
violación a los derechos humanos y ataques a la libertad de expresión que tanto se han denunciado internacionalmenteⁱⁱ.

PONENCIA PARA EL XVIII CONGRESO IBEROAMERICANO DE DERECHO E INFORMATICA A CELEBRARSE EN SAN JOSE DE COSTA RICA

TEMA: “RESPONSABILIDADES CIVILES DE LOS ISP DERIVADAS DE INTERNET”

AUTOR: HORACIO FERNANDEZ DELPECH ⁱⁱ - ARGENTINA

1. Introducción

La temática de las responsabilidades civiles derivadas de Internet es de trascendental importancia, tanto por la falta de una legislación a su respecto en casi toda América Latina, así como por una serie de causas judiciales que se están tramitando en la Republica Argentina.

En esta ponencia intentaré analizar el tema de las Responsabilidad civiles que pueden resultar para los ISP por sus actividades en Internet, en el marco del nuevo paradigma de la justicia y el derecho.

A tal fin debemos precisar primero que se entiende actualmente por ISP, o Internet Service Provider, en la usual terminología en ingles.

Tal como lo he analizado en otras oportunidades ⁱⁱ, además de los **usuarios de Internet**, que son aquellas personas que acceden a un sitio de la red para buscar información o utilizar alguna de las diferentes aplicaciones que la red brinda, y de los **proveedores de contenido**, que son todos aquellos autores, editores o simplemente usuarios que proveen información a los sitios de Internet ⁱⁱ, existen los **Proveedores de Servicio de Internet . Internet Service Providers . ISP**, que son quienes posibilitaban la conexión entre el usuario y los contenidos incorporados al sitio y que conforme la actual doctrina internacional podemos dividirlos en:

- **Los Proveedores de Acceso . Internet Access Providers . IAP**. Son quienes brindan a los usuarios individuales el servicio de conexión con la red Internet, a través de un server de gran poder conectado a la red (nodo), a fin de poder llegar así a los diferentes sitios de la red. Por su

parte el proveedor de contenido creador de una página o sitio, requiere también los servicios de estos proveedores de acceso a fin de poder incorporar su sitio a la red.

- **Los Proveedores de Alojamiento . Hosting Service Providers. HSP.** Son quienes brindan el servicio de alojamiento de páginas Web en su propio servidor así como otros servicios adicionales.
- **Los Proveedores de Red . Networks Service Providers. NSP.** Son quienes brindan una estructura técnica (líneas telefónicas, de cable o por antena), a fin de que el usuario se conecte a través del Proveedor de Acceso con la página o sitio almacenada por el Proveedor de Alojamiento. De esta forma se completa el circuito en el que el usuario individual accede a los contenidos incorporados por el Proveedor de Contenidos.

Es de resaltar que muchas veces existen empresas que brindan conjuntamente los servicios de Proveedor de Acceso a Usuarios y Proveedor de Alojamiento, e incluso actúan en algunos casos también como proveedores de Red.

- **Los proveedores de servicios de aplicaciones. Application Service Provider . ASP.** Sus funciones consisten fundamentalmente en habilitar software u otras aplicaciones informáticas en Internet, de manera que pueda ser utilizado por los clientes sin necesidad de instalarlo en sus computadores. Es decir, el cliente accede a las aplicaciones utilizando únicamente su browser. La información se almacena en un Data Center que tiene todas las características de seguridad necesarias. Este servicio básico se complementa con otros servicios adicionales, como la

administración de infraestructura (bases de datos, computadores centrales, usuarios, etc.), el manejo de respaldos y recuperación, la ejecución de procesos, y todos aquellos servicios que garanticen una explotación cómoda, continua y segura. Este sujeto tiene una gran similitud con el proveedor de cloud computing.

Pero ya hace algunos años aparece un quinto sujeto, al que se lo comienza a incluir entre los Proveedores de Servicio ISP (Internet Service Providers), y nos referimos a los **Proveedores de Localización**, y para expresarlo mas claramente estamos hablando de los buscadores de Internet, que son quienes nos facilitan hoy en día la búsqueda y conexión con determinados sitios.

Lo que voy a intentar tratar ahora es ver cuales son las responsabilidades que les pueden caber a estos Proveedores de Servicio de Internet (IAP, HSP, NSP, y ASP), por los contenidos que transmiten, y a los Proveedores de localización por los resultados de las búsquedas de los usuarios, cuando tanto esa transmisión o ese resultado de búsqueda contiene contenidos nocivos, ilícitos o que causan daño.

2. Libertad de Contenidos en Internet

Internet nace como un ámbito de plena libertad en donde pareciera que todo es valido y en donde cualquier intento de filtrar, impedir o castigar por contenidos violatorios de la moral o de la ley no es aceptado.

En todas partes del mundo existe desde hace ya años esa conciencia de plena libertad en Internet fundamentalmente garantizando de esta forma la plena libertad de expresión.

La Constitución de la Republica Argentina garantiza ampliamente la libertad de expresión y, tanto los Convenios Internacionales suscriptos por la Argentina, como la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, establecen una prohibición a la censura previa de los contenidos, aún cuando con ellos se cometiera 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 con el fin de proteger a la comunidad de ciertas manifestaciones ofensivas y para prevenir el ejercicio abusivo de ese derecho.

Pero esas restricciones a la libertad de expresión no pueden consistir en censurar previamente el contenido, pero sí en establecer su prohibición o ilicitud, y en caso de darse el supuesto, de juzgar con posterioridad al acto la responsabilidad que puede caber.

Igual situación se da en los contenidos que causan un daño, en los cuales es valido pensar en el juzgamiento con posterioridad al acto de la responsabilidad que puede caber.

En estos casos debemos ver cual es la responsabilidad que puede tener cada uno de los actores que intervienen en la incorporación y transmisión de ese

contenido que pueden resultar responsable con posterioridad al acto, en lo que ha dado en llamarse “*responsabilidad ulterior*”.

En la Republica Argentina, el art. 14 de la Constitución Nacional consagra el derecho a publicar las ideas por la prensa sin censura previa, garantizando así ampliamente la libertad de expresión.

Asimismo existen normas legales que hacen extensivo dicho derecho a Internet,ⁱⁱ y, tanto los Convenios Internacionales suscriptos por la Argentina, como la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema, establecen una prohibición a la censura previa de los contenidos, aún cuando con ellos se cometiera un delito.

Destaco que el concepto de “idea” de nuestra carta magna se ha hecho extensiva, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia Argentina (al igual que en la totalidad de los documentos internacionales), a las informaciones e ideas de todo tipo.

La Corte Suprema ha establecido que: “*no todo lo que se difunde por la prensa o se emite en programas radiales o televisivos o por cualquier otro medio goza del amparo otorgado por la prohibición a la censura previa, sino aquello que por su contenido encuadra en la noción de información o difusión de ideas*”ⁱⁱ

La Jurisprudencia Argentina ha sido muy fiel a este principio y ha establecido que no corresponde la censura previa ni aún en el caso de que la publicación implique la comisión de un delito, estableciendo claramente que en ese supuesto sólo es posible juzgar las responsabilidades con posterioridad al acto pudiendo imponerse incluso penas en caso de delito. (caso Verbitzky)

3. Doctrina de las Responsabilidades Ulteriores

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 con el fin de proteger a la comunidad de ciertas manifestaciones ofensivas y para prevenir el ejercicio abusivo de ese derecho.

Pero esas restricciones a la libertad de expresión no pueden consistir en censurar previamente el contenido, pero sí en establecer su prohibición o ilicitud, y en caso de darse el supuesto, de juzgar con posterioridad al acto la responsabilidad que puede caber. En estos casos el autor de la incorporación de ese contenido puede resultar responsable con posterioridad al acto, en lo que ha dado en llamarse ***“la doctrina de las responsabilidades ulteriores”***.

Hasta hace no muchos años eran escasas las situaciones en que se debía juzgar responsabilidades de este tipo.

En una Web en que el usuario solamente bajaba contenidos de Internet, los problemas eran menores, pero ya desde comienzos del nuevo siglo, Internet se transforma en algo mucho más activo. La nueva Internet 2.0, es una Internet interactiva donde todos ingresamos contenidos que a veces rozan derechos, cuando no los afectan. Entonces nos encontramos frente a un choque de derechos y nos preguntamos: ¿podemos censurar esos contenidos?

La apología del delito, la propalación de injurias y calumnias, las propagandas discriminatorias, la violación y afectación de la intimidad y de la privacidad de las personas, las violaciones a los derechos propiedad intelectual, entre otras cuestiones. son ahora situaciones frecuentes en Internet y requieren entonces una respuesta de los regímenes jurídicos mas allá de ese principio de la libertad en Internet.

Como dijera, nuestra Constitución e incluso normas internacionales impiden la censura previa. Pero necesitamos encontrar un equilibrio, ya que la libertad de unos termina donde comienza la libertad de otros.

La doctrina de las responsabilidades ulteriores podría resumirla indicando que implica que cada uno puede escribir, publicar, subir o transmitir contenidos en base a la libertad de expresión garantizada por la Constitución, y si estos contenidos resultaren ser difamatorios, ofensivos o lesivos a los derecho de otro o configuren un ilícito, será posteriormente la Justicia quien determine la responsabilidad de la persona y en su caso el resarcimiento económico por los daños y perjuicios ocasionados.

Esta doctrina que fue formulada, para la prensa escrita, por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 13) ⁱⁱ y otros Convenios Internacionales, y que tuvo acogida en numerosos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, así como en la principal jurisprudencia americana, creo que sin duda es plenamente aplicable a Internet.

Internet es libre, pero ello no se puede traducir una total impunidad para quien viola la ley o causa daños a terceros.

Con relación a lo estipulado en el art. 13 referido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha dicho también:

“La Convención permite la imposición de restricciones sobre el derecho de libertad de expresión con el fin de proteger a la comunidad de ciertas manifestaciones ofensivas y para prevenir el ejercicio abusivo de ese derecho. El artículo 13 autoriza algunas restricciones al ejercicio de este derecho, y estipula los límites permisibles y los requisitos necesarios para poner en práctica estas limitaciones. El principio estipulado en ese artículo es claro en el sentido de que la censura previa es incompatible con el pleno goce de los derechos protegidos por el mismo. La excepción es la norma contenida en el párrafo 4, que permite la censura de los "espectáculos públicos" para la protección de la moralidad de los menores.

La única restricción autorizada por el artículo 13 es la imposición de responsabilidad ulterior. Además, cualquier acción de este tipo debe estar establecida previamente por la ley y sólo puede imponerse en la medida necesaria para asegurar: a) el respeto de los derechos o la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

4. Legislaciones Europeas y Norteamericana

La **“Multimedia Acto”** dictada en Alemania en el año 1997, establece diferentes tipos de responsabilidades según sea la clase de Proveedor de Servicio de Internet de que se trate, distinguiendo para ello a tres tipos de proveedores: “Information Providers”, “Hosting Providers” y “Access Providers”.

Con relación al “Information Providers”, se establece la plena responsabilidad por los contenidos que incorpora al sitio; mientras que con relación a los “Access Providers” y “Hosting Service Providers” se 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.

En la Comunidad Europea, la **Directiva de Comercio Electrónico del Parlamento Europeo** ⁱⁱ, establece en el art. 12 la falta de responsabilidad de los ISP, al disponer:

“No serán responsables por los datos transmitidos a menos que: hayan originado o modificado ellos mismos los datos o hayan seleccionado a éstos o a sus destinatarios”.

Con total acierto Miguel Peguera Poch, comentando la Directiva 2000/31/CE, nos dice: *“...El hecho de que los contenidos que el ISP transmite o almacena hayan sido proporcionados por terceros, esto es, que sean contenidos ajenos, resulta esencial desde la perspectiva de la exención de responsabilidad. Así, cuando el prestador de servicios coloca en la red o transmite contenidos propios, la exención de responsabilidad pierde su razón de ser. En efecto, la exención se funda en que el prestador del servicio intermediario no ha tenido parte ni en la creación ni en la decisión de transmitir o de hacer accesibles los contenidos ilícitos y potencialmente dañinos: ha sido un tercero quien lo ha hecho. A ello se añade la idea de que no le es técnicamente posible, o bien le resulta excesivamente costoso, supervisar lo que circula por sus redes o se aloja*

en su servidores, con lo que normalmente ni siquiera tendrá conocimiento de los contenidos concretos, y aún menos de su carácter lícito o ilícito”.ⁱⁱ

Se completa este principio de la irresponsabilidad de los ISP con lo dispuesto en el art. 13 de la Directiva europea sobre la memoria tampón o cachingⁱⁱ y en el art. 14 sobre los supuestos de hosting.

El artículo 13 establece que:

“ Cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en transmitir por una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio y que implique su almacenamiento automático, provisional y temporal, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios del servicio, a petición de éstos, no será responsable por el contenido de la transmisión, (almacenamiento automático, provisional y temporal) siempre que el prestador a) no modifique la información. b) Cumpla las condiciones que permitan el acceso a ella. c) Respete las normas relativas a la actualización de la información. d) No interfiera en la utilización lícita de tecnología, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información”. e) Retiren la información que hayan almacenado, o hagan imposible el acceso a ella, en cuanto tengan conocimiento efectivo de que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente o que se ha imposibilitado el acceso a ella o que un tribunal o autoridad administrativa competentes han ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella”.

En lo referente al alojamiento de datos (“hosting”), el art. 14 de la Directiva dispone que:

“Los prestadores de un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio no serán responsables del contenido de los datos almacenados a petición del destinatario, siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a las que afecte es ilícita y, en lo que se refiere a una acción de daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele la existencia de una información ilícita, y no actúa con prontitud para retirar esos datos”.

En España, la **Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico** ⁱⁱ, trata detalladamente el tema refiriéndose en los arts. 13 a 17 a la responsabilidad de los prestadores de los servicios de la sociedad de la información distinguiendo entre ellos a:

- los operadores de redes y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones;
- los prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios;
- prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos;
- prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda; Resalto que la ley española incorpora entre los ISP a los intermediarios de localización.

Todos estos son, en la terminología habitual y que referimos en el comienzo del capítulo anterior, Proveedores de Servicio de Internet.

En los tres primeros casos la ley española exime de responsabilidad a estos prestadores salvo casos excepciones como ser que hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos.

En el cuarto caso, de los prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda, y que incluye a los proveedores de localización (buscadores de Internet), la ley es más rigurosa y establece expresamente:

“ Los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que:

- a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o*
- b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.*

Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo a que se refiere el párrafo a) cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador

conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.”

En EE.UU. la temática de la libertad de los contenidos en Internet y la responsabilidad de los proveedores de servicio ha sido objeto de un amplio debate.

En 1996 se dictó en el marco de la ley de telecomunicaciones la **“Communications Decency Act” (CDA)**, la que fue ratificada como ley federal el 8 de Febrero de 1996. Esta ley establecía responsabilidades penales a quienes transmitiesen vía Internet material obsceno o indecente destinado a menores.

De inmediato el Acta fue impugnada judicialmente por la Asociación de Libertades Civiles de EE.UU.(American Civil Liberties Union), sosteniendo dicha Asociación que el acta era inconstitucional por violar la libertad de expresión consagrada por la Constitución Norteamericana, obteniéndose que en el Distrito de Filadelfia la justicia decretase la no aplicación de la normativa del acta.

La fiscal Reno también recurrió contra el acta, y el caso llegó a la Corte Suprema en donde el 26 de Junio de 1997, en un fallo no unánime (7 votos contra 2), con fundamento en la Primera Enmienda de la Constitución Norteamericana, se declaró su inconstitucionalidad ⁱⁱ.

Se consideró allí que el acta al imponer restricciones a la difusión por Internet de material sexual, vulneraba el derecho a la libre expresión e implicaba una censura ilegal.

Se expresó también en el fallo: *“...a pesar de la legitimidad y la importancia de la meta legislativa de proteger a la niñez de los materiales peligrosos, coincidimos en que el estatuto limita la libertad de expresión y en que el Gobierno no tiene la potestad para discriminar a los adultos con materiales que no sean aptos para niños”*.

Como consecuencia del citado fallo el entonces Presidente Clinton se refirió públicamente al tema propiciando la necesidad de encontrar una solución técnica que permitiese proteger a los menores de edad sin que ello violase la libertad de expresión.

El Congreso de los EEUU, por iniciativa de la Senadora Patty Murray promulgó entonces en Octubre de 1998, el **Acta para la Protección o Seguridad en Línea de la Privacidad de los Menores**.

Allí se contempla el uso de programas filtro o de selección de contenidos por parte de los padres, estableciendo que los operadores de sitios deben exhibir notas al respecto.

Desde entonces la jurisprudencia norteamericana ha eximido de responsabilidad a los ISP. Tal los casos “Lunney vs. Prodigy Service” (de Diciembre de 1999) y “Ben Ezra, Weinstein & Co. Inc. vs American OnLine” (de Marzo de 2000), en donde se determinó que las empresas demandadas que

eran Proveedores de Servicio no eran responsables, ya que sólo tenían calidad de distribuidores o editores secundarios.

Finalmente la **Digital Millennium Copyright Act (DMCA)** , aprobada en EE.UU en Octubre de 1998, modificó la Copyright Act en diversos puntos, figurando entre ellos la incorporación de la Sección 512 que regula la limitación de la responsabilidad en línea de los servidores de Internet (ISP).

La normativa libera de responsabilidad a los ISP por:

- la mera transmisión de contenidos (transient host).
- el almacenamiento de contenidos, de manera que permita al servidor reducir tanto el tiempo de transmisión a sus usuarios como su ancho de banda (system o proxy caching).
- el almacenamiento de contenidos en sistemas o redes bajo la dirección de los usuarios (hosting)
- el uso de mecanismos de localización de la información a través de los cuales se dirige a los usuarios a contenidos infractores.

Por otra parte, establece un detallado sistema de *“notice and take down”* (detección y retirada), para hacer posible que los titulares de derechos de autor identifiquen las infracciones que se cometen a sus obras a través de Internet y lo notifiquen a los servidores afectados para que el material supuestamente infractor sea retirado o su acceso bloqueado.

La DMCA establece consecuentemente que la responsabilidad de los ISP se genera únicamente cuando la incorporación del contenido es manifiesta o habiendo sido notificado que existen contenidos violatorios de la ley, no toma de inmediato las medidas necesarias para su retiro.

Si bien la normativa de la DMCA esta referida a violaciones a los derechos de copyright, estas normas también han sido aplicadas a otros contenidos ilícitos o que causan daño a terceros.

Vemos como este tema ha sido tratado en dos sistemas jurídicos, con dos soluciones parecidas pero no iguales.

- En la ley Española, se establece que el sitio web o el buscador es responsable recién cuando tiene conocimiento efectivo de la infracción, y que este conocimiento efectivo existe recién cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud del acto. Así es como en España, y en Europa en general, el buscador sería responsable subjetivamente – salvo que le demostremos culpa directa– sólo cuando un órgano competente le ordene bajar ese contenido porque es ilícito o es inmoral o causa un daño y si no cumple, entonces sería responsable. Hacemos presente que conforme reciente jurisprudencia española si bien el párrafo segundo de la ley hace mención a que se entenderá que existe ese conocimiento cuando un órgano competente lo haya declarado, la coletilla final de la norma, que indica la posibilidad de *“otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”*, ha permitido al Tribunal Supremo señalar en otros casos que tanto la comunicación

remitida por el tercero afectado como la propia naturaleza de los contenidos pueden servir como medio de alcanzar ese conocimiento efectivo y por lo tanto romper la exención de responsabilidad

- En Estados Unidos la situación es distinta, la responsabilidad es más amplia. Allá funciona el sistema del *notice and take down*, establecido primero por la Digital Millenium para la propiedad intelectual y que se ha ampliado después a los ISP y buscadores de Internet directa o indirectamente:

“Yo le aviso que esto es una infracción; desde este momento usted es responsable si un juez lo condena.”

Para que nazca la responsabilidad no se necesita en Estados Unidos la decisión judicial que ordene bajar el contenido, sino que basta que el afectado lo solicite, y no se efectúe de inmediato la bajada del contenido

5. Nueva legislación Brasileira y Chilena

En abril de 2014 el Brasil dictó una ley Marco de Internet, en la que se establece entre otras cosas que los ISP sólo podrán ser responsabilizados por contenidos que transmiten si hay una resolución judicial que ordena la baja y ellos no la cumplen. De esa manera, se busca evitar que las empresas tengan la potestad de definir por sí mismas cuándo un material debe ser retirado.

La ley de Propiedad Intelectual de Chile, en su modificación dispuesta por la ley Nº 20.435, contempla la responsabilidad de los ISP pero con relacion solo

a las violaciones a la propiedad intelectual. Establece así la ley que están exentos de responsabilidad si eliminan los contenidos infractores tan pronto tengan conocimiento de ello. Con la nueva ley, se considera que los prestadores de servicios de Internet conocen de la existencia de los contenidos que transmiten o alojan una vez que reciben una notificación judicial al respecto.

6. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 13 de Mayo de 2014. ⁱⁱ

Si bien referido únicamente a los datos personales, la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dictó recientemente este importante fallo, en el cual establece que, conforme la Directiva 95/46/CE, debe interpretarse que la actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último ponerla a disposición de los internautas, debe calificarse como tratamiento de datos personales.

Asimismo que cuando esa información contiene datos personales, el motor de búsqueda debe considerarse responsable de dicho tratamiento, pudiendo en estos casos el afectado pedir la eliminación de dicho dato.

De acuerdo a este controvertido fallo, cualquier persona que se sienta afectada por cuanto sus datos personales aparecen mencionados en un buscador, como resultado de la indexación de una noticia sobre su persona, tiene el derecho a exigir directamente al buscador, la supresión de ese dato, sin necesidad de cumplir con ningún requisito previo, siempre que alegue que el dato sobre su personal le produce perjuicio y ya no sea pertinente por el

tiempo transcurrido, respaldando así el derecho a la autodeterminación informativa y el derecho al olvido. Sobre este tema me referí ampliamente en una nota publicada en la edición del Diario La Ley de Buenos Aires, del 9 e Junio de 2014.

Hago presente que como consecuencia de este fallo, Google ha implementado un formulario para que cualquier persona que se considere afectada e incluida en la doctrina del fallo, pueda pedir la eliminación de los datos que se refieren a su persona y que considere que sean inadecuados, no pertinentes y excesivos en relación con los fines del tratamiento, o que no estén actualizados o que se conserven durante un período superior al necesario (derecho al olvido).

7. El Régimen de responsabilidad en la Argentina. Criterios de Atribución de Responsabilidad. Responsabilidad Contractual y Extracontractual. Responsabilidad Subjetiva y Responsabilidad Objetiva

En el derecho argentino tenemos dos tipos de responsabilidad: la contractual, derivada del incumplimiento de un contrato, y la extracontractual, que se origina por haber producido un daño sin que exista un nexo contractual.

En estos casos de perjuicios a terceros por páginas de Internet o a través de buscadores, tenemos que encontrar la solución en la responsabilidad extracontractual, evidentemente. Y para que se dé esa responsabilidad, tendremos que determinar primero la existencia del daño material o moral medible y resarcible en dinero. Después debe existir una relación causal entre el daño y el hecho que dio lugar al mismo. Acá ya es más difícil: ¿existe la

relación causal? Sí, ¿pero en el buscador? Y, yo creo que también podría existir esa relación de causalidad. El hecho cuestionado debe ser antijurídico, si no hay antijuridicidad no puede darse la responsabilidad extracontractual.

Pero sentada la existencia de una responsabilidad extracontractual, debemos determinar el segundo factor de atribución de responsabilidad.

Se trata de determinar si se trata de una responsabilidad subjetiva o estamos frente a una responsabilidad objetiva.

La **responsabilidad subjetiva** está regulada en nuestro derecho por los arts. 512 y 1109 del Código Civil que establecen fundamentalmente que *“La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”*, y que *“Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio...”*

La **responsabilidad objetiva** está regulada en nuestro derecho por los arts.

1113, 1071, 1071 bis, y complementarios del Código Civil.

Artículo 1113. “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá

demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable”.

El texto originario de la norma regulaba dos supuestos específicos de responsabilidad: la responsabilidad genérica del principal por los daños que causaren los que están bajo su dependencia, y la responsabilidad del guardián por las cosas de que se sirve o que tiene a su cuidado.

La reforma de 1968 del Código Civil por Ley 17711 agregó la responsabilidad de los daños causados con cosas y la responsabilidad de los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa.

Podríamos resumir diciendo entonces que en nuestro sistema jurídico Argentino, **tenemos dos factores de atribución de responsabilidad extracontractual: la responsabilidad subjetiva, clásica, tradicional, y la nueva responsabilidad que está avanzando poco a poco, que es la responsabilidad objetiva.** ¿Dónde vamos a encontrarla? ¿Podemos decir que es subjetiva, que es objetiva? La primera es la que surge de la culpa en el daño, el que causó un daño debe resarcirlo. Esa es la responsabilidad tradicional, que podríamos endilgarle quizás al ISP incluyendo al buscador si le demostramos la culpa o la intencionalidad. Por otro lado la responsabilidad objetiva –que tiene muchos defensores– es la responsabilidad sin culpa, que se crea por otros motivos, que se crea para tener respuesta ante el daño, para que ciertos actores respondan

aún sin haber cometido culpa. ¿Por qué así? Porque se ejerce una actividad riesgosa o peligrosa.

Yo creo que la responsabilidad objetiva no puede ser atribuida a Internet, porque no puede decirse que Internet sea una actividad riesgosa o peligrosa.

Me inclino rotundamente por la exclusión de Internet de este tipo de responsabilidad. Creo que Internet no es lo mismo que el fabricante de un arma o el propietario de una plataforma petrolera. Si creáramos una responsabilidad objetiva sobre Internet, además de equivocarse en su origen, la estaríamos destruyendo. Sería la destrucción de un medio que ha beneficiado enormemente al mundo; el acceso al conocimiento y a la información que nos ha dado Internet no puede ser desconocido.

El concepto de actividad peligrosa o riesgosa es por su naturaleza un concepto relativo y depende del estado de avance de la ciencia y de la técnica en un sector determinado; lo que lleva a calificar de peligrosas a actividades que antes no lo eran o viceversa.

Debemos tener en cuenta que la utilización de la informática en el mundo actual ha dado lugar a múltiples usos, de los cuales algunos pueden implicar actividades peligrosas pero no así otros. Pareciera que la utilización de la informática en el manejo de los bancos de datos podría considerarse una actividad peligrosa, así como también el desarrollo de determinados software destinado a actividades industriales que son en sí peligrosas, como podría ser el destinado a centrales nucleares, etc.

Bustamante Alsina, nos dice que los sistemas automatizados de información que emplean la informática, no son cosas peligrosas que dañen por sí mismas, sino instrumentos que el hombre maneja o acciona a su voluntad.

También se ha dicho que *“No hay cosas peligrosas o no peligrosas en sí, sino que la tal peligrosidad depende de una situación jurídica integrada por la cosa y la particular circunstancia en que se originó el daño”*.ⁱⁱ

Tradicionalmente se ha considerado que la responsabilidad objetiva debe estar asociada con actividades que son potencialmente peligrosas y que tienen una alta probabilidad de daño. Tal el caso de la energía eléctrica, la producción o tratamiento de explosivos o materiales radioactivos.

Creo que cuando se trata de perjuicios que son causados por la cosa interviniente en forma directa, y esa cosa es un elemento de potencial peligro, podría regir el sistema de responsabilidad objetiva del artículo 1113 2º párrafo del Código Civil, pero cuando la cosa no interviene autónomamente en la producción del daño, sino respondiendo al accionar del operador, debe ser aplicado un criterio de atribución de responsabilidad subjetiva conforme al artículo 1109 del Código Civil.

¿Cuál es la naturaleza del ISP? ¿Son editores de la información? Yo creo que no, ni el que transmite técnicamente la información ni el buscador que me lleva a ella editaron la información. ellos no crean el link, se crea automáticamente con la indexación que realiza el algoritmo creado. Son sólo

distribuidores de información, reitero, no le podemos atribuir entonces una responsabilidad objetiva. Pero sí una responsabilidad subjetiva, en la medida que le podamos probar que ellos conocían el hecho, que fueron partícipes, que tuvieron culpa, que hubo negligencia de su parte.

Opino que en el estado actual de la tecnología, pese a que algunos fallos dicen lo contrario, no podemos decir que los buscadores sean per se culpables por los contenidos que indexan. Su culpabilidad puede surgir en el momento que son advertidos de la circunstancia dañina, que es más o menos lo que han dicho los últimos fallos. La posición internacional dice que son meros distribuidores de información, tienen responsabilidades subjetivas por las infracciones de terceros, porque hay un daño, una causalidad, y hay una acción dolosa o culposa. Tenemos que probarle la culpa por lo menos, la negligencia. ¿Cuándo nace esa responsabilidad? Por las infracciones propias serían responsables plenamente. Entonces yo diría que si los buscadores no crean la información, no tienen plena responsabilidad, sino indirecta, secundaria, que surge por la responsabilidad de un tercero.

7. La Jurisprudencia Argentina. Los casos de las modelos

En materia jurisprudencial, un caso interesante en Argentina es el conocido como *los juicios de las modelos*.

Hace algunos años numerosas modelos argentinas y personas vinculadas al espectáculo, advirtieron que colocando sus nombres en los buscadores Google y Yazoo, se obtenían referencias vinculantes con sitios pornográficos y de

prostitución, así como se difundían sus fotografías en los buscadores de imagen. Esto provocó que muchas de estas modelos, considerándose afectadas moralmente, promovieran juicios de daños y perjuicios contra los buscadores Google y Yahoo, juicios a los que se los llamo *“los juicios de las modelos”*.

Se trata de mas de 200 causas judiciales que tramitan ante los tribunales argentinos, en las cuales las modelos demandan daños y perjuicios a Google de Argentina y a Yahoo Inc. , por considerarse afectadas moralmente por citas en los buscadores referidos, que las vinculaban con la prostitución.

En esos casos, recién tenemos unas pocas sentencias, que no son coincidentes entre si.

El primer caso fue el de una integrante del grupo musical “Bandana”, Virginia Da Cunha, quien en el año 2009 obtuvo a su favor la primer sentencia dictada en la República Argentina en relación a esta temática conforme el fallo dictado por la Dra. Virginia Simari, titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil 75. El fundamento del fallo condenando a Google y a Yahoo fue la responsabilidad tanto objetiva como subjetiva. Posteriormente la Cámara Civil, revocó dicho decisorio, con voto dividido y rechazo la demanda. El expediente se encuentra en la Corte Suprema de Justicia de la Nación vía recurso extraordinario.

El segundo de los casos fue dictado el 4 de marzo de 2010 en la causa

promovida por la modelo Belén Rodríguez ⁱⁱ contra los mismos buscadores. En este fallo se hizo también lugar a la demanda pero condenando en base a un criterio de atribución de responsabilidad subjetiva..

En un meduloso fallo la Jueza analiza minuciosamente los hechos así como toda la doctrina nacional e internacional, fallando a favor de la actora y condenando a los demandados. Entre otros argumentos se expresa: *"Así, la conducta culpable de las demandadas, nacida -reitero- a partir de la notificación fehaciente de la afectación a los derechos personalísimos de la actora, engendra la obligación de reparar el daño causado. Tienen pues responsabilidad directa por violación al principio legal del "alteran non laedere" que el Código Civil prevé en el art. 1109, debiendo responder por las consecuencias dañosas, en tanto medie adecuado nexo de causalidad entre ésta y los daños probados (cfr. arts. 901, 905, 906, 1067, 1068, 1069 y cc del Código Civil). "*

Esta Sentencia fue apelada y la Cámara la modifico levemente, lo que llevo al Recurso Extraordinario ante la Corte Suprema donde se encuentra desde hace algunos meses a Sentencia, luego de que la Corte llamara a una audiencia publica para escuchar a las partes y a los especialistas en el tema..

El tercero de los mencionados casos, el fallo de Paola Krum ⁱⁱ dictado por la Sala J de la Cámara Civil, luego de un minucioso y pormenorizado análisis del caso establece:

" Las accionadas son titulares de sus propias páginas web o sitios y por ende responsables de los contenidos que ellos introducen o reproducen, sean por

medios automatizados o no.

c. La actividad que desarrollan los buscadores es una actividad riesgosa". Al respecto sostuvo la magistrada que "...Resulta evidente que esta interpretación abarca no sólo a la actividad propia de las demandadas y a las cosas de las que se sirve, de las que son propietarias y/o guardianes, sino también quedan incluidas en lo que Pizarro llama "los otros posibles sujetos pasivos" en relación a los sitios de terceros que son el ámbito donde se genera el daño primigenio, luego multiplicado, potenciado y concretado en una magnitud casi inimaginable..."

Como corolario en este punto en el que se fijaba una responsabilidad objetiva de los buscadores por ser una actividad riesgosa, la magistrada agregó que las demandadas también habían incurrido en responsabilidad subjetiva porque ninguna había cumplido en forma completa e inmediata con las medidas cautelares dictadas luego de iniciados los juicios y que ordenaban el bloqueo de los contenidos que afectaban a las modelos actora en los juicios.

Vemos que en este fallo se admite tanto la responsabilidad objetiva como la responsabilidad subjetiva, admitiéndose que ambas se pueden dar simultáneamente.

Finalmente La Sala L de la Cámara Civil, en Noviembre de 2013 en autos "Solaro Maxwell, María Soledad c/ Yahoo de Argentina SRL y otro s/ daños y perjuicios" dictó un fallo en el cual condenó a las demandadas Yahoo y Google,

ya que coincidió con lo resuelto por la Dra. Mattera en el fallo de Paola Krum de la Sala J , estableciendo en consecuencia que la responsabilidad de los accionados, como titulares o guardadores de los buscadores en internet, no era subjetiva, sino que *"se trata de una actividad riesgosa y que debe analizarse desde la órbita de la responsabilidad objetiva por el riesgo que dicha actividad genera (art. 1.113 Cód. Civil). Ello por cuanto si bien los contenidos de los sitios son cargados por terceros, lo cierto es que la finalidad de los buscadores es facilitar su llegada a sus usuarios mediante su indexación"*. Conforme a esta responsabilidad objetiva condeno a las demandadas.

Creemos que el camino que vamos haciendo es éste, pero que la jurisprudencia Argentina está marcando que la responsabilidad parte recién desde el momento en que el buscador es notificado de la infracción. Creo que no podemos llevar a condenarlo de por sí, porque el responsable es el sitio y no el buscador.

8. Intentos de dictar normativa en Argentina

Desde hace algunos años varios fueron los intentos de dictar una normativa relacionada con la responsabilidad de los ISP, pero recién el 22 de febrero de 2011, el diputado Federico Pinedo presentó un proyecto que regula la actividad desarrollada por los ISP y que tomo estado parlamentario.

El proyecto consta de 10 artículos en los cuales se recogen principios de legislación extranjera y de la jurisprudencia local e internacional.

En particular, el Proyecto establece que los Buscadores de Internet o las Redes Sociales deben responder por contenidos publicados por terceros cuando dichos contenidos violentan derechos personalísimos tales como el honor, la imagen o la intimidad. El proyecto establece que la responsabilidad nace cuando el IOSP tiene el conocimiento efectivo de que la información almacenada viola normas legales o derechos de terceros, considerando que “tiene conocimiento efectivo” desde el momento en que es notificado del dictado de alguna orden judicial que ordene la baja o bloqueo del contenido.

En consecuencia el Proyecto Pinedo considera que no puede imputarse responsabilidad objetiva fundando la responsabilidad en un criterio de atribución de responsabilidad subjetiva. Este Proyecto aun no ha sido tratado por el Parlamento.

9. Conclusión Final

Como antes dijera, en nuestro sistema jurídico Argentino, tenemos dos factores de atribución de responsabilidad extracontractual: la **responsabilidad subjetiva**, clásica, tradicional, y la nueva responsabilidad que está avanzando poco a poco, que es la **responsabilidad objetiva**.

¿Dónde debemos buscar las responsabilidades de los proveedores de servicio de Internet frente a la incorporación de contenidos ilícitos o que causan daño o a la Incorporación ilícita de contenidos ?

¿Se trata de una responsabilidad subjetiva u objetiva?

La primera es la que surge de la culpa en el daño, el que causó un daño debe

resarcirlo. Esa es la responsabilidad tradicional, que podríamos endilgarle quizás al buscador si le demostramos la culpa o la intencionalidad.

Su fundamento lo encontramos en los arts. 512 y 1109 del Código Civil que establecen fundamentalmente que *“La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”*, y que *“Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio...”*

Por otro lado tenemos la responsabilidad objetiva –que tiene muchos defensores– que es la responsabilidad sin culpa, que se crea por otros motivos, que aparece para tener respuesta ante el daño, para que ciertos actores respondan aún sin haber cometido culpa. ¿Por qué así? Porque se ejerce una actividad riesgosa o peligrosa.

Creo que la responsabilidad objetiva no puede ser atribuida a Internet, porque no puede decirse que Internet sea una actividad riesgosa o peligrosa.

Me inclino rotundamente por la exclusión de Internet de este tipo de responsabilidad. Creo que Internet no es lo mismo que el fabricante de un arma o el propietario de una plataforma petrolera. Si creáramos una responsabilidad objetiva sobre Internet, además de equivocarse en su origen, la estaríamos destruyendo. Sería la destrucción de un medio que ha beneficiado

enormemente al mundo; el acceso al conocimiento y a la información que nos ha dado Internet no puede ser desconocido.

El concepto de actividad peligrosa o riesgosa es por su naturaleza un concepto relativo y depende del estado de avance de la ciencia y de la técnica en un sector determinado; lo que lleva a calificar de peligrosas a actividades que antes no lo eran o viceversa.

Se debe tener en cuenta que la utilización de la informática en el mundo actual ha dado lugar a múltiples usos, de los cuales algunos pocos pueden implicar actividades peligrosas pero no así otros. Pareciera, y así lo ha considerado la jurisprudencia en algún caso, que la utilización de la informática en el manejo de los bancos de datos podría considerarse una actividad peligrosaⁱⁱ, así como también el desarrollo de determinados software destinado a actividades industriales que son en sí peligrosas, como podría ser el destinado a centrales nucleares, etc.

Bustamante Alsina, nos dice que los sistemas automatizados de información que emplean la informática, no son cosas peligrosas que dañen por sí mismas, sino instrumentos que el hombre maneja o acciona a su voluntad.

Reitero que se ha dicho que *“No hay cosas peligrosas o no peligrosas en sí, sino que la tal peligrosidad depende de una situación jurídica integrada por la cosa y la particular circunstancia en que se originó el daño”*ⁱⁱ

Tradicionalmente se ha considerado que la responsabilidad objetiva debe estar asociada con actividades que son potencialmente peligrosas y que tienen una alta probabilidad de daño. Tal el caso de la energía eléctrica, la producción o tratamiento de explosivos o materiales radioactivos.

Se ha dicho también con acierto: *“la aplicabilidad del artículo 1113 requiere, en cualquier hipótesis, que la cosa tenga una intervención activa en la producción del daño. La caracterización de este concepto ha dado lugar a arduas discusiones doctrinarias en Francia; pero es de entender que la intervención de la cosa es activa cuando tiene acción nociva, o sea, cuando ella causa el daño; en tanto –por lo contrario- su intervención es pasiva cuando no causa el daño, el cual no nace de la cosa de que se trata”* ii.

Creo que cuando se trata de perjuicios que son causados por la cosa interviniente en forma directa , y esa cosa es un elemento de potencial peligro, podría regir el sistema de responsabilidad objetiva del artículo 1113 2º párrafo del Código Civil, pero cuando la cosa no interviene autónomamente en la producción del daño, sino respondiendo al accionar del operador, debe ser aplicado un criterio de atribución de responsabilidad subjetiva conforme al artículo 1109 del Código Civil.

¿Cuál es la naturaleza del ISP? ¿Son editores de la información?

Estimo que no, ni el que transmite técnicamente la información ni el buscador que me lleva a ella editaron la información. Ellos no crean el link, se crea

automáticamente con la indexación que realiza el algoritmo creado. Son sólo distribuidores de información, reitero, no le podemos atribuir entonces una responsabilidad objetiva. Pero sí una responsabilidad subjetiva, en la medida que le podamos probar que ellos conocían el hecho, que fueron partícipes, que tuvieron culpa, que hubo negligencia de su parte.

Sentado este criterio de atribución de responsabilidad subjetiva, debemos ver ahora en que casos se da la misma.

En primer término considero que los ISP son plenamente responsables con relación a los contenidos propios, generándose en ese supuesto su plena responsabilidad objetiva, tanto por transmitir como por alojar estos contenidos que le pertenecen.

Pero con relación a los contenidos que le son ajenos y que son fundamentalmente los que transmite o aloja, creo que cualquiera sea la postura adoptada, éste tipo de proveedores sólo podría tener una responsabilidad subjetiva, que surgiría de su negligencia manifiesta.

También sería responsable cuando se le comunicó la existencia de un contenido ilícito y no tomó las medidas necesarias para evitar que el ilícito se continúe cometiendo.

Podemos afirmar que coincidimos con el consenso doctrinario hoy en día existente en cuanto que sólo cabe hacer responsable a los ISP incluyendo dentro de ellos a los buscadores en dos situaciones:

- Cuando la incorporación ilícita del contenido es manifiesta y no pudo ser ignorada por el proveedor;

-
- Cuando la incorporación ilícita del contenido no es manifiesta, pero el proveedor ha sido notificado de la existencia de esos contenidos y no toma de inmediato las medidas necesarias para retirar dicho contenido.

Fuera de estos casos creo que no existe responsabilidad de los ISP ya que razones tecnológicas generalmente les impiden ejercer un control permanente de los contenidos de terceros que transmiten o alojan, como también porque aceptar su responsabilidad y consecuentemente para evitarla obligarlos a eliminar o bloquear contenidos que cree ilícitos, implicaría ni mas ni menos que legalizar la privatización de la censura, toda vez que los ISP, fuera de los casos de contenidos manifiestamente ilícitos, serían quienes discernen si un contenido es lícito o ilícito, si es nocivo o no.

Buenos Aires, Agosto de 2014