

Alcances de la Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP) y de los Proveedores de Servicios Online (OSP) a nivel internacional, regional y nacional. Las disposiciones de Puerto Seguro, Notificación y Deshabilitación

Adriana Norma Martínez y Adriana Margarita Porcelli***

Resumen

La nueva economía es una economía global y una economía organizada en red, ninguno de esos factores puede funcionar sin el otro. Por consiguiente, tiene una base tecnológica, de información y comunicación y una forma central de organización cada vez mayor, que es Internet. Internet no es una tecnología, es una forma de organización. El equivalente de Internet en la era industrial fue la fábrica: lo que fue la fábrica en la era industrial, es

* Abogada, Escribana, Posgraduada en Derecho del Turismo (UBA), Magíster en Ambiente Humano (UNLZ). Profesora Adjunta Regular Facultad de Derecho (UBA). Jefa de la División Derecho, Consejera Titular del Consejo Directivo Departamental, Investigadora y Profesora Asociada Ordinaria, Departamento de Ciencias Sociales (UNLu). Directora de proyectos de investigación interdisciplinarios. Profesora de posgrado en diversas universidades nacionales. Profesora visitante de las Universidades Complutense de Madrid y Málaga (España); info@anmart.com.ar.

** Abogada (UBA), Magíster en Relaciones Internacionales (Universidad Maimónides), Cursando el Programa de Actualización en Derecho Informático (UBA), investigadora. Profesora Adjunta de Derecho Internacional Privado. Derecho Internacional Público. Estudio de la Constitución Nacional y de los Derechos Humanos. Legislación Sanitaria en la Universidad Nacional de Luján (UNLu), Miembro de Comisiones de Plan de Estudio y del Comité Académico de Bioética (UNLu); adporcell@yahoo.com.ar.

Internet en la era de la información. La divulgación de obras intelectuales por la red es el acontecimiento más reciente relacionado con los derechos de autor, y plantea numerosas cuestiones, entre las que se encuentran la descarga masiva de archivos en la mayoría de los casos, en forma gratuita, de contenido ilegal en violación de los derechos de propiedad intelectual, y la supuesta responsabilidad de los proveedores de servicios en la Web en dicha actividad. El presente trabajo tiene por objeto diferenciar entre los diversos sujetos que intervienen en el proceso de “publicación” de una obra a través de Internet, los intermediarios necesarios, los que prestan servicios de acceso y mera transmisión y analizar la responsabilidad civil de cada uno de ellos y en especial de los buscadores de Internet en el marco de las legislaciones internacional, regional y nacional así como la evolución jurisprudencial al respecto.

Palabras clave: Proveedores de Servicios de Internet, Proveedores de Servicios Online, Responsabilidad Civil, Puerto Seguro, Notificación y Deshabilitación.

Scope of the Civil Liability of Internet Service Providers (ISP) and Online Service Providers (OSP) at international, regional and national level. The Safe Harbor provisions, Notice and Takedown

Abstract

The new economy is a global economy and an economy organized as a network, and none of these factors can operate without the other. Therefore, it has a technological base, of information and communication and has a central way of growing organization, that's the Internet. Internet isn't a technology, it's a way of organization The equivalent of the Internet in the industrial age was the factory: what the factory was in the industrial age, the Internet is in the information age. The dissemination of intellectual property by the network is the most recent event related to copyright, and raises many issues, including the massive download of files in most cases, free of charge, to illegal content in violation of intellectual property rights and the

alleged liability of service providers in the Web in such activity. The aim of this paper is differentiate between the various subjects involved in the process of “publication” of a work via the Internet, the necessary intermediaries, providing access services and mere transmission and analyze the civil liability of each of them and especially Internet browsers in the frameworks of international, regional and national laws, as well as the evolution of relevant jurisprudence.

Keywords: Internet Service Provider, Online Service Provider, Civil Liability, Safe Harbor, Notice, Takedown.

I. Introducción. El régimen de la Responsabilidad Civil

En el siglo XX aparece un nuevo bien, consistente en una lista más o menos larga de unos y ceros, al que se le denomina bien digital. La digitalización hace posible su masificación transformándolos en bienes abundantes, de disponibilidad ilimitada y común, en la medida en que permanezcan bajo el dominio público. Los bienes digitales son todos aquellos bienes culturales y no culturales que tienen forma digital, interpretados y presentados por las computadoras en forma de información, bases de datos, programas de computadora, imágenes, música, sitios Web, textos, libros, videos, entre muchos otros.

Según Negroponte (1995), entre las principales características de los bienes digitales se encuentran: la capacidad de las personas para que, con una computadora, puedan realizar infinitas copias perfectas del mismo, modificarlo, mezclarlo y transformarlo, sin necesidad de invertir grandes cantidades de dinero y distribuirlos, de manera instantánea y muy económica alrededor del mundo, gracias a Internet.¹

Además de que su copia se puede realizar a un coste insignificante podemos agregar que se diferencia de los bienes tradicionales por las siguientes características: su transmisión no implica la desposesión del anterior titular, son no antagónicos y no excluibles, sus componentes no son átomos,

1. N. N., *Being Digital*. Londres, Coronet, 1996.

sino unos y ceros, y, en la actualidad, su distribución es instantánea desde su origen hasta todos los puntos del globo.

En virtud de esta última característica es que aparecen como intermediarios indispensables los proveedores de servicios de Internet, ya que sin su intervención dicho proceso nunca se podría efectuar e Internet como tal desaparecería.

En primer lugar, para analizar la responsabilidad civil de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP, Internet Service Providers) y, en general, no sólo en el marco de la Red, de los Proveedores de Servicios Online (OSP, Online Service Providers), conviene determinar brevemente los contenidos capaces de generar dicha responsabilidad. El *Libro Verde de la Comisión Europea sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información*² diferencia entre el acceso a tipos de material que pueden afectar el desarrollo físico y mental de los menores, pero que está permitido sólo a los adultos, de los contenidos que pueden ser prohibido para todos, independientemente de la edad de la audiencia potencial o el medio utilizado. Estos temas se confunden a veces pero es esencial mantener la distinción; son objetivos diferentes, que plantean problemas diferentes y exigen soluciones diferentes.

En el caso de contenidos ilegales es necesario definir las responsabilidades de las partes que intervienen en dicha publicación o difusión de los materiales; en cambio, en los contenidos perjudiciales o inconvenientes para menores, la Comisión recomienda la autocensura, partiendo del principio de autonomía individual mediante la utilización de un software de filtrado adecuado.

A. El Régimen de Responsabilidad Civil en el Código Civil

A modo de repaso, recordamos que el artículo 1107 del Código Civil vigente traza una división entre dos ámbitos de responsabilidad civil: contractual y extracontractual. El Código dispone de un sistema principalmente resarcitorio, que tiende a restablecer el equilibrio de patrimonios entre el

2. CE, *Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas COM (96) 483, octubre de 1996.

autor del daño y la víctima. La responsabilidad extracontractual se origina por la producción de un daño a otro sin que exista un nexo contractual.

Los requisitos para que se configure tal responsabilidad son: la existencia de un daño, la existencia de una relación de causalidad entre el daño y el hecho que dio lugar al mismo, el cual debe ser ilícito o antijurídico y debe existir un factor de imputabilidad de la responsabilidad.

A su vez existen dos factores de atribución de responsabilidad: la responsabilidad subjetiva y la objetiva.

Tradicionalmente, el fundamento de la responsabilidad por los daños causados se basaba en la culpa del sujeto causante del daño, entendiendo por tal la omisión de las diligencias debidas de acuerdo a la naturaleza de la obligación, y sus circunstancias de personas, tiempo y lugar, a diferencia del dolo que es la intención de perjudicar la persona o los derechos de otro. La teoría de la culpa, fundada en criterios totalmente subjetivos, establece así que no es suficiente que una persona sufra un daño para responsabilizar al causante del mismo, ya que es necesario que este haya actuado con dolo o culpa para que surja su responsabilidad.

Pero con el paso del tiempo fueron surgiendo nuevos criterios de atribución de responsabilidad basados en factores objetivos que consideran que el daño siempre debe ser reparado más allá de la existencia de culpa o dolo por parte del causante, como por ejemplo el riesgo: la potencialidad dañosa de una cosa o una actividad. Ese daño puede ser “riesgo provecho” desarrollado por Josseland: cuando compromete la responsabilidad de aquel que aprovecha de la cosa o actividad, o daño creado: cuando compromete la responsabilidad de aquel que lo ha introducido, o simplemente daño de empresa, cuando determinado emprendimiento encierra la posibilidad de ciertos daños.

En la legislación argentina vigente, la responsabilidad subjetiva está regulada en los artículos 512 y 1109 del Código Civil que establecen fundamentalmente que la culpa consiste en la omisión de las diligencias debidas y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, y el que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a reparar el perjuicio.

Mientras que la responsabilidad objetiva está regulada en los artículos 1113, 1071, 1071 bis, y complementarios del Código Civil. El artículo 1113 establece la responsabilidad genérica del principal por los daños que causen los que están bajo su dependencia, la responsabilidad del guardián por

las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado, la responsabilidad de los daños causados con cosas y la responsabilidad de los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa.

B. La Responsabilidad en el Nuevo Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial de la Nación, aprobado por Ley N°26.994 del 1° de octubre de 2014 y promulgado según Decreto N°1795/2014, conforme al artículo 7 de la ley aprobatoria, entraría en vigencia el 1° de enero de 2016; sin embargo, la Ley N°27.077 de diciembre de 2014 la adelantó al 1° de agosto de 2015.

El Dr. Ameal (2012) nos ilustra sobre los alcances del Anteproyecto de Reforma en materia de Responsabilidad Civil que tomó como base el Proyecto de Código Civil de 1998, y que, con las modificaciones del Poder Ejecutivo, finalmente se convirtió en ley en 2014. El mismo trae aparejado una unidad conceptual entre el Derecho Civil y el Derecho Comercial que se pregonaba ya hacía mucho tiempo y esa unificación del derecho privado se materializa con la unidad del derecho civil y comercial y dentro del derecho civil con la unidad de la responsabilidad contractual y extracontractual. Con anterioridad, la doctrina entendía que no era conveniente la escisión establecida en el artículo 1107 del actual Código Civil entre la órbita contractual y la extracontractual, porque si partimos del daño injustamente padecido para su resarcimiento, es igual que el mismo provenga de fuente contractual como de fuente extracontractual.

Sin embargo, es menester aclarar que esta unidad no significa una identidad, hay diferentes estructuras entre ambos sistemas, pero los institutos pueden ser manejados, en muchos casos, de la misma manera.

La responsabilidad civil no la denomina derecho de daños porque, en los fundamentos, parte del supuesto de que el derecho de daños es más estricto o restringido y no abarcaría, por ejemplo, la sanción pecuniaria disuasiva, es decir, que se le asigna, a la responsabilidad, otras funciones que posiblemente no tenga el derecho de daños. No obstante, no todos los doctrinarios están de acuerdo con estos fundamentos ya que el derecho moderno tiene que tener muy en cuenta la persona de la víctima y no tanto la persona del dañador.

En principio, en el artículo 1708, identifica a la prevención del daño y a la reparación como funciones de la responsabilidad.

Del análisis integral de las disposiciones del título surge que las funciones de la responsabilidad, conforme ha quedado estructurado el régimen son: 1. Preventiva, 2. Sancionadora y 3. Reparadora.

Actualmente, si bien es importante reparar el daño, de la misma manera es importante prevenir el daño para no tener que posteriormente repararlo, no sólo desde el punto de vista legal sino también desde el punto de vista ético y económico (Ameal, 2012).³

1. Función Preventiva: el artículo 1710 establece el deber de prevenir el daño, es decir, evitar ocasionar el daño. Tiene por objeto convencer a la persona que actúa que es más conveniente comportarse correctamente que no hacerlo así y anticiparse al acaecimiento del daño marcando tres posibilidades:

a) evitar causar un daño injustificado;

b) adoptar, de buena fe, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud;

c) no agravar el daño, ya producido.

A este respecto, Kemelmajer de Carlucci (2013) nos enseña que el Código se propone una regulación más completa de la función preventiva incluyendo la acción, la legitimación y las facultades judiciales, conforme con criterios señalados por la doctrina, con los siguientes alcances:

a) que la posibilidad de prevenir el daño se encuentre en su esfera de control, que dependa de ella, de lo contrario afectaría su libertad;

b) que adopte las diligencias como una persona que obra de buena fe, disponiendo medidas razonables para evitar el daño o disminuir su magnitud o no agravarlo, si ya se ha producido;

c) reconocerle el derecho al reembolso del valor de los gastos en que ha ocurrido siguiendo las reglas del enriquecimiento sin causa.⁴

3. A. O., "La responsabilidad civil en la reforma del Código Civil", Parte 1: Primera Parte, Facultad de Derecho UBA. Grabado en 2012 [Consultado: 13/3/2015] Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/derecho-abierto-clase-Reforma-Codigo-Civil-Ameal-So1.php>.

4. K. C. A., "Conferencia: El ambiente en el proyecto de código civil y comercial de 2012", Escuela de la Magistratura. Salta, 2013 [Consultado el 21/3/2015] Disponible en: <http://www.esuelamagistratura.gov.ar/uploads/documentos/MA2013/Kemelmajer.pdf>.

La omisión del deber de prevención da lugar a la acción judicial preventiva, la cual procede, según el artículo 1711, si se cumplen los siguientes presupuestos:

a) autoría: un hecho o una omisión de quien tiene a su cargo un deber de prevención del daño;

b) antijuridicidad: constituye una violación del deber de prevención;

c) causalidad: la amenaza de daño debe ser previsible;

d) no es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución, que es lo que, además de la función, diferencia a esta acción de la obligación de resarcir.

Como cierre de esta acción preventiva, establece, en el artículo 1713 referido a la Sentencia, que el juez puede establecer obligaciones de dar, hacer o no hacer, sea en la tutela definitiva como provisoria, y el contenido y extensión de estas obligaciones debe estar guiado por:

a) la necesidad de evitar el daño con la menor restricción de derechos posible;

b) la utilización del medio más idóneo;

c) la búsqueda de la eficacia en la obtención de la finalidad.⁵

2. Función Punitiva o Sancionadora: ha sido muy controvertida en la doctrina argentina ya que algunos autores entienden que es una función ajena a la responsabilidad proponiendo una regulación limitada a algunos casos, mientras que otros se inclinan decididamente por su incorporación sin límites porque es un instrumento general.

No se trata de una indemnización por daño, sino de una sanción pecuniaria disuasiva, daño punitivo o multa civil que se impone para evitar graves menoscabos o graves desaprensiones a los derechos básicos. En algunos casos, no es suficiente con la reparación del daño por lo que es conveniente buscar una especie de sanción ejemplar que disuada no sólo a la sociedad para que no cometan este tipo de daños sino para aquel que pretende realizar esa situación concreta. Varios son los vocablos a través de los que se conoce esta condena: “multa civil”, “pena civil”, “daño punitivo”, o “sanción pecuniaria disuasiva”. Por la traducción literal de los términos *punitive damage*, de origen inglés, se lo denomina comúnmente “daño punitivo”.

5. *Ibidem*.

El **daño punitivo** fue definido en la jurisprudencia, explica Lorenzetti, como aquellas “sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentadas por el damnificado, que están destinadas a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (Lorenzetti, 2009: 557).⁶

Dicha pena opera de manera independiente a los distintos resarcimientos conocidos, tales como: daño emergente, lucro cesante, daño moral, pérdida de chance, entre otros.

El *leading case* es el caso “*Grimshaw v. Ford Motor Company*” de la Corte de Apelaciones de California, Cuarto Distrito, Segunda División. El automóvil Ford Pinto introducido a principios de los 70 por la Compañía Ford poseía una serie de defectos en su fabricación tales que al ser embestido por detrás, aun a velocidades bajas, causaba la rotura de su tanque de combustible y ello ocasionaba su incendio. La compañía detectó esta falla y estimó que, por la cantidad de unidades vendidas, retirarlas del mercado y hacer las modificaciones necesarias implicaría afrontar costos mucho mayores que el de las eventuales indemnizaciones por los daños sufridos, por lo que decidió dejarlo en esas condiciones.

Posteriormente, al menos 60 personas perdieron la vida y más del doble de esta cifra sufrió quemaduras graves y lesiones en el cuerpo. Entre ellas, actor Richard Grimshaw, un menor de edad que viajaba como pasajero en un Ford Pinto modelo 1972. El vehículo –conducido por Lilly Gray, quien sí falleció en el accidente– se encontraba atascado en una autopista cuando fue embestido por otro en su parte posterior, procediendo a incendiarse y causarle quemaduras graves y desfiguración permanente en su cara y cuerpo entero. El juicio determinó que Grimshaw recibiera además de indemnización por daños compensatorios, 125.000.000 de dólares en concepto de daños punitivos (*punitive damages*),⁷ monto que se redujo en segunda instancia. El caso es que era más gravoso mantener ese modelo que sacarlo del mercado porque no convenía afrontar una indemnización y multa civil

6. L. R., *Consumidores*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2ª Ed., 2009, p. 557.

7. Ver caso CAC, Cuarto Distrito de Apelación, Segunda División. 29 de mayo de 1981 “*Grimshaw v. Ford Motor Company*” 119 757 CA3d.Civ. 20095.

de esa naturaleza. En este caso no se tuvo en cuenta el daño producido, sino la gravedad de la conducta evidenciada por el dañador.

Desde abril de 2008 se encuentra vigente en la Argentina la “multa civil” o “daño punitivo”, para los contratos de consumo, que fue una de las novedades de la Ley N° 26.361 que reformó a la Ley de Defensa del Consumidor N°24.240. El artículo 52 bis de la mencionada norma expresa que los **proveedores de bienes y servicios** pueden sufrir la aplicación de **una multa a favor del consumidor de hasta 5 millones de pesos**, en caso de incurrir en incumplimientos de las obligaciones legales o contractuales a su cargo.

El primer caso de condena por daño punitivo que resolvieron nuestros tribunales fue en la causa “*Machinandiarena Hernández Nicolás c/Telefónica de Argentina s/reclamo contra actos de particulares*”. Los jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala II, confirmaron la sentencia del Tribunal inferior que condenó a Telefónica a abonar \$30.000 pesos en concepto de daño punitivo conforme al artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor por no haberle proporcionado el trato digno que exige el artículo 8 bis de dicha ley. La demanda fue iniciada porque Telefónica de Argentina SA tenía un local comercial en Mar del Plata sin rampa que permitiera el acceso a personas que, como el actor, poseían movilidad reducida. Esto implicó, según los jueces, un acto discriminatorio para la persona que inició la demanda ya que le provocó una dolencia íntima que debía ser reparada.⁸

No obstante, Telefónica de Argentina interpuso un recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley ante la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, el cual fue desestimado porque el agraviado no pudo acreditar la inexistencia del acto discriminatorio ni el error en lo que respecta a la aplicación del daño punitivo.⁹

El artículo 1714 del Anteproyecto Original de la Comisión era claro al respecto, se denominaba Sanción pecuniaria disuasiva y le otorgaba al juez

8. CACyC, Mar del Plata, Sala II, Sentencia del 27 de mayo de 2009, “*Machinandiarena Hernández Nicolás c/Telefónica de Argentina s/reclamo contra actos de particulares*”. Registrado bajo el N° 257 Fo. Expte. N° 143.790.

9. SCBA (Argentina). Sentencia del 6 de noviembre de 2012, “*Machinandiarena Hernández Nicolás c/Telefónica de Argentina s/reclamo contra actos de particulares*”. C. 109.005.

amplias atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actuara con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva.

Sin embargo, este artículo fue modificado por el Poder Ejecutivo y en su redacción actual alude a la Punción excesiva, disponiendo que el juez debe tener en cuenta si hay otras sanciones pecuniarias civiles, administrativas o penales que provocan una punición irrazonable o excesiva, para computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto y por el 1715 dejarla sin efecto, total o parcialmente.

3. Función Reparadora: siguiendo las consideraciones del Profesor Ameal (2012), tradicionalmente fue la más importante y tiene por objeto volver las cosas al estado anterior, vale decir lo que se busca con tal función es poner al damnificado en las mismas condiciones que estaría si no se hubiese ocasionado el daño, volver al equilibrio quebrado por el accionar disvalioso. Se tiene en cuenta, en el artículo 1716, el deber de no dañar al otro y sobre todo la antijuridicidad como primer presupuesto, introduciéndola, en el artículo 1717, siempre que no exista una causal de justificación de la acción (Ameal, 2012).¹⁰

El daño está justificado y por lo tanto no hay antijuridicidad, según el artículo 1718, cuando:

- a) en ejercicio regular de un derecho;
- b) en legítima defensa propia o de terceros;
- c) para evitar un mal, actual o inminente, de otro modo inevitable, que amenaza al agente o a un tercero, estado de necesidad.

Otro tema relacionado es la asunción de riesgo; por ejemplo, en las competencias de deportes de alto riesgo no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal (artículo 1719). En caso del consentimiento libre e informado del damnificado, el artículo 1720 libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles siempre que no constituya una cláusula abusiva, es un

10. A. O., "La responsabilidad civil en la reforma del Código Civil", Facultad de Derecho UBA, Parte 2: Segunda Parte (2012) [Consultado: 13/3/2015] Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/derecho-abierto-clase-Reforma-Codigo-Civil-Ameal-So2.php>.

derecho protectorio desde el punto de vista del consumidor y se da en los contratos de adhesión.

Finalmente, en cuanto al factor de atribución, esa conducta antijurídica tiene que ser atribuida a alguna persona para que exista reparación, ya sea por un factor objetivo o subjetivo. El artículo 1067 del Código de Vélez nos dice que no hay responsabilidad sin culpa. Dicho artículo fue desplazado por la reforma. Con el avance del derecho sabemos que, aunque no exista reproche de conductas, en algunas ocasiones puede exigirse reparación y es cuando entran a jugar los factores objetivos. La responsabilidad objetiva es aquella en que se incurre prescindiendo de la culpa, la persona responde porque es el dueño o guardián de la cosa.

El Nuevo Código Civil y Comercial, en el artículo 1721, Factores de atribución, nos dice en forma tajante que la atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos y en ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa. En este artículo se entiende que la culpa tiene un papel importante, es la llave que cierra el sistema de responsabilidad, es residual, es decir, cuando la ley dice que hay responsabilidad objetiva, la hay y si la ley no la establece, entonces entra a jugar la culpabilidad.

En el sistema objetivo de responsabilidad, conforme al artículo 1722, Factor objetivo, la culpa es irrelevante, indiferente, prescindible y el que pretende reparación debe probar nada más que el daño proviene del uso de la cosa y la relación de causalidad y la otra parte, para eximirse de responsabilidad, tendrá que probar:

a) el hecho del damnificado o culpa de la víctima, artículo 1729, o

b) el hecho de un tercero por quien no se debe responder, artículo 1731,

o

c) el caso fortuito o fuerza mayor, artículo 1730.

En el artículo 1724: Factores subjetivos, son la culpa y el dolo y define la culpa más o menos similar al artículo 512 del Código Civil actual. Además, hace mención a la forma en que debe ser apreciada, cosa que en Vélez no resulta de la aplicación directa del artículo 512, hay que adosar los artículos 902 y 909. El Nuevo Código diferencia la valoración de la conducta de la apreciación de la misma, no son conceptos idénticos.

La valoración de la conducta se encuentra legislada en el artículo 1725, y cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia, y cuando existe una confianza especial,

se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. En los contratos que suponen una confianza especial entre las partes para valorar la conducta se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada.¹¹

En el artículo 1757 sobre el hecho de las cosas y actividades riesgosas, obliga a las personas a responder por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, o de las actividades que sean riesgosas o peligrosas por su naturaleza, por los medios empleados o por las circunstancias de su realización. Siendo la responsabilidad objetiva, por lo tanto, no se exime de responsabilidad la autorización administrativa para el uso de la cosa o la realización de la actividad, ni el cumplimiento de las técnicas de prevención y en el artículo 1758 responsabiliza, en forma concurrente al dueño o guardián de las cosa.

En cuanto a la prueba de los factores de atribución la carga de la prueba, conforme al artículo 1734, corresponde a quien los alega, salvo que la ley diga lo contrario; pero en materia procesal existe el sistema de prueba dinámica, la teoría de la carga probatoria dinámica es decir cuando un juez no tiene certeza puede distribuir la carga de la prueba y es lo que dispone el artículo 1735 cuando faculta al juez a distribuir la carga de la prueba de la culpa o de haber actuado con la diligencia debida, ponderando cuál de las partes se encuentra en mejor situación para aportarla, debiendo durante el proceso comunicar a las partes que aplicará este criterio.

En realidad, lo que realizó el codificador con esta reforma, por cierto necesaria, fue cristalizar todos los avances y evolución jurisprudencial y doctrinaria que se fueron dando en la ciencia del derecho (Ameal, 2012).¹²

A partir de dichos conceptos analizaremos entonces cuál es la responsabilidad de las personas que intervienen en Internet por daños a terceros, pero previamente debemos clasificarlos.

11. Por ejemplo, cuanto mayor es la experiencia y jerarquía, mayor es el deber de obrar con diligencia; no es la misma diligencia debida a un profesional recién recibido que a uno con experiencia.

12. Op. cit. en Nota 8.

II. Concepto y clasificación de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP, Internet Service Providers) y de los Proveedores de Servicios Online (OSP, Online Service Providers)

En primer lugar, es conveniente aclarar que si los actos ilícitos se realizan mediante publicaciones en los medios tradicionales, el responsable es de fácil identificación, pero cuando se realizan mediante la red nos encontramos ante el problema fáctico y jurídico de establecer quiénes serán los autores responsables. Entonces, como responsable directo, o de primer nivel, ubicamos al autor intelectual del contenido de la página y por aplicación del artículo 1109 de nuestro Código Civil y de los artículos 1716 y 1721 del Nuevo Código Civil y Comercial, el autor ideológico de la página Web es sin lugar a dudas el primer responsable de la acción antijurídica desde el momento en que ha subido el contenido ilícito.

Pero para que ese contenido se encuentre “publicado” en Internet, es necesaria la intervención de otras personas, que son los responsables indirectos, o de segundo nivel, y, según las funciones que desarrollan, pueden distinguirse los siguientes:

A- *Titular del sitio* donde se vuelca el contenido y diagramador de página Web.

B- *Proveedores de Servicios de Internet (ISP)*, quienes transmiten la información a la red, entre los que encontramos:

1. Proveedores de Acceso a Internet (IAP, Internet Access Provider): son quienes proveen el acceso a Internet y transmiten los datos. Este acceso puede, sin embargo, asumir múltiples modalidades. En su nivel más básico consistirá únicamente en la posibilidad de “navegar” en la Red y disponer de una casilla de correo electrónico.

2. Proveedor de Red (NSP, Network Service Provider): brindan la conexión técnica, proveen la infraestructura. *Rotures*, cables, *switches*, que permiten o facilitan la transmisión de información desde un punto a otro.

3. Proveedores de Servicio de Alojamiento (Hosting): servidor en cuyo sistema informático se encuentra alojada la página Web; permite almacenar a los usuarios la información que queda guardada en los servidores.

4. Proveedores de localización o Proveedores de Acceso Lógico, Motores de Búsqueda (es decir Buscadores), como Google, Yahoo, Altavista. La actuación de los buscadores en Internet ha sido caracterizada como:

“Servicios que facilitan enlaces a otros contenidos o incluyen en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos [...] Cuando se pide información sobre algún tema, el buscador realiza la búsqueda por medio de palabras clave o con árboles jerárquicos por temas. El resultado de la búsqueda es un listado de direcciones Web en los que se mencionan temas relacionados con las palabras clave buscadas” (Altmark, Molina Quiroga, 2012: 64).¹³ Los buscadores han sido definidos específicamente como proveedores de herramientas de localización de información de indudable relevancia para la comunicación y el negocio que plantea la red y la Web 2.0, que permiten que el usuario acceda a bases de datos con programas de búsquedas de las expresiones por él solicitadas, mediante diversos hipervínculos. Su función consiste en reflejar contenidos que son el resultado del uso de herramientas de locación de información (motores de búsqueda) incluyendo directorios, referencias y enlaces de hipertexto.

5. Los operadores de Bulletin Board System (BBS) o Sistema de Tablón de Anuncios, salas de chat y *newsgroups*, que permite a los usuarios conectarse al sistema (a través de Internet o a través de una línea telefónica) y realizar funciones tales como descargar software y datos, leer noticias, intercambiar mensajes con otros usuarios, disfrutar de juegos en línea, leer los boletines.¹⁴

13. A. D. - M. Q. E., *Tratado de Derecho Informático*, Argentina, Tomo I, La Ley, 2012.

14. En los años 90 fue el más popular, hasta que llegó Internet, de acceso más sencillo y fácil; aun así sigue siendo una alternativa de gran calidad en lo que a correo electrónico se refiere frente a foros, grupos de news o listas de correo de Internet. En el caso de los foros, designados también bajo el término “Newsgroup”, representan un lugar virtual de discusión en torno a un tema de interés común; mediante esta aplicación, cada internauta puede emitir mensajes dirigidos a otros participantes, quienes pueden o no responder. Los foros pueden ser abiertos o cerrados, públicos o privados, gratuitos o pagos; el proveedor de acceso puede ver comprometida su responsabilidad por el contenido del material que se transmite en un foro determinado, del mismo modo que el “moderador” designado, quien tiene precisamente por función la de “controlar” el contenido de los mensajes que se intercambian. Es decir, que existe un deber de vigilancia y de prudencia y el poder correlativo de decidir que determinado mensaje no sea transmitido, sea bloqueado o sea dado de baja el internauta, cuando los mensajes puedan ser ilícitos, agraviantes, ofendan la moral o las buenas costumbres o afecten los derechos de terceros.

III. Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP)

En primer término, tanto los proveedores de contenidos, los titulares de los sitios y los proveedores de servicios son plenamente responsables con relación a los contenidos propios, generándose en ese supuesto su plena responsabilidad, tanto por incluir en el sitio, como por transmitir o alojar estos contenidos que le pertenecen, pero la situación presenta divergencias y diferentes posiciones doctrinarias y legislativas internacionales en cuanto a los contenidos que le son ajenos, es decir, archivos que suben otros.

Esta situación se produce porque los consumidores son no sólo usuarios, sino también, y cada vez más, creadores y distribuidores de contenidos. Las aplicaciones Web 2.0, como los *blogs*, *podcasts*, *wikis*, o las Web de videos compartidos, permiten a los usuarios crear y compartir fácilmente textos, videos o imágenes, y desempeñar un papel más activo y participativo en la creación de contenidos y en la difusión de conocimientos. Sin embargo, existe una diferencia importante entre los contenidos creados por los usuarios y los contenidos existentes que los usuarios se limitan a cargar y que normalmente están protegidos por derechos de autor.

Ahora bien, como Internet involucra a varios sujetos como enumeramos anteriormente debemos diferenciar que, el proveedor de Red, NSP, Network Provider, que es el que brinda la conexión técnica, la infraestructura, sólo se obliga al acceso del usuario al Server, a los lugares en que están alojadas las páginas de Internet, es un deber de resultado en cuanto a que el usuario tiene su acceso garantizado por el proveedor. Ninguna responsabilidad tiene respecto a los contenidos, simplemente da las vías para acceder, pero en relación al acceso de su cliente su obligación es de resultado, y el factor de atribución es objetivo (artículo 1723 del Nuevo Código Civil y Comercial).

Con relación a la responsabilidad del Proveedor de Acceso y del Proveedor de Hosting, que posibilitan tal incorporación, que facilitan tal incorporación ilícita, tanto en la doctrina como en la normativa internacional existen dos posiciones netamente diferenciadas:

A- Factor de atribución subjetivo

Algunos, adoptando un criterio de responsabilidad subjetiva, opinan que la responsabilidad de los ISP, siempre en el caso de los contenidos ajenos, se

produce cuando el contenido ilícito sea manifiesto o en la medida que hayan advertido o hayan sido advertidos de la infracción al derecho de propiedad intelectual, y pese a ello, no hayan impedido la introducción de la obra al sitio, es decir, se les comunicó la existencia de un contenido ilícito o causante de un daño y no tomaron las medidas necesarias para evitar que ese contenido sea incluido en el sitio o transmitido a los usuarios. Esta posición es la que ha adoptado la mayoría de las legislaciones, tomando como modelo la Digital Millenium Copyright Act, DMCA, de Estados Unidos, la Unión Europea en la Directiva 2000/31/CE, España en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, y la Ley Multimedia de Alemania, entre otras, que analizaremos más adelante.

B- Factor de atribución objetivo

Otros en cambio, con fundamento en criterios objetivos de la responsabilidad, consideran que los ISP son siempre responsables frente a la infracción cometida, se lo compara con el editor de una publicación, y como tal sería solidariamente responsable con el autor por la edición dañina a los derechos de los terceros a quien se refiere la información, ya que al ser editores tienen la responsabilidad de controlar los contenidos de los sitios a los que prestan sus servicios. También argumentan que la actividad informática es riesgosa y que los buscadores o motores de búsqueda y cualquier otro software son una cosa riesgosa, basada, actualmente, en el artículo 1757 del Nuevo Código. En este sentido incluso, pretenden comparar factor de responsabilidad que tiene el dueño de una fábrica por el daño que puedan provocar sus productos con la responsabilidad de las empresas de buscadores de Internet por los resultados de sus búsquedas.

C- Posición Doctrinaria Mayoritaria

En este sentido, autores como Fernández Delpéch (2004)¹⁵ afirman que existe un consenso doctrinario hoy, en cuanto que sólo cabe hacer responsable

15. F. D. H., "La injuria a través de Internet a raíz del fallo JUJUY.COM" [Consultado el 14/3/2015] Disponible en <http://www.hfernandezdelpéch.com.ar/ARTICULO%20FALLO%20JUJUY.pdf>.

a los titulares de los sitios y a los proveedores de Acceso o de Hosting, por los contenidos ilícitos o que pueden causar un daño, en dos situaciones:

1. Cuando la incorporación del contenido es manifiesta y no pudo ser ignorada por el proveedor.

2. Cuando la incorporación del contenido no es manifiesta, pero el titular del sitio o el proveedor ha sido notificado de la existencia de esos contenidos y no toma de inmediato las medidas necesarias para retirar dicho contenido. La Digital Millennium Copyright Act, DMCA de los Estados Unidos ha llamado a esta notificación: *notice and takedown*.

Fuera de estos casos no existe responsabilidad ya que razones generalmente tecnológicas les impiden ejercer un control permanente de los contenidos de terceros que transmiten o alojan, dado a la imposibilidad de controlar, por la cantidad, la información que se encontraba en el servidor. Además, obligarlos a eliminar o bloquear contenidos que creen ilícitos, implicaría ni más ni menos que legalizar la privatización de la censura, toda vez que los ISP, fuera de los casos de contenidos manifiestamente ilícitos, serían quienes disciernen si un contenido es lícito o ilícito, si es nocivo o no. Sin embargo, en el caso de la red GreenNet, los administradores fueron denunciados por censura por el retiro de una página Web en la que se podía observar a Lady Diana moribunda.¹⁶ También se compara la situación con la de las llamadas “cartas de lector” a través de las cuales el público ejerce su derecho de informar, emitiendo opiniones que pueden ser dañosas para el honor, la intimidad u otros derechos de la persona (Villate, 2005).

En igual sentido, De la Maza Gazmuri (2004: 62)¹⁷ considera que “resulta atractiva la idea de liberar a los proveedores de una obligación general de vigilancia sobre la utilización que hagan sus clientes de sus instalaciones y, en general, exigir a quienes alegan la vulneración de derechos de autor, la notificación de ésta a los representantes del ISP, exigiendo a estos últimos que, cumplidos ciertos requisitos, remuevan o hagan inaccesible la información”.

16. V. J., “Censura privatizada: ¿quiénes son los editores en Internet?”, *alfa-redi, Derecho y Nuevas Tecnologías*, 17/6/2005, España.

17. De la Maza G., I., “Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet por Infracción a los Derechos de Autor”, en *Temas de Responsabilidad Civil*, Universidad Diego Portales, Chile, 2004.

D- Argumentos a favor de los buscadores

En el caso puntual de los buscadores han argumentado distintas defensas entre las que se destacan (Tomeo-Abieri, 2009):¹⁸

1. El buscador no es responsable por el contenido publicado en sitios o páginas Web de terceros, el responsable es la persona que escribió o publicó el contenido difamatorio. El buscador es un mero intermediario, un simple mensajero que no responde por el contenido que “simplemente vinculó” pero que no creó ni publicó. Para ilustrar este argumento podemos remitirnos a un caso resuelto por el juez inglés David Eady de la High Court Judge, en el Reino Unido, en donde “Metropolitan Internacional School”, un proveedor europeo de cursos de entrenamiento para adultos, demandó a Google U.K. y a un boletín *online* por comentarios negativos sobre sus prácticas de negocios. El 16 de julio de 2009 el juez consideró que Google no era responsable por el material difamatorio que aparecía en sus resultados de búsqueda ya que sólo había actuado como un mero facilitador de acceso a la información pero no podía considerarse su editor y comparó a los buscadores con las personas que compilan información en un catálogo de librería: al consultar dicho catálogo encontraremos distintos libros con distinto contenido pero no puede atribuirse responsabilidad por el contenido de los libros a quien ha compilado el catálogo.

2. Las órdenes judiciales que imponen el bloqueo de páginas Web afectan el derecho a la libertad de expresión protegido por las Constituciones y por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

3. Los contenidos que se suben a la red son de imposible control y la dinámica de los mismos es enorme. El motor de búsqueda es un espejo de la información de Internet y hay miles de páginas Web.

4. Los buscadores no se encuentran en condiciones de identificar contenidos ilegales ni de determinar el carácter de los mismos. No puede un operador técnico discernir si un contenido es moral o ético, o si su publicación viola la propiedad intelectual o los derechos de terceros; eso sería obligar a los proveedores a realizar un juicio de valor o técnico; no son los jueces, no son parte de sus funciones ni de su competencia.

18. T. F. A. R., “Responsabilidad de los Buscadores de Internet”, *RCyS*, 2009-XII, 66.

5. Las órdenes judiciales de bloqueo de contenidos desalientan la inversión en el sector y atentan contra el desarrollo futuro de Internet, la cual no existiría sin los ISP.

IV. Disposiciones de Puerto Seguro (Safe Harbor) y Notificación y Deshabilitación (Notice & Takedown) a niveles internacional, regional y nacional

La disputa para establecer un régimen especial de responsabilidad civil para los ISP comenzó en 1995 en Estados Unidos, en el seno de la Nacional Information Infrastructure (NII), y continuó en ámbito internacional, con los denominados Tratados Internet de la OMPI de 1996. En ambas instancias, los ISP consiguieron evitar que se les declarara responsables por las infracciones de propiedad intelectual cometidas en Internet. Finalmente se alcanzó un compromiso incorporado, por primera vez, en la Digital Millennium Copyright Act de Estados Unidos, el 28 de octubre de 1998 y dos años después en la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el Comercio Electrónico).

A. Estados Unidos

En Estados Unidos, otras leyes sectoriales completan la regulación de responsabilidad de los ISP de la DMCA como la *Communications Decency Act*, 1996, CDA, Ley de Decencia en las Comunicaciones, que, a través de la cláusula del buen samaritano, *Good Samaritan* permite la exención de responsabilidad de algunos ISP por las actuaciones de sus usuarios en Internet, es decir, estableció una regla de inmunidad para el proveedor de servicios al disponer que no puede ser tratado como un editor de información provista por terceros. En materia de responsabilidad derivada de ilícitos relacionados específicamente con contenidos obscenos establece pautas bajo la denominación de Protección para el “Buen Samaritano” consistente en el bloqueo y filtrado del material ofensivo y que ningún proveedor o usuario de un sistema interactivo de computación será tratado

como el editor o anunciante de cualquier información provista por otro proveedor de contenido de información (Brizzio, 2010).¹⁹

El precedente “*Reno*” marcó la postura por la que se derogaron artículos de leyes norteamericanas en pos de la libertad de expresión en Internet y afirmó que el gobierno no puede por ningún medio interrumpir esa forma más participativa de discursos desarrollada a través de Internet, por lo que merece la mayor protección ante cualquier intromisión. Estas palabras marcaron la inmunidad para los intermediarios de Internet dispuesta por la Communications Decency Act.

El Título II de la DMCA añade una nueva sección 512 a la Copyright Act, llamada “Online Copyright Infringement Liability Limitation Act” (OCILLA), Acta sobre las Limitaciones y Responsabilidades a la Violación de los Derechos de Autor en Línea. Esta nueva sección fue diseñada para clarificar la responsabilidad de los proveedores de servicios que transmiten material potencialmente infractor en sus redes y el Congreso de los Estados Unidos optó por dejar la ley en su estado actual y creó una serie de puertos seguros que operan respecto a ciertas actividades comunes de los proveedores de servicios. Así, estableció cuatro puertos seguros (*safe harbors*) que permiten a los proveedores de servicios limitar o eximir de su responsabilidad respecto a pretensiones de infracción en materia de copyright. Es importante aclarar que la DMCA se refiere exclusivamente a la violación de los derechos de autor y no a cualquier otro tipo de conducta ilícita realizada por sus usuarios.

A los efectos de beneficiarse de tal protección los proveedores deben cumplir una serie de criterios mínimos:

1. Condiciones de elegibilidad: el interesado debe, de hecho, ser un proveedor de servicio, el cual es definido, en sentido amplio, como “un proveedor de servicios en línea o de acceso a la red, o el operador de las instalaciones de los mismos”. Dicho proveedor debe, asimismo, cumplir con dos requisitos generales para proteger los derechos de los autores, dos deberes positivos:

19. B. C., “El rol de los actores en Internet como determinante de la responsabilidad - Segunda parte”, *Infojus*: DACF100068 2010 [Consultado: 14/3/2015] Disponible en web: [www.microjuris.com MJ-DOC-4228-AR/MJD4228](http://www.microjuris.com/MJ-DOC-4228-AR/MJD4228).

a) “adoptar y aplicar una política razonable” de terminación de cuentas de los suscriptores que son infractores repetidos o reincidentes de derechos de autor y

b) *debe abstenerse y no interferir con “medidas técnicas estándar”*, es decir, las medidas de protección tecnológicas que son las utilizadas por los titulares de derechos de autor para identificar o proteger sus trabajos.

2. Hipótesis de exención: son los denominados cuatro puertos seguros o *safe harbors*.

a) *Comunicaciones transitorias*: la limitación de responsabilidad se aplica únicamente en aquellos casos en que el ISP transmita los datos desde un punto a otro a requisición de otra persona, cubre todos los servicios necesarios para la transmisión y la provisión de acceso a la Red. Los requisitos que debe cumplir para beneficiarse de esta exención son:

i) no debe haber iniciado la transmisión;

ii) el procedimiento de transmisión debe ser automático;

iii) no debe seleccionar los receptores de dicho material ni mantener en su sistema copia de ese material más allá de lo razonable para cursar la comunicación, y

iv) el proveedor no debe seleccionar o modificar de alguna manera el material enviado.

b) *Almacenamiento en memoria caché*: en este caso, para gozar del beneficio es necesario:

i) que el material no haya sido modificado;

ii) que el proveedor actualice los contenidos que conserva en su memoria caché;

iii) que no interfiera en las medidas que permiten al titular del sitio obtener información sobre quienes acceden a sus contenidos;

iv) que mantenga las condiciones de acceso, y

v) es obligación del proveedor retirar o hacer inaccesibles aquellos materiales que hayan sido puestos sin autorización de su titular, debiendo remover o hacer inaccesible el material siempre que sea notificado inmediatamente.

c) *Alojamiento*: para beneficiarse con esta causal de exención el Título II exige que el ISP:

i) no tenga conocimiento que la actividad o el material disponible en su sistema infringe derechos de autor;

ii) no sea consciente de hechos o circunstancias de las cuales la actividad infractora es aparente, o que la actividad infractora sea evidente y que, obteniéndolo,

iii) actúe expeditamente para removerlo o hacerlo inaccesible. La ausencia de conocimiento, por parte del ISP, acerca de la ilicitud de la información almacenada se entiende como *actual knowledge*, puede ser por aviso del titular del derecho de autor, y *awareness*: siendo conocido este último como el *red-flag-test*: la ilicitud debe ser aparente y el *onus probandi* recae sobre el ISP quien deberá demostrar que no tenía conocimiento de la infracción. La simple existencia de circunstancias sospechosas de que ocurre un ilícito no es suficiente para responsabilizar al ISP. De esta manera se refuerza el principio de que el ISP no tiene obligación de supervisar ni controlar las páginas y acciones de sus usuarios, ni siquiera cuando existan circunstancias sospechosas y,

iv) no reciba un beneficio económico directamente atribuible a la actividad ilícita, siempre y cuando el proveedor tenga el derecho y la capacidad de controlar dicha actividad. Sin embargo, no siempre es fácil determinar la calificación de un beneficio financiero directo. Un ejemplo del beneficio económico directo de la actividad infractora fue el caso Napster. En “A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.”, el tribunal sostuvo que el material con derechos de autor en el sistema Napster creó un “sorteo” para los clientes que se tradujo en un beneficio económico directo, ya que sus futuros ingresos dependían directamente del aumento de la base de usuarios. En cambio, en *Ellison v. Robertson*, el tribunal sostuvo que AOL no recibió dicho beneficio ya que el usuario almacenó material infractor en su servidor pero no atrajo nuevos suscriptores;

v) frente a una notificación de vulneración de derechos de autor debe responder expeditamente removiendo o haciendo inaccesible los contenidos que violan derechos de autor.

El puerto seguro en mención, además, dispone de un detallado esquema de notificación que requiere a los proveedores de servicios designar un agente para recibir comunicaciones de supuestas infracciones, y especifica los componentes de una adecuada notificación a tal agente; notificación que es comúnmente conocida como *takedown notice* o *notice & take down* (notificación y deshabilitación).

El proceso está minuciosamente reglamentado: quien considere que sus derechos de propiedad intelectual han sido violados a través de los servicios

del ISP debe notificar a este a través de una comunicación escrita al delegado designado que contenga:

i) la firma de la persona autorizada para actuar a nombre del titular de los derechos de autor supuestamente infringidos;

ii) la identificación del material protegido por derechos de autor que fue infringido o una lista representativa de ellos si existe una multiplicidad en el mismo sitio;

iii) identificación suficiente del material e información para que el ISP lo pueda detectar;

iv) información de contacto de quien formula el reclamo;

v) su declaración de buena fe en el reclamo y,

vi) una declaración sobre la exactitud de la información contenida en la notificación y del hecho que quien realiza la notificación representa al titular de los datos. No cumpliéndose con estos requisitos, la regla general es que se considerará que el ISP no tuvo conocimiento de la infracción. Una vez notificada la infracción y cumplidos los requisitos anteriores surge la obligación para el ISP de remover o hacer inaccesibles los contenidos, con lo cual el proveedor no podrá ser, por regla general, responsabilizado por la remoción o inaccesibilidad del material y se establece un sistema análogo de contra-notificaciones a través del cual el suscriptor del ISP puede oponerse a las pretensiones del titular de derechos de propiedad intelectual.

Este proceso es ventajoso para los ISP porque les permite evitar decisiones acerca de la ilegalidad o no del material, es decir, si se está o no infringiendo los derechos de autor, decisiones un tanto complejas, porque es difícil determinar si ha expirado el copyright sobre un material ya que puede no tener acceso a una completa información como la fecha de publicación, o porque el material con derechos de autor, incluso se puede utilizar en algunos casos bajo la doctrina de uso justo, *fair use*.

En consecuencia, en lugar de hacer una determinación legal compleja, la Sección 512 permite a los ISP evitar la responsabilidad cumpliendo con los términos de la ley, independientemente de la validez de cualquier reclamo.

c) *Herramientas para la localización de información*: contempla la exención en el caso de los motores de búsqueda. En esta exención quedan comprendidos los hipervínculos, los directorios en línea, los motores de búsqueda y otras herramientas de búsqueda semejantes. Las condiciones para que opere la exención son las mismas que en el caso anterior.

3. Deber de Vigilancia: la sección no exige un deber de vigilancia como requisito para beneficiarse de las exenciones de puerto seguro y es porque se establece la protección de la privacidad de los usuarios, indicándose que el proveedor no estará obligado a monitorear sus servicios o a buscar hechos que indiquen la actividad infractora. Una excepción es el hecho de que el proveedor puede verse obligado a asumir un deber de monitorear sus servicios en caso que existan medidas estándares técnicas que protejan los derechos de autor a las cuales el proveedor deba poner atención.

En principio, el simple incumplimiento de alguna de estas condiciones impide al ISP beneficiarse de la exención, pero no necesariamente le asigna responsabilidad por la infracción. El régimen de *safe harbors* sólo sirve como un primer “filtro”: la responsabilidad de cada ISP se establecerá de acuerdo con las reglas generales de responsabilidad: la responsabilidad directa, *direct liability*, es la que le corresponde al usuario por subir material ilegal; la responsabilidad vicaria, *vicarious liability*, siempre que se cumplan dos requisitos: que el demandado tenga el derecho y capacidad de controlar los actos del infractor y que reciba beneficio económico directo de la infracción y la responsabilidad; y la contributiva, *contributory liability*, conocimiento de la actividad infractora.²⁰

Debido a la fuerte presión de las industrias de la cultura en el Congreso norteamericano, el 20 de enero de 2012 la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, instaron a Estados Unidos a proteger enérgicamente la libertad de expresión en Internet. Los relatores especiales recordaron que las leyes que regulan Internet deben tener en cuenta sus características especiales como herramienta única de transformación, que permite a miles de millones de personas ejercer su derecho a la libertad de pensamiento y expresión, además de otros derechos humanos. Los relatores especiales han observado atentamente los debates relativos a los dos proyectos de ley sobre piratería en Internet que estaban siendo tratados en el Congreso de Estados Unidos: la Ley contra la Piratería en Línea (Stop Online Piracy Act, SOPA), la Ley de Protección de la Propiedad Intelectual (Protect IP Act, PIPA) y

20. U.S., The Digital Millennium Copyright Act of 1998, U.S., Copyright Office Summary, December 1998, 1 Pub. L., N° 105-304, 112 Stat. 2860.Oct. 28, 1998.

tratados internacionales como el Acuerdo Comercial Anti-Falsificación (Anti-Counterfeiting Trade Agreement, ACTA). No obstante el objeto legítimo de procurar proteger los derechos de propiedad intelectual, existen serias preocupaciones con respecto a su impacto sobre el derecho a la libertad de expresión, en especial al crear un procedimiento extrajudicial de “notificación y rescisión”, al exigir a los sitios Web que controlen el contenido generado por sus usuarios, para identificar violaciones de los derechos de autor, y al permitir que la totalidad de un sitio Web pueda verse afectada aun cuando solo una pequeña proporción de sus contenidos se consideren ilícitos.

B. Unión Europea

La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, Directiva sobre el Comercio Electrónico, DCE Esta directiva fue implementada en varios países europeos: en España, por la Ley 34/2002, de 11 de Julio 2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, modificada por la Ley 32/2003, Ley General de Telecomunicaciones del 3 de Noviembre del 2003 , en Austria por la Ley 152/2001 de 21 Diciembre 2001, en Bélgica por las Leyes de 11 de marzo de 2003, en Dinamarca por la Ley 227/2002 de 22 abril 2002, en Finlandia por la Ley 458/2002 de 5 junio 2002, en Francia por la Ley 719/2000 de 1 agosto 2000 y por la Ley 575/2004 de 21 junio 2004, en Grecia por el Decreto 131/2003 de 16 mayo 2003, en Islandia por la Ley 30/2002 de 16 abril 2002, en Irlanda por el Reglamento 68/2003 de 24 febrero 2003, en Italia por el Decreto 70/2003 de 9 abril 2003, en Luxemburgo por la Ley de 14 agosto 2000 sobre comercio electrónico que se modifica el Código Civil, el nuevo código de procedimiento civil, el código comercial, código penal, en Noruega por la Ley Nº 35 de 23 mayo 2003 sobre Determinados Aspectos del Comercio Electrónico y otros Servicios de la Información, en Portugal por el Decreto 7/2004 de 7 enero 2004, en Suecia por la Ley de 6 junio 2002, en el Reino Unido por el Reglamento 2013/2002 de 21 agosto 2002 y en Holanda por la Ley de 13 de mayo 2004 que completa la Ley de Derecho

de Autor de 1912 por una ampliación de la responsabilidad para el vendedor sobre una copia privada.²¹

En primer lugar, y a diferencia de la DMCA que sólo exige de responsabilidad a los ISP por las infracciones contra la propiedad intelectual, la Directiva sobre el Comercio Electrónico los exige de responsabilidad por cualquier tipo de infracciones. El motivo se fundamenta, en el considerando 40, en que la divergencia normativa y jurisprudencial nacional podría “entorpecer el correcto funcionamiento del mercado interior al obstaculizar el desarrollo de servicios transfronterizos y producir distorsiones de la competencia [...] Lo dispuesto en la presente Directiva deberá constituir una base adecuada para elaborar mecanismos rápidos y fiables que permitan retirar información ilícita y hacer que sea imposible acceder a ella ...” (DCE, 2000: 6).²²

En términos generales, la Directiva no establece una regulación general de la responsabilidad de los prestadores intermedios, sin embargo, uno de sus objetivos principales ha sido el de establecer un sistema de exenciones de responsabilidad para la prestación de servicios de intermediación en Internet. Respecto de la responsabilidad de los ISPs este cometido se encuentra regulado en su sección 4, entre los artículos 12 y 15.

Peguera Poch (2007) afirma que la exención establecida en la Directiva 2000/31/CE se funda en que el prestador del servicio intermediario no es parte ni en la creación ni en la decisión de transmitir o de hacer accesibles los contenidos ilícitos, fue un tercero quien lo ha hecho, lo que significa que los contenidos que un ISP almacena o transmite no son propios sino que son contenidos ajenos, resultando esencial desde la perspectiva de la exención de responsabilidad. Además, es técnicamente imposible, o bien excesivamente costoso, supervisar todo lo que circula por sus redes o se aloja en sus servidores; normalmente ni siquiera tiene conocimiento de los contenidos concretos, y aún menos de su carácter ilícito. En consecuencia, cuando el

21. X. P. R., “La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios”, *IDP*, 2006, N°2, Universitat Oberta de Catalunya España.

22. U. E., Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el Comercio Electrónico) 08/06/2000, *Official Journal of the European Communities*, OJ L 178, 17.7.2000, pp. 1-16.

prestador de servicios coloca en la red o transmite contenidos propios, la exención de responsabilidad pierde su razón de ser.²³

El legislador europeo distingue tres puertos seguros (*safe harbors*) a diferencia del norteamericano, que regula cuatro: de mera transmisión (*mere conduit*), de almacenamiento automático, provisional y temporal denominado memoria tampón (*caching*) y de alojamiento de datos (*hosting*), en los que la responsabilidad del ISP puede quedar exenta cuando se cumplan con las condiciones específicas que se establecen para cada uno de ellos.

1. Mera transmisión (*mere conduit*): en este caso opera una exención de carácter objetivo ya que el artículo 12 dispone que si el servicio consiste en transmitir en una red de comunicaciones, los datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, el prestador de servicios de este tipo no será responsable de los datos transmitidos, siempre que:

- a) no haya originado él mismo la transmisión;
- b) no seleccione al destinatario de la transmisión, y
- c) no seleccione ni modifique los datos transmitidos.

Respecto del primer requisito lo que se exige es que la decisión de iniciar la transmisión de los datos haya sido exclusivamente del destinatario del servicio.

Por otra parte, la exención opera únicamente si la transmisión fue pasiva y automática, por lo mismo la selección del destinatario, de la transmisión y los datos transmitidos debe haber sido realizada por el suscriptor y el prestador no debe haber modificado los datos.

No obstante lo anterior, al final del artículo establece que nada se opone a que un tribunal o autoridad administrativa le ordene que cese dicha transmisión para poner fin a una infracción o que la impida y en caso que no lo haga será responsable por los daños que genere.

2. Almacenamiento automático, provisional y temporal (memoria tampón, *caching*): a diferencia del anterior, en este caso la exención es de carácter subjetivo al exigir, en el artículo 14, un cierto deber de diligencia por parte del ISP cuando su servicio consista en el almacenamiento automático, provisional y temporal de datos facilitados por el destinatario del servicio,

23. P. P. M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Granada, Comares, 2007. ISBN: 978-84-9836-272-5.

realizado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la misma a otros destinatarios del servicio, a petición de estos, siempre que cumpla con las siguientes condiciones:

- a) no modificar la información;
- b) cumplir las condiciones de acceso a la información;
- c) cumplir con las normas relativas a la actualización de la información para que las copias mantenidas en la memoria caché exhiban la misma información que el documento alojado en el sitio Web original;
- d) no interferir en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector, y
- e) actuar con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso sea imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

En último lugar, como en el caso anterior, un tribunal o una autoridad administrativa podrán exigir al proveedor poner fin a una infracción o impedirla.

3. Alojamiento de datos, *hosting*: exención establecida en el artículo 14 y, como la anterior, de carácter subjetivo, y se produce cuando la función del ISP consiste en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio. La descripción de la actividad no es precisa; en este sentido, no se advierte si es necesario que los datos sean accesibles al público o basta con su almacenamiento, sin embargo, parece necesario distinguir si el prestador ejerce alguna actividad editorial respecto de los contenidos. En este último caso resulta claro que la exención tampoco lo alcanza. Las condiciones son:

a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo que la actividad o la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o que,

b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible. En este supuesto no define el término conocimiento efectivo, es decir, si debe saber que parte de los contenidos que aloja violan derechos de autor o si es suficiente que alguien alegue que parte de sus contenidos violan derechos de autor; además permanece en silencio sobre en quién recae la carga de la prueba de tales extremos.

Además distingue implícitamente, entre responsabilidad en general, por un lado, y responsabilidad en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, por otro, y las sujeta a un diferente nivel de conocimiento. La vaguedad y falta de concreción jurídica de este artículo deja amplio margen a los Estados miembros al interpretar para qué tipo de responsabilidad se exige la ausencia de conocimiento.

Aun, concurriendo los dos requisitos, la exención no operará en los casos en que el destinatario actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicio y dicha exención no obsta, como en los casos anteriores, a la intervención de un tribunal o una autoridad administrativa exigiendo al ISP poner fin a una infracción o impedirlo.

En síntesis, un ISP podrá beneficiarse de las exenciones de mera transmisión y de memoria tampón cuando su participación sea de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, de manera que el ISP no tenga ni conocimiento ni control sobre la información transmitida o almacenada, que no modifique la información transmitida, que no interfiera con los mecanismos establecidos en origen, y, en el caso del *caching*, que actúe con prontitud para retirar los datos o impedir su acceso.

El artículo 15 libera al ISP del deber de supervisar los contenidos y realizar búsquedas activas de ilícitos en el uso de sus servicios. Sin embargo, este artículo se entiende como que el Estado puede fijar al ISP un deber de supervisión específico y, además, puede exigirle un cierto deber de diligencia general en la prevención y detección de determinados tipos de actividades ilegales.

A diferencia de la DMCA, la DCE no contiene: ningún *safe harbor* para motores de búsqueda y enlaces, ningún proceso de aviso y retirada, *notice and takedown* y tampoco una disposición sobre la posibilidad de ordenar al ISP que comunique al titular de los derechos infringidos la información relativa al supuesto infractor. En lugar de una regulación expresa de un proceso de detección y retirada, la DCE optó por encargar a los Estados miembros y a la Comisión, conforme al artículo 16, que fomenten la elaboración de códigos de conducta a nivel comunitario, a través de asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales o de consumidores.

En cuanto a la responsabilidad de los motores de búsqueda e *hyperlinks*, al no ser regulado por la Directiva Europea, varios legisladores nacionales establecieron alguna referencia al tema pero de manera poco uniforme. Así, por ejemplo, la Ley de España y de Portugal introduce una

cuarta exención específica para motores de búsqueda e *hyperlinks*, similar a la DMCA norteamericana. En España, la Ley N°34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE) en sus artículos 13 a 17 exime de responsabilidad a los Operadores de Redes y Proveedores de Acceso por las informaciones transmitidas a menos que ellos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado estos o a los destinatarios de dichos datos, disponiendo también que las actividades de transmisión y provisión de acceso incluyen el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos, siempre que sirva exclusivamente para permitir su transmisión por la red de telecomunicaciones y su duración no supere el tiempo razonable necesario para ello.

El 4 de noviembre de 2014, en España, comenzó a regir la Ley 21/2014 por la cual se modificó el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y el Real Decreto N°1889/2011 relativo al funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual. El objetivo básico de la misma fue dotar, en el nuevo artículo 158 ter. de la ley de propiedad intelectual, a la Comisión de Propiedad Intelectual de mecanismos más eficaces frente a las vulneraciones cometidas por prestadores de servicios de la sociedad de la información que no cumplieran voluntariamente con los requerimientos de retirada dirigidos por aquella incluyendo la posibilidad de solicitar la colaboración de intermediarios de pagos electrónicos y de publicidad y además de la posibilidad de bloqueo técnico, motivada adecuadamente en consideración de su proporcionalidad Asimismo, se prevé que, en caso de incumplimiento reiterado de los requerimientos de retirada, los prestadores que vulneren derechos de propiedad intelectual serán sancionados administrativamente. A estos efectos, se prevé que **será responsable como infractor** quien induzca dolosamente la conducta infractora; quien coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y quien, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor En concreto, en el extenso artículo 158 ter. sobre la **función de salvaguarda de los derechos en el entorno digital**, se establece que la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual ejercerá las funciones de protección de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información a través de un procedimiento cuyo objeto será el restablecimiento de la legalidad. Este procedimiento de restablecimiento de la legalidad se iniciará

de oficio y se dirigirá contra: los prestadores de servicios de la sociedad de la información que vulneren derechos de propiedad intelectual y, facilitando la descripción o la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrezcan sin autorización, desarrollando a tal efecto una labor activa y no neutral, y que no se limiten a actividades de mera intermediación técnica.

Por su parte, Hungría optó por introducir una exención para motores de búsqueda, pero no para los *hiperlinks*. También Austria y Liechtenstein han introducido exenciones específicas pero sujetándolas a condiciones distintas: la exención de responsabilidad por motores de búsqueda queda sujeta a las mismas condiciones establecidas, en el artículo 12 de la DCE, es decir la Directiva Europea comentada, para la exención por mera transmisión y la exención de responsabilidad por los *hiperlinks* queda sujeta a las condiciones del *hosting* previstas en el artículo 14 de la DCE.

En Francia, en cambio, tal responsabilidad no fue tratada por el legislador, sino por el *Forum des Droits sur Internet*, una organización compuesta por la industria y usuarios, concluyendo que quien introduce un enlace a un contenido infractor sólo puede ser declarado responsable penalmente si se demuestra que tenía la intención de cometer una infracción o de participar en la misma y sólo civilmente, es decir, indemnización por daños y perjuicios, cuando su actuación carezca de la mínima prudencia debida. En cuanto a la jurisprudencia, en el caso *SACEM vs. VR & VR*, del 24 de octubre de 2000, el Tribunal resolvió que, si bien el operador de una página Web que contenía enlaces a ficheros mp3 ilícitos fue declarado responsable por tal infracción, no se dijo nada respecto a la responsabilidad del ISP que alojaba esa página. En cambio, *voilà.fr* no fue declarado responsable por los enlaces resultantes de las búsquedas efectuadas por sus usuarios a través del motor de búsqueda de *voilà.fr* a una página Web que contenía fotos ilícitas de un cantante, en el caso *Lorie vs. Wanadoo*, el 12 de mayo de 2003.

En otros países, la jurisprudencia se ha adelantado al legislador, con soluciones también dispares. En materia de enlaces, las soluciones jurisprudenciales adoptaron los criterios recogidos en la exención por *hosting*, como por ejemplo en Bélgica, en el caso *IFPI Belgium vs. SA Belgacom Skynet*, del 2 de noviembre de 1999; Belgacom Skynet fue declarado responsable por el alojamiento de páginas Web que contenían enlaces a ficheros de mp3 ilícitos, argumentando que el ISP debería tener conocimiento del carácter ilícito de tales enlaces y los debería haber deshabilitado diligentemente. En Holanda, en el caso *Deutsche Band vs. Indymedia*, el Tribunal de Distrito

de Ámsterdam el 20 de junio de 2002 obligó al operador de una página Web que contenía enlaces a escritos de grupos, que eran constitutivos de delito, a deshabilitar tales enlaces, aplicándole las mismas reglas y condiciones previstas para la exención por *hosting*.²⁴

En Alemania, un Tribunal de Munich cuestionó la responsabilidad del proveedor de acceso CompuServe mediante resolución de 28 de mayo de 1998 y obligó al demandado a cerrar el acceso a foros pornográficos cuyas imágenes y textos infringían los artículos del Código Penal alemán que reprimían la difusión de algunas formas de pornografía, pederastia en particular. No pudiendo técnicamente limitar la medida a Alemania, la medida de prohibición tuvo como efecto bloquear temporalmente el acceso de todos los lugares a los cuales CompuServe daba acceso en el mundo entero.

La “Multimedia Act” dictada en Alemania en el año 1997, establece diferentes tipos de responsabilidades según sea la clase de Proveedor de Servicio de Internet, distinguiendo tres tipos de proveedores: *Information Providers*, *Hosting Providers* y *Access Providers*. Con relación al primero, dispone la plena responsabilidad por los contenidos que incorpora al sitio; mientras que con relación a los *Access Providers* y *Hosting Service Providers* determina que son responsables sólo si tienen conocimiento de los contenidos y teniendo en cuenta si tomaron las medidas técnicas adecuadas frente a tal conocimiento.

Recientemente el Tribunal Supremo de Alemania, en agosto de 2013, y adoptando una postura más controladora y exigente, confirmó las sentencias dictadas en las dos instancias anteriores, en virtud de las cuales el sitio Web RapidShare tenía la obligación de vigilar en forma activa los enlaces a material protegido por derechos de autor que publicaran otros sitios Web y, en su caso, bloquear los contenidos infractores que alojaran. Como resultado, la compañía suiza de hosting se convirtió en el primer proveedor de cloud hosting requerido por la ley para vigilar sitios Web externos para los enlaces entrantes a archivos infractores. Además, los usuarios del servicio de alojamiento de archivos ahora se enfrentan a la posibilidad de que el compartir archivos anónimamente a través del servicio sea anulado en el futuro. Durante los últimos años RapidShare ha hecho enormes esfuerzos para cooperar con los titulares de los derechos de autor

24. *Op. cit.* en Nota 20.

y limitar dichas infracciones; por esa actitud, en sentencias anteriores fue absuelto y lo declararon no responsable de piratería, además de que el sitio es utilizado para compartir archivos legales.

No obstante, el tribunal aclaró que RapidShare no tiene obligación de monitorear proactivamente los archivos cargados por los usuarios. Su deber consiste en monitorear los sitios externos que enlacen a archivos con derechos de autor en RapidShare, y asegurar que estos archivos se vuelvan inaccesibles para el público y en caso que tales medidas no resulten ser eficaces, el sitio de alojamiento de archivos debe limitar la posibilidad de las personas a utilizar el sitio de forma anónima es decir que la organización no tiene la obligación de asumir el pleno control de su conducta de modo activo, lo que implica la toma de iniciativa en el desarrollo de acciones creativas y audaces para generar mejoras, no significa asumir la responsabilidad de hacer que las cosas sucedan.²⁵

Otro caso que mereció nuestra atención fue el resuelto en Bérghamo, Italia, mediante Decreto del 1 de agosto de 2008. La jueza Raffaella Mascarino dispuso un secuestro preventivo en el territorio del Estado italiano disponiendo, tanto para los prestatarios de servicios de Internet como para los operadores de la Red, la prohibición a los respectivos usuarios del acceso a la dirección www.thepiratebay.org, a los relativos alias y a los nombres de dominio presentes y futuros. La acusación se dirigió contra la acción de los ISP que, según el magistrado, estarían facilitando que los usuarios registrados en el sitio intercambiaran, con comodidad, copias íntegras o parciales de obras diversas protegidas con el derecho de propiedad intelectual. Los titulares de los ISP estarían lucrando con los ingresos de las publicidades pagas insertas sobre el sitio, como también con una tarifa aplicada a los usuarios que accedían al sitio en contravención a las políticas de utilización prescritas de los administradores.²⁶

Por el contrario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el procedimiento entre Scarlet Extended SA y la Société Belge des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs SCRL, SABAM resolvió que era ilegal que un juez ordenara a una operadora de telecomunicaciones realizar una supervisión

25. "Rapidshare, obligado en Alemania a convertirse en Policía de Internet", *El Mundo*, España, 21/8/2013.

26. *Op. cit.*, en Nota 18.

general de los datos que transmitía en su red para evitar descargas ilegales de archivos protegidos por derechos de autor. La sentencia aseguró que el establecimiento de este tipo de sistema de filtrado vulneraba los derechos fundamentales de los clientes, como la protección de datos o la libertad de recibir y comunicar informaciones, y también infringía la libertad de empresa. La petición fue presentada por la negativa de Scarlet Extended a establecer un sistema de filtrado de las comunicaciones electrónicas mediante programas de intercambio de archivos, *peer to peer*, con el fin de evitar que los mismos vulneren los derechos de autor. En síntesis, el Tribunal Europeo consideró que se debía respetar, en particular, el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2000/31, que prohíbe a las autoridades nacionales adoptar medidas que obliguen a un ISP a proceder a una supervisión general de los datos que transmita en su red y a una supervisión activa del conjunto de datos de cada uno de sus clientes con el fin de evitar cualquier futura lesión de los derechos de propiedad intelectual. La protección de ese derecho fundamental debía ponderarse con respecto a la protección de otros derechos fundamentales, garantizando un justo equilibrio entre la protección de ese derecho y los de las personas afectadas por tales medidas ya que el sistema de filtrado litigioso también podría vulnerar los derechos fundamentales de los clientes de ese ISP, a saber, su derecho a la protección de datos de carácter personal y su libertad de recibir o comunicar informaciones, a riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito (Molina Quiroga, 2012).²⁷

C. Canadá

Una nueva ley sobre derechos de autor en Internet entró en vigencia el 2 de enero de 2015 después de varios años de debates públicos y privados. La ley introdujo grandes mejoras en términos de uso justo, del intercambio no comercial de archivos, y también adopta la política de notificación y aviso, *notice and notice*. Este esquema de aviso crea un puerto seguro para los

27. M. Q. E., "Internet, libertad de expresión y viabilidad de su regulación. Tercera Parte", *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones, Internet y Medios Audiovisuales*, 7/11/2012 IJ-LX-VI-583.

proveedores de Internet que los protege de las demandas de los titulares del copyright y para los suscriptores, los efectos se limitan a las advertencias sin llegar al bloqueo de la conexión a la Red que otros países han implementado.

Las empresas canadienses que ofrecen servicio de Internet están obligadas a dar aviso a sus clientes que están infringiendo la ley de derechos de autor al usar archivos bittorrent o bajando música de sitios no autorizados, de lo contrario serán pasibles de multas.

D. Australia

En Australia se reconoció la importancia que el caso *Roadshow Films Pty Ltd v iiNet Limited* del 16 de abril de 2012 revestía, no solo en razón de su atención mediática derivada de un precedente que confrontó a la industria del entretenimiento cinematográfico contra el segundo Proveedor de Servicios de Internet más grande de Australia, sino además, por ser considerado como un modelo para la aplicación de las disposiciones de puertos seguros de la ley australiana de copyright. Dicho caso enfrentó a 30 estudios de televisión y cinematográficos, incluyendo Village Roadshow, Universal Pictures, Warner Bros, Paramount Pictures, Sony Pictures Entertainment, 20th Century Fox y Disney, quienes enviaron sendas cartas a iiNet, cada semana hasta el mes de agosto de 2009, alegando infracciones a los copyrights de los Estudios cometidas por sus clientes por el uso del sistema de BitTorrent, las que involucraban la comunicación al público de copias no autorizadas de películas y programas de televisión compartidos con otros usuarios de Internet a través del sistema BitTorrent y llegaron a afirmar que el hecho de no evitar las supuestas infracciones que se cometieron podía llegar a constituir una autorización de violación de copyright por iiNet. No obstante las denuncias de infracciones al copyright contenidas en los avisos enviados, iiNet no suspendió y mucho menos canceló alguna cuenta de sus clientes. Otro dato relevante fue que, en el período comprendido entre 2008 y 2009, iiNet tenía aproximadamente 490.000 clientes, y era el tercer ISP más grande de Australia.

En cuanto a los fundamentos legales, el problema jurídico del caso redundaba, principalmente, en determinar si iiNet, al no haber adoptado ninguna medida para detener las conductas ilícitas autorizó la infracción al copyright por parte de sus usuarios.

La Sección 101(1A), la cual fue parte de un grupo de enmiendas hechas por el *Copyright Amendment, Digital Agenda, Act 2000* a la Ley del Copyright de Australia dispone que los tribunales deberán tener en cuenta, entre otros, los siguientes asuntos:

1. La extensión del poder de la persona para evitar el acto en cuestión.
2. La naturaleza de cualquier relación existente entre la persona, quién pudo haber autorizado, y las que cometieron los actos en cuestión.
3. Si se adoptó cualquier medida razonable para evitar o prevenir la ocurrencia del acto, incluyendo si se cumplió con algún código de práctica de la industria.

El referido marco legal fue adherido a las Secciones 116AA a 116AJ, conocidas como las disposiciones relativas a los puertos seguros que fueron introducidos por la Ley de Implementación, 2004, del Acuerdo Comercial de Libre Comercio con los Estados Unidos, con el propósito de limitar los recursos disponibles en contra de los proveedores de servicios por infracciones de copyright en relación con sus actividades, a saber: proveer acceso a Internet, servicios de almacenamiento, almacenamiento en caché y herramientas de búsqueda en línea.

Otra disposición relevante en el caso reseñado establece que una persona que ofrece servicios para preparar una comunicación no será considerada como que autorizó una infracción al copyright, simplemente porque otra persona utiliza sus servicios ilegalmente en infracción al mismo.

En consecuencia, la Corte de Australia tuvo en cuenta que la sección 101(1A) de la Ley de Copyright requiere que el supuesto infractor indirecto tenga un poder de prevenir o evitar las infracciones directas y concluyó que iiNet no tuvo un poder directo de prevenir a un cliente de utilizar el sistema BitTorrent para descargar las películas en su ordenador, solamente podía prevenir las infracciones directas de una forma indirecta terminando con la relación contractual. Más aún, consideraron que el iiNet no tenía el poder o capacidad para prevenir o evitar que sus clientes accedieran a Internet a través de otros ISP y, por lo tanto, seguir cometiendo sus infracciones. Los jueces fueron contundentes al sostener que la información contenida en las notificaciones enviadas por los actores no eran lo suficientemente precisas como para esperar que el demandado pudiera adoptar acciones, por ejemplo, a través de su política contra el infractor reincidente. Por el contrario, con tales tipos de notificaciones un ISP, como iiNet, enfrentaría el riesgo de ser responsable de haber injustamente terminado la cuenta de uno de sus

clientes. El suministro de los servicios por parte de un ISP, como iiNet, no equivaldría a una autorización simplemente por el uso que un usuario hace de tales servicios.

Además, la Corte tuvo en cuenta que el sistema de notificación que un proveedor de servicios tiene que establecer a los efectos de cumplir con la adopción de la política contra el infractor reincidente no le impone, *per se*, las obligaciones de monitoreo o de supervisión de sus servicios o redes para efectos de localizar y activamente prevenir, infracciones cometidas por sus usuarios.

En cuanto a las disposiciones de los puertos seguros, la Corte consideró que la ley requiere, principalmente, claridad y precisión en la presentación de avisos de notificación al proveedor de servicios acerca de las infracciones cometidas por sus usuarios a través de sus servicios. Tal claridad y precisión se asoció, indiscutiblemente, con la necesidad de proporcionar al ISP un conocimiento específico, y no abstracto, en relación con sistema utilizado por sus usuarios para infringir el copyright o derecho de autor de terceros.

En ausencia de tal conocimiento específico, no era razonable exigir a un proveedor de servicios llevar a cabo un oneroso, complicado e intenso proceso de revisión, análisis y determinación de denuncias poco claras y precisas que indiquen de una manera abstracta la actividad infractora.

Finalmente, los jueces en cada una de las tres instancias sostuvieron que iiNet no permitió o no autorizó que sus usuarios y/o clientes infringieran copyright de terceros (Castellanos Rubio, 2012).²⁸

E. Brasil

En su reciente ley 12.965, sancionada en abril de 2014, sobre “Marco Civil de Internet”, se establece en el artículo 18 que los proveedores no son responsables civilmente por los daños provenientes de contenidos generados por terceros, lo que armoniza con la inexistencia de una obligación general de monitoreo.

28. C. R. C., “El Caso IINET en Australia. (El Inicio del Precedente Jurisprudencial en Materia de ‘Puertos Seguros’ en Australia, y sus Tendencias Impartidas en la Materia)”, 2012, *ODAI* [Consultado: 14/3/2015] Disponible en web: <http://www.odai.org/archivos/IINET.pdf>.

Entre otros puntos, el Marco Civil obliga a las empresas extranjeras de servicios de Internet a obedecer la legislación local, incluso en los casos en que no estén instaladas en el país. También obliga a los proveedores a respetar la inviolabilidad de las comunicaciones de los usuarios y les prohíbe suministrar a terceras personas o empresas informaciones sobre sus clientes, sin la autorización de estos.

Además, establece el principio de neutralidad, o “isonomía” en la red, que implica que los prestadores de conexión deben garantizar a sus clientes la velocidad contratada, independientemente del contenido al que estos accedan.

La necesidad de crear un sistema de regulación se venía discutiendo desde hacía tiempo en Brasil, aunque tomó fuerza después que los documentos de la Agencia de Seguridad Nacional (NSA), filtrados por el ex analista estadounidense Edward Snowden, indicaran que Estados Unidos espió a la empresa Petrobras y hasta a la misma presidenta Dilma Rousseff.

F. Chile

En el año 2003, Chile suscribió un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos (TLC), que cubre una amplia gama de materias, incluyendo un capítulo específico sobre propiedad intelectual, el que, entre otras obligaciones, requiere la implementación en el derecho interno de Chile de un régimen de limitación de responsabilidad a favor de los prestadores de servicio por la infracción de derechos autorales cometida por sus abonados en línea. Después de tres años de discusión legislativa, en 2010, se aprobó la Ley N°20.435 que modificó la Ley N°17.336 sobre Propiedad Intelectual, que, entre otras reformas, implementó algunos de los compromisos asumidos en materia de observancia de los derechos de autor. La modificación contribuyó a reducir la incertidumbre jurídica al clarificar los casos en los cuales un prestador de servicio de Internet no podrá ser considerado responsable por la infracción de derechos de autor cometida por sus usuarios, lo cual refleja la normativa prevista en la Digital Millennium Copyright Act de los Estados Unidos definiendo el concepto de prestador de servicios de Internet, sobre el cual gira todo el análisis ulterior, las obligaciones generales y especiales a que se encuentra sujeto un prestador de servicios de Internet a fin de obtener la exoneración de responsabilidad, en lo que se suele denominar “puerto seguro” (*safe harbor*) a saber: la comunicación de infracciones, la identificación de usuarios, la notificación

y bajada de contenidos infractores, y la terminación de ciertos servicios provistos a los usuarios, que no difieren en lo sustancial de lo dispuesto por el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y del Digital Millennium Copyright Act explicado anteriormente. Sin embargo, en lo referido a la finalización del servicio, la medida de terminación de cuentas determinadas de infractores reincidentes sólo es aplicable a aquellos usuarios que proveen material protegido, es decir, quienes suben contenido infractor a Internet, y no es aplicable a aquellos usuarios que simplemente navegan por Internet, incluso si descargan contenido infractor. Además, la decisión de finalizar con las cuentas determinadas es una decisión discrecional de tribunales y no de los ISP. De hecho, los tribunales no están obligados a expedir la orden, pues la ley les requiere equilibrar los intereses en competencia, incluso les habilita para adoptar una medida menos gravosa y en ningún caso implica una prohibición absoluta de disponer de Internet por tal usuario. Por un lado, la ley sólo establece la terminación de cuentas determinadas respecto de servicios de alojamiento de contenidos y, en consecuencia, no es procedente la terminación de cuentas que proveen mero acceso a la red. En orden a prevenir el abuso por los titulares de derechos de autor de los mecanismos provistos por la ley, esta se ha encargado de establecer ciertas medidas de resguardo. El mecanismo clave es la intervención judicial, una orden judicial para la terminación de sus servicios y dar de baja material supuestamente infractor. Pero los tribunales no deben expedir dichas órdenes automáticamente, pues, deben cerciorarse de que la respectiva solicitud cumple con todos los prerequisites exigidos en la ley. Así, si un tribunal lo estima apropiado, puede emitir una orden para que se proceda a la identificación de un supuesto infractor, pero también puede denegar la orden. Del mismo modo, al decidir sobre la terminación de ciertos servicios provistos a los usuarios y acerca de la bajada de contenidos, los tribunales también deben equilibrar los intereses en juego. Una medida adicional de resguardo es la adopción de normas específicas en materia de responsabilidad civil y criminal aplicable a quien, a sabiendas, proporcione información falsa relativa a supuestas infracciones a los derechos de autor: deberá indemnizar los daños a toda persona afectada por los perjuicios resultantes de las acciones adoptadas por el prestador de servicios de Internet respectivo sobre la base de tal información (Cerdá Silva, 2014).²⁹

29. C. S. A., "Limitación de Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet

G. Costa Rica y Paraguay

Costa Rica y Paraguay, al firmar Tratados de Libre Comercio con Estados Unidos, han implementado un régimen de limitación de responsabilidad para los prestadores de servicio. La normativa costarricense guarda similitudes con la chilena pero la paraguaya difiere, primero, por cuanto no es el resultado de la implementación de tratado alguno y, segundo, porque ella se refiere a la responsabilidad de prestadores de servicios por contenidos en línea, esto es, tiene efectos generales y no limitados a derechos de autor.

H. Argentina

Nuestro país hasta el momento no cuenta con ley alguna que reglamente la responsabilidad de los proveedores de servicios ni los define; sí hay proyectos en tratamiento por el Congreso. En el ámbito nacional, la ley N°25.690 Proveedores de Internet del 2 de enero de 2003 establece en su artículo 1 la obligación de las empresas ISP de ofrecer software de protección que impida el acceso a sitios específicos al momento de ofrecer los servicios de Internet, y la Ley N°26.032 sobre Servicios de Internet, vigente desde el 16 de junio de 2005, establece que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión.

Justamente, la Constitución de la Nación Argentina garantiza ampliamente la libertad de expresión, y tanto los Convenios Internacionales con jerarquía constitucional suscriptos por Argentina como la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema establecen una prohibición a la censura previa de los contenidos, aun cuando con ellos se cometa un delito, pero el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto, y tiene ciertas restricciones cuando se trata de contenidos ilícitos o prohibidos por la ley. Tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional e internacional han admitido el establecimiento de restricciones sobre el derecho de libertad de expresión. Las restricciones conforme lo dispuesto por el artículo 13 de la Convención

por Infracción a los Derechos de Autor en Línea”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XLII, Valparaíso, Chile, 2014, pp. 121-148.

Americana de Derechos Humanos refieren a los espectáculos públicos que pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia y la admisibilidad de responsabilidad ulterior expresamente fijada por ley para asegurar el respeto a la reputación de los demás o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o morales públicas. En consecuencia, el autor de la incorporación de ese contenido puede resultar responsable con posterioridad al acto, en lo que ha dado en llamarse “responsabilidad ulterior” cuando existan las causales de responsabilidad previamente definidas expresa y taxativamente por la ley, legitimidad de los fines perseguidos al establecerlas y que esas causales de responsabilidad sean necesarias para asegurar los mencionados fines.

Ello es coincidente con el criterio sentado por la “Declaración conjunta sobre la protección de la libertad de expresión e Internet” generada en el seno de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El documento, adoptado el 1 de junio de 2011, por los relatores para la libertad de expresión de las Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos, y representantes de organismos intergubernamentales de Europa y África, amplía lo sentado por la Opinión Consultiva 05/85, y señala las formas en que los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos deberán dar protección al ámbito de libertad que funda Internet, así como los parámetros para el establecimiento de límites y responsabilidad de los actores que participan como intermediarios de Internet. En virtud del mismo, se proclama la aplicación de la libertad de expresión a Internet del mismo modo que a los medios de comunicación, y se establece un triple estándar para la restricción legítima de este medio: “Deberán estar previstas por ley y perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional, y ser necesarias para alcanzar dicha finalidad”. A este control se exige una evaluación de proporcionalidad entre la medida restrictiva adoptada y la ponderación del impacto en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión respecto de los beneficios que la restricción reportaría para la protección de otros intereses. Asimismo, señala que los actores que ofrezcan servicios como acceso, búsquedas o conservación de información no serán responsables por contenidos de terceros, siempre que no intervengan específicamente en dichos contenidos ni se nieguen a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando estén en condiciones de hacerlo. Y en este

marco, caracteriza al bloqueo, filtrado de sitios Web enteros, direcciones IP o protocolos de Internet como medidas extremas que sólo podrían fundarse en materia de delitos internacionales.³⁰

En la Declaración emitida el 1 de junio de 2011, en su apartado 2) sobre Responsabilidad de Intermediarios, se expresa:

“a. Ninguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo (“principio de mera transmisión”). b. Debe considerarse la posibilidad de proteger completamente a otros intermediarios, incluidos los mencionados en el preámbulo, respecto de cualquier responsabilidad por los contenidos generados por terceros en las mismas condiciones establecidas en el párrafo 2 (a). Como mínimo, no se debería exigir a los intermediarios que controlen el contenido generado por usuarios y no deberían estar sujeto a normas extrajudiciales sobre cancelación de contenidos que no ofrezcan suficiente protección para la libertad de expresión como sucede con muchas de las normas sobre “notificación y retirada”.³¹

En Argentina, la causa contra el portal de películas y series Cuevana se caracterizó en principio por el dictado de una medida cautelar que ordenaba el bloqueo de algunas de las páginas disponibles en el sitio Web. En sintonía con la declaración de los Relatores de Libertad de Expresión, la solicitud de una cautelar que bloqueara el acceso al sitio fue denegada, en el año 2013, por la Sala II de la Cámara Federal porteña que confirmó el rechazo a una medida cautelar promovida por la cadena televisiva **HBO Ole Partners**, donde se solicitaba el bloqueo del acceso al sitio Web Cuevana por considerarlo excesivamente amplio y desproporcionado.³²

30. OEA, Declaración conjunta sobre la protección de la libertad de expresión e Internet, Washington, DC, 2011.

31. *Op. cit.*, en Nota 48, apartado 2.

32. “La Justicia rechazó bloquear acceso a Cuevana”, *Infobae*, 6 de febrero de 2013 [Consultado: 14/3/2015]. Disponible en Web: <http://www.infobae.com/2013/02/06/695159-la-justicia-rechazo-bloquear-acceso-cuevana>.

Por otra parte, la Ley N°26.032 fue citada en varios fallos judiciales, por ejemplo, la Sala II de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal en las causas “Macedo, María Isabel”, N°4.235/06, del 18/12/2009 y “Battan, Viviana del Carmen”, N°8.865/09, del 30/06/2010 consideró que para poder juzgar si un sitio de Internet lesiona derechos personalísimos del peticionario, es menester examinar su contenido, recayendo la carga de la prueba sobre quien pretende una restricción por vía cautelar, teniendo en cuenta la protección constitucional que goza la actividad realizada por Google Inc. y por quienes resultan responsables del sitio en cuestión. De igual manera en los casos “Servini de Cubría”, causa N°7.183/08, del 03/06/2009; “Bernstein, Luis Marcelo”, causa N°4.718/09, del 08/06/2010; “Nara, Wanda Solange”, causa N°8.952/09, del 30/11/2010, citados todos en los autos “Dragonetti, Hugo Alberto c. Google Inc. S/medidas cautelares”.³³

No obstante, la jurisprudencia no es uniforme en cuanto a la responsabilidad de los buscadores; los jueces han utilizado diferentes fundamentaciones para comprometer dicha responsabilidad en resonados casos, basándose sintéticamente en lo siguiente:³⁴

1. Los buscadores han diseñado los motores de búsqueda para facilitar el acceso a sitios que de otra manera sería dificultoso llegar y se encuentran en mejores condiciones técnicas para prevenir la generación de daños eventuales, por lo tanto no pueden desligarse de las consecuencias derivadas de sus diseños. En consecuencia, ante un material dañoso, cuya eliminación es reclamada por el sujeto damnificado, el proveedor debe actuar y, de ser técnicamente posible, acoger esa petición, por estar en mejores condiciones técnicas y fácticas de actuar ante la prevención o reparación del daño injusto.
2. Entre el derecho de publicar, la libertad de prensa, amparados por los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional, y los derechos

33. CNACCF, Sala II (Argentina), 12/07/2011, “*Dragonetti Hugo Alberto c/ Google Inc s/ medidas cautelares*”, elDial.com - AF5E7A.

34. CNCCF, Sala III (Argentina), Resolución del 17-6-2008 “*Crivocapich, Priscilia c/ Google Inc y otro s/medidas cautelares*”.

CNCCF, Sala I (Argentina), Resolución del 26-6-2008 “*Cupito, Alejandro Martín c/ Yahoo de Argentina S.R.L. s/ incidente de apelación medida cautelar*” y CNCCF, Sala III (Argentina) 5 de noviembre de 2008. “*De Grazia, Jazmín c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/ medidas cautelares*”. Causa N°3247/06.

personalísimos a la imagen, como un derecho autónomo del derecho al honor o al decoro y a la intimidad existe una clara tensión y, ponderados en el caso “*Da Cunha*”, el derecho personalísimo a la imagen personal prevaleció, teniéndose en consideración que el derecho a la libre expresión debía ejercerse en forma razonable y regular ya que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos conforme al artículo 1071 del Código Civil. De igual manera, nuestro máximo tribunal sostuvo, en reiteradas oportunidades, que si bien en Argentina no existe la censura previa, quien realiza determinadas manifestaciones debe hacerse responsable por los daños que pudiere causar, que su ejercicio puede generar responsabilidad en caso de abuso, como en el renombrado caso “*Ponzetti de Balbín c. La Razón*”, La Ley, 2000 C 1244, es decir, aquel reconocimiento no implica impunidad frente a la responsabilidad por los daños provocados en su ejercicio. En relación a los conflictos con el derecho a ejercer la libre expresión, el famoso caso de *Jujuy digital.com*³⁵ del 28 de junio de 2005, resuelto por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy en virtud de una demanda por la cual los actores reclamaban, a los titulares del sitio Web, una indemnización por daño moral a raíz de comentarios injuriosos que estaban publicados dentro de la sección del “libro de visitas” de dicho sitio Web. Al resolver el caso, el Tribunal entendió que los demandados eran responsables objetivamente conforme lo previsto por el artículo 1113 segundo párrafo del Código Civil con fundamento en que la informática reunía características similares a los de la energía eléctrica a la cual, según el fallo, se le aplicaría el régimen de las cosas regulado por el artículo 2311 del Código Civil, aplicando en consecuencia la responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa. En concordancia con la opinión de Arballo (2005),³⁶ el fallo confunde conceptos porque se refiere al propietario de la página Web como el servidor de Internet cuando este último tiene

35. STJ, Jujuy Sentencia Nro. 53629, junio 28, 2005. “*Sm y Lem de M c. Jujuy Digital y/o Jujuy.com y Omar Lozano (ordinario por daños y perjuicios)*”; ED 11/10/05, N°11.360, Año XLII.

36. A. C., “Imputación de responsabilidad civil al administrador de una página web por expresiones injuriosas contenidas en los foros públicos de su sitio”. Comentario a fallo del STJ de Jujuy, publicado en el diario *El Derecho* del 11 de octubre de 2005. Compilado en *El Derecho*, T 214, pp. 455 a 460.

por única función facilitar al usuario la posibilidad de acceder a la red de computadoras y omite precisar que quien edita una página Web es una persona distinta del servidor, asimilándose este último al que provee el medio técnico de comunicación.

3. Los buscadores son fundamentales para el desarrollo de Internet pero también debe reconocerse su capacidad de producir daño afectando los derechos individuales; la sanción no es a Internet sino a los daños que provoquen algunos modos de su uso.

Parellada (2007) considera que el problema, a la hora de legislar, es que Internet avanza de manera muy rápida, y, cuando se aprueba una ley, la tecnología ya ha cambiado. Por ende, destaca el rol interpretativo del juez, en base al principio de la analogía y el de razonabilidad, estableciendo un balance de los derechos en juego, combinándolos con el interés público, privilegiando el de mayor jerarquía en la búsqueda de la solución más equitativa, por resultar menos gravosa al interés general, y más justa de acuerdo a las particularidades de hecho. Además establece, junto con Cavanillas Mujica, que si la decisión es ser tolerante con los proveedores de hosting, se hace necesario al menos consagrar la obligación de identificar a los almacenantes, pues de lo contrario se vuelve demasiado gravosa la situación de las víctimas de los daños.³⁷

Antes de comentar los proyectos de ley presentados en Argentina sobre la responsabilidad de los ISP, consideramos importante desarrollar brevemente el caso resuelto recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 28 de octubre de 2014, que generó expectativas en el ámbito académico ya que sentó las bases y principios de responsabilidad sobre el tema.

En los autos caratulados “*Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios*”,³⁸ se planteó el grado de responsabilidad de los “motores de búsqueda” de Internet. En el considerando 15 adelanta su decisión al no juzgar la eventual responsabilidad de los “motores de búsqueda” conforme las normas que establecen una responsabilidad objetiva, desinteresada de la idea de culpa; por el contrario le aplica los principios de responsabilidad subjetiva, siendo esta última la tendencia dominante a nivel internacional.

37. P. C., “Responsabilidad por la actividad anónima en Internet”, *La Ley* 06/11/2007.

38. CSJN (Argentina), Sentencia del 28/10/2014, “*Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios*” - R.522. XLIX.

Hay países que tienen legislación específica para regular estos problemas y otros que, a falta de ella, recurren a los principios generales de la responsabilidad civil. En ambos se afirma que los “buscadores” no tienen una obligación general de “monitorear”, supervisar o vigilar los contenidos que se suben a la red provistos por los responsables de cada una de las páginas Web. En consecuencia, en principio, concluye que no son responsables por esos contenidos que no han creado.

En el considerando 16 deduce que a la inexistencia de una obligación general de vigilar le sigue la inexistencia de responsabilidad. Sin embargo, advierte que hay casos en que el buscador puede llegar a responder por un contenido que le es ajeno: y es cuando tuvo *efectivo conocimiento* de la ilicitud de ese contenido, siempre y cuando no sea seguido de un actuar diligente, en ese momento, que la “ajenidad” del buscador desaparece y, de no bloquear el resultado, sería responsable por culpa por aplicación del artículo 1109 del Código Civil.

A los efectos de determinar el *efectivo conocimiento*, en el considerando 18, analiza si es suficiente que el damnificado curse una notificación privada al “buscador” o si, por el contrario, es exigible la comunicación de una autoridad competente.

En ausencia de una regulación legal específica, la Corte sentó una regla para distinguir nítidamente los casos en que el daño es manifiesto y grosero, a diferencia de otros en que es opinable, dudoso o exige un esclarecimiento y realiza una enumeración de contenidos dañosos, como ser: la pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, como también los que importen lesiones contumeliosas al honor, como montajes de imágenes notoriamente falsos.

Por el contrario, en los casos en que el contenido dañoso que importe eventuales lesiones al honor o de otra naturaleza exija un esclarecimiento en sede judicial o administrativa para su efectiva determinación, no puede exigirse al “buscador” que supla la función de la autoridad competente ni menos aún la de los jueces, en estos casos corresponde exigir la notificación judicial o administrativa competente, no bastando la simple comunicación

del particular que se considere perjudicado y menos la de cualquier persona interesada.

Finalmente y teniendo en cuenta todas estas circunstancias, por voto mayoritario, aplicando la doctrina de la *responsabilidad subjetiva*, entendió que el obrar de Google fue diligente toda vez que ante los requerimientos judiciales de la actora, el buscador había dado de baja los resultados que enlazaban al contenido dañoso por lo que no se le podía imputar responsabilidad ni deber de reparación económica ulterior.

Sin embargo, parte de la doctrina no está de acuerdo considerando que la informática es una actividad peligrosa o riesgosa, por lo cual se le aplicaría la responsabilidad objetiva. Afirman que los resultados que el buscador arroja son seleccionados y ordenados en forma automática, de acuerdo a criterios definidos por seres humanos. Siempre existe un obrar humano que ha seleccionado los resultados que aparecen cuando el usuario tipea las palabras en el buscador, recordando el artículo 1757 del Código Civil y Comercial que entrará en vigencia en agosto de 2015.

Proyectos de Ley: Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet: Proyecto Pinedo

El primer intento de regulación legal sobre la materia fue propiciado por el otrora senador Jorge Capitanich, quien en el año 2006 presentó el proyecto de ley de Comercio Electrónico (S-3812/06) el cual regulaba, en el artículo 14, la responsabilidad de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda. El proyecto no trascendió. En igual sentido el proyecto presentado por el Senador Jujéño Guillermo Jeneffes, a mediados de 2009.

En marzo de 2013, el Diputado Federico Pinedo presentó un proyecto de ley ante la Cámara de Diputados de la Nación sobre la Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet, cuyas principales disposiciones son las siguientes:³⁹

1. En el artículo 1 define a los ISP como intermediarios tecnológicos que permiten, entre otras cosas, el acceso, la conexión o la interconexión a redes de datos en entornos de Internet como también la transmisión,

39. H. C. de Diputados de la Nación Argentina, Pinedo, F., *Proyecto de Ley: Responsabilidades de los Proveedores de los Servicios de Internet* N° de Expediente: 1508-D-2013 Trámite Parlamentario: 019 (27/03/2013).

alojamiento, publicación, dirección y búsqueda de contenidos e información. Dicha definición incluye pero no está limitada a:

a) *proveedores de acceso interconexión, transmisión o direccionamiento de datos*: aquellos que operan una red de datos propia o ajena o que proveen servicios de acceso o interconexión a su red u a otras redes;

b) *proveedores de servicios de almacenamiento automático o memoria temporal (caché)*: los que almacenan en sus sistemas los datos provistos o solicitados por los terceros usuarios de forma automática, provisional y temporal, con el fin de hacer más eficaz la transmisión ulterior de dichos datos a otros destinatarios del servicio;

c) *proveedores de servicios de alojamiento de datos*: son aquellos que, por sí o por intermedio de terceros, almacenan datos a requerimiento de terceros usuarios, para su posterior acceso o transmisión a través de redes de datos, y

d) *proveedores de servicios de enlace, búsqueda y directorios de contenidos o información*: son los que brindan servicios de búsqueda, vinculación y/o referencia a contenidos o información de terceros existente dentro de una red de datos, mediante la utilización de diversos recursos tecnológicos como motores de búsqueda o hipervínculos.

2. Asimismo, el contenido es definido como toda información, archivo, dato o mensaje de cualquier naturaleza al que se pueda acceder a través de Internet.

3. En cuanto a la responsabilidad de los ISP por los contenidos generados por terceros, en el artículo 2 establece por regla general que los proveedores de alojamiento de datos y los de almacenamiento automático o memoria temporal (caché), es decir los enumerados en b) y c) del artículo 1, no serán considerados responsables por los mismos; salvo que tuvieran conocimiento efectivo de la ilegalidad según nuestra legislación o que infringe derechos de terceros, y se negaren a eliminarlo o a bloquear su acceso. En este sentido, el proyecto de ley establece que los ISP serán responsables a partir del momento en que sean notificados de la resolución judicial que ordene la remoción o el bloqueo al acceso de determinado contenido.

4. Los proveedores que ofrezcan únicamente servicios de intermediación técnica no serán considerados responsables por contenidos originados por terceros que se difundan a través de estos servicios, siempre que no

originen dichos contenidos, no los alteren y no elijan a los destinatarios. En igual sentido, los proveedores de acceso, transmisión, interconexión o direccionamiento de datos tampoco serán considerados responsables de los datos de terceros por las consecuencias de la transmisión o direccionamiento, siempre que no sean quienes originen el contenido transmitido, no modifiquen o seleccionen los datos y/o los destinatarios de la información. La variación estrictamente técnica del formato de los datos para facilitar tal transmisión como la división de un mensaje en paquetes de datos no se considerará modificación de datos.

5. Los buscadores, es decir proveedores de servicios de enlace, búsqueda, y directorios de contenidos e información, los contemplados en d), sólo serán responsables por contenidos publicados por terceros en los casos en que tengan conocimiento efectivo de que la información indexada **viola normas legales o derechos de terceros**, considerando que tendrán “conocimiento efectivo” cuando sean notificados de alguna medida judicial que ordene bloquear o eliminar un contenido según lo dispuesto en el artículo 3.

6. Fija otro principio, ya consagrado por el artículo 12 de la Directiva Europea 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico, por el cual los ISP serán responsables de la transmisión de contenidos generados por terceros **cuando ellos mismos originen dicha transmisión o cuando modifiquen o seleccionen los contenidos** y/o seleccionen a los destinatarios de la información transmitida.

7. En el artículo 6 establece otro concepto general, similar al previsto en el “Proyecto Jenefes”, en virtud del cual cualquier persona, física o jurídica, puede solicitar a un juez que elimine o bloquee un contenido que lesione derechos o garantías constitucionales. En tal caso **el juez competente podrá ordenar tales extremos verificando la verosimilitud del derecho invocado** y que dicho derecho es objeto de una violación inminente, previa caución juratoria o fianza prestada por el requirente.

8. A su vez, los motores de búsqueda que operen bajo el código país, ccTLD, AR, deberán incluir en sus sitios Web una dirección de correo electrónico destinada a la atención de reclamos de consumidores.

9. El proyecto de ley establece claramente que ningún artículo debe interpretarse como una limitación a la facultad de autorregulación que poseen los ISP en relación a la notificación, remoción, suspensión

o bloqueo de todo contenido sospechado de ser violatorio. Esto será así siempre que la autorregulación no establezca un menor nivel de protección al establecido por el proyecto de ley.

10. Por último, otorga a todo legitimado la posibilidad de iniciar acciones ante el juez competente en su domicilio y a requerirle la adopción de una medida preliminar ordenándole al proveedor de servicios de Internet eliminar o bloquear cualquier contenido violatorio de sus derechos. A tal fin, el actor deberá acreditar que a *prima facie* posee un interés legítimo y el juez podrá dictar la medida *inaudita parte*.

V. Conclusión

La movilidad y el acceso a la información desde diversos lugares en forma simultánea, ubicua y asincrónica constituyen características inseparables de la nueva economía. El fenómeno de interconexión global y permanente generado por Internet y por los servicios que se prestan a través de ella está provocando complejos conflictos de derechos. Por un lado, la protección de los derechos del autor de la obra, retribuir al creador por su esfuerzo, es un principio de justicia y por el otro lado, el público, la sociedad en general que quiere acceder a la cultura que forma parte del patrimonio cultural. Es decir, los conflictos que surgen cuando se protegen los derechos fundamentales de todas las personas. El desafío principal de la ley es encontrar un equilibrio, entre los intereses de los titulares de derechos y los usuarios, promover el acceso y la libertad de intercambios por medio de la Red.

Las normas que se dicten en relación a Internet deben tener en cuenta que la información difundida a través de la misma goza de la protección constitucional a los derechos de libertad de expresión sin censura previa y de prensa, defensa en juicio, intimidad, decoro y honor, reconocidos por todo el bloque de constitucionalidad.

En caso que prosperara la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet en forma masiva e indiscriminada, Internet tendería a desaparecer, porque es imposible para cualquiera de ellos hacerse responsable por todas las cosas dañosas que se digan en la red y por sus eventuales consecuencias económicas; además existe una imposibilidad tecnológica de controlar, por la cantidad, la información que se encuentra en el servidor, siempre y cuando no tenga conocimiento del hecho dañoso, en virtud de una

notificación o reclamo previo del interesado, en tal caso reaparece el deber jurídico de removerlo.

Finalmente, hay que recordar el principio de neutralidad de Internet reconocido en numerosas legislaciones que propone dar a todos los datos que circulan por la Red un tratamiento igual, independientemente de su contenido u origen, garantizando a los usuarios el ejercicio de su derecho de libre acceso a la información.

A lo largo de este trabajo hemos desarrollado los principios de responsabilidad civil, clasificando a los diferentes Proveedores de Servicios de Internet y analizando su responsabilidad en las legislaciones de los países que se refieren al tema y las tendencias doctrinarias y jurisprudenciales actuales.

Ahora resta a nuestros legisladores, en base a los argumentos esgrimidos por nuestros tribunales y las diferentes posiciones doctrinarias, clarificar el tema aportando seguridad jurídica tanto para los usuarios como para los intermediarios de Internet.

Bibliografía

- Altmark, D.; Molina Quiroga, E., *Tratado de Derecho Informático*, Argentina, Tomo I La Ley, 2012.
- Ameal, O., “La responsabilidad civil en la reforma del Código Civil”, Parte 1: Primera Parte. Facultad de Derecho UBA. Grabado en 2012 [Consultado: 13/3/2015]. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/derecho-abierto-clase-Reforma-Codigo-Civil-Ameal-S01.php>
- “La responsabilidad civil en la reforma del Código Civil” Parte 2: Segunda Parte. Facultad de Derecho UBA. Grabado en 2012 [Consultado: 13/3/2015]. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/derecho-abierto-clase-Reforma-Codigo-Civil-Ameal-S02.php>.
- Arballo, C., “Imputación de responsabilidad civil al administrador de una página web por expresiones injuriosas contenidas en los foros públicos de su sitio”. Comentario a fallo del STJ de Jujuy, publicado en el diario *El Derecho* del 11 de octubre de 2005. Compilado en *El Derecho*, T. 214, pp. 455 a 460.
- Brizzio, C., “El rol de los actores en Internet como determinante de la responsabilidad” - Segunda parte. *Infojus*: DACF100068 [Consultado:

- 14/3/2015]. Disponible en web: www.microjuris.com MJ-DOC-4228-AR/MJD4228, 2010.
- Castellanos Rubio, C., *El Caso IINET en Australia* (El Inicio del Precedente Jurisprudencial en Materia de “Puertos Seguros” en Australia, y sus Tendencias Impartidas en la Materia). Observatorio Iberoamericano del Derecho de Autor. ODAI [Consultado: 14/3/2015]. Disponible en web: <http://www.odai.org/archivos/IINET.pdf>, 2012.
- Cerda Silva, A., “Limitación de Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet por Infracción a los Derechos de Autor en Línea”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XLII, Valparaíso, Chile, 2014, pp. 121-148.
- Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde sobre la protección de los menores y de la dignidad humana en los servicios audiovisuales y de información*. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, COM, (96) 483, octubre de 1996.
- Consejo de la Unión Europea, Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el Comercio Electrónico) 08/06/2000, *Official Journal of the European Communities*, OJ L 178, 17.7.2000, pp. 1-16.
- De la Maza Gazmuri, I., “Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet por Infracción a los Derechos de Autor”, en *Temas de Responsabilidad Civil*, Universidad Diego Portales, Chile, 2004.
- Fernández Delpech, H., “La injuria a través de Internet a raíz del fallo JUJUY.COM” [Consultado el 14/3/2015]. Disponible en <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/ARTICULO%20FALLO%20JUJUY.pdf>.
- Kemelmajer de Carlucci, A., “Conferencia: El ambiente en el proyecto de código civil y comercial de 2012”, Escuela de la Magistratura, Salta, 2013. [Consultado el 21/3/2015]. Disponible en: <http://www.escuelamagistratura.gov.ar/uploads/documentos/MA2013/Kemelmajer.pdf>.
- H. C. de Diputados de la Nación (Argentina). Pinedo, F., *Proyecto de Ley: Responsabilidades de los Proveedores de los Servicios de Internet*, N° de Expediente: 1508-D-2013 Trámite Parlamentario: 019 (27/03/2013).
- Lorenzetti, R., *Consumidores*, 2ª Ed., Buenos Aires, Rubinzal Culzoni,

2009, p. 557.

“La Justicia rechazó bloquear acceso a Cuevana”, *Infobae*, 6 de febrero de 2013 [Consulta: 15/3/2015]. Disponible en Web: <http://www.infobae.com/2013/02/06/695159-la-justicia-rechazo-bloquear-acceso-cuevana>.

Molina Quiroga, E., “Internet, libertad de expresión y viabilidad de su regulación. Tercera Parte”, *Revista de Derecho de las Telecomunicaciones, Internet y Medios Audiovisuales*, 7/11/2012 IJ-LXVI-583.

Negroponte, N., *Being Digital*. Londres, Coronet, 1996.

OEA, Declaración conjunta sobre la protección de la libertad de expresión e Internet, Washington, DC, 2011.

Parellada, C., “Responsabilidad por la actividad anónima en Internet”, *La Ley*, 06/11/2007.

Peguera Poch, M., *La exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet*, Granada, Comares, 2007 ISBN: 978-84-9836-272-5.

“Rapidshare, obligado en Alemania a convertirse en Policía de Internet”, 21/8/2013, *El Mundo*, España.

Villate, J., “Censura privatizada: ¿quiénes son los editores en Internet?”, *alfa-redi, Derecho y Nuevas Tecnologías*, 17/6/2005, España.

Tomeo, F.; Abieri, R., “Responsabilidad de los Buscadores de Internet”, *RCyS*, 2009-XII, 66.

U.S., The Digital Millennium, Copyright Act of 1998, U.S., Copyright Office Summary, December 1998, 1 Pub. L. N°105-304, 112 Stat. 2860. Oct. 28, 1998.

Xalabarder Plantada, R., “La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, N°2 Universitat Oberta de Catalunya, España, 2006.

Jurisprudencia

CAC, Cuarto Distrito de Apelación, Segunda División (Estados Unidos). Sentencia del 29 de mayo de 1981 “*Grimshaw v. Ford Motor Company*” 119 757 CA3d.Civ. 20095.

CACyC, Mar del Plata, Sala II, Sentencia del 27 de mayo de 2009. “*Machinandiarena Hernández Nicolás c/Telefónica de Argentina s/*

- reclamo contra actos de particulares*” Registrado bajo el N°257 Fo. Expte. N°143.790.
- CNACCF., Sala II (Argentina) Sentencia del 12/07/2011, “*Dragonetti Hugo Alberto c/ Google Inc s/ medidas cautelares*”, elDial.com - AF5E7A.
- CNCCF, Sala I (Argentina), Resolución del 26-6-2008 “*Cupito, Alejandro Martín c/ Yahoo de Argentina S.R.L. s/ incidente de apelación medida cautelar*”.
- CNCCF, Sala III (Argentina) 5 de noviembre de 2008 “*De Grazia, Jazmín c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro s/ medidas cautelares*”. Causa N°3247/06.
- CNCCF, Sala III (Argentina), Resolución del 17-6-2008, “*Crivocapich, Priscilla c/ Google Inc y otro s/medidas cautelares*”.
- CSJN (Argentina), Sentencia del 28/10/2014 “*Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/ daños y perjuicios*” - R.522. XLIX.
- SCBA (Argentina), Sentencia del 6 de noviembre de 2012 “*Machinandiaarena Hernández Nicolás c/Telefónica de Argentina s/reclamo contra actos de particulares*” C. 109.005.
- STJ Jujuy (Argentina), Sentencia N°53629, junio 28, 2005 “*Sm y Lem de M c. Jujuy Digital y/o Jujuy.com y Omar Lozano (ordinario por daños y perjuicios)*”. ED 11/10/05, N°11.360 Año XLII.