

RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS EN INTERNET (ISP)

I Introducción

El objetivo del presente trabajo es analizar la responsabilidad de los proveedores de servicios en internet (a los que llamamos en forma genérica ISP, por sus siglas en inglés¹) respecto a contenido ilícito que esté disponible en sus plataformas digitales.

Los ilícitos más comunes en internet los agrupamos en tres grandes ítems:

1. infracciones a los derechos de autor (plataformas digitales que ponen a disposición del público, sin autorización de sus titulares, obras protegidas por derechos de autor, siendo las obras más infringidas las musicales y audiovisuales)

2. infracciones a los derechos marcarios. Los ilícitos marcarios más comunes se dan en los ISP que constituyen plataformas digitales de compraventa on line, como Mercadolibre, De Re Remate, Olx, ebay, etc. En estos sitios, y gracias al anonimato que se puede alcanzar en estas plataformas digitales, es frecuente la comercialización de productos falsificados, es decir, de productos identificados con una marca propiedad de un tercero, sin la debida autorización del titular de dicha marca.

3. Infracciones a los derechos de la personalidad, como los son el derecho al honor, a la intimidad, a la identidad, al nombre y a la imagen. Es común que en distintos foros, y nuevamente gracias al anonimato que se puede alcanzar en las plataformas digitales on line, personas hagan comentarios que dañen la intimidad y honor de una persona, atribuyéndole acciones que faltan a la verdad y que afectan su integridad. También se producen infracciones a los derechos de la privacidad e intimidad cuando terceros “cuelgan” o “suben” a la plataforma digital on line videos privados e íntimos de otras personas, sin el consentimiento de ellas.

A continuación estudiaremos la responsabilidad de los ISP respecto a los daños ocasionados por contenido creado por los usuarios, pero disponibles en sus plataformas digitales. Analizaremos bajo qué condiciones y en qué escenarios los ISP deben responder por el daño (causado a terceras personas) generado en sus respectivas plataformas digitales, mediante contenido que fue subido por sus usuarios.

II Concepto de ISP

Zucchini, citado por Tomeo, define a los ISP como *“una entidad que ofrece transmisión, ruteo o conexión para comunicaciones digitales en línea, entre o a través de puntos especificados por un usuario, de material de su elección, que es enviado o recibido sin sufrir*

¹ Internet service providers.

*modificaciones en su contenido, o un proveedor de servicios en línea o de acceso a la red o el operador de la infraestructura necesaria”.*²

El mismo autor continua diciendo que *“Los proveedores de servicios son aquellos que proporcionan conexión a la red y que actúan como intermediarios entre los proveedores de contenido y usuarios, proporcionando diversos recursos técnicos. Dada la variedad de servicios que se pueden ofrecer, podemos hablar de los siguientes proveedores: 1) los proveedores de acceso, que son quienes ofrecen al público acceso a la red mediante conexión a servidores propios (v.g.r. Fibertel, Arnet, Iplan); 2) los proveedores de emplazamiento, que refiere a quienes ofrecen un servicio de almacenamiento de contenidos en los servidores conectados a Internet, a los que los usuarios pueden acceder, como YouTube; 3) los operadores de foros, que se refiere a quienes acercan la posibilidad de intercambiar mensajes, informaciones y contenidos a los usuarios entre sí (p.ej. foros como el del diario La Nación o salas de chat en línea), y 4) los proveedores de herramientas de localización de información, que son quienes permiten que el usuario acceda a bases de datos con programas de búsquedas de las expresiones por él solicitadas, mediante distintos hipervínculos (v.g.r., Google, Yahoo)”*³.

En este último grupo incluimos a los famosos P2P (peer to peer). Lo que hacen estos proveedores es crear una plataforma digital donde los usuarios proveen links para que otros usuarios accedan a ellos y reproduzcan la información provista en dicho link. La diferencia con los proveedores de emplazamiento, es que en los proveedores de herramientas de localización, la información no está alojada en el servidor del proveedor de emplazamiento, si no que la información está en el servidor del usuario. La diferencia con los operadores de foros, está en que en los proveedores de herramientas de localización lo que se intercambia son mensajes, ni información, si no que se intercambia y distribuye obras enteras protegidas en la gran mayoría de los casos por el derecho de autor (ejemplo de P2P son Emule, Ares, Bit Torrent, por nombrar a algunos).

La gran característica de los ISP es que ellos no crean, en ninguna hipótesis, el contenido. Los contenidos son creados por los usuarios, quienes utilizan las plataformas creadas por los ISP para compartir el contenido. Así, YouTube no decide qué videos colgar en su plataforma digital, si no que quien sube dicho video a YouTube, es el usuario. De la misma manera, twiteer, facebook, etc., no crean los mensajes que circulan en su plataforma, si no que dicho contenido (mensajes, videos, e información de cualquier índole) es creada por los usuarios.

Los ISP tampoco participan en ningún proceso de elección del contenido que va a quedar disponible on line. Por ello, el ISP es una persona totalmente pasiva, a priori, de la creación del contenido. Pero cuidado, un ISP no dejará de serlo por el hecho de dar de baja a material en infracción, luego de haber tomado conocimiento de la existencia del material en infracción. A lo que nos referimos es que el ISP, a priori, no elige el material o contenido que va a estar disponible en su plataforma digital on line.

² Fernando Tomeo, *Redes Sociales y Tecnológicas 2.0*, 2da Ed., pág. 11

³ Ob. Cit., pág. 12.

En caso que un ISP cree contenido o participe en la elección de decidir qué contenido acepta, y cuál otro no, entonces sencillamente dejará de ser un ISP y pasará a ser un proveedor de contenido.

III Responsabilidad de los ISP

En el Uruguay no hay un marco legal que regule a los ISP. Hasta que este marco legal exista, tendremos que aplicar el derecho civil, y más concretamente el instituto de la responsabilidad extracontractual del derecho civil nacional.

El contenido disponible en las distintas plataformas on line puede producir ilícitos varios. Nos adherimos en este trabajo a la posición de Gamarra de la atipicidad del ilícito, que dice que *“no es necesario encontrar una norma específica que sancione como ilícito el deber violado por el ofensor, sino que basta que el orden jurídico tutele –bajo cualquier forma- los intereses que resultaron lesionados”*.⁴

De esta manera, habrá un ilícito cuando se produzca *“una invasión de la esfera jurídica ajena, que lesione derechos, intereses o situaciones jurídicamente protegidas”*.⁵

Por ello cada vez que se lesione la esfera jurídica de un individuo por medio de hechos y acciones que infrinjan los derechos de autor, los derechos marcarios, o hechos que infrinjan de alguna manera los derechos personalísimos de terceras personas, se habrá cometido un ilícito.

La ventaja de la tesis de la atipicidad del ilícito, es que prescinde de la necesidad de individualizar una prohibición específica violada.

Por tanto, si de alguna manera se invade la esfera jurídica ajena, esto es, si de alguna manera se infringen los derechos de autor, de marca, o derechos personalísimos, se habrá generado un ilícito. Y dicho ilícito no dejará de existir ante la ausencia de identificación concreta de la norma violada. Si se agredió un interés protegido, el ilícito estará entonces acreditado.⁶

¿Responsabilidad objetiva o subjetiva?

La primera interrogante es si el administrador del correspondiente ISP debe responder en base a la culpa (responsabilidad subjetiva), o si, por el contrario, debe responder independientemente de si ha actuado o no con negligencia o culpa (responsabilidad objetiva).

⁴ Gamarra y Gamarra, Responsabilidad Extracontractual, pág. 15.

⁵ Ob. Cit. Pág. 15

⁶ La atipicidad de lo ilícito a que nos adherimos no rige en materia penal, puesto que allí, al estar comprometida la libertad del individuo, siempre es necesario la identificación concreta de la norma (penal) infringida. Gamarra, TDCU, T XIX, Vol. 1, 2da Ed., pág. 186.

Una responsabilidad objetiva significaría que los administradores sean responsables del daño causado en las plataformas digitales que ellos administran sin importar de qué manera ellos actuaron.

Por el contrario, una responsabilidad subjetiva requiere siempre de la culpa del responsable. Por tanto, el ISP no será responsable por el daño causado (dentro de su plataforma tecnológica) si él actuó diligentemente y sin culpa.

En Argentina, parte de la doctrina y jurisprudencia se inclina por la responsabilidad objetiva de los ISP. De esta manera, Tomeo dice que *“una parte de la doctrina nacional considera aplicable a la actividad informática (y en consecuencia a los buscadores de internet) una responsabilidad objetiva. Por ejemplo, ZAVALA DE CONZALEZ, entre otros, refiere que los daños derivados de la actividad informática pueden recaer en la esfera contractual y en la extracontractual, dándose esta última circunstancia cuando los perjudicados son terceros ajenos a la relación que vincula al proveedor con el usuario específico de un sistema de computación, refiriendo, asimismo, que la actividad informática es riesgosa y que, en consecuencia, le resulta aplicable la responsabilidad objetiva (art. 1113, párr.. 2, parte 2da, Código Civil) referida al riesgo de la cosa”*.

Tomeo continúa diciendo que *“ante la hipótesis de anonimato del propietario de la página web, se ha propiciado la responsabilidad objetiva fundada en el riesgo creado (art. 1113, párr.. 2 in fine, Cód. Civil), porque la computadora es una cosa de riesgo y se beneficia económicamente con el almacenamiento de datos a título oneroso o gratuito”*.⁷

En síntesis, esta corriente (no compartida por Tomeo) entiende que como las plataformas tecnológicas e internet configuran cosas “peligrosas”, entonces ellas deben hacerse cargo del riesgo generado y responder entonces de manera objetiva, esto es, sin culpa, de los daños generados en sus plataformas.

Tomeo se afilia a la responsabilidad subjetiva de los ISP, de la siguiente manera: *“consideramos que no resulta viable imputar responsabilidad objetiva al buscador de Internet, porque no contribuye a la generación del daño ni como autor ni como editor del contenido..”*

Si bien toda responsabilidad objetiva es simpática ante la sociedad, pues ella pone énfasis en resarcir a la víctima y evitar que todo daño quede sin reparación, haciendo responsable a personas que sin haber actuado con culpa, tengan posibilidad de resarcir dicho daño, la misma no puede prosperar en nuestro ordenamiento jurídico.

Primero, para aplicar la responsabilidad objetiva a los administradores o titulares de los ISP, debe de haber una norma que habilite la aplicación de dicha responsabilidad. En Uruguay dicha norma es inexistente. No hay en Uruguay una norma de responsabilidad objetiva que implique hacer responsable a los titulares de los ISP prescindiendo de la culpa de estas personas.

Segundo, si bien es cierto el fundamento loable de la responsabilidad objetiva en el sentido que la misma intenta proteger a la víctima, y evitar que ella quede sin resarcimiento,

⁷ Tomeo, Ob. Cit., pág. 19.

no es menos cierto que aplicar una responsabilidad objetiva iría contra la evolución de internet y perjudicaría el normal funcionamiento de esta herramienta que hoy día usamos y disfrutamos todos los que la tenemos al alcance.

Si un foro de internet va a ser condenado automáticamente y sin culpa por un actuar ilícito de un usuario, veríamos cada vez menos foros disponibles para intercambiar y comentar información. Si un sitio de compra venta online fuera condenado automáticamente y sin culpa, de los ilícitos generados por sus usuarios (por ejemplo compra venta de artículos falsificados), se estaría atentando contra la existencia de los sitios de compra online que tanto beneficios le dan a la sociedad entera (como lo es el beneficio de comparar en dos minutos los precios de un artículo a escala casi que mundial, y con ello propiciar a la baja de los precios y fomentar la competencia).

Esto no significa que los ISP deben de ser inmunes. Ellos deben responder en base a la culpa. Es más, deben responder, a nuestra opinión, por la responsabilidad por el hecho de las cosas, lo que obliga a los ISP a tener una actitud activa y eficiente para evitar la producción de daños dentro de sus plataformas tecnológicas, como veremos a continuación.

Responsabilidad por el hecho de las cosas

El daño producido en el marco de una plataforma digital en internet, esto es, el daño producido a través de los distintos ISP, se produce por medio de una cosa, o dicho de otra manera, la cosa (plataforma tecnológica) interviene en la producción del daño. A su vez, estas plataformas están sometidas a la guarda, esto es, al cuidado de sus administradores (personas que tienen la administración de las plataformas digitales). Por estas razones, la responsabilidad de los ISP estará regulada por el art. 1324 de nuestro Código Civil, el cual regula la responsabilidad por el hecho de las cosas.

Las plataformas digitales (de cualquier índole, sean plataformas dirigidas a la compraventa de productos y servicios como ebay, mercado libre; sean plataformas para compartir y descargar obras musicales o audiovisuales; sean plataformas constituidas por foros dirigidas a compartir opiniones e información) son “cosas”, en el sentido del art. 1324.

Gamarra entiende que *“en principio todas las cosas tienen aptitud para generar este tipo de responsabilidad”*.⁸ Esta afirmación tiene su fundamento en el mismo 1324, pues este artículo no distingue, y donde no distingue el legislador, no debe distinguir el intérprete.

El art. 1324 dice que *“Hay obligación de reparar no solo el daño que se causa por hecho propio, sino también el causado por el hecho de las personas que uno tiene bajo su dependencia o por las cosas de que uno se sirve o están a su cuidado”*.

Gamarra entiende que el hecho esencial para que una cosa sea “cosa” según el art. 1324, es que alguna persona tenga la guarda sobre esa cosa, o, en otras palabras, que esa “cosa” esté sometida al cuidado de alguna persona. Si esto ocurre, entonces la cosa (sin

⁸ Gamarra, TDCU, T XXXI, Vol. 3, 3era. Ed., pág. 10.

importar que cosa clase de cosa sea, animada, inanimada, etc.) queda comprendida en el art. 1324 de nuestro Código Civil.

En este sentido dice Gamarra que *“las cosas contempladas por el art. 1324 son aquellas de que uno se sirve o están a su cuidado; quedan fuera las res nullius (cosas sin dueño), las cuales, por carecer de guardián, están fuera de las previsiones del art. 1324. En realidad no se trata de todas las cosas, sino exclusivamente de las que pueden ser apropiadas, guardadas o vigiladas por un sujeto, lo que no sucede p. ej. con el agua del mar o el aire de la atmósfera”*.⁹

Por tanto, si una cosa tiene dueño, o mejor dicho, si una cosa está al cuidado de alguna persona, y la misma es utilizada en la producción del daño, regirá el art. 1324.

Gamarra resume lo que venimos diciendo de la siguiente manera *“La responsabilidad (refiriéndose a la responsabilidad por el hecho de las cosas) está ligada a la guarda y no a la cosa; por consiguiente “cosas” son todas las que pueden ser objeto de guarda, sin excepción alguna”*.¹⁰

Es clave entonces determinar si estas cosas están sometidas a la guarda de alguna persona. Porque si lo están, regirá el art. 1324.

Los ISP como guardianes de sus respectivas plataformas tecnológicas

¿Quién es el guardián? Según el art. 1324, guardián es aquella persona que se sirve de la cosa, o que la tiene a su cuidado.

Servirse de la cosa significa usar la cosa. Tenerla a su cuidado, significa la posibilidad de tomar las medidas pertinentes para evitar que la cosa genere un daño.

En realidad, lo esencial en la guarda es el cuidado de la cosa. El servirse de la cosa, implica siempre el cuidado de quien la usa, y por ello el que usa la cosa, la tendrá siempre a su cuidado; *“no puede servirse de la cosa sin tenerla a su cuidado” Pero no ocurre lo mismo a la inversa: puede ocurrir que haya cuidado de la cosa, sin servirse (sin usar) de la cosa, como ocurre con un depositario*.¹¹

Por ello, para que haya guardián, solo se requiere que el guardián tenga la “cosa” a su cuidado, con la relativa obligación de prevenir que la misma cause daños a terceros (inc. 6 del art 1324).

El poder que debe de ostentar el guardián es de carácter autónomo e independiente. Debe ser un poder libre, con facultades de tomar las decisiones de manera autónoma. No hay poder autónomo o independiente, cuando *“el que está en relación con la cosa se encuentra*

⁹ Gamarra, Ob. Cit. pág. 19

¹⁰ Gamarra, Ob. Cit. Pág. 28

¹¹ Gamarra Ob. Cit. Pág. 178

*sometido a órdenes e instrucciones, que le imparte otro sujeto, por lo que atañe a la utilización o conservación del objeto, en cuyo caso este último es el guardián”.*¹²

Es claro que las plataformas digitales objeto de estudio de este trabajo, están sometidas a guarda. Toda plataforma digital disponible on line es administrada por alguien. Todas las páginas web, de cualquier índole, tienen su guardián.

Estas plataformas digitales tienen todas un guardián, esto es, una persona que las administre y que tenga capacidad de control y supervisión sobre las mismas. La tecnología cuenta con innumerables herramientas tecnológicas para evitar y/o disminuir la posibilidad de que se generen daños ocasionados en el marco de una plataforma digital.

Por tanto, estas plataformas digitales están al cuidado de alguien (de su guardián) y por tanto, el régimen de responsabilidad que regirá no puede ser otro que el del art. 1324 del CC.

Además de que las plataformas estén al cuidado de su guardián, las mismas son usadas por ellos. El administrador de una página web utilizada para compartir contenido entre usuarios, se sirve de la misma, esto es, la usa. De igual manera, el administrador de páginas web de compra venta online también hacen uso de las mismas, constituyendo dichas páginas web auténticas empresas, a veces, sumamente importantes.

Por tanto, en los casos de ISP se dan los dos presupuestos que menciona el art 1324 para aplicar así la responsabilidad por el hecho de las cosas: hay un guardián que cuida la cosa (esto es, su plataforma digital disponible on line) y que se sirve de ella (la usa).

Hay responsabilidad de la cosa cuando ella intervenga en el evento dañoso

Para poder aplicar el art 1324, la cosa debe participar en el evento dañoso. Si la cosa intervino en el evento dañoso, entonces la responsabilidad que la regirá será la del art. 1324. No hay que desarrollar en demasía dicha intervención; si se acredita que la cosa intervino, de cualquier manera, en el evento dañoso, se aplicará entonces la responsabilidad por el hecho de las cosas.

En palabras de Gamarra, *“basta que la cosa participe o intervenga en el evento dañoso, para que exista responsabilidad regida por el art. 1324, sea cual fuere la manera como la cosa intervenga (activa o pasivamente, con comportamiento normal o anormal, con o sin contacto material), intervención que no requiere adicionar la prueba de que la cosa fue causa del daño, porque este aspecto no tiene que ver con la cosa sino con la conducta del guardián”.*¹³

Si un individuo que administra una página web permite a usuarios colgar videos musicales o audiovisuales dentro de la misma, con el fin de que puedan ser reproducidos por otros usuarios, si se produce un daño (infracción a los derechos de autor del titular de las obras allí compartidas) el mismo habrá sido cometido con la intervención de la cosa, y por tanto regirá el art 1324.

¹² Gamarra, Ob. Cit. Pág. 187

¹³ Gamarra, Ob. Cit., pág. 71

Lo mismo sucede con las redes sociales: si por medio de Facebook una persona distribuye información difamatoria sobre una persona, el daño se habrá cometido con la intervención de la cosa (en este caso la red social Facebook) y por tanto la responsabilidad estará regulada por el art. 1324.

Responsabilidad por el hecho de las cosas como responsabilidad subjetiva

Si bien la responsabilidad que nos parece debe regular a los ISP es la responsabilidad por el hecho de las cosas, informamos la ausencia de todo abismo de objetividad en esta responsabilidad.

Cuando se responde por el art. 1324 se responde por culpa. Además, no se responde por la actividad o hecho de las cosas, si no que se responde por el hecho propio.

Gamarra expresa que no es concebible un hecho de la cosa, sino únicamente del hombre, y por ello informa que la responsabilidad por el hecho de las cosas configura un caso de responsabilidad directa o por el hecho propio, lo cual define la categoría como un sub-tipo del art. 1319. Agrega, además, que la responsabilidad por el hecho de las cosas se basa en la culpa, según resulta del inciso final del art. 1324, norma que no existe en el Código francés; la responsabilidad cesa entonces cuando el guardián prueba que actuó con la diligencia del buen padre de familia, esto es, sin culpa.¹⁴

Es cierto que, como veremos a continuación, la responsabilidad del art 1324 pone al responsable (en este caso al guardián de los ISP) en una situación más prejuiciosa que el art. 1319, puesto que bajo este artículo, la víctima tiene la carga de probar la culpa del responsable, culpa que se presume (presunción simple) en el ámbito del art. 1324. Empero, el ISP responderá siempre en base a su culpa y en base a un actuar negligente suyo propio, y por tanto, si el ISP opera correctamente y con la debida diligencia, no será responsable de los ilícitos cometidos por los usuarios dentro de sus plataformas digitales en internet.

Consecuencias de aplicar el 1324

Una vez configurados los elementos de la responsabilidad por el hecho de las cosas, vistos anteriormente (participación de la cosa sometida a guarda en el evento dañoso), regirán las consecuencias del art 1324, que son las siguientes: presunción de culpa, y presunción de causalidad.

La presunción de culpa surge del último inciso del art 1324 que dice que *“La responsabilidad de que se trata en los casos de este artículo cesará cuando las personas en ellos mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”*. Por ello, es claro también que esta presunción es simple y no absoluta. Esto significa que cesará la responsabilidad del guardián de la plataforma digital (si no hay culpa no se configura responsabilidad alguna) si éste prueba haber obrado como un buen padre de

¹⁴ Gamarra, Ob. Cit. Pág. 15

familia a la hora de tomar las precauciones necesarias (que varían según caso a caso ¹⁵) para evitar que se produzca un daño.

La relación de causalidad, a diferencia de lo que sucede con la presunción de culpa, no surge del art 1324, puesto que no hay mención sobre la misma. Sin embargo, dicha presunción surge como consecuencia de la existencia de la presunción de la culpa. Gamarra, en este sentido dice que *“...hay presunción de causalidad, porque hay presunción de culpa. La presunción de culpa sería inútil, si, al mismo tiempo, no se presumiera también la causalidad; vale decir, que esa culpa (presumida) fue la que causó el daño”*.¹⁶

La víctima deberá probar, únicamente, el ilícito (que se invadió su esfera jurídica), un daño, y que en dicho daño participó la “cosa”. La culpa (del guardián) y el nexo causal, se presumen de manera simple y no absoluta.

IV Infracción a los derechos de autor por medio de los ISP

Una de las maneras más recurrentes en que se infringen los derechos de autor en internet, es mediante los Hosting services, o servicios de alojamiento. Estas son plataformas digitales que por medio de una página web permiten a sus usuarios colocar contenido dentro de sus servidores. Luego, dicho contenido podrá ser reproducido o compartido con los demás usuarios.

Cuando estos contenidos están protegidos por el derecho de autor, y no haya mediado autorización del titular de dichos derechos, se habrá infringido la ley de derechos de autor que dice lo siguiente:

Art. 44 de la ley 9739 (según redacción dada por art 13 de la ley 17616)

“Son, entre otros, casos especiales de reproducción ilícita:

A) Obras literarias en general:

1. La impresión, fijación, reproducción, distribución, comunicación o puesta a disposición del público, de una obra sin consentimiento del autor...”

“B) Obras teatrales, musicales, poéticas o cinematográficas:

1. La representación, ejecución o reproducción de obras en cualquier forma y por cualquier medio, en teatros o lugares públicos, sin la autorización del autor o sus causahabientes. A los efectos de la presente ley se entiende que es efectuada en sitio público toda aquella realizada fuera del ámbito doméstico.....

6. La transmisión de figuras o sonidos por estaciones radiodifusoras o por cualquier otro procedimiento, sin autorización del autor o de sus causahabientes, así como su propagación en

¹⁵ Gamarra citando a Winfield dice que “se requiere mayor cuidado cuando se carga dinamita, que cuando se carga manteca” Gamarra T XXI pag 87

¹⁶ Gamarra, TDCU T XXI, Vol 3, 3era. Ed., pág., 80

lugares públicos, sea o no pago el derecho de acceso, mediante altavoces, discos fonográficos, etc.;"

El art 51 de la ley 9739 (modificado por el art. 18 de la ley 17616) dice que *"La parte lesionada, autor o causahabiente tiene acción para conseguir el cese de la actividad ilícita, la indemnización por daños y perjuicios y una multa de hasta diez veces el valor del producto en infracción"*.

El usuario que aloje el material protegido por derecho de autor, habrá cometido un ilícito y responderá en base al art. 1319 (responsabilidad por hecho propio).

El ISP responderá también en base a la culpa, pero en base al 1324, esto es, responderá por el hecho de la cosa. Esto es así porque no podemos obviar la existencia del art. 1324, que obliga al guardián de una cosa que produce un daño, a responder en base a este artículo (presunción de culpa).

Repetimos una vez más que la responsabilidad por hecho de las cosas (art. 1324) se basa en la culpa y por ello es necesario que el responsable haya actuado con negligencia.

El ISP que haya actuado diligentemente no responderá del daño ocasionado por medio de la cosa que tiene a su cuidado.

ISP y negligencia

Es imposible establecer a priori qué acciones de los guardianes de los ISP sirven para eximirlos de responsabilidad. En otras palabras, ¿qué acciones de estas personas se entenderán como prueba suficiente de haber empleado *"toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño"*?

No hay una respuesta única. Las acciones exigibles a los guardianes de los ISP a efectos de prevenir el daño, cambian sustancialmente según la plataforma digital que se esté analizando.¹⁷

Sin perjuicio que sería imposible describir las diligencias debidas de parte de los guardianes de los distintos ISP, hacemos los siguientes comentarios:

Ausencia de obligación de monitoreo o filtro previo del contenido¹⁸: la falta de este hecho no significará que el ISP haya actuado con culpa.

Una vez que el usuario coloca el contenido en el servidor respectivo, por medio de la página web del ISP, dicho contenido es puesto automáticamente a disposición de los demás

¹⁷ Desde 2013 a noviembre de 2014 Alibaba, uno de los líderes mundiales de comercio electrónico, destinó 2.000 empleados, 5.400 voluntarios y alrededor de 160 millones de dólares para luchar contra la venta de productos falsos en sus diferentes sitios. Marcasur Week, Enero 347. Grandes plataformas tecnológicas, deberán también demostrar grandes esfuerzos –acorde con su envergadura- para prevenir daños, como lo es el caso de Alibaba.

¹⁸ En el mismo sentido, los EEUU por medio de la Digital Millenium Copyright Acta, section 512, incorpora el "notice and take down", lo que implica la ausencia de monitoreo previo; la Unión Europea, por medio de la directiva europea 2000/31/CE, en su artículo 15, establece a texto expreso la ausencia de monitoreo previo con respecto a los ISP

usuarios. Una obligación de monitoreo previo significaría una obligación exagerada y desmedida que no haría otra cosa que atentar contra la existencia de estas páginas web y de Internet.

Nuevamente hay que hacer un balance correcto entre los derechos de autor y otros de propiedad intelectual por un lado, y los derechos de acceso a la información, de libre expresión, y también el derecho de las personas de disfrutar de la tecnología, por el otro. Una exigencia desmedida en pro de los primeros (como lo podría ser la exigencia de monitoreo previo) afecta a los segundos. Hay que encontrar el justo balance y exigir a los ISP obligaciones que no atenten contra la existencia de los servicios que ellos proveen.

Por ello, entendemos que cuando un ISP haya cumplido con las precauciones que a continuación enumeraremos, habrá actuado diligentemente y no tendrá entonces responsabilidad por los daños que se cometan a través de la “cosa” que tiene a su cuidado:

1. Informar a los usuarios que vayan a compartir contenidos, que es ilícito compartir contenido protegido por derechos de autor (u otros contenidos que infrinjan esferas jurídicas ajenas, como la privacidad, honor, etc.) y que si lo hacen, sus cuentas serán dadas de baja y serán además responsables de los daños causados.

2. Darle la posibilidad a los demás usuarios de denunciar un contenido que afecte sus derechos de autor. En otras palabras, que el ISP haya establecido un método rápido y fácil que permita a los usuarios o titulares de los derechos de autor respectivos, denunciar e informarle al administrador (al guardián) del ISP que dicho contenido infringe sus derechos de autor.

3. Que el ISP, luego de analizar la denuncia recién mencionada, actúe con celeridad y le dé la baja al contenido ilícito (si corresponde) de forma rápida.

4. Los ISP deberán cancelar las cuentas de aquellos usuarios que han usado sus cuentas para compartir contenido en infracción.

Medidas especiales según el giro del ISP

5. Si en la respectiva plataforma tecnológica hay un tráfico importante de obras audiovisuales, y/o musicales, sería conveniente que el ISP haya negociado una licencia con una parte relevante de los titulares (o con las respectivas asociaciones de gestión colectiva) de los derechos en cuestión.

EEUU y su regulación sobre la responsabilidad de los ISP en casos de derechos de autor

Los EEUU regularon de manera específica la responsabilidad de los ISP, en relación a los derechos de autor, en la sección & 512 llamada Online Copyright Infringement Liability Act, de la Digital Millennium Copyright Act –DMCA-.

En la sección 512 (c) de dicha ley se regula la responsabilidad de las entidades que proveen servicios de almacenamiento (Hosting services) de contenido de sus usuarios que quieren compartir dicho contenido con otros usuarios.

Las entidades que proveían estos servicios podían ser responsables de manera directa (podría entenderse que ellas cometían una infracción de distribución y reproducción de obras protegidas), y también podían ser responsables de manera coadyuvante (contributory liability)¹⁹, o de manera indirecta (vicarious liability)²⁰, pues en el caso que no fueran infractores directos, se cometía el ilícito de contribuir o beneficiarse de la producción de una infracción.²¹

Por ello, la sección 512 (c) hace inmunes a estas entidades, pues ellas no serán responsables de las infracciones que se cometan a los derechos de autor, siempre y cuando el proveedor del servicio cumpla con los siguientes requisitos:

1. que no tenga un conocimiento efectivo de la infracción que se comete en su sistema
2. que no tenga control sobre el material que es colgado o subido por el usuario y que no reciba un beneficio económico directamente de la infracción.²²
3. los ISP deben publicitar y poner en aplicación (dentro de su plataforma digital o Hosting service) una política de cierre de las cuentas de usuarios que hayan cometido infracciones a los derechos de autor,
4. Por último, una vez que el proveedor de servicio reciba conocimiento de la denuncia sobre una infracción, deberá de actuar con celeridad y dar de baja a dicho contenido (“notice and take down”).²³

En caso que los ISP hayan cumplido con las exigencias recién descritas, serán responsables solamente en caso de haber recibido una denuncia y en el supuesto de no haberle dado de baja al contenido denunciado de manera rápida.

Lamentablemente, en el Uruguay los ISP carecen de este “puerto seguro” o “safe harbour” (como se suele denominar al sistema de “notice and take down”). De todas maneras, como lo venimos diciendo, la situación en Uruguay no es sustancialmente distinta: en uno y otro caso, el ISP tiene que tomar medidas activas para evitar que se produzcan daños en sus respectivas plataformas digitales y, lo más importante, es que cuando ellos reciban noticias o

¹⁹ “Alguien que, con conocimiento de la actividad en infracción, induce, causa o contribuye con la actividad en infracción de otro, podrá ser contributivamente responsable” Gershwin, 443, F.2d 1159, 1162 (“One who, with knowledge of the infringing activity, induces, causes or materially contributes to the infringing conduct of another, may be held liable as a contributory infinger”).

²⁰ “hasta en ausencia de una relación empleador empleado uno puede ser indirectamente responsable si tiene la potestad de supervisar la actividad en infracción y si tiene o recibe un beneficio económico directo de dicha actividad” Gershwin 443 F.2d 1159, 1163 “even in the absence of an employer-employee relationship one may be vicariously liable if he has the right and ability to supervise the infringing activity and also has a direct financial interest in such activities”).

²¹ Craig Joyce y otros, Copyright Law, 7 Ed., pág. 716.

²² La ley habla de un beneficio económico directo (financial benefit directly attributable to the infringing activity) y por tanto si la página web tiene publicidad, ello no descalifica al proveedor del servicio, pues para no cumplir con este requisito, el proveedor de servicio debería de cobrar un dinero por el alojamiento del material directamente del usuario.

²³ Además el proveedor debe designar a un agente encargado de recibir las denuncias, y lo deberá registrar ante la oficina de derechos de autor de los EEUU. Los datos de este agente deben estar disponibles en la página web y en el registro de derechos de autor de los EEUU. 512 (c) (2)

denuncias respecto a una violación a los derechos de autor, actúen en forma rápida removiendo el contenido en infracción.

Responsabilidad Penal

La responsabilidad penal de los Hosting services (servicios de alojamiento) también está comprometida según el art. 46 A) de la ley de derechos de autor, que dice que:

“A) El que edite, venda, reproduzca o hiciere reproducir por cualquier medio o instrumento –total o parcialmente-; distribuya; almacene con miras a la distribución al público, o ponga a disposición del mismo en cualquier forma o medio, con ánimo de lucro o de causar un perjuicio injustificado, una obra inédita o publicada, una interpretación, un fonograma o emisión, sin la autorización escrita de sus respectivos titulares o causahabientes a cualquier título, o se le atribuyere para sí o a persona distinta del respectivo titular, contraviniendo en cualquier forma lo dispuesto en la presente ley, será castigado con pena de tres meses de prisión a tres años de penitenciaría”.

Sin emitir opinión sobre este artículo, se aprecia que la responsabilidad penal de los Hosting Services, que en muchísimos casos son utilizados por sus usuarios para alojar contenido protegido por el derecho de autor (como la música), está comprometida.

Evidentemente estos ISP “reproducen” y “distribuyen” contenido, el cual muchas veces está protegido por el derecho de autor, y, si a ello se suma el ánimo de lucro por parte del ISP, se habrá tipificado el delito del art. 44 A).

Ahora, ¿qué significa ánimo de lucro? ¿Significa que el ISP reciba un rédito económico directamente de parte de sus usuarios (por medio de suscripciones mensuales, por ejemplo)? o, por el contrario, ¿basta para que se configure el ánimo de lucro, que la página web en general tenga ánimo de lucro sin cobrar directamente a sus usuarios, extremo que generalmente satisfacen por medio de la venta de publicidad dentro de sus páginas web?

En vista que estamos ante una norma de carácter penal, entendemos que la interpretación debe ser restrictiva y que por tanto los ISP que reproduzcan o distribuyan obras protegidas cometerán el presente delito penal solamente cuando reciban rédito económico de forma directa de parte de sus usuarios.

Caso Taringa²⁴

A esta altura es importante comentar el fallo argentino de la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, de fecha 29 de abril de 2011, donde se confirmó el procesamiento de los administradores de la página web Taringa! por la reproducción ilícita de obras protegidas por el derecho de autor.

Dichos procesamientos se basaron en el delito previsto en el artículo 72 inciso “a” de la ley 11.723, que dice que se considerará caso de defraudación “a) *El que edite, venda o*

²⁴ Causa Nº 41.181 “www.....net y otros s/procesamiento”. Así surgen los autos de la web Centro de información judicial de Argentina.

reproduzca por cualquier medio o instrumento, una obra inédita o publicada sin su autorización de su autor o derechohabientes”.

Taringa es una página web que funciona como biblioteca de hipervínculos, en donde se le permite a usuarios anónimos la posibilidad de compartir y descargar gratuitamente archivos protegidos por el derecho de autor, sin la respectiva autorización de sus titulares.

La página Taringa no aloja en su servidor obras de ningún tipo. Esto es una diferencia tecnológica importante con otras webs, en las cuales se le permite al usuario alojar el contenido en el servidor mismo de la página web (como sucede por ejemplo con YouTube). Por tanto, en el servidor relacionado a la página web Taringa! no se encontraban las obras protegidas, sino que solamente se encontraban los hipervínculos. Esto significa que las obras se situaban en un servidor ajeno y distinto a Taringa!, y por tanto la reproducción no se daba en la página web de Taringa!, sino que se daba en otro sitio de internet.

Si bien la reproducción de las obras se daba en espacios distintos de internet (no en la web Taringa!) el fallo culmina diciendo que *“Los imputados a través de su sitio permitían que se publiciten obras que finalmente eran reproducidas sin consentimiento de sus titulares... Adviértase que si bien los autores del hecho finalmente serían aquellos que subieron la obra al website y los que la bajan, lo cierto es que el encuentro de ambos obedece a la utilización de la página....., siendo sus responsables al menos partícipes necesarios de la maniobra y además claros conoedores de su ilicitud.....”* (Capítulo III de la sentencia comentada).

V Infracción a los derechos marcarios por medio de los ISP

Los derechos marcarios son comúnmente infringidos en sitios de venta online, como los son Mercado Libre, De remate, OLX, eBay, etc.

En estos sitios, y nuevamente gracias al anonimato que ofrecen a sus usuarios, éstos aprovechan a poner en venta productos falsificados en estos sitios web. Es claro que la persona o usuario que pone a la venta un producto falsificado, será responsable de manera directa por su actuar.

Ahora, el ISP, responderá también, pero en base al art. 1324 (responsabilidad por el hecho de las cosas). Esto significa, una vez más, que el orden jurídico le obliga al ISP a tomar medidas activas con el fin de evitar que se produzcan daños en sus plataformas tecnológicas (en este caso, evitar que se ofrezcan y vendan productos falsificados en sus sitios web).

Las siguientes medidas a tomar por los ISP son claves para evitar la comercialización de productos falsificados en sus sitios web, y la adopción de las mismas contribuirá para calificar su actitud como diligente y evadir entonces su responsabilidad en ilícitos producidos dentro de sus sitios web.

1. Informar a los usuarios que vayan a vender artículos, que es un ilícito y un delito penal la comercialización de productos falsificados (art. 83 de ley 17011) y que si lo hacen, sus cuentas serán dadas de baja y serán además responsables de los daños causados.

2. Darle la posibilidad a los usuarios de denunciar la existencia de artículos (que se encuentren dentro de la plataforma tecnológica) que afecten sus derechos marcarios. En otras palabras, que el ISP haya establecido un método rápido y sencillo que le permita a los usuarios o titulares de los derechos marcarios respectivos, denunciar la existencia de productos en infracción.

3. Que el ISP, luego de analizar la denuncia recién mencionada, actúe con celeridad y le dé la baja al contenido ilícito (si corresponde) de forma rápida.

4. Los ISP deberán cancelar las cuentas de aquellos usuarios que han usado sus cuentas para ofrecer en venta productos falsificados.

Caso Tiffany vs Ebay²⁵

El caso ebay es importante porque es uno de los primeros casos en analizar la responsabilidad de los ISP (ebay, en este caso) por la existencia de infracciones marcarias (productos falsificados destinados a la venta) dentro de una plataforma tecnológica o sitio web.

eBay es la titular de www.ebay.com, una plataforma de venta en internet que permite a aquellas personas que están registradas comprar y vender artículos entre unos y otros. ebay conecta a sus usuarios, pero no participa en las compra ventas; ni vende ni compra nada. eBay cobra una comisión por cada compra venta originada en su web www.ebay.com

En el proceso que se comenta quedó probado que una porción significativa de los productos marca Tiffany listados en eBay (ofrecidos para la venta) eran falsificaciones. Sin embargo, también quedó probado en primera instancia que una parte sustancial de dichos listados Tiffany eran productos legítimos.

Tiffany accionó contra eBay por la existencia generalizada de productos Tiffany falsos en www.eBay.com, y alegó que eBay era contributivamente responsable (contributorially liable) por la conducta ilícita de aquellos que ofrecían a la venta productos falsos Tiffany. Pero aclaremos lo siguiente: Tiffany alegaba que eBay era contributivamente responsable de la venta generalizada (sin identificar caso a caso el producto falso en cuestión) de productos falsos Tiffany, y reclamaba que eBay solucionara el problema.²⁶

Por ello la acción de Tiffany apuntaba a la generalidad (sin identificar precisamente un producto en infracción) de la existencia de productos falsos Tiffany en eBay.

La sentencia del caso que se comenta, del año 2010, confirmó el fallo de primera instancia y entendió que eBay no es responsable por la existencia generalizada de productos

²⁵ Autos "Tiffany (NJ) Inc. and Tiffany and company, v. eBay Inc." United States Courts of Appeals For The Second Circuit, August, 2008.

²⁶ Tiffany, en el caso comentado, además de la acción de infracción marcaria (acción principal del caso) presentó también acciones de dilución de marca y de publicidad engañosa o falsa, acciones que no comentamos por ser ajenas al objeto del presente trabajo.

falsos Tiffany en eBay, y dicha Corte manifestó que *“para aplicar la responsabilidad contributiva, el proveedor de servicios –en esta caso eBay- debe tener más que un conocimiento general, o más que una razón de saber que su servicio (www.ebay.com en este caso) es usado para vender productos falsos. Conocimiento actual de los listados específicos en infracción es necesario”*. Luego agrega que: *“Tiffany fracasó en probar que eBay estaba facilitando sus servicios (en su plataforma tecnológica www.ebay.com) a personas (identificadas) que sabía o tenía razón de saber que estaban vendiendo productos Tiffany falsificados”*.

Pero quizás lo más importante para haber absuelto a eBay en este caso, es la actitud diligente con la que operó eBay, actitud que tiene como objetivo el evitar los listados de productos falsos en su plataforma tecnológica. En dicho proceso, entre otras cosas, quedaron probadas las siguientes diligencias de eBay:

1. eBay invertía 20 millones de dólares anuales para promover seguridad y confianza en su website. En el departamento de Seguridad y Confianza habían 4 mil empleados, incluidos 200 que se dedicaban exclusivamente a detectar infracciones en los listados.

2. en 2002 eBay desarrolló un software llamado “fradu engine” dedicado a detectar listados ilegales, incluyendo listados conteniendo productos falsificados.

3. eBay puso en práctica el programa llamado “Verified Rights Owner”, cumpliendo así con el ya comentado sistema del “notice and take down”, por medio del cual cualquier titular de algún derecho de Propiedad Intelectual, incluido Tiffany, podía reportar y denunciar los listados ofreciendo productos sospechosos. En el periodo en consideración, se probó que eBay daba de baja a los listados denunciados dentro de 24 horas de recibida la denuncia por parte del titular de los derechos infringidos. En el período en cuestión, se probó también que eBay nunca se rehusó a remover los listados denunciados de productos Tiffany, y que además eBay, en todos los casos denunciados, proporcionó a Tiffany la información del contacto del vendedor (infractor).

4. eBay permitió a titulares de derechos de Propiedad Intelectual (como Tiffany) crear un sitio dentro de eBay llamado “About me”, donde estos titulares informan a los usuarios sobre los productos vendidos en eBay y demás información. Gracias a esta posibilidad Tiffany tenía, dentro de eBay, su “About me” donde informaba a los usuarios de eBay que *“La mayoría de los pretendidos artículos TIFFANY & CO. silver jewelry y su packaging disponibles en eBay, son falsificaciones”*.

5. En el año 2003 a 2004, eBay comenzó a enviar mensajes a todas aquellas personas que listaban artículos Tiffany en eBay. Dicho mensaje invitaba al vendedor a asegurarse de que dichos productos eran auténticos y les informaba además que eBay no toleraba la venta de productos falsificados en su sitio web.

6. eBay incorporó procedimientos para clausurar la cuenta de usuarios infractores y suspendió la cuenta de cientos de miles de vendedores infractores.

La conducta de eBay, proclive a tomar medidas efectivas y razonables en vistas a evitar infracciones dentro de su sitio web, fue clave en la decisión de absolver a eBay de toda responsabilidad al respecto.

En definitiva, como lo venimos diciendo desde un principio, la clave en estos casos es que el ISP tenga actitudes positivas, eficaces y serias para evitar que se produzcan daños dentro de sus plataformas digitales. El ISP no debe ser ajeno a lo que sucede dentro de su “cosa”, y cuando no lo es, si no que, por el contrario, cuando actúa diligentemente tomando las precauciones que están a su alcance (precauciones que varían caso a caso) no será responsable de los daños producidos dentro de sus plataformas digitales.

VI Infracciones a los derechos de la personalidad por medio de los ISP

Primero diremos que los derechos de la personalidad tienen arraigo constitucional. Ellos están establecidos en el art. 7 y principalmente en el art 72 de la Constitución, artículo que positiviza la corriente jusnaturalista al afirmar que *“La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”*.

Daniel Lamas, en este sentido, dice que *“Todos y cada uno de ellos -refiriéndose a los derechos de la personalidad como lo son el derecho al nombre, a la imagen, a la intimidad, a la identidad y al honor-, al igual que el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad, al trabajo, a la propiedad, entre otros, algunos referidos expresamente en el articulado de la Constitución nacional, constituyen derechos inherentes a la personalidad humana de los que nadie puede ser privado, a los cuales no puede renunciar y que no prescriben o se extinguen por el transcurso del tiempo”*.²⁷

Sin embargo, en el Uruguay, hay una ausencia de un régimen específico de defensa y de sanciones contra los actos que atenten contra los derechos de la personalidad.

Por ello es fundamental, en sede de los derechos de la personalidad (donde hay ausencia de reglamentación), el enunciado del art 332 de la Constitución. Este artículo obliga a los magistrados a aplicar y defender los derechos de los individuos consagrados en la Constitución (como lo son los derechos de la personalidad, art 72), sin perjuicio de la ausencia de reglamentación respectiva, y para ello, los magistrados deberán, según este mismo artículo, recurrir a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas²⁸.

En este sentido Lamas dice que *“Cualquier conducta de terceros que afecte a alguno de estos derechos -refiriéndose a los derechos de la personalidad- es ilícita, en la medida que no*

²⁷ Daniel Lamas, Estudio sobre el nombre, la imagen, la intimidad, la identidad, el honor y la reputación, pág. 393.

²⁸ Aquí las 3 fuentes integradoras aparecen en plano de igualdad, a diferencia de lo que acontece en el art. 16 del CC donde se impone un orden jerárquico entre las mismas.

*esté incluida dentro del elenco extremadamente reducido de excepciones contempladas a texto expreso por la ley y consagradas por razones de interés general o que sea consentida por el titular del derecho.....*²⁹. Por ello, cualquier violación de esos derechos, con independencia que se trate de alguno de los referidos expresamente o de los no mencionados en la carta fundamental, obliga a los jueces a hacer cesar los actos que configuran la violación, si es que los mismos no hubieran ya finalizado, adoptando, con la celeridad que los casos merecen por la importancia de los intereses en juego, todas las medidas conducentes a tal efecto. Pero no termina allí la obligación de los magistrados, sino que deben procurar reparar en forma integral los daños materiales y morales ocasionados a los titulares de esos derechos.

Aquí, ante la falta de reglamentación respectiva, adquiere nuevamente importancia la atipicidad del ilícito ya comentada de Gamarra, que dice que *“no es necesario encontrar una norma específica que sancione como ilícito el deber violado por el ofensor, sino que basta que el orden jurídico tutele –bajo cualquier forma- los intereses que resultaron lesionados”*. (Jorge Luis y Jorge Gamarra, pag. 15).

Los derechos de la personalidad son tutelados por la Constitución, y por tanto cualquier invasión sobre ellos significará un ilícito que deberá ser reprimido.

Caso Rodriguez, María Belén³⁰. CSJ de Argentina

Esta importante decisión en materia de derechos de la personalidad en internet, por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina, trajo claridad sobre varias cuestiones.

La modelo María Belén Rodríguez demandó contra los motores de búsqueda de Google y Yahoo, alegando que estos buscadores habían avasallado sus derechos personalísimos al habérsela vinculado a determinadas páginas de internet de contenido pornográfico y erótico, solicitando la eliminación de las señaladas vinculaciones.

La CSJ confirmó el fallo de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en cuanto aplicó la responsabilidad subjetiva al caso de autos, desestimando así el pedido de la actora de aplicar la responsabilidad objetiva. En este sentido dice la sentencia que *“no corresponde juzgar la eventual responsabilidad de los “motores de búsqueda” de acuerdo a las normas que establecen una responsabilidad objetiva, desinteresada de la idea de culpa. Corresponde hacerlo, en cambio, a la luz de la responsabilidad subjetiva”*.

Esta solución no es distinta a la que proponemos en este trabajo, esto es, la responsabilidad por el hecho de las cosas (en el Uruguay), puesto que esta responsabilidad es, sin lugar a dudas, subjetiva (se basa en la culpa y no prescinde de la actitud o diligencia del guardián).

²⁹ Lamas, Ob. Cit., pág., 393.

³⁰ Autos “Rodríguez, María Belén c/Google Inc, s/daños y perjuicios”

La sentencia fundamenta correctamente la solución de optar por la responsabilidad subjetiva, afirmando que en autos está en juego además de los derechos personalísimos de la actora, los derechos fundamentales de expresión e información.

En este sentido dice el fallo que *“La libertad de expresión sería mellada de admitirse una responsabilidad objetiva que –por definición- prescinde de toda idea de culpa y, consiguientemente, de juicio de reproche a aquél a quien se endilga responsabilidad”*.

A continuación, el fallo mencionado recoge el ya comentado “notice and take down”, y expresa que el motor de búsqueda será responsable –solamente- *“cuando haya tomado efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente”*.³¹

Por ello este fallo confirma la conclusión de la Cámara en que *“no se ha acreditado que las demandadas, frente a una notificación puntual de la actora que haya dado cuenta de la existencia de contenidos lesivos para sus derechos en determinados sitios, hayan omitido bloquearlos, con lo cual no se encuentra probada su negligencia de supuestas infracciones a los derechos personalísimos de la parte actora...”*.

Se infiere entonces de este fallo de la CSJ de Argentina que un buscador de internet será responsable solamente si el buscador hubiere sido notificado de una supuesta infracción (en motores de búsqueda las infracciones serían las de sugerir páginas web ante búsquedas de usuarios que de alguna manera infrinjan derechos de terceras personas), y el mismo haya decidido no eliminar la supuesta infracción.

¿Qué pasa entonces con las otras medidas que sugeríamos para los demás ISP? Este fallo no las menciona. Y nos parece correcto que así sea.

Los ISP son una categoría amplia y por tanto no todos los ISP son la misma cosa. Es claro que el cuidado que debe tener el guardián de una página web de productos de venta, no es el mismo que el de un buscador de internet.

Primero, porque los buscadores de internet tienen cómo función primordial la de ayudar al usuario (o internauta) a encontrar información. Tan fácil como eso.³² Dicha “ayuda” se hace por medio de un algoritmo (secreto) que toma determinadas pautas de la búsqueda del usuario, y demás factores de las paginas disponibles en internet, para sugerir, según dicho algoritmo, páginas web al usuario.

³¹ A continuación la sentencia explica la clase de notificación que debe ser cursada al buscador –si privada, judicial o administrativa- según la flagrancia u obviedad de la infracción.

³² Los buscadores tienen otras funciones como la de la publicidad paga o addwords, pero esto excede el objeto de este trabajo. Dichos addwords generan importantes conflictos de derechos, básicamente marcarios. Los addwords son sugerencias que le aparecen al usuario, en base a su búsqueda, no por ser un resultado natural del algoritmo que utiliza el motor de búsqueda, sino que, por el contrario, aparecen porque la página web pagó para aparecer como resultado ante la búsqueda de determinadas palabras clave por parte del usuario.

Segundo, por el papel fundamental que juegan los buscadores sobre el derecho a la información. En este sentido comenta el fallo mencionado que *“la importancia del rol que desempeñan los motores de búsqueda en el funcionamiento de Internet resulta indudable. Así lo ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al señalar que “la actividad de los motores de búsqueda desempeña un papel decisivo en la difusión global de dichos datos en la medida que facilita su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre del interesado, incluidos los internautas que, de no ser así, no habrían encontrado la página web en la que se publican estos mismo datos”*.

En suma, la función que juegan los buscadores en la difusión del conocimiento e información es notable al día de hoy, y ello amerita a no imponerles cargas que afecten su normal desenvolvimiento.

Siguiendo con el fallo comentado, la actora Rodríguez había solicitado se condenara a las demandadas a la eliminación hacia el futuro de cualquier vinculación de su nombre o imagen con páginas web de contenido sexual, erótico y/o pornográfico.

Una vez más y siguiendo el mismo criterio, la CSJ confirma el fallo de segunda instancia que había desestimado dicha solicitud. La Corte argumentó que *“la libertad de expresión debe ser de interpretación restrictiva y que toda censura previa (como lo era esta solicitud de la actora) que sobre ella se ejerza padece de una fuerte presunción de inconstitucionalidad”*.

En este punto, y más allá de las diferencias notables entre un caso y otro, vemos una coincidencia entre este fallo y el de ebay anteriormente comentado: ambos fallos no aceptan solicitudes de restricciones “a futuro”, sino que, por el contrario, exigen que los usuarios identifiquen concretamente el ilícito o infracción, y solamente luego de la comunicación al ISP del ilícito denunciado (una vez más, de manera concreta y específica) éste sería responsable (si es que no procede con la diligencia debida).

VII Conclusión

Todos aquellos que provean servicios por medio de una plataforma digital disponible on line (los aquí llamados ISP), deben ser sujetos activos con el fin de evitar que sus plataformas generen daños a terceros. Su responsabilidad estará regulada por el art. 1324 del Código Civil. Las medidas que le serán exigidas a los ISP, a efectos de evitar la producción de daños, estarán relacionadas con la importancia de sus respectivas plataformas digitales.

Los ISP responderán siempre de manera directa o por acto propio, y en base a la culpa. No responden por el hecho de la cosa (en inconcebible un hecho de la cosa) y tampoco responden de manera objetiva, esto es, sin culpa. Para atribuirles cualquier tipo de responsabilidad en caso de daños, es necesario que ellos –los ISP- hayan actuado con culpa o negligencia, según lo enunciado por el artículo 1324 del Código Civil.