual quieran proveer un servicio.<sup>59</sup> Es decir, una empresa de servicios digitales que quiera acceder a consumidores y a consumidoras de cierto país podrá hacerlo en los términos que el marco jurídico nacional permita.<sup>60</sup> Por ejemplo, el ya mencionado Digital Services Act de la Unión Europea afecta a todas las empresas o a los proveedores de servicios digitales que quieran brindar esos servicios en la Unión Europea.<sup>61</sup>

- 
- a) necesarias para proteger la moral o mantener el orden público;
  - b) necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;
  - c) necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, con inclusión de los relativos a:
    - i) la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas o los medios de hacer frente a los efectos del incumplimiento de los contratos de servicios;
    - ii) la protección de la intimidad de los particulares en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales y la protección del carácter confidencial de los registros y cuentas individuales;
    - iii) la seguridad;
  - d) incompatibles con el artículo XVII, siempre que la diferencia de trato tenga por objeto garantizar la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos respecto de los servicios o proveedores de servicios de otros Miembros;
  - e) incompatibles con el artículo II, siempre que la diferencia de trato resulte de un acuerdo destinado a evitar la doble imposición o de las disposiciones destinadas a evitar la doble imposición contenidas en cualquier otro acuerdo o convenio internacional que sea vinculante para el Miembro.

#### Artículo XIV bis: Excepciones relativas a la seguridad

1. Ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de que:

- a) imponga a un Miembro la obligación de suministrar informaciones cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad;
- b) impida a un Miembro la adopción de las medidas que estime necesarias para la protección de los intereses esenciales de su seguridad:
  - i) relativas al suministro de servicios destinados directa o indirectamente a asegurar el abastecimiento de las fuerzas armadas;
  - ii) relativas a las materias fisionables o fusionables o a aquellas que sirvan para su fabricación;
  - iii) aplicadas en tiempos de guerra o en caso de grave tensión internacional; o
- c) impida a un Miembro la adopción de medidas en cumplimiento de las obligaciones por él contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

2. Se informará al Consejo del Comercio de Servicios, en la mayor medida posible, de las medidas adoptadas en virtud de los apartados b) y c) del párrafo 1 y de su terminación". OMC, "Anexo 1B. Acuerdo general sobre comercio de servicios", disponible en: [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/26-gats.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/26-gats.pdf), último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>59</sup> Ver art. VI del AGCS sobre reglamentación nacional.

<sup>60</sup> Por supuesto, la regulación doméstica no deberá constituir una barrera innecesaria al comercio de servicios y debe ser racional, objetiva e imparcial. Ver artículo VI. WTO, "General Agreement on Trade in Services", disponible en: [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/26-gats\\_01\\_e.htm](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats_01_e.htm), último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>61</sup> Por ejemplo, ver, Comisión Europea, *supra* nota 11, art. 11.

## 1. Los servicios digitales en el marco del AGCS

Ahora bien, ¿están abarcados los servicios digitales, como son las redes sociales, por la cobertura del AGCS? Esta es una pregunta clave que aún no tiene una respuesta definitiva. Si bien el AGCS no incluyó en sus obligaciones una mención al comercio electrónico (incipiente cuando el acuerdo fue firmado) y a la provisión de servicios digitales, varios afirman que el acuerdo debe ser interpretado bajo el principio de “neutralidad tecnológica”. En ese sentido, el Consejo del AGCS emitió un informe en el año 1999 donde sostuvo que:

el suministro electrónico de servicios está comprendido en el ámbito de aplicación del AGCS, ya que este Acuerdo se aplica a todos los servicios, sea cual fuere el medio de suministro utilizado, y el suministro electrónico puede tener lugar en cualquiera de los cuatro modos de suministro. Las medidas que afectan al suministro electrónico de servicios son medidas que afectan al comercio de servicios y, por consiguiente, quedan abarcadas por las obligaciones dimanantes del AGCS.

La neutralidad tecnológica del Acuerdo significa también que los compromisos específicos permiten el suministro electrónico de servicios, salvo indicación en contrario en la Lista correspondiente.

Todas las disposiciones del AGCS, tanto las relativas a obligaciones generales (por ejemplo, trato NMF, transparencia, reglamentación nacional, competencia, pagos y transferencia, etc.) como las relativas a compromisos específicos (acceso a los mercados, trato nacional o compromisos adicionales), son aplicables al suministro de servicios por medios electrónicos.<sup>62</sup>

Algunos autores<sup>63</sup> interpretan que este principio ha operado de manera subyacente en algunas de las decisiones del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC (ESD), en particular, en los casos DS285 “Estados Unidos. Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas” y DS363 “China. Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de

<sup>62</sup> Ver, WTO, Council for Trade in Services, “Work Programme on Electronic Commerce”, 1999, disponible en: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=Q:/S/C/8.pdf&Open=True>, último acceso: 2 de junio de 2022. La traducción de la cita es propia.

<sup>63</sup> Kwak, Dongchul, “No More Strategic Neutrality on Technological Neutrality: Technological Neutrality as a Bridge between the Analogue Trading Regime and Digital Trade”, en: *World Trade Review*, Vol. 21, N° 1, Cambridge, 2021, p. 5.



distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento”.<sup>64</sup> Estas decisiones sirven para demostrar que, al seguir la línea de razonamiento del ESD, es posible que los compromisos asumidos en el GATS para los servicios “tradicionales” se apliquen también a los servicios digitales.

Además del principio de neutralidad tecnológica, otro elemento fundamental para discernir la inclusión de los servicios digitales en los compromisos asumidos en materia de servicios es la clasificación utilizada para asumir dichos compromisos, es decir, la “nomenclatura” mediante la cual se asume un compromiso en un sector o actividad determinada puede resolver la cuestión.<sup>65</sup> En el marco del AGCS, la Secretaría de la OMC preparó una clasificación sectorial de los servicios a fin de garantizar la compatibilidad y la homogeneidad de los compromisos asumidos por los países (MTN.GNS/W/120).<sup>66</sup> Esta clasificación sectorial, a su vez, vinculó cada subsector a categorías más detalladas de la Clasificación Central de Productos (CCP) de las Naciones Unidas.<sup>67</sup> El CCP, en ese entonces en su versión provisional, otorga una breve descripción de las actividades comprendidas por cada sector y subsector y aporta claridad al alcance de los compromisos asumidos. Ni la versión original de la clasificación ni la versión original del CCP<sup>68</sup> contemplaban descripciones de servicios digitales, lo cual generó argumentos para su exclusión. Las versiones más recientes del CCP, sin embargo, sí contienen explícitamente actividades comprendidas por los servicios digitales o el comercio electrónico.<sup>69</sup>

<sup>64</sup> OMC, “DS285: Estados Unidos. Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas”, 2013, disponible en: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/casess/ds285s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/casess/ds285s.htm), último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>65</sup> Zhang, Ruosi, “Covered or not Covered: That is the Question. Services Classification and its Implications for Specific Commitments under the GATS”, N° ERSD-2015-11, WTO, Economic Research and Statistics Division, 2015, p. 6, disponible en: [https://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd201511\\_e.htm](https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201511_e.htm), último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>66</sup> Multilateral Trade Negotiations, The Uruguay Round, “Services Sectoral Classification List”, doc N° 91-0074, MTN.GNS/W/120, 1991, disponible en: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=179576&CurrentCatalogueIdInd%20ex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=179576&CurrentCatalogueIdInd%20ex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True), último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>67</sup> Clasificación Central de Productos de las Naciones Unidas. OMC, “Estadísticas y clasificaciones de servicios pertinentes”, disponible en: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/serv\\_s/cbt\\_course\\_s/a2s1p1\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/cbt_course_s/a2s1p1_s.htm), último acceso: 2 de junio de 2022. Desde esa clasificación, se han realizado nuevas clasificaciones como la 2.1. United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Statistics Division, “Central Product Classification (CPC). Versión 2.1”, Series M, N° 77, 2015, disponible en: <https://unstats.un.org/unsd/classifications/unsdclassifications/cpcv21.pdf>, último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>68</sup> Ver, Mattos, José Carlos, “Los desafíos de la clasificación de los servicios y su importancia para las negociaciones comerciales”, en: *Serie Comercio Internacional*, N° 16, Cepal, Santiago de Chile, 2001, disponible en: [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4359/1/S2001711\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/4359/1/S2001711_es.pdf), último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>69</sup> Ver, United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Statistics Division, *supra* nota 68, 83.159 “Other Hosting and IT Infrastructure Provisioning Services”.

En definitiva, ya sea por la aplicación del principio de neutralidad tecnológica o por la interpretación de la nomenclatura, hoy parece claro que el AGCS resulta aplicable a los servicios digitales. Asimismo, más allá de la neutralidad tecnológica mencionada anteriormente, a medida que la tecnología y con ella el comercio de servicios fueron evolucionando, los acuerdos comerciales negociados por los Estados, tanto de manera bilateral, como regional y multilateral, comenzaron a incorporar cláusulas específicas que contemplan nuevas reglas en torno a la prestación de los servicios digitales como ser: la no localización de servidores; la protección de datos personales; la protección del código fuente; y la transferencia transfronteriza de datos; entre otras.<sup>70</sup> Estas nuevas cláusulas están destinadas a regular aspectos que quedaban sin abordar, aun al asumir la aplicación del AGCS bajo el principio de neutralidad tecnológica.

En la siguiente subsección, se propone una breve descripción de algunos de los conceptos contemplados en el marco de los acuerdos comerciales que son utilizados hoy en iniciativas reglamentarias en muchos países del mundo, para intentar dilucidar la compatibilidad de esas nuevas normas con los acuerdos preexistentes en el derecho económico internacional.

## **2. Conceptos clave en los acuerdos internacionales sobre comercio de servicios**

### **2.1. Presencia comercial y comercio transfronterizo de servicios**

En el marco del AGCS, están contemplados tanto la presencia comercial como el comercio transfronterizo. La presencia comercial pasó a ser reconocida y entendida por todos los países miembros de la OMC como una de las formas en las cuales se puede proveer un servicio en otro país.<sup>71</sup> En los términos del AGCS, “presencia comercial” significa todo tipo de establecimiento comercial o profesional, a través, entre otros medios, de:

- i. la constitución, adquisición o mantenimiento de una persona jurídica; o
- ii. la creación o el mantenimiento de una sucursal o de una oficina de representación, dentro del territorio de un miembro con el fin de suministrar un servicio.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> Como los acuerdos Brasil-Chile, Argentina-Chile, Mercosur-Unión Europea, Alianza del Pacífico, CPTPP, T-MEC, Digital Economy Partnership Agreement, Protocolo de Comercio Electrónico del Mercosur, CHAFTA y SAFTA (DEA).

<sup>71</sup> Ver, art. I.2.c del AGCS, *supra* nota 61.

<sup>72</sup> Ver, art. XVIII d, OMC, “Anexo 1B: acuerdo general sobre el comercio de servicios”, disponible en: [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/26-gats\\_02\\_s.htm#ArticleXXVIII](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/26-gats_02_s.htm#ArticleXXVIII), último acceso: 2 de junio de 2022.

En los acuerdos comerciales que siguen la estructura del NAFTA<sup>73</sup> de 1994, y renovado en el año 2020 como el T-MEC,<sup>74</sup> la presencia comercial es abordada directamente en los capítulos de inversiones.<sup>75</sup> Este tipo de acuerdos se diferencia del AGCS por su formato de oferta en listas negativas. Esto implica que en oposición al AGCS, donde encontramos listas de compromisos (o listas positivas), cada país estipula en una lista qué sectores y con qué limitaciones va a asumir compromisos. En los acuerdos tipo NAFTA, todos los sectores y todas las actividades se encuentran comprometidos por las obligaciones generales a menos que se formule una reserva. Este tipo de acuerdos, como el T-MEC, contiene una cláusula de presencia local que fija una prohibición de requerir como condición para la prestación de un servicio transfronterizo el establecer una oficina de representación o alguna forma de presencia local o ser residente en el país en el cual se desea prestar el servicio<sup>76</sup> (a menos que se lo exceptúe en la lista de reservas).<sup>77</sup> En consecuencia, salvo que se haya efectuado alguna reserva, en principio, un país no podría exigirle a una empresa de otro país parte del acuerdo, y que preste servicios de manera transfronteriza, la necesidad de constituir una oficina de representación tal como requieren algunas legislaciones. En este sentido, una nueva legislación que exija algún tipo de presencia local podría ser cuestionada con mayor facilidad como contraria a la obligación que específicamente se determina

<sup>73</sup> Ver, North American Free Trade Agreement (NAFTA), “The U.S.-Mexico-Canada Agreement (USMCA) Entered into Force on July 1, 2020, Replacing the North American Free Trade Agreement (NAFTA)”, disponible en: <https://www.trade.gov/north-american-free-trade-agreement-nafta>, último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>74</sup> Ver, United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA), disponible en: <https://www.trade.gov/usmca>, último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>75</sup> Por ejemplo, tal como ocurre en varias de las legislaciones o proyectos de ley mencionados (Brasil, Kazajistán, entre otros). Para revisar las normas en el NAFTA, ver, Foreign Trade Information System, “North American Free Trade Agreement (NAFTA)”, parte 5, capítulo 11, disponible en: <http://www.sice.oas.org/Trade/NAFTA/NAFTATCE.ASP>, último acceso: 2 de junio de 2022; y para T-MEC, ver, Sistema de Información sobre Comercio Exterior, “Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC)”, capítulo 14, disponible en: [http://www.sice.oas.org/Trade/USMCA/USMCA\\_ToC\\_PDF\\_s.asp](http://www.sice.oas.org/Trade/USMCA/USMCA_ToC_PDF_s.asp), último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>76</sup> “Art. 15:6. No Party shall require a service supplier of another Party to establish or maintain a representative office or an enterprise, or to be resident, in its territory as a condition for the cross-border supply of a service”. Ver, Gobierno de Canadá, “Canada-United States-Mexico Agreement (CUSMA). Chapter 15. Cross-Border Trade in Services”, disponible en: <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/text-texte/15.aspx?lang=eng>, último acceso: 2 de junio de 2022.

Otro ejemplo es el acuerdo entre Australia y Perú (PAFTA) cuyo artículo 9.6 dentro del “Capítulo de Servicios Transfronterizos” dice: “Local Presence. Neither Party shall require a service supplier of the other Party to establish or maintain a representative office or any form of enterprise, or to be resident, in its territory as a condition for the cross-border supply of a service”. Foreign Trade Information System, “Peru-Australia Free Trade Agreement”, capítulo 9, art. 9.6 “Presencia local”, disponible en: [http://www.sice.oas.org/Trade/PER\\_AUS/PER\\_AUS\\_Text\\_e.asp#C9\\_A6](http://www.sice.oas.org/Trade/PER_AUS/PER_AUS_Text_e.asp#C9_A6), último acceso: 9 de junio de 2022.

<sup>77</sup> Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC), “Negotiating Service Chapters: A Negative List Approach: Cross-Border Trade in Services”, 2016, disponible en: [http://mddb.apec.org/Documents/2016/GOS/WKSP1/16\\_gos\\_wksp1\\_003.pdf](http://mddb.apec.org/Documents/2016/GOS/WKSP1/16_gos_wksp1_003.pdf), último acceso: 2 de junio de 2022.

en el acuerdo al respecto, a menos que el país haya formulado una reserva en ese sector al momento de firmar el acuerdo. No obstante la prohibición antedicha, cabe destacar que la presencia local, entendida como una forma de inversión extranjera,<sup>78</sup> es promovida a través de los acuerdos comerciales porque se considera que contribuye al desarrollo del país en el que se proveerá el servicio, entre otros factores por el movimiento del capital, el empleo y los servicios conexos que conlleva el establecimiento de dicha presencia.<sup>79</sup>

La alternativa a la presencia comercial sería, bajo el AGCS, la prestación del servicio transfronterizo, es decir, proveer un servicio desde un territorio hacia otro sin necesidad de tener una presencia física allí. Con las ventajas del avance tecnológico y el bum de los servicios digitales, sobre todo a partir de la pandemia desatada por el covid-19, este modo de suministro transfronterizo de los servicios podría empezar a cobrar más relevancia.<sup>80</sup> El comercio transfronterizo se ha vuelto progresivamente más fácil y las exportaciones mundiales de servicios transfronterizos TIC se duplicaron con creces entre 2005 y 2017.<sup>81</sup> En este marco y al mirar los servicios TIC desde esta perspectiva y tendencia, algunas restricciones vinculadas con la presencia local para proveer un servicio en un determinado país podrían ser consideradas por algunos, aunque sea *de facto*, como un obstáculo al comercio.<sup>82</sup> Empero, al no existir una cláusula específica en el texto del AGCS, el país que alega la falta debería probar que efectivamente el requisito impide el comercio transfronterizo, que es aplicado de forma discriminatoria o injustificada, etc.

<sup>78</sup> WTO, “Mode 3. Commercial Presence”, doc N° 10-1811, S/C/W/314, 2010, disponible en: [t.ly/uFzy](https://t.ly/uFzy), último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>79</sup> Gliigo, Nicolo S., “Políticas activas para atraer inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe”, en: *Serie Desarrollo Productivo*, N° 175, Cepal, Santiago de Chile, 2007, disponible en: [https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/4572/S0700049\\_es.pdf](https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/4572/S0700049_es.pdf), último acceso: 2 de junio de 2022. Tres, Joaquim y Detchou, Yannick, “¿Por qué las empresas invierten en el extranjero y qué impacto tienen en el desarrollo?”, BID, 2018, disponible en: <https://blogs.iadb.org/integracion-comercio/es/por-que-las-empresas-invierten-en-el-extranjero-y-que-impacto-tienen-en-el-desarrollo>, último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>80</sup> WTO, “WTO Report Looks at Impact of COVID-19 Pandemic on Services Trade”, 2020, disponible en: [https://www.wto.org/english/news\\_e/news20\\_e/serv\\_29may20\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/serv_29may20_e.htm), último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>81</sup> OMC, “El comercio de servicios en el futuro”, informe sobre el comercio mundial, 2019, disponible en: [https://www.wto.org/spanish/res\\_s/booksp\\_s/05\\_wtr19\\_4\\_s.pdf](https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/05_wtr19_4_s.pdf), último acceso: 2 de junio de 2022. No obstante, es importante destacar que la pandemia desatada por el covid-19 afectó esta tendencia y generó una caída en el comercio mundial de servicios en general, el que en el tercer trimestre de 2020 cayó un 24% en comparación con el mismo período de 2019. WTO, “Services Trade Recovery not yet in Sight”, 2021, disponible en: [https://www.wto.org/english/news\\_e/news21\\_e/serv\\_26jan21\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/serv_26jan21_e.htm), último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>82</sup> Khachaturian, Tamar y Oliver, Sarah, “The Role of ‘Mode Switching’ in Services Trade”, working paper ID-071, Office of Industries, U.S. International Trade Commission (USITC), 2021, p. 1, disponible en: [https://www.usitc.gov/publications/332/working\\_papers/id\\_20\\_71\\_wp\\_the\\_role\\_of\\_mode\\_switching\\_in\\_services\\_trade\\_final\\_022421-compliant.pdf](https://www.usitc.gov/publications/332/working_papers/id_20_71_wp_the_role_of_mode_switching_in_services_trade_final_022421-compliant.pdf), último acceso: 2 de junio de 2022.

### **3. Compatibilidad del requisito de representación local a las TIC con las obligaciones asumidas en el AGCS**

Lamentablemente, hasta la fecha no ha habido decisiones en el marco del ESD que hayan evaluado la compatibilidad de este tipo de exigencias de presencia local con las obligaciones asumidas por un Estado en el marco del AGCS. Sin embargo, sí puede intentarse una aproximación al seguir el análisis que los órganos del ESD generalmente aplican en estos casos como veremos más adelante.

Primeramente, sería necesario analizar si este tipo de medidas constituye una violación a una obligación sustantiva en el marco del AGCS. Para esto, el análisis de legalidad del requisito de presencia local puede efectuarse por dos vías distintas: 1) con la observación de la violación a un “compromiso específico”; o 2) con la observación de la violación de una “obligación general”.<sup>83</sup> En el primer caso, el análisis se enfocará en identificar si la medida está en concordancia con los compromisos y las excepciones establecidos en la lista de compromisos específicos que el Estado haya consignado.<sup>84</sup> Por ejemplo, si el Estado ha asumido compromisos sin limitaciones para el sector TIC en el modo transfronterizo y luego impone un requisito de presencia comercial para prestar ese mismo servicio en esa misma modalidad, entonces está incumpliendo sus compromisos y está restringiendo el acceso al mercado en ese sector. En el segundo caso, ya no miraremos la lista de compromisos específicos, sino que tendremos que analizar si la medida constituye de hecho una violación de una “obligación general”<sup>85</sup> y, en la ocasión de que así sea, si está justificada. En ambos casos, sin embargo, lo que rige es el texto del acuerdo.

Incluso si se identificara una transgresión a una obligación establecida en el tratado, el Estado igual podría regular una restricción a partir de una excepción general. Éstas están contempladas en el artículo XIV e incluyen aquellas necesarias para proteger la moral o para mantener el orden público, y las que sean necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean compatibles con las disposiciones del AGCS. Además, los Estados pueden regular conforme a tres objetivos adicionales: i) la prevención de prácticas que induzcan

---

<sup>83</sup> Rotenberg, Julian, “Privacy before Trade: Assessing the WTO-Consistency of Privacy-Based Cross-Border Data Flows Restrictions”, en: *University of Miami International & Comparative Law Review*, N° 91, 2020, p. 19.

<sup>84</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>85</sup> En el caso particular de la cláusula de nación más favorecida, la excepción establecida en el acuerdo se encuentra en el artículo V, el que decreta que: “El presente Acuerdo no impedirá a ninguno de sus Miembros ser parte en un acuerdo por el que se liberalice el comercio de servicios entre las partes en el mismo, o celebrar un acuerdo de ese tipo, a condición de que tal acuerdo: a) tenga una cobertura sectorial sustancial”.

a error y a prácticas fraudulentas o los medios de hacer frente a los efectos del incumplimiento de los contratos de servicios; ii) la protección de la intimidad de los particulares en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales y la protección del carácter confidencial de los registros y de las cuentas individuales; y iii) la seguridad. En el caso que nos ocupa, el Estado debería demostrar que mantener una presencia comercial tiene una conexión suficiente con el objetivo perseguido, esto es proteger la moral pública o el orden público (que no son sinónimos) con la prevención de prácticas fraudulentas, la protección de la intimidad y de la difusión de datos personales o la seguridad.

Las medidas adoptadas también deben satisfacer criterios de necesidad y proporcionalidad.<sup>86</sup> En este punto, el Estado deberá demostrar que el requisito de mantener un representante local contribuye al fin buscado y que esta contribución es mayor que la restricción al comercio generada por la medida. Esto implica que la presencia local tiene que realmente cooperar con los objetivos perseguidos, por ejemplo, que la presencia local de alguna manera “sea necesaria” para lograr la protección de la moral pública. Asimismo, deberá demostrar que no existe una alternativa posible a la medida adoptada (y que sea compatible con el AGCS), por supuesto, siempre que esta sea factible y razonable. Finalmente, aun si el Estado logra demostrar los dos puntos anteriores, deberá además probar que la medida en su implementación –lo que equivale a decir “en la práctica”–<sup>87</sup> no genera ninguno de los tres efectos indeseados.<sup>88</sup> Por ejemplo, el Estado deberá demostrar que el requisito de mantener una presencia local lo exige de manera no-discriminatoria y justificada a todos los países y a sus proveedores nacionales y que no constituye una restricción encubierta al comercio de servicios. En esta línea, si un Estado exigiera este requisito solamente a algunos países (*i. e.* sobre la base de una evaluación acerca del régimen de protección al consumidor o de datos personales que este ofrezca), deberá demostrar que la implementación de la medida no fue realizada de manera arbitraria o injustificada.

<sup>86</sup> OMC, “Estados Unidos. Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas”, informe del Órgano de Apelación, WT/DS285/AB/R, 2005, p. 118, §§ 306 y 307, disponible en: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/285ABR.pdf&Open=True>, último acceso: 8 de junio de 2022. En relación con el test de necesidad, el órgano de apelación, en el ya mencionado caso “Estados Unidos. Juegos de azar”, expresó que al llevar a cabo el test de necesidad se debe: a) ponderar la contribución de la medida al logro de los fines que persigue y la repercusión restrictiva de la medida en el comercio internacional; y b) realizar una comparación entre la medida impugnada y las posibles alternativas (que sean compatibles con el acuerdo).

<sup>87</sup> OMC, “Estados Unidos. Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas”, informe del Grupo Especial, WT/DS285/R, 2004, Estados Unidos Panel, § 6.570, disponible en: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/DS/285R-00.pdf&Open=True>, último acceso: 12 de junio de 2022.

<sup>88</sup> *Ibid.*, Estados Unidos Panel, § 6.581.

Finalmente, las medidas no deben aplicarse en forma que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan condiciones similares, o con una restricción encubierta del comercio de servicios.<sup>89</sup>

#### **4. Interacción de los requisitos de representación local y los acuerdos sobre comercio electrónico o digital**

Como mencionamos anteriormente al hablar del principio de neutralidad tecnológica, si bien se interpreta que el AGCS se aplica también en las nuevas modalidades de proveer servicios como son los servicios digitales, dicho acuerdo no contiene disciplinas específicas en esa materia, lo que llevó a que algunos países negociaran cláusulas novedosas en distintos acuerdos bilaterales o regionales.<sup>90</sup> A nivel multilateral, en el marco de la OMC, aún no se ha alcanzado un acuerdo sobre las normas que guiarán el comercio electrónico, pero se ha avanzado en el marco de ciertos foros y grupos en algunas definiciones.<sup>91</sup> Con relación al ya mencionado crecimiento del comercio digital internacional, los acuerdos comerciales internacionales de última generación incorporan apartados específicos que apuntan a homogeneizar ciertos criterios en torno a la regulación del comercio electrónico entre los países.<sup>92</sup>

Estas nuevas disciplinas regulan aspectos que surgieron del uso y del desarrollo del comercio digital, como ser la protección de los datos personales que se utilizan o de los consumidores y de las consumidoras de dichos servicios. No obstante, el acceso al mercado de un país, o el trato nacional que se le dará a los servicios o a los proveedores en un determinado país, en algunos casos sigue siendo regulado en el marco de los acuerdos por los capítulos de servicios, inversiones y de comercio de bienes, dependiendo de la naturaleza de la transacción.<sup>93</sup> En el caso de

<sup>89</sup> AGCS, art. XIV. OMC, “Acuerdo general sobre el comercio de servicios”, disponible en: [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/26-gats\\_01\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/26-gats_01_s.htm), último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>90</sup> Ver nota 60.

<sup>91</sup> Ver, WTO, “E-Commerce Negotiations: Members Finalise ‘Clean Text’ on Unsolicited Commercial Messages”, 2021, disponible en: [https://www.wto.org/english/news\\_e/news21\\_e/ecom\\_05feb21\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news21_e/ecom_05feb21_e.htm), último acceso: 2 de junio de 2022. Por ejemplo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) define al comercio electrónico (e-commerce) como cualquier transacción para la compraventa de bienes o servicios realizada a través de redes informáticas, mediante métodos específicamente diseñados con el objeto de recibir o hacer pedidos. Según esta definición, un servicio de streaming como, por ejemplo, Netflix es parte del comercio electrónico. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), “Panorama del comercio electrónico: políticas, tendencias y modelos de negocio”, 2020, p. 17, disponible en: <https://www.oecd.org/sti/Panorama-del-comercio-electro%CC%81nico.pdf>, último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>92</sup> Ver nota 60.

<sup>93</sup> Por ejemplo, en el capítulo de comercio digital del T-MEC, el artículo 19.2.4 dice: “Para mayor certeza, una medida que afecte el suministro de un servicio prestado o realizado electrónicamente está sujeta al capítulo 14 (Inversión), capítulo 15 (Comercio

los servicios digitales, para analizar si una norma se adapta a los compromisos internacionales asumidos por un país se debe observar, por un lado, las cláusulas que se hayan negociado en el marco del capítulo de comercio electrónico (por ejemplo, no impedir el flujo de datos de forma transfronteriza) y, por otro lado, los compromisos y las reservas que se hayan formulado en el marco del capítulo de servicios (por ejemplo, mirar si un sector está comprometido para el modo 1 de comercio transfronterizo sin limitaciones de acceso al mercado).

Habiendo explicado cómo se regulan los acuerdos sobre el comercio de servicios, en esta subsección intentaremos abordar parte del contenido de estos nuevos capítulos de comercio electrónico y su relación con los ejemplos de medidas adoptadas o que podrían adoptar los países al respecto, como se describieron en la sección 1. Los capítulos de comercio electrónico suelen abarcar, entre otras, cláusulas sobre el libre flujo de datos,<sup>94</sup> la defensa de los consumidores y de las consumidoras, la protección de datos personales,<sup>95</sup> la no exigencia de localización de servidores<sup>96</sup> y el principio de no exigir la revelación del código fuente.<sup>97</sup> Con este tipo de obligaciones, se busca que cuando los países regulen a nivel nacional las actividades comprendidas por el comercio electrónico –como es el caso de los servicios digitales– lo hagan siempre respetando estos principios que facilitan el comercio entre los países. No obstante, como pudimos observar, en las legislaciones más recientes sobre servicios digitales, no todos estos principios rectores del comercio electrónico parecen ser respetados. De la misma forma, si un Estado se obligase en un capítulo de comercio electrónico a no exigir la localización de servidores (salvo excepciones) o asumiera la obligación de permitir la transferencia transfronteriza de datos (salvo excepciones), le sería muy difícil poder exigir sin más la localización forzosa de los datos en un servidor local sin

---

transfronterizo de servicios) y capítulo 17 (Servicios financieros), incluida cualquier excepción o medida disconforme establecida en este Tratado que sea aplicable a las obligaciones contenidas en dichos capítulos”. Gobierno de México, T-MEC, “Capítulo 19. Comercio digital”, disponible en: <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/465801/19ESPComercioDigital.pdf>, último acceso: 2 de junio de 2022. También ver, arts. 1.1.2 y 1.2 del Digital Economy Partnership Agreement (DEPA), 2020, disponible en: <https://www.mfat.govt.nz/assets/Trade-agreements/DEPA/DEPA-Signing-Text-11-June-2020-GMT-v3.pdf>, último acceso: 8 de junio de 2022.

<sup>94</sup> Estas obligan a los países a no prohibir o restringir la transferencia de datos o información personal de manera transfronteriza. Las excepciones a este principio varían según el acuerdo.

<sup>95</sup> En líneas generales, las cláusulas sobre este tema alientan a los países a tomar medidas para proteger la información personal de los usuarios y de las usuarias del comercio digital.

<sup>96</sup> Este tipo de cláusulas establece la prohibición de solicitar como condición para hacer negocios en un territorio el requisito de instalar allí los servidores informáticos o usar los disponibles en ese territorio.

<sup>97</sup> A modo de ejemplo, podemos mencionar: Alianza del Pacífico; Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC); Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (CPTPP); el nuevo capítulo de Comercio Electrónico del Área de Libre Comercio de Asia del Sur; y el Acuerdo de Asociación de Economía Digital.



violar las disposiciones del acuerdo (por supuesto, también podríamos realizar un análisis de la legalidad de estas medidas a la luz del AGCS, pero excede los objetivos de este artículo). Por otro lado, además de constituir un obstáculo al comercio, esta medida podría encarecer los costos de los proveedores de servicios (lo que perjudicaría mayoritariamente a aquellos de menor envergadura).<sup>98</sup>

A principios del año 2016, cuando la Unión Europea adoptó su nueva regulación en materia de protección de datos personales (el Reglamento General de Protección de Datos o GDPR, por sus siglas en inglés), se generó un debate en la comunidad internacional respecto a cómo compatibilizar la libre circulación de datos, que se promueve generalmente en acuerdos comerciales, con estándares más altos de protección de datos personales.<sup>99</sup> En pos de ser consistente con su nueva legislación, los nuevos acuerdos comerciales de la Unión Europea viraron de la postura clásica del AGCS –en la que solo se mencionan excepciones por motivo de protección de datos personales (una postura “negativa”)– hacia acuerdos que contienen cláusulas que obligan a los países a adoptar medidas para asegurar la adecuada protección de los datos, que incluso condicionan la transferencia de datos para que se respeten las normas de protección de datos de origen.<sup>100</sup>

De hecho, la protección de los datos personales y de la privacidad de la Unión Europea (a través del GDPR y de sus acuerdos comerciales) es vista por muchas empresas como un obstáculo al comercio, en particular por los costos que les implica adaptarse a esa nueva legislación para operar en la región.<sup>101</sup> En este sentido, algunos autores expresan que los impactos de la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso “Schrems II” están convirtiendo al GDPR en el marco de localización de datos *de facto* más grande del mundo.<sup>102</sup> Esto es así porque, ante la incertidumbre en relación con poder transferir los datos personales de europeos y de europeas al extranjero, algunas empresas optan por

<sup>98</sup> Axel Network, “Why the Data Localization Movement is Misguided”, 2021, disponible en: <https://www.axel.org/2021/02/19/why-the-data-localization-movement-is-misguided>, último acceso: 2 de junio de 2022.

<sup>99</sup> Velli, Federica, “The Issue of Data Protection in EU Trade Commitments: Cross-Border Data Transfers in GATS and Bilateral Free Trade Agreements”, en: *European Papers*, Vol. 4, N° 3, 2019.

<sup>100</sup> *Ibid.*

<sup>101</sup> Ross, Wilbur, “EU Data Privacy Laws Are Likely to Create Barriers to Trade”, *Financial Times*, 2018, disponible en: <https://www.ft.com/content/9d261f44-6255-11e8-bdd1-cc0534df682c>, último acceso: 6 de junio de 2022; Peukert, Christian y otros, “Regulatory Export and Spillovers: How GDPR Affects Global Markets for Data”, *Vox EU CEPR*, 2020, disponible en: <https://voxeu.org/article/how-gdpr-affects-global-markets-data>, último acceso: 6 de junio de 2022.

<sup>102</sup> Cory, Nigel, “How ‘Schrems II’ Has Accelerated Europe’s Slide Toward a De Facto Data Localization Regime”, *Information Technology & Innovation Foundation (ITIF)*, 2021, disponible en: <https://itif.org/publications/2021/07/08/how-schrems-ii-has-accelerated-europes-slide-toward-de-facto-data>, último acceso: 6 de junio de 2022.

localizar, almacenar y procesar los datos en la Unión Europea.<sup>103</sup>

Por otro lado, Estados Unidos ha plasmado el referido debate en sus acuerdos comerciales de otra manera. A su vez promovió cláusulas que en principio aseguran la libre circulación de datos, a excepción de que se impida por “objetivos legítimos de política pública” y siempre que no sea una barrera, que no sea aplicada de forma discriminatoria y de que sea transparente.<sup>104</sup> Si bien no entraremos en este debate, hay quienes sugieren que las medidas perseguidas por Estados Unidos tienden a privilegiar a las empresas establecidas en su país en desmedro de otras o de *newcomers*,<sup>105</sup> lo cual podría constituir una violación al principio general de no discriminación.

De esta forma, las legislaciones que exigen un nivel de protección de datos extremadamente alto o que requieren que los servidores informáticos sean instalados en el país (en particular para empresas cuyos servicios pueden ser provistos de forma transfronteriza) podrían ser consideradas como un obstáculo al comercio (o que, al menos, van en contra del espíritu de liberalización del AGCS respecto al modo 1 y al fomento del comercio electrónico), e ir en contra de las obligaciones asumidas tanto en sus acuerdos comerciales como en el marco del AGCS. La compatibilidad o no de esas medidas con los acuerdos comerciales debe ser específicamente analizada en el marco de las obligaciones asumidas por cada país.

#### IV. Impacto en el derecho a la libertad de expresión

Habiendo analizado las medidas bajo la óptica del derecho internacional comercial, pasemos ahora a analizar las medidas bajo el prisma del derecho internacional de los derechos humanos. Hasta el momento, la crítica mayoritariamente esgrimida contra estas cláusulas es que podrían utilizarse para detener a los trabajadores y a las trabajadoras de las plataformas de redes sociales, si éstas se negasen a implementar normativas locales que consideren violatorias de derechos humanos.<sup>106</sup> La obligatoriedad de la presencia local cuando trae aparejada determinadas responsabilidades, incluso penales, sobre los representantes podría constituir un incentivo

---

<sup>103</sup> *Ibid.*

<sup>104</sup> Congressional Research Service (CRS) Report, “Data Flows, Online Privacy, and Trade Policy”, 2020, pp. 15 y 16, disponible en: <https://sgp.fas.org/crs/misc/R45584.pdf>, último acceso: 6 de junio de 2022.

<sup>105</sup> Omino, Melissa y Rutenberg, Isaac, “Why the US-Kenya Free Trade Agreement Negotiations Set a Bad Precedent for Data Policy”, Center for Global Development (CGD), 2020, disponible en: <https://www.cgdev.org/blog/why-us-kenya-free-trade-agreement-negotiations-set-bad-precedent-data-policy>, último acceso: 6 de junio de 2022.

<sup>106</sup> Elliott, *supra* nota 1.

importantísimo para que las empresas limiten el acceso a la información y a la libertad de expresión en sus plataformas, es decir, podría fomentar lo que se denomina un *chilling effect*.<sup>107</sup> Esto es lo que está sucediendo en India, por ejemplo, donde activistas, expertos y expertas denuncian presiones del Estado sobre las empresas para que bloqueen contenidos críticos del Gobierno actual, cuya definición es ambigua, o incluso abiertamente incompatible con los estándares nacionales e internacionales de los derechos humanos. La misma situación se denunció en Turquía, Rusia, Brasil y Pakistán, entre otros, tal como explicamos anteriormente.<sup>108</sup>

En materia de derechos humanos y al analizar la medida desde la perspectiva de la libertad de expresión, la imposición del requisito de un representante local también tiene que superar el test tripartito del sistema universal de derechos humanos, a saber: la medida tiene que estar claramente establecida en una ley, en sentido formal y material; debe ser necesaria, o sea, estar conforme con los objetivos dispuestos en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y ser idónea, adecuada y proporcionada, es decir, la medida ha de ser la menos lesiva del derecho a la libertad de expresión.

Con respecto a los objetivos, los argumentos esgrimidos por los Estados para exigir la presencia de un representante local se concentran alrededor de la protección de los datos personales; la responsabilidad de la empresa por las actividades que lleva a cabo en sus territorios; así como la obligación de responder ante pedidos de autoridades administrativas y judiciales, entre otros. En esta línea, la exigencia de un representante local podría servir para que el Estado pueda ejercer su jurisdicción sobre las actividades y los servicios brindados por la empresa a sus ciudadanos y ciudadanas. A modo de ejemplo, vale recordar aquí la importancia que tuvo en el caso Costeja la determinación del establecimiento de Google en España para la construcción del argumento de jurisdicción sobre las actividades de la empresa que hizo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.<sup>109</sup> Al igual que ocurre con la exigencia de representación local en otros servicios o sectores, la presencia de un representante legal de manera local contribuiría a que tanto los usuarios y las usuarias como los distintos organismos del Estado

<sup>107</sup> Ver, Askin, Frank, “Chilling Effect”, The First Amendment Encyclopedia, disponible en: <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/897/chilling-effect#:~:text=Chilling%20effect%20is%20the%20concept,that%20appear%20to%20target%20expression>, último acceso: 6 de junio de 2022.

<sup>108</sup> Ver apartado “II. Tendencia global” en este artículo.

<sup>109</sup> Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), “Caso Costeja vs. Google Spain”, sentencia del 13 de mayo de 2014, Gran Sala, asunto C-131/12, § 60, disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES>, último acceso: 6 de junio de 2022.

puedan mantener un canal de comunicación más efectivo que les permita hacer valer sus derechos y demandar el cumplimiento de la normativa local.<sup>110</sup>

En cuanto a la necesidad y a la proporcionalidad, la medida parece en algunos casos ser más idónea que en otros para lograr los resultados para los cuales está pensada. En algunas regulaciones, se establecen las competencias específicas que se les exigirán a los representantes, en otras no. En algunos casos, las leyes requieren la localización de los servidores, en otros no, y cuando la requieren, las fundamentaciones varían –generalmente son deficientes en explicar por qué esta medida es la menos lesiva de los derechos de la empresa, de los usuarios y de las usuarias–. Al evaluar la medida y su necesidad, conviene también destacar que la representación local no es el único mecanismo existente para lidiar con problemas de implementación de leyes locales por parte de las empresas internacionales. Por ejemplo, en materia criminal, muchos países tienen vigentes acuerdos de cooperación o Mutual Legal Assistance Treaty (MLAT).<sup>111</sup>

Sin embargo, es importante recordar acá el caso de WhatsApp en Brasil y todo el debate en torno a la jurisdicción (o intento de ejercerla) sobre la empresa en el país y los frecuentes bloqueos de la aplicación por parte de los tribunales.<sup>112</sup> WhatsApp Inc. está constituida y tiene su sede en los Estados Unidos y en su momento no tenía presencia legal en Brasil.<sup>113</sup> No obstante, sobre la base del Marco Civil de Internet (MCI), la justicia brasileña afirmó tener jurisdicción sobre la empresa, en particular por lo que indican los artículos 10 y 11, los que disponen que: los proveedores de aplicaciones de internet que participen en cualquier forma del procesamiento de datos dentro del territorio de Brasil deben cumplir con la ley brasileña, cuando éstos ofrezcan servicios al público brasileño o cuando al menos un miembro del mismo grupo económico esté establecido en Brasil, por

---

<sup>110</sup> Por ejemplo, la existencia de un representante local podría servir para que exista un responsable que pueda responder ante diversos requerimientos judiciales (i. e. el acceso a información específica con respecto a uno de sus usuarios o usuarias), como es el caso del DSA o de la regulación india. También podría servir para que las empresas tengan que responder ante incumplimientos con demandas de sus usuarios y usuarias en relación con su moderación de contenido. Y así podemos pensar más casos.

<sup>111</sup> United Nations Office on Drugs and Crime, “Mutual Legal Assistance (MLA)”, disponible en: [https://www.unodc.org/e4j/zh/organized-crime/module-11/key-issues/mutual-legal-assistance.html#:~:text=resource%20for%20lecturers-,Mutual%20legal%20assistance%20\(MLA\),for%20use%20in%20criminal%20cases](https://www.unodc.org/e4j/zh/organized-crime/module-11/key-issues/mutual-legal-assistance.html#:~:text=resource%20for%20lecturers-,Mutual%20legal%20assistance%20(MLA),for%20use%20in%20criminal%20cases), último acceso: 6 de junio de 2022.

<sup>112</sup> Reuters, “Why Facebook’s WhatsApp Has Been Blocked in Brazil again”, Fortune, 2016, disponible en: <https://fortune.com/2016/07/19/whatsapp-brazil-block>, último acceso: 6 de junio de 2022.

<sup>113</sup> Cabe destacar que, desde 2022, WhatsApp designó su primer director para operaciones en Brasil, ubicado en San Pablo. Ver, Mari, Angelica, “WhatsApp Appoints First Director for Brazil Operations”, ZD Net, 2022, disponible en: <https://www.zdnet.com/article/whatsapp-appoints-first-director-for-brazil-operations>, último acceso: 6 de junio de 2022.

más que quien lleve a cabo la actividad tenga sede en el extranjero.<sup>114</sup>

De igual manera, la justicia brasileña entendió que Facebook Serviços Online do Brasil Ltda. era el representante legal en Brasil de WhatsApp Inc. al considerar que ambos eran miembros del mismo grupo económico.<sup>115</sup> Facebook rechazó esta interpretación y argumentó que ambas empresas eran entidades legales distintas y que no tenía poder de control sobre las actividades de WhatsApp.<sup>116</sup> Por su parte, WhatsApp explicó que no podía dar cumplimiento a las órdenes del Poder Judicial de Brasil sin violar la ley en Estados Unidos (puesto que no había una orden emanada del Poder Judicial norteamericano). Esto es así porque el U.S. Stored Communications Act prohíbe a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas sujetos a la jurisdicción de los Estados Unidos divulgar conversaciones de sus usuarios y usuarias.<sup>117</sup> En este sentido, la empresa expresó que la única vía idónea para las autoridades brasileñas era recurrir al MLAT entre Estados Unidos y Brasil, para poder acceder a los datos de los usuarios y de las usuarias de WhatsApp.<sup>118</sup> Los MLAT son tratados de cooperación entre países que tienen el objetivo de recopilar e intercambiar información, así como permitir que funcionarios y funcionarias de un país puedan solicitar y proporcionar pruebas ubicadas fuera de sus territorios para ayudar en las investigaciones penales en otro país. En este caso en particular, al haber un MLAT en vigor entre ambos países, la empresa podía dar lugar al requerimiento judicial efectuado por las autoridades brasileñas sin quebrantar la ley de Estados Unidos. Como bien explica Internet Lab en este *amicus curiae* en el caso “United States of America v. Microsoft Corporation”:

---

<sup>114</sup> De Souza Abreu, Jacqueline, “From Jurisdictional Battles to Crypto Wars: Brazilian Courts v. WhatsApp”, BTLJ Blog, Berkeley Technology Law Journal, 2017, <https://btlj.org/2017/02/from-jurisdictional-battles-to-crypto-wars-brazilian-courts-v-whatsapp>, último acceso: 6 de junio de 2022.

<sup>115</sup> Reuters, “TRF reduz valor de multa a Facebook e WhatsApp de R\$2 bi para R\$23 mi”, 2019, disponible en: <https://www.reuters.com/article/tech-facebook-multabrazil-idBRKCN1TQ2V2-OBRIN>, último acceso: 6 de junio de 2022. Por ejemplo, en este caso se entendió que Facebook debía cumplimentar con las demandas judiciales en un procedimiento penal por ser una subsidiaria de WhatsApp Inc. Ver, Internet Lab, “Judicial Branch, Rio de Janeiro State, 2nd Criminal Division, Duque de Caxias County”, IP 062-00164, 2016, disponible en: <https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2016/07/duque-whatsapp.pdf>, último acceso: 6 de junio de 2022.

<sup>116</sup> Ver, Moraes Pitombo Advogados, disponible en: [https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580856877#69%2520-%2520Presta%25E7%25E3o%2520de%2520esclarecimentos%2520\(49472/2016\)%2520-%2520Presta%25E7%25E3o%2520de%2520esclarecimentos%2520](https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=580856877#69%2520-%2520Presta%25E7%25E3o%2520de%2520esclarecimentos%2520(49472/2016)%2520-%2520Presta%25E7%25E3o%2520de%2520esclarecimentos%2520), último acceso: 6 de junio de 2022.

<sup>117</sup> Legal Information Institute (LII), “18 U.S. Code Chapter 121 - Stored Wire and Electronic Communications and Transactional Records Access”, disponible en: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-I/chapter-121>, último acceso: 6 de junio de 2022.

<sup>118</sup> Equipe IRIS-BH, “Why is WhatsApp Blocked again?”, Blog, Institute for Research on Internet and Society, 2016, disponible en: <https://irisbh.com.br/en/why-is-whatsapp-blocked-again>, último acceso: 6 de junio de 2022.

La existencia de estos tratados demuestra el reconocimiento por parte de los Estados Unidos de la aplicación extraterritorial de cualquier medida de los Estados Unidos para incautar artículos retenidos en esos países. Ese reconocimiento oficial no debería ser ignorado al considerar la aplicación extraterritorial de órdenes judiciales, como en el presente caso, a pesar de las preocupaciones expresadas por Estados Unidos con respecto a la eficacia del proceso MLAT.<sup>119</sup>

Si bien en algunos casos los tribunales rechazaron la necesidad de servirse de un MLAT para llevar a cabo sus órdenes en los casos contra WhatsApp,<sup>120</sup> estos parecen ser la vía más idónea para garantizar una correcta cooperación en asuntos criminales, sobre todo cuando existe una superposición de leyes locales que impediría la colaboración entre autoridades, como ocurrió en este caso. Finalmente, en relación con la proporcionalidad, la medida en algunos casos parece onerosa en términos de costos y riesgos, especialmente cuando las leyes establecen posibles responsabilidades penales para los representantes locales en caso de inadecuaciones de la representación o la actuación de la empresa con la normativa local.

## V. Conclusiones

Como hemos explicado a lo largo del artículo, las discusiones en torno a la legalidad o no de la presencia local tienen lugar como si nos encontrásemos ante dos (o más) marcos o esferas del derecho internacional autocontenidas.<sup>121</sup> Hasta la fecha, esto ha

<sup>119</sup> Supreme Court of the United States, *Internet Lab Amicus Curiae*, “United States of America v. Microsoft Corporation”, On Writ of Certiorari to the Second Circuit Court of Appeals, N° 17-2, disponible en: [https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/28382/20180118203851162\\_17-2%20bsac%20Internetlab%20Law%20and%20Technology%20Center.pdf](https://www.supremecourt.gov/DocketPDF/17/17-2/28382/20180118203851162_17-2%20bsac%20Internetlab%20Law%20and%20Technology%20Center.pdf), último acceso: 6 de junio de 2022. La traducción de la cita es propia.

<sup>120</sup> De Souza Abreu, *supra* nota 115.

<sup>121</sup> Ya en su sesión N° 52 en el año 2002, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas identificó la fragmentación del derecho internacional como un problema que requería atención y estableció un grupo que fue presidido por Martti Koskenniemi. En el año 2006, se publicó el informe elaborado por la CDI denominado “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”. Como se explica en el informe, en los últimos 50 años, el alcance del derecho internacional ha aumentado de manera significativa, pero de manera descoordinada (tanto a nivel nacional como regional y multilateral, también por problemáticas específicas), lo que ha ocasionado una creciente fragmentación. Esta fragmentación consiste en “la aparición de normas o conjuntos de normas, instituciones jurídicas y esferas de práctica jurídica especializados y (relativamente) autónomos. Lo que antes aparecía regido por el ‘derecho internacional general’ se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especializados tales como el ‘derecho mercantil’, el ‘derecho de los derechos humanos’, el ‘derecho ambiental’, el ‘derecho del mar’, el ‘derecho europeo’, e incluso conocimientos tan sumamente especializados como el ‘derecho de las inversiones’ o el ‘derecho internacional de los refugiados’, etc., cada uno de los cuales posee sus propios principios e instituciones”. CDI, “Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de

impedido que existan estudios que analicen la legalidad de estas medidas –no solo bajo la luz del derecho internacional de los derechos humanos, sino también bajo el derecho comercial internacional o el derecho penal–, o que, al menos, evidencien esta interacción que no es menor y que muchas veces subyace a algunos argumentos esgrimidos en contra de estas. Entonces, deberíamos preguntarnos: ¿pueden estas medidas ser legales desde el punto de vista del derecho comercial internacional, pero no así desde el marco del derecho internacional de los derechos humanos? ¿Podría ocurrir lo contrario? ¿Qué mecanismos tenemos para resolver esta contradicción?

Desde la lógica del derecho internacional, el análisis de la legalidad de las medidas depende siempre de un estudio “caso por caso” y está relacionado a los acuerdos específicos que cada Estado haya hecho. No obstante, lo analizado en este trabajo nos lleva a reflexionar si, aun bajo la órbita del derecho comercial internacional, es razonable aplicar reglas (de manera transversal e igualitaria) a todos los servicios sin importar si estos están vinculados con el ejercicio de un derecho humano fundamental, como es la libertad de expresión. En este sentido, podríamos pensar que los servicios de comunicación o los servicios prestados por las plataformas de redes sociales requieren superar esta fragmentación entre dos regímenes distintos para buscar soluciones que mejor atiendan la promoción de estándares respetuosos tanto de la libertad de expresión como de los compromisos comerciales asumidos.

Para ello, es necesario que la investigación académica empiece a identificar cada vez más la interacción entre estos *self-contained regimes* para buscar respuestas a problemas que son por demás complejos. Esto tendrá como corolario alejarnos de soluciones o argumentos “simplistas” que simplemente replican frases repetidas sin mucho cuestionamiento, como aquella que reza que todas las obligaciones vinculadas con el requisito de un representante local suponen una *hostage-taking clause*.

Sin embargo, no todo es negativo. Cada vez más, vemos que las discusiones en torno a la regulación del espacio digital empiezan a incorporar dimensiones antes no consideradas. Por ejemplo, las discusiones sobre la regulación de las redes sociales se han expandido para integrar a: los derechos humanos; la privacidad; la competencia; la defensa del consumidor; la propiedad intelectual; y la regula-

---

la diversificación y expansión del derecho internacional”, capítulo XII, Vol. II, segunda parte 1, 2006, § 243, disponible en: <https://legal.un.org/ilc/reports/2006/spanish/chp12.pdf>, último acceso: 12 de junio de 2022.

Esta fragmentación es tanto institucional (es decir, vinculada a jurisdicción y a competencia) como sustantiva (esto es, la división del derecho internacional en esferas extremadamente especializadas y autónomas, o *self-contained*, que serían independientes entre sí y del derecho general). Ahora bien, uno de los principales problemas o riesgos de la fragmentación identificados por la CDI está vinculado con la posibilidad de que aparezcan normas y prácticas institucionales que sean incompatibles.

ción de las telecomunicaciones, entre otros. Esto nos parece clave para avanzar hacia un enfoque del derecho menos fragmentado.

## **1. Líneas para reflexionar**

En la mayoría de las legislaciones que están en debate en la actualidad, se pone de manifiesto la dificultad de los Estados para propiciar políticas que combinen, de manera exitosa, un resguardo de los derechos de los consumidores y de las consumidoras de servicios digitales y la protección de sus datos personales, con el respeto y el amparo de la libertad de expresión y de las garantías y libertades que deben tener las empresas de redes sociales para llevar adelante sus actividades. Asimismo, desde el punto de vista del derecho comercial internacional, el mismo tema pone en debate el equilibrio entre tomar medidas que propicien el comercio de forma transfronteriza y regular la provisión de servicios en un territorio para garantizar que no se menoscaben los derechos de los usuarios y de las usuarias ni las normas o los intereses de desarrollo nacionales. A esta ecuación tenemos que sumar las demandas crecientes por parte de ciertos sectores de la sociedad que exigen regular o demandar cada vez más las actividades llevadas a cabo por los ISP o intermediarios, así como las respuestas que estos dan a dicha demandas. Asimismo, deberíamos incorporar en nuestro análisis los pedidos y las advertencias realizados por diversas organizaciones de la sociedad y de la academia en relación con las demandas mencionadas y con las respuestas estatales que buscan darle curso.<sup>122</sup>

Si bien cada norma debe ser analizada de forma particular para evaluar que no esté menoscabando un compromiso comercial internacional asumido, es importante traer al centro de la discusión estas problemáticas para entender sus implicancias y limitaciones. El comercio y la libertad de expresión repercuten en la vida de todas las personas y, por lo tanto, no están ni deberían estar disociados.

---

<sup>122</sup> Keller, *supra* nota 3, p. 28.