



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
Magíster Derecho y  
Nuevas Tecnologías

**RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE**  
**SERVICIOS DE INTERNET:**  
**El caso Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. s/daños y**  
**perjuicios (Argentina)**

**RODRIGO ALBERTO ALFARO SAN MARTÍN**

**(AFET para obtener el grado de “Magíster en Derecho y Nuevas Tecnologías”)**

Profesor Guía:

Salvador Millaleo Hernández

Santiago de Chile

Agosto de 2017

*Para Isidora y Julieta, por su apoyo,  
comprensión y cariño en todos estos años.*

## ÍNDICE

**INTRODUCCIÓN.....5**

### **CAPÍTULO I: Los hechos y las distintas posturas judiciales sostenidas en cada una de las instancias del fallo en Argentina.**

I. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 95 (Buenos Aires, 4 de marzo de 2010).

a) Los hechos de la demanda.....8

b) Contestación de Google Inc.....9

c) Contestación de Yahoo! de Argentina S.R.L.....10

d) El fallo de primera instancia.....11

II. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A-2013-05-13 –“R., M.B.C. Google Inc. y Otro S/daños y perjuicios” (Buenos Aires, 13 de Mayo de 2013).....19

III. Corte Suprema de la Nación Argentina (Buenos Aires, 28 de Octubre de 2014).....31

IV. Tabla resumen comparativa de los hitos más relevantes de cada instancia.....39

### **CAPITULO II: El Factor de Atribución de Responsabilidad de los Buscadores de Internet en Argentina.**

I. El estado del arte al momento de la dictación del fallo.....42

II. La Responsabilidad Subjetiva como factor de imputación.....44

III. La Responsabilidad Objetiva como factor de imputación.....49

### **CAPÍTULO III: La Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet en Chile.**

I. Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet en Chile.

a) Antecedentes. La historia de la Ley 20.435.....	58
b) Diversas posiciones frente a la Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet en la doctrina nacional.	
1. ¿Quiénes son los Prestadores de Servicios de Internet (ISP)? ¿Qué responsabilidades les pueden afectar?.....	61
2. Posiciones en el Derecho chileno frente a la Responsabilidad de los Prestadores de Servicio respecto de los contenidos transmitidos por usuarios y/o prestadores de contenidos a través de sus redes.....	66
3. La Responsabilidad Civil Extracontractual Subjetiva como Regla General.....	70
4. El Factor de Atribución Objetivo.....	72
II. El Caso “Gómez Arata, Maximiliano con Google Chile Ltda. y Google Inc.” y el cómo llega a Chile la doctrina del Caso “María Belén Rodríguez”.	
a) El Caso.....	77
b) El Informe de Google Inc.....	78
c) La Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago.....	80
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>87</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>91</b>

## INTRODUCCIÓN

El día 28 de octubre de 2014, y después de un largo camino judicial iniciado por la modelo y actriz argentina María Belén Rodríguez en contra de los motores de búsqueda Google y Yahoo!, la Corte Suprema de dicha Nación sentó un precedente que en la actualidad, pasado un tiempo desde su dictación, sigue siendo objeto de arduos debates. En estricto rigor, la pregunta clave que rodea el caso era determinar si efectivamente les corresponde algún grado de responsabilidad a dichos motores de búsqueda por contenidos lesivos de derechos personalísimos que a través de sus plataformas se comunican masivamente a los millones de usuarios en Internet, y en caso afirmativo, establecer las condiciones precisas respecto de la forma en que esta responsabilidad se haría efectiva.

Como señala ATTA, “en el fondo subyace una marcada tensión principalmente entre, por un lado, la libertad de expresión y la innovación tecnológica –que involucraría, entre otras cosas, a los distintos modelos de negocio que se generen a partir de ella-, y por el otro, los derechos personalísimos (derecho al honor, a la dignidad, a la reputación, a la reparación integral, etc.)”<sup>1</sup>

Un camino no menor, si se toma en cuenta el contexto en que se desarrolla el presente caso: al no haber regulación específica en Argentina, se generó una avalancha de juicios de personas famosas, como actores, modelos y deportistas, que frente a la información y a las imágenes que en dichos buscadores los vinculaban a “información denigratoria” o lesiva de sus derechos personalísimos, accionaron en contra de los motores de búsqueda para que los Tribunales de dicho país accedieran a las indemnizaciones solicitadas y al bloqueo o eliminación de dicha información e imágenes.

El problema es que en los diversos fallos -como se analizará en los Capítulos siguientes- nunca existió una postura unívoca, respecto al rol que les corresponde a los demandados frente a este tipo de imputaciones, y en definitiva, ante la ausencia de regulación específica, el grado de responsabilidad que les correspondería. Y, por tanto, lo resuelto por la Corte

---

<sup>1</sup>ATTA, GUSTAVO. *La responsabilidad civil de los “Buscadores Web”*. Publicado en “Responsabilidad de los prestadores de servicios de la internet” (Material de apoyo para la clase de los días 13 y 14 de diciembre de 2013 de Carlos A. Parellada para el curso “Maestría de Derecho de Daños Universidad de Mendoza”).

Suprema de Argentina es un fuerte apoyo para los motores de búsqueda, pues armoniza los criterios de los Tribunales inferiores, estableciendo al “factor de imputación subjetivo” como factor de atribución de responsabilidad extracontractual, confirmando el hecho que no tienen la obligación general de monitorear los contenidos en la medida que actúan como “meros enlaces”.

No obstante lo anterior, lo relevante de este tema, que pareciese haber quedado zanjado, redundaba en un asunto de orden práctico: el cambio en la conformación de la Corte Suprema Argentina y los fallos dictados por tribunales chilenos en estas materias basados en la jurisprudencia trasandina, se avizoran como un factor relevante a la hora de que estos mismos criterios vuelvan a ser puestos, en el corto plazo, en tela de juicio.

En consecuencia, el estudio de los diversos temas que plantean los sentenciadores en todas sus instancias no termina de ser útil, en el entendido que una vez que cambien los supuestos de hecho del presente caso -y frente a una hipótesis de “realismo jurídico”- las directrices de la Corte Suprema Argentina perfectamente pueden volver a cambiar, reabriendo un debate que resulta interesante desde cualquier perspectiva.

En nuestro país resulta aún más interesante el caso planteado, toda vez que a pesar de contar con legislación que resuelve el tema<sup>2</sup>, en la práctica los casos que realmente han llegado a judicializarse por esta vía son prácticamente nulos. Pero, llegados a este punto, deberemos hacer una distinción aclaratoria a efectos de contextualizar al lector: La Ley de Propiedad Intelectual chilena establece ciertas condiciones para los prestadores de servicios de Internet (“ISP”) conocidas como “*safe harbours*”, las que, bajo ciertos supuestos, los exime de responsabilidad civil por los contenidos de terceros que ocupan sus plataformas, *siempre que se trate de infracciones a la Propiedad Intelectual*. Pero, por otra parte, las infracciones a *otros derechos constitucionalmente protegidos, como la imagen o la honra*, han tenido una vasta jurisprudencia constitucional, a través, principalmente, de la acción de protección, la que no contempla esta exención de responsabilidad para los ISP.

---

<sup>2</sup> Principalmente en la Ley N° 20.435 que modifica la Ley de Propiedad Intelectual N° 17.336, fundamentalmente para dar cumplimiento al Capítulo XVII del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.

En consecuencia, para efectos de la presente investigación, abordaremos ambos temas cuando hagamos referencia a la legislación nacional: por una parte, el tratamiento a los ISP en base al sistema de “*safe harbours*” en el contexto de infracciones a la *Ley de Propiedad Intelectual*, y por otro lado, el tratamiento jurídico y las eventuales responsabilidades de estos mismos ISP *frente a la infracción de otros derechos, a propósito de las acciones de protección deducidas por los afectados*, y las soluciones ofrecidas por nuestro sistema jurídico.

Por tanto, la presente investigación tendrá por objeto el que, a partir de un fallo específico en Argentina, podamos analizar las distintas hipótesis de responsabilidad aplicables y sus argumentos, y consecuentemente, revisar cuál es el tratamiento en nuestro país –tanto por infracciones a la Ley de Propiedad Intelectual como por infracciones a otros derechos constitucionales- de la responsabilidad de los ISP, y eventualmente, poder encontrar puntos de unión o definiciones comunes que permitan aportar esta experiencia extranjera a la discusión nacional sobre la materia.

## **CAPÍTULO I: LOS HECHOS Y LAS DISTINTAS POSTURAS JUDICIALES SOSTENIDAS EN CADA UNA DE LAS INSTANCIAS DEL FALLO EN ARGENTINA**

### **I. JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 95 (Buenos Aires, 4 de marzo de 2010).**

Se promueve por parte de la afectada (la actriz y modelo argentina María Belén Rodríguez) una demanda de daños y perjuicios en contra de Google Inc. –ampliada posteriormente en contra de Yahoo! de Argentina S.R.L.- exigiéndose la suma de trescientos mil pesos argentinos (\$300.000.-), más los intereses, actualización monetaria y costas, en concepto de daño material por uso indebido de imagen y daño moral por violación del derecho a la intimidad. Junto a lo anterior, la demandante solicita al Tribunal que se condene a los demandados al cese definitivo del uso antijurídico y no autorizado, de su imagen y nombre, como así también a la eliminación de su imagen y nombre de los sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico denunciados por la actora, y/o a la supresión de las vinculaciones de su nombre, imagen y fotografía de tales sitios y actividades, a través de los buscadores de internet [www.google.com.ar](http://www.google.com.ar) y [www.yahoo.com.ar](http://www.yahoo.com.ar).

#### **A) LOS HECHOS DE LA DEMANDA**

Afirma la demandante que desarrolla su actividad como modelo profesional y actriz, habiendo participado en importantes campañas publicitarias, desfiles de modelos, presentaciones, conducción y participación en programas de televisión, todos ellos relacionados con el mundo de la moda, el espectáculo, la publicidad y la conducción televisiva.

Agrega que su trabajo le permitió alcanzar un amplio reconocimiento del público, siendo al momento de la interposición de la demanda integrante del *staff* de Multitalent Agency, agencia de modelos con gran prestigio internacional.

Destaca la importancia que reviste el uso de su imagen en la actividad que desarrolla, conservando para sí la facultad de decidir cuándo, cómo y dónde pueden publicarse las fotografías que se le toman.

Agrega que por comentarios de familiares y amigos, respecto a la aparición de su nombre y fotografías en diversas páginas web de “dudosa reputación”, como en la búsqueda por imágenes de los propios portales accionados, accesibles desde los buscadores de propiedad de Google Inc. y Yahoo! de Argentina S.R.L., comprobó que al incluir su nombre en el campo de búsqueda aparecía vinculada con actividades sexuales no compatibles con su pensamiento y línea de conducta, toda vez que su nombre, fotografías e imágenes se relacionaban indebidamente y sin consentimiento alguno por todo el mundo, con sitios de contenido sexual, pornográfico, de acompañantes y otras actividades relacionadas con el tráfico de sexo.

En consecuencia, imputa responsabilidad a las empresas demandadas y se agravia de que estas utilicen indebidamente su imagen con miras a obtener beneficios comerciales en sus portales denominados “Imágenes”.

## **B) CONTESTACIÓN DE GOOGLE INC. (En adelante, “Google”)**

Google contesta la demanda y opone excepción de incompetencia.

Niega los hechos vertidos en la demanda, señalando que no tiene responsabilidad alguna por los hechos invocados pues no media un obrar ilícito, ni relación de causalidad entre ese obrar, y los supuestos daños que invoca la actora.

Señala que el rol de Google en el contexto de Internet es el de un “tipo especial de proveedor de servicios”, ya que intermedia entre los usuarios y los proveedores de contenidos, facilitando en forma gratuita a los primeros a encontrar contenidos publicados por estos últimos.

Agrega que al prestar tal servicio “no modifica ni hace propios esos contenidos”, y sólo indica a través de la exhibición de una serie de enlaces (*links*) los sitios de Internet que posean alguna información vinculada con la búsqueda por el usuario.

Pone de relieve que los hechos, esto es la creación de un sitio web en el cual se vincularía a la actora con servicios sexuales y el ingreso por el usuario de palabras en el buscador que lleven a esos sitios, tienen entidad suficiente para producir una ruptura del nexo causal entre el obrar de su parte y los supuestos perjuicios reclamados.

Finaliza señalando que la actora pretende reclamar eventuales daños y perjuicios a su parte, sin advertir que Google no es el creador ni el administrador de los sitios web que le habrían producido un daño, pues el contenido de esos sitios fue decidido e incluido por terceros por quienes no debe responder.

**C) CONTESTACIÓN DE YAHOO! DE ARGENTINA S.R.L. (En adelante, “Yahoo!”)**

Niega los hechos y la documentación acompañada por la actora. Alega que su parte opera en Argentina desde el año 2000, siendo su objeto principal la prestación de diversos servicios asociados a Internet a través de su portal ubicado en el sitio web <http://ar.yahoo.com>

Luego de detallar el funcionamiento del buscador de sitios y el de imágenes de su parte, dice que tanto los buscadores como el uso y la localización de sitios por medio de estos constituyen la base del acceso a Internet.

Afirma que la conducta reputada de ilícita por la actora, consistente en la divulgación en Internet de contenidos relacionados con su persona respecto de los cuales no habría otorgado autorización, no fue llevada a cabo por Yahoo!, sino eventualmente por terceros ajenos a su parte.

En cuanto a la utilización de la imagen, concluye en que su parte no localizó en los resultados de su buscador un solo sitio que publique imágenes de la actora. No obstante, señala que tal accionar hubiese sido absolutamente lícito. Destaca que desde el momento en el cual un sitio de Internet publica una foto, esa fotografía se convierte en pública y, conforme a la naturaleza propia de Internet, libremente accesible para cualquier usuario que acceda a la misma.

Considera que aun cuando su parte es una empresa con fines de lucro, en relación al buscador de imágenes y a las imágenes reducidas que allí se publican, niega percibir algún tipo de ingreso o efectuar la actividad con ánimo de lucro.

En cuanto a la violación a los derechos de intimidad, privacidad, imagen y honor alegados por la actora, finaliza diciendo que de comprobarse tales transgresiones, deberán ser resarcidos por quienes elaboraron y publicaron los contenidos, y no por Yahoo!, en razón de la inexistencia de cualquier nexo causal entre su conducta y los supuestos daños invocados en la demanda.

#### **D) EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA**

La jueza de la causa, Dra. Nora González de Rossello, comienza su fallo contextualizando el problema dentro del marco de conocimiento operativo que la informática genera como escenario de desarrollo y de potenciales fuentes generadoras de consecuencias como las que se alegan.

De esta forma, analiza el nacimiento de la Internet, desde un punto de vista histórico, y distingue –desde un punto de vista doctrinario- a los distintos actores proveedores de utilidades en Internet, con el objeto de determinar la función que les cabe a los sujetos demandados. Así, distingue: “**(i) Proveedores de Acceso** (quienes ofrecen servicios de conexión a Internet), **(ii) proveedores de emplazamiento** (lo que se conoce como hosting. Estos almacenan contenidos para su utilización por los usuarios), **(iii) operadores de foros** (*bulletin boards, news groups y chat rooms*, quienes ofrecen un espacio público para el intercambio de mensajes, contenidos e información) y **(iv) proveedores de herramientas de búsqueda** (acceso a base de datos en la que se encuentran las direcciones de Internet identificadas por ciertos programas de búsqueda”).<sup>3</sup>

Señala que es claro que tanto Google como Yahoo! son buscadores o “robots” que recorren constantemente con programas informáticos las páginas web que existen en Internet

---

<sup>3</sup> Cabe sostener que estos tipos genéricos y las subsecuentes clasificaciones, van cambiando con el paso de los avances tecnológicos. El fallo de primera instancia es del año 2010, y en consecuencia, hoy en día existen autores que han señalado muchas más categorías de “Intermediarios de Servicios de Internet”. Para un análisis complementario a la taxonomía de Internet en la actualidad, se hará un análisis más detallado en el Capítulo III.

accediendo a su contenido. De este “repasso” extraen una clasificación que les permite luego individualizar cuáles sitios web contienen información o prestan servicios vinculados con la palabra clave utilizada como argumento de búsqueda. También el sistema realiza una reproducción de archivos que almacena, y esta “versión *caché*” se utiliza para juzgar la adecuación de las páginas respecto de las consultas de los usuarios, generando una copia de “*back up*” a la cual se puede llegar con mayor celeridad.

Así, señala que “los buscadores web son aquellos que prestan un servicio, el cual, a partir del ingreso de una palabra precisa en el índice de búsqueda en sus sitios de Internet, autoriza a los usuarios conocer o acceder a través de un “link” a los sitios de Internet de terceros que contengan la palabra ingresada o las imágenes vinculadas con el aludido término”.

Dentro de este contexto, la Jueza señala que en el presente caso se hallan en conflicto los derechos constitucionales de libertad de expresión y a la intimidad, debiendo en consecuencia, analizar la responsabilidad imputada a Google y Yahoo! sobre la base de jurisprudencia comparada, principios constitucionales y normas del Código Civil argentino, de acuerdo al principio genérico de no dañar “*alterum non laedere*”, consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional Argentina.

Expresa que en este caso no se trata de interpretar cuál de esos derechos especialmente protegidos contaría con mayor jerarquía, postergando uno en pos del otro, sino de armonizar su plena vigencia y establecer de acuerdo al caso concreto examinado si el ejercicio del derecho a la libre expresión ha sido regular y no ha generado el perjuicio moral y material especialmente resguardado conforme se desprende con meridiana claridad del precitado artículo 19, primera parte, de la Constitución Argentina. Agrega que la Corte Suprema reiteradamente ha establecido que todos los derechos que la Constitución reconoce son relativos, encontrándose sometidos a las leyes que reglamenten su ejercicio y a los límites que les impone la coexistencia con otros derechos.

Dentro de este primer análisis del fallo, respecto a los derechos constitucionales en colisión involucrados en este caso, comienza la sentencia señalando que tanto la doctrina y la jurisprudencia nacional como extranjera, coinciden en que el carácter público o privado de

la persona involucrada en la información, así como también el contenido de la misma, son elementos esenciales al momento de decidir el conflicto que puede plantearse entre el respeto al derecho a la intimidad y a la preservación de la libertad de expresión en la divulgación de aspectos que se vinculan con derechos personalísimos de un individuo.

Destaca el reconocimiento por parte del derecho internacional de la protección a la vida privada, y además, indica que el derecho a la intimidad se encuentra especialmente protegido por una norma específica introducida por ley 21.173, como el artículo 1071 bis del Código Civil argentino.<sup>4</sup>

Indica la jueza argentina que esta disposición ejemplifica el supuesto de violación a la intimidad a través de distintas formas. Sin embargo, no puede afirmarse que toda publicación de la imagen o uso del nombre produzca siempre violación del derecho a la intimidad. Si bien todo derecho personalísimo puede verse vulnerado sirviendo de medio otro derecho personalísimo o no, debe destacarse que cada uno de ellos es un derecho autónomo.

En consecuencia, y dado que las demandadas intentan ampararse en el artículo 19 de la Constitución y en otras normas específicas que protegen la libertad de expresión, argumenta el Tribunal que no es suficiente la mera comprobación de que ha existido una intromisión en la intimidad de una persona, para concluir en que la conducta deba merecer el reproche del derecho, ya que previamente se deberá indagar si el comportamiento de la parte demandada reviste el carácter de ilegítimo para el derecho, lo cual necesariamente induce a razonar respecto de la antijuridicidad del acto.

A este respecto, el fallo analiza el derecho comparado respecto a la “responsabilidad de los buscadores web”, detallando el alcance de la legislación norteamericana referente a la “*Communications Decency Act*”(1996), la “*Digital Millenium Copyright Act*”(1998) y la

---

<sup>4</sup> “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez de acuerdo con las circunstancias; además podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación” (Artículo 1071 bis Código Civil argentino).

“*Childrens Online Privacy Protection Act*”(COPA); la legislación europea – Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea, Ley Española 34/2002, y proyectos de ley de Argentina, concluyendo que, a pesar de todos esos casos, ni la doctrina ni la jurisprudencia argentina están contestes respecto al factor de imputación concurrente en estos casos.

Y así, señala que hay un sector que propicia el FACTOR DE ATRIBUCIÓN OBJETIVA, toda vez que tanto el software como los servicios informáticos constituirían una “cosa riesgosa” en los términos del artículo 1113, párrafo segundo del Código Civil argentino, por lo cual debe aplicarse el factor objetivo de atribución a los daños cometidos en los mismos. <sup>5</sup>En tal entendimiento, el titular del software y/o prestador de los servicios informáticos debe responder por tales daños aunque no haya culpa de su parte, salvo que pruebe “la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”.

Por otra parte, otro sector de la doctrina estimaría que el FACTOR DE ATRIBUCIÓN SERÍA SUBJETIVO, señalando que “el factor de atribución sería la culpa o el dolo de quien opera el sistema automatizado o por cuenta de quien realiza la operación, pues por mucho que los tratamientos automatizados empleen cosas, como los ordenadores, o computadores y todos los elementos magnéticos que forman el sistema, la recolección de datos, el procesamiento de la información y el tratamiento por medios interconectados, así como los programas e instrucciones del software y su resultado o información final son obra de la voluntad y la acción del hombre. Por esto puede afirmarse que la responsabilidad se genera en el sector de la responsabilidad directa por el hecho del hombre con las cosas que le sirven de instrumentos. La culpa resulta presumida conforme a lo dispuesto en la primera parte del agregado al artículo 1113 del Código Civil (...) Si la acción fuese delegada en operadores del sistema, la responsabilidad sería del principal de acuerdo a la primera parte de aquel artículo del Código Civil y con fundamento en el factor objetivo de garantía que hace inexcusable esta responsabilidad”.

---

<sup>5</sup> “**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.”

Con todo lo antes señalado, la jueza concluye que “el buscador de Internet no genera, modifica ni selecciona contenidos; lejos estaría de la figura del “editor”, por lo que las empresas sólo podrán ser responsables, en la medida en que se demuestre que hubo un obrar culposo de su parte. De tal suerte, con anterioridad al reclamo del afectado solicitando el bloqueo del contenido que lo agravia disponible en Internet, ninguna negligencia existe de parte de los “buscadores web” por lo que no cabe adjudicarles culpa por el contenido cuestionado.”

Argumenta que a partir de tomar conocimiento de que contenidos de determinados sitios de Internet infringen los derechos de un sujeto y éste requiere al buscador la eliminación o bloqueo de tales páginas-no antes- de verificarse la conducta culpable de la parte demandada, ella habrá de engendrar la obligación de reparar el daño causado por violación del principio ya referido del “*alterum non laedere*” que el Código Civil argentino prevé en el artículo 1109.<sup>6</sup>

Señala que en el contexto del derecho argentino y, en particular, en el de la legislación procesal aplicable por los tribunales, la sola evidencia de daño no puede hacer presumir la existencia del elemento subjetivo requerido para la configuración de responsabilidad.

Y agrega que, del examen de la causa principal y del incidente cautelar, tanto Google como Yahoo! tuvieron conocimiento efectivo de que a través de sus motores de búsqueda se podía acceder a determinados contenidos de sitios de terceros indexados en sus búsquedas que utilizan la imagen y/o vinculan el nombre de la actora con textos eróticos y/o pornográficos. Sin embargo, debe dilucidarse aún si los empresarios de motores de búsqueda demandados, anoticiados fehacientemente de los resultados engañosos e injuriantes que perjudicaban a la actora, se encontraban en condiciones de tomar las contramedidas necesarias para evitar que estos sigan apareciendo en sus listas. Ello, a fin de verificar la existencia de conducta culpable que habrá de generar la obligación de reparar el daño demandado.

---

<sup>6</sup> “**Artículo 1109:** Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del derecho civil.

Cuando por efecto de la solidaridad derivada del hecho uno de los coautores hubiere indemnizado una parte mayor que la que le corresponde, podrá ejercer la acción de reintegro.”

Indica que el sistema de determinación de culpa que establece el Código Civil en los artículos 512 y 902, adopta el régimen de la culpa en concreto, en razón de la cual, la imputación de una conducta reprochable deberá ser el resultado de una comparación entre lo obrado por el autor del hecho y lo que habría debido obrar para actuar correctamente, teniendo en cuenta la naturaleza de la obligación, las circunstancias de tiempo y lugar y la prudencia y conocimiento de las cosas que hacían a su condición de vehículo o cosa productora o fuente de riesgo.

Señala, basándose en el informe pericial, que “es posible realizar una búsqueda en los dos buscadores de búsqueda para que aparezca determinada palabra. Quien gobierna la información es el buscador, de cualquier otra manera sería imposible administrar las relaciones de búsqueda a partir de conectores lógicos y/o otros operadores brindados en el afán de permitir satisfacer las necesidades del usuario. No es menos cierto que el usuario tiene posibilidades de evitar ciertas palabras a partir de la instrumentación de filtros, tal es lo que ofrece la búsqueda avanzada (...) La facilidad de la búsqueda avanzada de Google, demuestra claramente que SI está en posición de realizar este tipo de filtrados. Ello es porque posee suficiente información del contenido de la página web (...) En conclusión, técnicamente, la capacidad de filtros automáticos es posible en base al funcionamiento actual del buscador y la propia demandada lo ofrece a sus usuarios.”

En base a todo lo anterior, concluye la Jueza indicando que la tecnología con la que cuentan ambas demandadas basta para afirmar que ante la denuncia de la actora efectuada en forma fehaciente, los empresarios de motores de búsqueda se encontraban en condiciones técnicas de efectuar el control y selección de los contenidos para evitar de este modo que los resultados engañosos e injuriantes continúen apareciendo en sus listas, sin que se haya probado que ello afecte el sistema de un buscador y/o el acceso a contenidos de Internet por parte de los usuarios.<sup>7</sup>

Agrega que el argumento de las demandadas referido a la inexistencia de conocimiento acerca del contenido agravante o ilícito de los sitios cuestionados, el artículo 929 del

---

<sup>7</sup> A estos efectos, se cita el ejemplo del filtrado exigido a Google en China, y respecto de los llamados “buscadores infantiles”, que son capaces de discriminar contenidos entre millones de páginas web mediante un sistema propio, de manera tal que los contenidos revisados por los menores de edad en este tipo de buscadores no indexe contenidos “peligrosos o nocivos” para ellos en su condición de menores.

Código Civil expresamente establece el error de hecho no perjudica cuando ha habido razón para errar, pero no podrá alegarse cuando la ignorancia del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable.

En el caso de autos, se habría dado la negligencia culpable referida en la norma. La conducta en que incurrieron Google y Yahoo!, al no proceder a bloquear o impedir de modo absoluto la existencia de contenidos nocivos o ilegales perjudiciales a los derechos personalísimos de la actora, a partir de serles comunicada la aludida circunstancia, no es menor como parece entenderlo esa parte y no es excusable.

Señala que si bien dichas empresas son proveedoras de herramientas de búsqueda –no de contenidos- advertidas por la afectada de que su sistema proveía en la lista de resultados hipervínculos a sitios de terceros que infringían los derechos a la intimidad y al respeto de los datos personales de la reclamante, por contar, como se vio, con todos los medios técnicos a su alcance, debieron sin demora proceder a impedir o bloquear cualquier tipo de accesos a los contenidos cuestionados, como finalmente lo hizo Yahoo!

Tal comportamiento de las co-demandadas se debió entonces, utilizando las palabras de la ley, a una negligencia culpable, la cual en el caso de Google, habría expandido sus efectos hasta el presente.

E indica que esta conclusión no vulneraría la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión del servicio de Internet prevista a través del decreto 1279/97 y de la ley 26.032, pues como ha dicho la Corte Suprema “la función primordial que en toda sociedad moderna cumple el periodismo supone que ha de actuar con la más amplia libertad, pero el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los cuales se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas (Caso “Campillay”).

Así, finaliza señalando que la conducta culpable de las demandadas, nacida 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 “*alterum non laedere*” que el Código Civil prevé en el

artículo 1109, debiendo responder por las consecuencias dañosas, en tanto medie adecuado nexo de causalidad entre ésta y los daños probados.

En mérito de lo anterior, la jueza a quo condena a las demandadas a eliminar las vinculaciones del nombre, imagen y fotografías de la actora con sitios y actividades de contenido sexual, erótico y /o pornográfico a través de los buscadores [www.google.com.ar](http://www.google.com.ar) y [www.yahoo.com.ar](http://www.yahoo.com.ar).

Sentado lo anterior, argumenta la existencia de DAÑO MORAL teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y sus derivaciones respecto de la accionante, en particular el desconocimiento de sus derechos personalísimos, el medio empleado, el grado de difusión alcanzado, la actividad de la actora y el ámbito profesional donde se desenvuelve.

Respecto al DAÑO MATERIAL, agrega que la petición de la actora se basa en razón del uso indebido de su imagen, acorde con su trayectoria en el mundo de la moda, la publicidad y el espectáculo, habiéndose visto las demandadas beneficiadas con las fotografías de su parte por la retransmisión en los buscadores de imágenes que poseen sin haber contado con el consentimiento de su parte. Sin embargo, el tribunal señala que la afirmación relativa al potencial lucrativo que tiene la imagen de las personas que han cobrado cierta notoriedad no conforma un activo patrimonial que se pierda o desmerezca porque se la utilice en forma no autorizada. No obstante lo esencial a los efectos de la viabilidad de este reclamo era acreditar que la conducta de los empresarios de motores de búsqueda demandados haya importado un uso comercial de la imagen de María Belén Rodríguez, cosa que la actora no habría podido probar.

Así, y por todas las razones previamente expuestas, el fallo de primera instancia, en definitiva y respecto a lo más relevante, es el siguiente:

I. Hace lugar parcialmente a la demanda promovida por María Belén Rodríguez por la suma de ciento veinte mil pesos argentinos (\$120.000.-), de los cuáles \$100.000.- son de cargo de Google, y los \$20.000.- restantes de cargo de Yahoo!, más intereses y costas;

II. Se dispone la eliminación definitiva de las vinculaciones del nombre, imagen y fotografías de la actora con sitios y actividades de contenido sexual, erótico y/o pornográfico a través de los buscadores [www.google.com.ar](http://www.google.com.ar) y [www.yahoo.com.ar](http://www.yahoo.com.ar)

**II. CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL, SALA A-2013-05-13**  
**–“R., M.B.C. GOOGLE INC. Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS” (Buenos Aires,**  
**13 de Mayo de 2013).**

Apelado el fallo de primera instancia por todas las partes, los agravios de cada una se resumen en lo siguiente:

a) La parte DEMANDANTE se agravia por el rechazo del daño material y por la suma otorgada por la Juez de grado, solicitando se aumente la suma otorgada.

Además, se queja por el factor de atribución subjetivo (artículo 1109 del Código Civil) aplicado en la sentencia, y entiende que la cuestión en debate debería haberse basado en el “riesgo de la actividad”, con fundamento en el artículo 1113 del Código Civil.

b) Por su parte, GOOGLE se agravia por considerar que la Magistrado habría hecho una valoración incorrecta de la prueba.

Se queja de que la obligación de hacer que le impone la sentencia sería de cumplimiento imposible.

También argumenta que no hubo culpa de su parte en el incumplimiento de la medida precautoria, porque la afectada no había individualizado los contenidos ilegales que debían ser removidos.

Sostiene además que no hubo violación del derecho a la intimidad de la actora, y que debería haberse aplicado al caso la doctrina de la “real malicia”. Se agravia asimismo por los conceptos contenidos en la sentencia respecto de “los buscadores infantiles”, impugnando el monto reconocido en la sentencia por daño moral, y la condena en costas.

c) Por último, YAHOO! expone que no existe en el mundo un filtro “semántico y absoluto”, no habiendo un filtro infalible. Señala que Yahoo! es un buscador de páginas de terceros que contengan la palabra sugerida por el usuario, lo cual se realiza automáticamente sin la intervención de un ser humano. Alega que la obligación de hacer que le impuso la sentencia es de difícil cumplimiento, pudiendo afectarse *URLs* de terceros, porque los filtros solo se pueden realizar indicando palabras.

Al igual que Google, critica el análisis realizado respecto de los “buscadores infantiles”, y también solicita que se aplique la doctrina de la “real malicia”, afirmando que aun en el caso de resolverse la cuestión por aplicación de un factor objetivo de atribución, cabría la eximente del hecho del tercero por quien el buscador no debe responder.

Sostiene finalmente que no hubo negligencia de su parte, debido a que al principio la actora no había informado cuáles eran las *URLs* supuestamente agraviantes, cuestiona la procedencia del daño moral ya que la demandante no habría experimentado “malestar espiritual”, e impugna las costas.

Con estos antecedentes, el DOCTOR SEBASTIÁN PICASSO, Ministro opinante del caso, redacta el fallo en los siguientes términos:

En primer lugar, hace un detalle extenso de los hechos relevantes de la causa, analizando las medidas cautelares innovativas solicitadas por la demandante el año 2006 con la finalidad de que se ordenara la eliminación de su nombre y sus fotografías vinculadas con los sitios de Internet agraviantes<sup>8</sup>, las medidas cautelares dictadas por los tribunales –las que fueron dejadas a firme en la Sentencia impugnada- que ordenaban “eliminar el nombre y fotografías de la actora que la vinculan con dichos sitios” y a los buscadores Google y Yahoo! a “tomar las medidas necesarias para eliminar de sus patrones de búsqueda toda referencia que permita hallar información que vincule a la accionante con páginas de

---

<sup>8</sup> Entre otros: [www.las-modelos.com.ar](http://www.las-modelos.com.ar), [www.eltopi.com.ar](http://www.eltopi.com.ar), [www.hermosasmodelos.com.ar](http://www.hermosasmodelos.com.ar), [www.actricesymodelos.com.ar](http://www.actricesymodelos.com.ar) y [www.foroargentinas.com.ar](http://www.foroargentinas.com.ar).

contenido sexual o de actividades relacionadas con los servicios de acompañantes, escorts o demás cuestiones relativas a la oferta de prostitución”.<sup>9</sup>

En este caso, las denuncias por incumplimientos, nuevas medidas cautelares y multas en contra de las demandados, no pararon, hasta que, en este contexto, la actora inicia la presente acción.

En segundo lugar, el Doctor Picasso realiza un análisis del funcionamiento de los motores de búsqueda, para luego pasar a referirse a sistema de responsabilidad que cabría aplicar en supuestos.

1) Respecto al funcionamiento de los motores de búsqueda, señala a grandes rasgos que los motores de búsqueda, en general, prestan un servicio a los usuarios de Internet que, a partir del ingreso de una o más palabras clave por parte de aquellos, permite conocer, en segundos, un listado ordenado de resultados. Es decir, en palabras del perito de la causa, “se compara la palabra buscada por el usuario con un archivo índice de datos procesados previamente y almacenado en una ubicación determinada, y en base a las coincidencias encontradas se publican los resultados de acuerdo a los criterios preestablecidos por cada buscador”. En consecuencia, su rol sería el de facilitar a los usuarios el acceso a páginas de Internet de terceros, que en principio, presenten contenidos relacionados con la palabra sugerida. Agrega que todo este procedimiento se realiza mediante robots, sin la intervención del ser humano, que buscan información en la red acerca de sitios web.<sup>10</sup> Sin embargo, de acuerdo a la información pericial, “los resultados que se brindan son seleccionados y ordenados en forma automática de acuerdo a criterios definidos por los seres humanos que lo diseñaron”.

---

<sup>9</sup> En este caso, el Ministro opinante comienza a individualizar todas y cada una de las medidas cautelares de ampliación que con posterioridad impetró la actora, dado que más páginas comenzaron a utilizar sus imágenes, configurándose a juicio de la demandante un incumplimiento de la obligación determinada por el Tribunal.

<sup>10</sup> Estos “robots” son en la práctica softwares llamados “crawler”, “metacrawler” o “spider”, que constantemente se encuentran en la red buscando nuevos sitios, o nueva información acerca de la ya existente, y es la herramienta para indexar sitios y contenidos. Luego, se clasifica el contenido y se lo almacena, para ser utilizado en las búsquedas que se realizan en las páginas de los buscadores por parte de los usuarios. Esto último es lo que se conoce como “memoria caché”, que es la técnica que se basa en guardar copias de la información extraída de un determinado lugar en otra ubicación más cercana con el fin de acceder y mostrar más rápidamente esa información copiada cada vez que se desee, por motivos de costos y/o velocidad.

Agrega que si bien en la mayoría de los casos no existe una relación previa entre el motor de búsqueda y el sitio “linkeado”, también hay “enlaces patrocinados”. En este caso, quien contrata el servicio logra que su página web aparezca entre los primeros lugares de los resultados de las búsquedas.

Pero además, en lo que atañe a los buscadores de imágenes, señala que hay herramientas tecnológicas que permiten hacer “links” o mostrar reducciones de imágenes de otros sitios sin necesidad de que el buscador participe en el armado del sitio original. Estas imágenes reducidas son conocidas como “thumbnails”, y permiten reconocer una imagen y cargarla más rápidamente y son usuales para publicar galerías de imágenes, mostrando al usuario una copia del original, pero de menor tamaño tanto en pixeles como en bytes. Para crear los “thumbnails” se necesita un software editor de imágenes, que reduce la original hasta el tamaño deseado a través de algoritmos matemáticos que modifican o quitan determinados pixeles.

De lo señalado en este apartado, el Doctor Picasso extrae las siguientes conclusiones:

- Los buscadores brindan su servicio a través de sistemas informáticos automáticos (sin intervención del ser humano) de actualización constante, que rastrean la información que se agrega a Internet y buscan coincidencias con la o las palabras ingresadas por el usuario.
- El software utilizado para rastrear la información existente en Internet sigue criterios definidos por seres humanos.
- Los buscadores no proveen el contenido de los sitios encontrados en las búsquedas, los que pertenecen a terceros, y en la mayoría de los casos, no tienen relación contractual con los responsables de los localizadores uniformes de recursos (*URLs*) que aparecen en sus listados de resultados (salvo en los casos de “enlaces patrocinados”).
- Tampoco modifican los contenidos incluidos en aquellos localizadores uniformes de recursos de terceros.
- Los listados de resultados son automáticos, pero –como ya se indicó- obedecen a criterios definidos por los seres humanos.

- Sin la intervención de los buscadores, los contenidos de los sitios de terceros no serían conocidos masivamente, pues para acceder a ellos habría que manejar la dirección web de cada uno de ellos, lo que tornaría muy difícil el acceso.

- Para los buscadores de imágenes se utiliza un software editor de imágenes que reduce el original.

2) Dicho todo lo anterior, el Ministro opinante analiza la ausencia de regulación argentina en la materia, haciendo un riguroso análisis de Derecho Comparado, respecto de la legislación en Estados Unidos, la Unión Europea (fundamentalmente centrándose en la jurisprudencia española, francesa y alemana) y la Latinoamericana (Brasil y Chile). De este análisis, termina concluyendo que la tendencia ampliamente dominante en el derecho comparado no pasa por imponer responsabilidad objetiva a quienes explotan motores de búsqueda, sino que se exige, en general, que tengan un conocimiento efectivo de los datos lesivos originados en páginas de terceros para que pueda endilgárseles el deber de responder.

Agrega que en el caso puntual de Argentina, tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden en general que la responsabilidad de los motores de búsqueda debe enmarcarse en la órbita extracontractual, discutiéndose aun cual sería el factor de atribución aplicable: objetivo o subjetivo.

Sostiene que para aquellos que creen que el factor de atribución de responsabilidad de los buscadores de Internet debe ser la RESPONSABILIDAD OBJETIVA –con lo cual, para que pueda condenárselos a reparar, bastaría con constatar que por su intermedio se puede acceder a las páginas que alojan los contenidos dañosos- se apoyan fundamentalmente en el párrafo segundo del artículo 1113 del Código Civil argentino, lo que implica sostener dos cosas:

a) Que, más allá de la mención que esa norma efectúa al “riesgo o vicio de la cosa”, también se encuentran comprendidas en su ámbito las actividades riesgosas, ya sea que se empleen o no cosas para llevarlas a cabo; y,

b) Que, además, la actividad de quienes explotan motores de búsqueda en Internet pueda calificarse de “riesgosa”.

Señala que en un primer análisis podría pensarse que los motores de búsqueda en Internet reúnen estas condiciones, no sólo por el gran volumen de contenidos de terceros que manejan, sino fundamentalmente porque de no ser por la existencia de aquellos motores, los contenidos lesivos que eventualmente alojen los millones de páginas web existentes no podrían prácticamente ser conocidas por nadie, y en consecuencia, la actividad de los motores de búsqueda facilita la divulgación de esos contenidos, potencia sus efectos nocivos y, desde este punto de vista, bien podría ser considerada riesgosa, intensificando la producción de los daños.<sup>11</sup>

No obstante lo anterior, el Doctor Picasso sostiene que la postura correcta es la contraria, argumentando que en este tipo de casos, cuando están en juego derechos fundamentales, la solución no se encuentra simplemente en alusiones a recursos a artículos del Código Civil. Señala que debe investigarse, antes bien, si la aplicación de ese texto legal respeta efectivamente los principios constitucionales en juego, o si, por el contrario, es preciso aplicar otro standard –el que puede o no hallarse mencionado en el Código- que dé adecuada respuesta a aquella tensión de derechos fundamentales.

Señala que no hay duda que el conflicto planteado en el presente caso involucra derechos fundamentales de ambas partes. En el caso de la actora, están en juego sus derechos personalísimos al honor, la imagen y la intimidad, mientras que la actividad de las demandadas está genéricamente protegida por el derecho a la libertad de expresión, más allá de que también es relevante el derecho colectivo al acceso a la información.

Agrega que si la búsqueda, recepción y difusión de ideas e informaciones de toda índole por Internet se encuentra amparada por la garantía constitucional de libertad de expresión, y cumpliendo las demandadas un rol importante al posibilitar el acceso de los usuarios de la red a los contenidos de los millones de sitios web existentes, sólo cabe concluir que su actividad se encuentra amparada por aquella garantía constitucional. Así, a juicio del doctor

---

<sup>11</sup> En la causa “K., A.P. c. Yahoo de Argentina S.R.L.”, de la misma Cámara de Apelaciones, Sala J, de fecha 31 de agosto de 2012, se acogieron estos argumentos. Este y otros fallos serán analizados en los siguientes capítulos.

Picasso, este dato no puede dejar de tenerse en cuenta a la hora de calibrar su responsabilidad civil, e impide aplicar al efecto un factor objetivo de atribución, aun cuando un análisis prescindente de esta fundamental dimensión constitucional, y anclado exclusivamente en las normas del Código Civil, pudiera arrojar elementos en sentido contrario.

Argumenta, citando a FRENE, que la aplicación de una responsabilidad objetiva a quienes explotan motores de búsqueda en Internet significaría en la práctica que todo perjuicio que sufra un individuo por algún contenido presente en la red derivaría en la responsabilidad del motor de búsqueda, lo cual o bien llevaría a estos últimos a una desmedida autorestricción o bien, directamente, tornaría inviable su actividad, lo que perjudicaría seriamente la libre circulación de ideas e informaciones en la red, con lesión, en cualquier caso, de la libertad de expresión.<sup>12</sup>

Así, indica que claramente la responsabilidad de las demandadas debe encuadrarse en el ámbito de la RESPONSABILIDAD SUBJETIVA, previniendo que ello no implica que deba asimilarse sin más su responsabilidad a la de la prensa, y aplicarse las doctrinas “Campillay” o de la “real malicia”, como incorrectamente afirmarían en sus agravios las demandadas,<sup>13</sup> sino que la cuestión debe ser resuelta por aplicación de los artículos 512 y 1109 del Código Civil, debiendo además, dado el grado de especialización que en la materia poseen estos empresarios profesionales, les será también aplicable el standard agravado que surge del artículo 902 del Código Civil.

Así, el deber de diligencia que compete a las demandadas en los términos de los artículos citados, les impone una pauta de conducta tendiente a impedir, en la medida de lo posible, la difusión de páginas y contenidos que ilícita y ostensiblemente dañen a terceros. Sin embargo, a juicio del Doctor Picasso, de ninguna manera puede exigírseles, como regla general, un control ex ante, en ausencia de toda notificación o reclamo por parte de los eventuales afectados. Más allá del cuantiosísimo volumen de información que procesan

---

<sup>12</sup> En su exposición ante la Corte Suprema de la Nación Argentina como “Amigo del Tribunal” en la presente causa, el profesor EDUARDO BERTONI arriba a la misma conclusión “Ante un riesgo de responsabilidad objetiva –y de una sanción pecuniaria cuantiosa- el intermediario podría optar por no prestar el servicio o implementaría cambios estructurales para ofrecerlos en condiciones sumamente controladas”.

<sup>13</sup> Ambas se analizarán en los capítulos siguientes.

diariamente los motores de búsqueda, cree el Ministro opinante que en infinidad de casos no es posible saber de antemano si un determinado contenido resulta ser efectivamente dañoso o no. Así, lo que para ciertas personas, es intolerable (como la vinculación de sus datos con páginas de contenido erótico, o la difusión de fotos íntimas) puede para otras ser aceptable y hasta deseable y consentido (para quien trabaje como modelo en revistas de esa clase, por ejemplo, o quien defienda al nudismo como estilo de vida y asuma una actitud militante al respecto), y no es posible pretender que los motores de búsqueda se conviertan en una suerte de censores que determinen por sí mismos, y en ausencia de todo pedido de los afectados, qué contenidos son admisibles y cuáles no lo son (lo cual, una vez más, nos acercaría a una peligrosa forma de censura).<sup>14</sup>

En consecuencia, cuando los motores de búsqueda se limitan a facilitar el acceso a contenidos que se encuentran en sitios web de terceros, aquellos no tienen forma, en principio, de saber con anticipación qué contenidos son ilegales o agraviantes, y por tal motivo corresponderá, como regla, que el interesado los ponga en conocimiento de tal circunstancia para que procedan, prontamente, a filtrar, bloquear o extraer de sus listados de resultados aquellos contenidos.

A juicio del Doctor Picasso, el deber del explotador del motor de búsqueda de bloquear los contenidos ilícitos no requiere una orden judicial previa,<sup>15</sup> bastando que hayan tomado conocimiento –en principio, mediante la comunicación del usuario- de la existencia del contenido nocivo para que se encuentren obligados a bloquearlo con prontitud, pues esa es la conducta esperable de un empresario diligente.

En el caso en particular, a juicio del Ministro, la actora no habría acreditado haber cursado ningún tipo de notificación previa a las demandadas a fin de advertirlas acerca de la existencia de vínculos que lesionaban sus derechos personalísimos y solicitarles su

---

<sup>14</sup> En este contexto, el Doctor Picasso reflexiona acerca de la discusión sobre si basta un pedido “genérico” de bloqueo, o si debe señalarse cada sitio web en particular. Concluye, en base a los dichos del perito de la causa, que las condiciones técnicas de filtrado existen, pero que necesariamente deben incluir una o más palabras, y la eventual conexión entre ellas. En consecuencia, no puede admitirse en principio un pedido genérico de detección y retiro de ciertos contenidos, cualquiera sea el sitio en que se encuentren, ya que una protección expedida de manera genérica puede conducir a un bloqueo excesivo, sustrayendo información que interese a la comunidad y bloqueando el acceso a direcciones de contenidos lícitos.

<sup>15</sup> Es relevante esta opinión, en tanto el sistema chileno está basado, precisamente, en la “notificación judicial” como sistema de “*notice and take down*”.

supresión en las búsquedas. Por el contrario, petitionó directamente y obtuvo una medida cautelar con un objeto genérico. Así, frente a cada denuncia de la actora, Google habría procedido oportunamente a bloquear el acceso a esos sitios en su buscador, procediendo diligentemente a bloquearlos. Y agrega, que, a mayor abundamiento, no se habría acreditado por parte de la actora que varios de los contenidos de los sitios denunciados se hayan referido efectivamente a su persona, o bien que hayan lesionado sus derechos personalísimos.

Respecto a Yahoo!, señala que ni siquiera fue notificada de la medida cautelar, y recién habría tomado conocimiento de la pretensión de la actora al momento de celebrarse la mediación prejudicial obligatoria, y al igual que Google, habría actuado con diligencia, procediendo a bloquear toda posibilidad de acceder a información vinculada con el nombre de la actora.

Por lo tanto, no se habría 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 en los términos del artículo 1109 del Código Civil, y por tal motivo, acoge los agravios de Google y Yahoo! sobre ese punto y deja sin efecto lo que a ese aspecto se refiere.

No obstante lo anterior, el Ministro toca un aspecto relevante –no definido en la primera instancia- a propósito del análisis de los “*thumbnails*” que efectuó en la primera parte de su fallo. Y en este sentido, agrega que la situación es diferente cuando los buscadores modifican los contenidos, o los incorporan a sus propias páginas web, en vez de remitir a aquellas en las que originalmente se hallaban alojados. Tal situación es la que se produce, concretamente, en el caso de la utilización por parte de Google de las imágenes de la actora.

Señala que, los “*thumbnails*” no pierden el carácter de “imágenes”, las que Google edita, reproduce, almacena y utiliza para brindar un servicio (“buscador por imágenes”), que es propio y para beneficio de sus usuarios. Estas imágenes pueden ser impresas y aun descargadas sin necesidad de ingresar a las *URLs* originales, sino desde la propia página web de Google. En consecuencia, y a la luz del artículo 31 de la ley 11.723 (“El retrato

fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma(...) Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público”), el legislador ha prohibido – como regla- la reproducción de la imagen en resguardo del correlativo derecho a ella, que solo cede si se dan circunstancias que tengan en mira un interés general que aconseje hacerlas prevalecer por sobre aquel derecho.

Argumenta el Ministro que en este caso el régimen a aplicar en la materia es la mentada ley, y no el Convenio de Berna como erróneamente afirma Google, ya que esas normas se refieren a derechos intelectuales o de autor –ergo patrimoniales- y no a la imagen, que tiene una naturaleza muy distinta, pues se trata de un derecho personalísimo.

Además, detrás de estas imágenes tampoco habría una finalidad científica, didáctica o cultural, y mucho menos se trata de hechos o acontecimientos de interés público o desarrollados en público, por lo que el hecho de que la toma original, por parte de terceros, de las fotografías de la actora reproducidas por Google haya contado –en su momento- con el consentimiento de aquella, no eximía a la demandada de recabarlo nuevamente.

En conclusión, Picasso señala que Google ha utilizado y reproducido imágenes de la actora –reduciéndolas, almacenándolas y publicándolas en su buscador de imágenes- sin su consentimiento, lo cual, en ausencia de un régimen especial que establezca una excepción para estos casos, resulta violatorio de lo prescrito por el artículo 31 de la ley 11.723.

Caso distinto sería el de Yahoo!, en tanto no hay pruebas de que en su buscador hayan existido “Thumbnails”.

Por lo anterior, los daños que debiesen indemnizarse a la actora serían los siguientes:

1.- DAÑO MATERIAL: No obstante haber sido rechazado por la jueza de grado, a juicio de Picasso se debe otorgar una suma por este concepto, condenándose exclusivamente a Google por la violación del derecho de imagen de la actora, en tanto editó y reprodujo fotografías de su persona sin autorización, habida cuenta, además, de que por el hecho de ser la actora modelo, se puede deducir que su imagen tiene un valor comercial. Así, sugiere

condenar a pagar a Google la suma de treinta mil pesos argentinos (\$30.000.-) por resarcimiento del daño material (lucro cesante) derivado de la reproducción no consentida de su imagen.

2.- DAÑO MORAL: Rechaza el agravio de la actora, excluyendo por los argumentos mencionados a Yahoo!, y condena a Google. En este caso, argumenta que la difusión de la imagen sin consentimiento de la titular del derecho, como turbación de un derecho personalísimo, es por sí sola desencadenante de un daño moral, a menos que se demuestre lo contrario, y ello es así aunque no cause ningún gravamen a la privacidad, honra y reputación, ya que la exhibición por sí sola genera un daño moral representado por el disgusto de ver avasallada la propia personalidad.<sup>16</sup>

Así, condena a Google a resarcir este daño moral por sus “*thumbnails*”, pero reduce la suma inicialmente justipreciada por la jueza de primera instancia, a veinte mil pesos argentinos (\$20.000.-).

c) Respecto de la OBLIGACIÓN DE HACER impuesta a las demandadas, consistente en la eliminación de toda vinculación del nombre, imagen y fotografías de la actora con sitios y actividades de contenido sexual, erótico y/o pornográfico, agrega que se requiere la notificación puntual al buscador, en cada caso, de la existencia de contenidos nocivos en una página determinada, y no admite, por consiguiente, una orden genérica de la extensión de la contenida en la sentencia. Así, revoca la decisión de primera instancia, y condena a la actora a identificar, en cada caso, los contenidos que estima lesivos de sus derechos, debiendo solicitar puntualmente a las demandadas el bloqueo de las páginas respectivas.

Así, el fallo en definitiva, y en lo medular, queda de la siguiente manera:

I. Se hace lugar a los agravios de la demandada Yahoo!, y en consecuencia, se modifica la sentencia y se rechaza la demanda interpuesta contra ella.

II. Se hace lugar parcialmente a los agravios de Google, y en su mérito:

---

<sup>16</sup> Cita jurisprudencia de esa misma Sala “Fernández, Lorena Évelin c. Asociación Mutual de Conductores de automotores s/daños y perjuicios” de 10 de abril de 2013.

a) Se deja sin efecto la sentencia en cuanto decidió disponer la eliminación definitiva de las vinculaciones del nombre, la imagen y las fotografías de la actora con sitios y actividades de contenido sexual, erótico y/o pornográfico a través del buscador [www.google.com.ar](http://www.google.com.ar);

b) Se reduce la suma de la condena por daño moral a la cantidad de \$20.000.-

III. Se hace lugar parcialmente a los agravios de la actora, e incluye en la condena a Google de la reparación del rubro “daño material” por la suma de \$30.000.-

IV. Impone costas y confirma la sentencia de primer grado en todo lo demás.

Este fallo fue votado a favor por el Ministro Doctor Hugo Molteni y de la Doctora Elisa Matilde Díaz de Vivar, quien además redacta su voto ahondando sobre la importancia de los derechos al honor, la intimidad personal y la propia imagen, y expresando en definitiva que más allá de que sobre la base del factor de atribución objetiva se rechace la demanda en lo que se refiere a la no responsabilidad por el sistema de búsqueda dentro de los servicios de Internet, no cabe duda que debe tenerse en cuenta que el nivel de propagación de la imagen de la actora en los medios tecnológico-digitales, le han generado un mayor estado de vulnerabilidad emocional frente al menoscabo que importó su exposición en la web, y en consecuencia, el medio por el cual se ha realizado la difusión de la imagen debe ser una pauta a tener en cuenta por el juzgador al momento de considerar el resarcimiento.

### **III. CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN ARGENTINA (Buenos Aires, 28 de octubre de 2014).**

Contra el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, tanto la demandante como Google interpusieron sendos recursos extraordinarios, los que fueron concedidos solo en cuanto estaban en juego la inteligencia de derechos de raigambre constitucional.

Además, la Corte Suprema declara en su fallo que “en la tarea de esclarecer la inteligencia de cláusulas del carácter antes señalado, esta Corte no se encuentra limitada por las posiciones de la Cámara ni las de las partes, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue” (Considerando 8°).

Dicho lo anterior los argumentos de la Corte Suprema respecto a la decisión de este caso son los siguientes:

1. Corresponde precisar los derechos que se encuentran en conflicto en el presente caso: por un lado, la libertad de expresión e información y, por el otro, el derecho al honor y a la imagen.

Así, el derecho a la libertad de expresión “comprende el derecho a transmitir ideas, hechos y opiniones difundidos a través de Internet”, lo que se encuentra reconocido en el artículo 1° de la ley 26.032.<sup>17</sup>

Agrega que en el mismo sentido se habría pronunciado la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Organización de los Estados Americanos, el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en el mismo orden de ideas, la importancia del rol que desempeñan los motores de búsqueda habría sido refrendado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> “La búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole, a través del servicio de Internet, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión” (Artículo 1° Ley 26.032).

<sup>18</sup> “...La actividad de los motores de búsqueda desempeña un papel decisivo en la difusión global de dichos datos en la medida en 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

Señala que desde este punto de vista, el derecho de expresarse a través de Internet fomenta la libertad de expresión tanto desde su dimensión individual como colectiva. Así, a través de Internet se puede concretizar el derecho personal que tiene todo individuo a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar –o a no hacerlo- sus ideas, opiniones, creencias, críticas, etc. Desde el aspecto colectivo, la Corte señala que Internet constituye un instrumento para garantizar la libertad de información y la formación de la opinión pública, incrementando significativamente la capacidad de las personas de acceder a la información, fomentando el pluralismo y la divulgación de información.

Reflexiona sobre la importancia de la libertad de expresión en el régimen democrático, y que esta no solo atañe al derecho individual de emitir y expresar el pensamiento sino incluso al derecho social a la información de los individuos que viven en un estado democrático, constituyendo la libertad de expresión la piedra angular de la existencia misma de una sociedad democrática.

Sin embargo, por otra parte, el derecho al honor se refiere a la participación que tiene el individuo dentro de la comunidad amparando a la persona frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecedor en la consideración ajena al ir en su descrédito.

Y agrega, a continuación, que “el derecho a la imagen integra el derecho a la privacidad protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional. Al respecto, esta Corte ha dejado claramente establecido que dicha norma otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros”(Considerando 13°).

2. Que delimitada la cuestión, corresponde abordar la pretensión de la actora de que el caso sea juzgado de acuerdo a las reglas de responsabilidad objetiva regulada en el artículo 1113 del Código Civil.

---

que se publican estos mismos datos” (conf. “Google Spain S.L. Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González”, sentencia del 13 de mayo de 2014).

La Corte reitera su prevención inicial: Cuando, como en el caso de autos, el *thema decidendum* pone en juego normas del derecho común que tienen relación con derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, la interpretación que se haga de aquellas debe ser la que mejor armonice con los citados derechos.

Y concluye, en base a lo anterior, 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 (Considerando 15°).

Y argumenta esta conclusión, señalando que si bien hay países que tienen una legislación específica para regular problemas como el de autos, a falta de ella, se debe recurrir a los principios generales de la responsabilidad civil. Y así, bajo el supuesto de que los “buscadores” no tienen una obligación general de “monitorear” (supervisar, vigilar) los contenidos que se suben a la red y que son proveídos por los responsables de cada una de las páginas web, se puede concluir que los “buscadores”, en principio, son irresponsables por esos contenidos que no han creado.<sup>19</sup>

Y agrega textualmente que “a la inexistencia de una obligación general de vigilar le sigue – como lógico corolario- la inexistencia de responsabilidad” (Considerando 16°).

Argumentan que diversas relatorías para la libertad de expresión de organizaciones internacionales sostuvieron, como principio, que “nadie que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet (acceso, búsqueda o conservación de información), deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de esos servicios y que no se deberá exigir a los intermediarios que controlen el contenido generado por usuarios” (Considerando 16°).

Señala que la pretensión de aplicar responsabilidad objetiva en este tema “es de una llamativa insustancialidad”, y, en consecuencia, “la libertad de expresión se vería mellada de admitirse una responsabilidad objetiva que –por definición- prescinde de toda idea de

---

<sup>19</sup> Cita el artículo 15.1 de la Directiva Europea 2000/31 EC y el artículo 85 P de la Ley 17.336 de la legislación chilena.

culpa y, consiguientemente, de juicio de reproche a aquel a quien se endilga responsabilidad.

3. Que, a pesar de lo expuesto, hay casos en que el “buscador” puede llegar a responder por un contenido que le es ajeno cuando haya tomado “conocimiento efectivo”, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente (Considerando 17°).

Expresan que a partir del momento del efectivo conocimiento del ilícito de una página web, la “ajenidad” del buscador desaparece y, de no procurar el bloqueo del resultado, sería responsable por culpa, y en Argentina, frente a esa hipótesis, se le debería aplicar el artículo 1109 del Código Civil. Así, habiendo la Cámara de Apelaciones decidido que no hubo culpa cuando se trató de bloquear páginas indicadas por la actora, no habría responsabilidad de las demandadas.

4. Acerca del “efectivo conocimiento” requerido para la responsabilidad subjetiva (Considerando 18°).

Sin ser parte de la resolución del caso, la Corte de todas formas se pregunta si es suficiente que el damnificado curse una notificación privada al “buscador”, o si, por el contrario, es exigible la comunicación de una autoridad competente. Y razona que, en ausencia de regulación específica como es el caso argentino, se debe sentar una regla que distinga nítidamente los casos en que el daño es manifiesto y grosero, a diferencia de otros en que es opinable, dudoso o exige un esclarecimiento.

Argumenta que son “manifiestas las ilicitudes respecto de contenidos dañosos, como pornografía infantil, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyen acerca de estos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de algunas o muchas personas, que hagan apología del genocidio, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar como secretas, como también los que importen lesiones contumeliosas al honor, montajes de imágenes notoriamente falsos o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean

necesariamente de contenido sexual. La naturaleza ilícita –civil o penal- de estos contenidos es palmaria y resulta directamente de consultar la página señalada en una comunicación fehaciente del damnificado o, según el caso, de cualquier persona, sin requerir ninguna otra valoración ni esclarecimiento.”

Agrega que, “por el contrario, en los casos en que el contenido dañoso que importe eventuales lesiones al honor o de otra naturaleza, pero que exijan un esclarecimiento que deba debatirse o precisarse en sede judicial o administrativa para su efectiva determinación, cabe entender que no puede exigirse al “buscador” que supla la función de la autoridad competente ni menos aún la de los jueces”.

Por tales razones, señala que en estos casos corresponde exigir la notificación judicial o administrativa competente, no bastando la simple comunicación del particular que se considere perjudicado y menos la de cualquier persona interesada.

##### 5. Acerca de la extensión de la reparación del fallo de la Cámara de Apelaciones recurrido, por los “*thumbnails*” de Google

La Corte difiere de los alcances a los que llega la Cámara de Apelaciones, y expresa que el “*thumbnail*” tiene, respecto de la imagen original subida, una función de mero “enlace”, no correspondiendo aplicar al “buscador de imágenes” y al de “textos” normas distintas. En consecuencia, y dado que ambos “enlazan” contenidos que no han creado, no corresponde atribuir al “buscador” –como lo hace la Cámara- la condición de “medio” que ha “empleado” la imagen. Esa condición, según la caracterización del “*thumbnail*”, sólo corresponde atribuirle –exclusivamente- al creador de la página web, que será quien deberá responder por la eventual utilización impropia.

Así, revoca lo fallado por la Cámara, argumentando que resulta infundada la decisión basada en el artículo 31 de la ley 11.723, toda vez que no se está juzgando la responsabilidad que podría atribuirse a una página de Internet –por la indebida publicación o reproducción de imágenes- sino a un mero intermediario cuya única función es servir de enlace con aquella. La conducta que llevarían a cabo los buscadores no sería susceptible de ser encuadrada en la norma citada, pues consiste en una simple recopilación automática de

vistas en miniatura que solo tiene por finalidad permitir a los usuarios acceder a las páginas de Internet que contienen las imágenes originales.

Todo lo anterior, no obsta a que –dado que por lo razonado los buscadores de imágenes están sujetos a las mismas condiciones que los buscadores de texto- podrían incurrir en responsabilidad en los términos de la citada disposición si, una vez notificados válidamente de la infracción, no actuaran con la debida diligencia.

6. Respecto de la decisión de la Cámara de dejar sin efecto el pronunciamiento de primera instancia que había decidido disponer la eliminación definitiva de las vinculaciones del nombre, la imagen y las fotografías de la actora con sitios y actividades de contenido sexual, erótico y/o pornográfico a través de Google (Considerando 23°).

A juicio de la Corte, el agravio de la demandante conduce a examinar la posibilidad de establecer, en supuestos como el del presente caso, una condena que obligue a Google a fijar filtros o bloqueos de vinculaciones para el futuro, es decir, se trata de determinar si, en casos en los que está en juego la libertad de expresión, resulta procedente la tutela preventiva con el objeto de evitar que se produzca la repetición de la difusión de información lesiva para los derechos personalísimos de un sujeto.

Así, en esta línea argumentativa, señala que “toda restricción, sanción o limitación a la libertad de expresión debe ser de interpretación restrictiva, y que toda censura previa que sobre ella se ejerza padece una fuerte presunción de inconstitucionalidad” (Considerando 26°). De esta forma, el principio subyacente es la aplicación de responsabilidades ulteriores a raíz de los abusos producidos por su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles.

En consecuencia, y en tales condiciones, “el agravio de la recurrente debe ser desestimado en este punto, en tanto no ha siquiera invocado que el caso justifique apartarse de los principios que se desprenden de la jurisprudencia de este tribunal en la materia” (Considerando 29°).

En consecuencia, **el fallo de la Corte Suprema desestima el recurso extraordinario de la actora, y hace lugar al deducido por Google, revocando parcialmente la sentencia apelada y rechazando la demanda en todas sus partes.**

No obstante lo anterior, existió una disidencia parcial del señor Presidente Doctor Ricardo Lorenzetti y del Señor Ministro don Juan Carlos Maqueda. En la fundamentación del voto, se pueden apreciar básicamente dos temas de relevancia en los cuáles se apartan del fallo original de la Corte Suprema de la Nación Argentina.

1. Respecto al resarcimiento económico de la actora por el uso indebido de su imagen, por la existencia de los “thumbnails” de Google.

El voto disidente se aparta del fallo de la Corte Suprema, acogiendo los razonamientos de la Cámara de Apelaciones, señalando que resulta ineludible acudir al artículo 31 de la ley 11.723, el que establece claramente la exigencia del consentimiento del titular del derecho personalísimo para la publicación de su imagen. En función de ello, reafirma la exégesis de la ley 11.723 indicando que resulta expreso que el legislador ha prohibido –como regla general- la reproducción de la imagen en resguardo del correlativo derecho a ella, que sólo cede si se dan específicas circunstancias que tengan en mira un interés general que aconseje hacerlas prevalecer por sobre aquel derecho, lo que en la especie, no ha ocurrido.

En consecuencia, y dado que el caso particular no configura la excepción a la regla general, rechaza el agravio de Google, confirmando la decisión del tribunal a quo.

2. Respecto a la pretensión de la actora que se condene a las demandadas a eliminar las vinculaciones existentes de su nombre, imagen y fotografías con sitios de contenido sexual, erótico y pornográfico y para que se le prohíba establecerlos en el futuro.

Sostiene que estas pretensiones fueron rechazadas en el fallo recurrido sobre la base de que no puede admitirse un pedido genérico de detección y retiro de ciertos contenidos, cualquiera sea el sitio en el que se encuentren. Agrega que lo que por esta vía se pretende es una tutela judicial de un derecho personalísimo que resulta compatible con la libertad de expresión.

Señala que tal pretensión resulta admisible, “siempre y cuando, para un adecuado balance de los intereses en juego, se identifique con precisión cuales son los enlaces asociados a su persona y se compruebe el daño que la vinculación ocasiona. Así delimitada, la tutela constituye un tipo de reparación ulterior y evita toda generalización que pueda afectar a la libre circulación de ideas, mensajes o imágenes y con ello, la garantía constitucional de la libertad de expresión” (Voto disidente, considerando 30°).

En consecuencia, “la actora tiene derecho a solicitar a la demandada que elimine aquellas vinculaciones entre su persona y ciertos sitios web de contenido sexual, erótico y pornográfico que haya identificado en forma precisa”.

Y agrega que, a este respecto, cabe la posibilidad de considerar una tutela preventiva, atendiendo al principio general de prevención del daño, siendo posible sostener que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de evitar causar un daño no justificado y de adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud.

En consecuencia, y frente a situaciones como la planteada en autos, “es posible reconocer una acción judicial que permita solicitar la eliminación o bloqueo de enlaces que resulten claramente lesivos de derechos personalísimos y que también posibilite requerir que, acorde con la tecnología disponible, los motores de búsqueda adopten las medidas necesarias para prevenir futuros eventos dañosos” (Voto disidente, considerando 31° parte final), debiendo ponderarse “los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la proporcionalidad y la eficacia de la obtención de la finalidad”(Voto disidente, considerando 32°).

De esta forma, “la protección preventiva opera con independencia de una nueva efectiva configuración del daño en la esfera jurídica del titular, pues la sola amenaza causalmente previsible del bien jurídico tutelado habilita su procedencia” (Voto disidente, considerando 34° parte final).

En consecuencia, se declaran formalmente procedentes los recursos extraordinarios y se revoca parcialmente la sentencia apelada con el alcance que resulta de lo expresado.

**IV. TABLA RESUMEN COMPARATIVA DE LOS HITOS MÁS RELEVANTES DE CADA INSTANCIA**

INSTANCIA/TEMA	Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil	Corte Suprema de la Nación Argentina
<b>FACTOR DE ATRIBUCIÓN</b>	SUBJETIVO (Artículos 929 y 1109 C.C) El buscador de internet no genera, modifica ni selecciona contenidos, no es editor, por lo que sólo podrán ser responsables en la medida que hubo actuar culposo de su parte. Se responde desde que se tiene “Conocimiento Efectivo”. Aplica “Doctrina Campillay”	SUBJETIVO (Artículos 512, 902 y 1109 C.C). Excluye doctrina de la “real malicia” o “Campillay”. Mantiene “Conocimiento Efectivo”.	SUBJETIVO. Los buscadores no tienen el deber de monitorear, y como consecuencia de la inexistencia de una obligación general, son irresponsables, SALVO que se demuestre que tuvieron “conocimiento efectivo” y no hicieron nada.
<b>CULPABILIDAD DE LOS BUSCADORES</b>	NEGLIGENCIA CULPABLE (En menor caso de Yahoo! que sí bloqueó y/o eliminó). Advertidas por las afectadas, y con todos los medios técnicos a su alcance, debieron inmediatamente proceder a impedir o bloquear cualquier tipo de acceso a los contenidos cuestionados.	NO SE ACREDITA LA NEGLIGENCIA DE ACUERDO AL ARTÍCULO 1109 CC. Sin embargo, frente a la edición de “ <i>thumbnails</i> ”, Google utiliza y reproduce imágenes de la actora sin su consentimiento, vulnerando el artículo 31 de la Ley 11.723 (No aplica Convenio de Berna).	CONFIRMA DECISIÓN DE LA CAMARA DE APELACIONES RESPECTO QUE NO HUBO CULPA. Respecto de los “ <i>thumbnails</i> ”, REVOCA la decisión de la Cámara, dado que las reglas para los “buscadores de texto” son las mismas que para los “buscadores de imágenes”, y en consecuencia, los motores de búsqueda son meros enlaces que no editan contenido propio.
<b>COMO SE TIENE “CONOCIMIENTO EFECTIVO”</b>	“NOTIFICACIÓN FEHACIENTE”	NO REQUIERE ORDEN JUDICIAL PREVIA. Basta que hayan tomado conocimiento mediante comunicación del usuario del contenido nocivo para que se encuentren obligados a bloquear.	DAÑO MANIFIESTO Y GROSERO: Comunicación privada DAÑO AL HONOR O DE NATURALEZA QUE DEBA DISCUTIRSE: Notificación judicial o administrativa.
<b>DERECHOS INVOLUCRADOS</b>	DERECHO A LA INTIMIDAD se protege por el artículo 1071 bis Código Civil y Constitución. Para violar LIBERTAD DE	DERECHOS PERSONALÍSIMOS AL HONOR, LA IMAGEN Y LA INTIMIDAD, CONTRA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN (Aplica Ley 26.032, Constitución y Tratados Internacionales)

	EXPRESIÓN EN INTERNET (Ley 26.032 y Constitución) debe comprobarse si la conducta de la demandada reviste el carácter de “ilegítimo”. NO SE VULNERA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN (“el ejercicio del derecho de informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los cuales se encuentran el de la integridad moral y el honor de las personas”-Doctrina Campillay)	(GENÉRICA) Y DERECHO COLECTIVO AL ACCESO A LA INFORMACIÓN. Los motores de búsqueda no pueden ser “censores” si no hay pedido específico por parte de los afectados.	CONTRA DERECHO AL HONOR Y A LA IMAGEN. “Nadie que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet (acceso, búsqueda o conservación de información” deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de esos servicios”.
<b>DAÑO MATERIAL</b>	NO APLICA. No se acreditó que la conducta de los empresarios de motores de búsqueda demandado hayan utilizado comercialmente la imagen de la demandante.	CONDENA A GOOGLE al pago de \$30.000. Esto, en tanto los “ <i>thumbnails</i> ” implican una edición y reproducción de la imagen de la demandante sin su consentimiento.	ABSUELVEN A GOOGLE. Los motores de búsqueda tienen una función de “mero enlace”, y los “ <i>thumbnails</i> ” o buscadores de imágenes siguen las mismas reglas de los buscadores de texto.
<b>DAÑO MORAL</b>	SE CONDENA EN \$100.000 A GOOGLE Y A \$20.000 A YAHOO! Se toman en cuenta todas las circunstancias del caso y sus derivaciones, el desconocimiento de sus derechos personalísimos, el medio empleado, el grado de difusión alcanzado, la actividad de la actora y el ámbito profesional donde se desenvuelve.	CONDENA A GOOGLE Y ABSUELVE A YAHOO!. Indica que los “ <i>thumbnails</i> ” dado que la exhibición por sí sola genera un daño moral por el hecho de ver la demandante avasallada la propia personalidad. Sin embargo, rebaja a \$20.000.- el pago por este concepto.	ABSUELVEN A GOOGLE. Los motores de búsqueda tienen una función de “mero enlace”, y los “ <i>thumbnails</i> ” o buscadores de imágenes siguen las mismas reglas de los buscadores de texto.
<b>ELIMINACIÓN DE VINCULACIONES DEL NOMBRE, IMAGEN Y FOTOGRAFÍAS</b>	DISPONE LA ELIMINACIÓN DEFINITIVA DE LAS VINCULACIONES del nombre, imagen y fotografías de la actora con sitios y actividades de contenido sexual, erótico y/o pornográfico	DEJA SIN EFECTO LA RESOLUCIÓN DE PRIMERA INSTANCIA. Condena a la actora a identificar, en cada caso, los contenidos que estima lesivos de sus derechos, debiendo solicitar puntualmente a	CONFIRMA LA DECISIÓN DE LA CAMARA DE APELACIONES. Sin embargo, el “Voto Disidente” se aparta de esta teoría, y acepta una “tutela preventiva”, para solicitar el bloqueo o

	a través de los buscadores de Google y Yahoo!	las demandadas el bloqueo de las páginas respectivas.	eliminación de enlaces lesivos de derechos personalísimos, pero ponderando criterios de “menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la proporcionalidad y la eficacia de la obtención de la finalidad”.
--	---	---	--

## CAPITULO II: EL FACTOR DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS BUSCADORES DE INTERNET EN ARGENTINA

### **I. EL ESTADO DEL ARTE AL MOMENTO DE LA DICTACIÓN DEL FALLO.**

A nuestro juicio, este es el primer punto en que debemos detenernos para entender la importancia del fallo en comento. Pero, primero, contextualicemos.

Como se señaló previamente, en Argentina, hasta ese momento, existieron numerosos casos de modelos, deportistas, *celebrities*, y en general, personas cuya vida estaba expuesta públicamente, que se vieron afectados por sus vinculaciones a páginas de contenido negativo y/o agravante. A través de cautelares y demandas de daños contra buscadores de Internet, los casos se fueron acumulando con los más diversos resultados en las diferentes instancias, a la espera de que la Corte Suprema zanjara de una vez por todas la solución frente al silencio de la ley en estos temas.<sup>20</sup>

Como ha señalado VIBES, “hasta el momento existían a nivel de Cámara tres soluciones distintas al momento de juzgar a los buscadores en materia de responsabilidad civil”.<sup>21</sup>

La primera de las respuestas jurisprudenciales fue el rechazo a este tipo de acciones en contra de los buscadores de Internet. Este fue el criterio seguido en el llamado “*Caso Da Cunha*”,<sup>22</sup> en donde encontramos a una conocida cantante, modelo y actriz argentina, quien demandó a Google y Yahoo! por permitir que en sus listas de búsqueda figuren links a sitios web en los cuales se utilizaba su nombre en imagen en forma ilícita, vinculándola a contenidos sexuales y pornográficos, sin su autorización.

---

<sup>20</sup> Se debe tener presente que en Argentina -y a diferencia de Chile donde el tema se encuentra regulado como se verá en Capítulos posteriores- no existe una legislación relativa a los prestadores de servicios intermedios de Internet, y, en consecuencia, el fallo resulta esclarecedor en tanto fija los criterios actualmente vigentes en ese país, hasta que se dicte una norma que regule en específico a estos agentes.

<sup>21</sup> VIBES, FEDERICO. *Responsabilidad civil subjetiva de los servicios de búsqueda de Internet*. Publicado en “Responsabilidad de los prestadores de servicios de la internet” (Material de apoyo para la clase de los días 13 y 14 de diciembre de 2013 de Carlos A. Parellada para el curso “Maestría de Derecho de Daños Universidad de Mendoza”).

<sup>22</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D-10/08/2010. “Da Cunha, Virginia con Yahoo de Argentina S.R.L. y otro”.

En primera instancia, el tribunal le dio la razón a Virginia Da Cunha, y estimó que las conductas de Google y Yahoo! debían analizarse a la luz de lo establecido en los artículos 902 y 1109 del Código Civil argentino, ya que concluyó que las conductas de las demandadas contribuyeron con el acaecimiento del daño, al haber facilitado el acceso a los sitios que asociaron ilícitamente la imagen de Da Cunha con el contenido ofensivo no autorizado.

Apelado este fallo, fue revisado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Buenos Aires en agosto de 2010. En la resolución de segunda instancia, dos de los tres jueces de la Sala D votaron en sentido contrario a lo resuelto y revocaron dicho fallo. Además, la mayoría que conformó el voto definitorio entendió que en el pleito no se había demostrado que la demandante hubiese advertido previamente a Google y Yahoo! sobre el uso ofensivo de su nombre e imagen, y que por lo tanto, no le habían dado la oportunidad a los buscadores de evitar o prevenir el daño.

En el segundo caso se aplicó un criterio opuesto, ya que el tribunal de grado atribuyó responsabilidad objetiva a los buscadores por la “actividad riesgosa”.<sup>23</sup>

En este caso, promovido por la actriz Paola Krum, el tribunal llegó a la conclusión que los demandados son responsables de los daños sufridos por la demandante, ya sea que se adopte un criterio de evaluación subjetiva u objetiva de la responsabilidad civil. Respecto de este punto, la sentencia expresa que tanto Google como Yahoo! obraron de manera negligente luego de haber tomado conocimiento efectivo de la afectación de los derechos personalísimos de la demandante, el que ocurrió al momento de la demanda judicial.

Pero, en este caso, el tribunal va más allá, y cataloga como “riesgosa” la actividad de estos buscadores de Internet, resultándoles aplicables por tanto el artículo 1113 párrafo segundo, segunda parte del Código Civil argentino, y el artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor.

---

<sup>23</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J /31-08-2013. “Krum, Paola con Yahoo de Argentina S.R.L. y otros”.

Una tercera solución, fue condenar a los servicios de búsqueda demandados exclusivamente por infracción al derecho de imagen consagrado en el artículo 31 de la Ley 11.723, como ocurrió en el caso de María Belén Rodríguez.

Como se puede ver, el tema de la responsabilidad civil aplicable a este tipo de casos no resultó uniforme. Y, por tanto, los siguientes capítulos se dedicarán a revisar cuáles fueron las premisas utilizadas por la doctrina y la jurisprudencia para apoyar los argumentos vertidos en la solución de estos casos.

## **II. LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA COMO FACTOR DE IMPUTACIÓN.**

Sin lugar a dudas, uno de los puntos respecto de los cuales la Corte Suprema fue particularmente clara, resultó ser precisamente éste. Así, con la frase “*la pretensión de aplicar responsabilidad objetiva es de una llamativa insustancialidad*”, zanjó, de manera permanente, el régimen de responsabilidad aplicable a los buscadores de Internet, ya que, como vimos en el apartado anterior, en algunos casos la Cámara Nacional de Apelaciones había recogido el concepto de la “actividad riesgosa” como elemento constitutivo de la responsabilidad civil objetiva en estos casos.

Como señala PALAZZI, “(...) De haberse aplicado este criterio, cualquier intermediario de Internet, incluido no sólo un buscador sino también una red social, sería en forma automática responsable del contenido generado por terceros lo que obligaría a monitorear el contenido para disminuir riesgos. Es realmente una tarea imposible si se piensa, por ejemplo, que Facebook tiene 1.230 millones de usuarios registrados (...) o que en Youtube por cada minuto se suben 100 horas de video”.<sup>24</sup>

Aunque pudiese parecer, en principio, que este tema es de interés puramente jurídico, se puede apreciar que los motivos por los cuales los diferentes autores apoyaron esta solución planteada por la Corte Suprema comprendían un amplio espectro de fundamentos: Desde aquellos que consideraban que las actividades de los buscadores no eran riesgosas, hasta otros que veían con recelo el establecimiento de la responsabilidad objetiva en estas materias, pues resultaba una amenaza directa a la libertad de expresión, e introducía la

---

<sup>24</sup> PALAZZI, PABLO. *Responsabilidad de buscadores de Internet. Notice&Take down con sabor argentino*. En LA LEY, año LXXVIII N° 209, Buenos Aires, Argentina, Miércoles 5 de noviembre de 2014, p.13.

posibilidad de regulación, control o filtrado de contenido por parte de las autoridades, sobre la información que transita por Internet.<sup>25</sup>

Para autores como ATTA,<sup>26</sup> la determinación de la responsabilidad civil de los “buscadores web” se halla esencialmente en juego un problema de “relación de causalidad”. Así, sostiene que “si la actividad de los “buscadores web” fue pasiva –o en otros términos, si su actividad tecnológica fue neutra respecto de los daños reclamados- sólo podrá atribuirse responsabilidad a los mismos si se acreditara que habiendo tenido conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos, no procedieron inmediatamente a su bloqueo o eliminación.

Así, agrega que el principio de neutralidad tecnológica implica que la misma es susceptible de al menos un uso legítimo sustancial, y quien desarrolló tal tecnología no promovió ni contribuyó a causar la eventual actividad ilícita llevada a cabo por los usuarios de la misma.

En consecuencia, sostiene que no resulta razonable responsabilizar a quien desarrolló la tecnología de que se trate por violaciones a derechos de terceros, ya que su actividad no se hallaría en relación causal con los daños ocasionados.

En este sentido, señala que tal neutralidad no sólo dejaría de existir cuando quien desarrolló la tecnología cuestionada haya promovido o incitado a la actividad ilícita, sino también cuando habiendo sido notificado fehacientemente (“conocimiento efectivo”) respecto de aquella actividad, no actúe de forma diligente a efectos de bloquear, eliminar, reducir o prevenir el daño irrogado.

---

<sup>25</sup> “(...) Varios Gobiernos latinoamericanos, y del mundo, han propuesto textos legales que imponen la criminalización de expresiones legítimas; la responsabilidad de los intermediarios; la desconexión del usuario con el pretexto de tratarse de violaciones de derecho de autor o de transmisión de información ilegal (como pornografía, narcotráfico, *ciberataques*, etcétera), o que, simplemente, permiten mecanismos arbitrarios de filtrado, bloqueo y remoción de contenido en la red y dan una protección inadecuada a los derechos a la privacidad y a los datos personales.

Todas esas disposiciones son bastante criticables porque ponen en riesgo los derechos fundamentales a la privacidad y a la libertad de expresión de los ciudadanos, porque representan una amenaza a los elementos clave de la arquitectura de la red, como la neutralidad y la apertura. Por otro lado, es posible intuir que mientras que los países desarrollados ya establecieron un marco jurídico para Internet, en Latinoamérica este movimiento aún es reciente.” VARON, JOANA; PEREIRA, CARLOS et al. *Filtrado de contenido en América Latina: razones e impacto en la libertad de expresión*. En: *Hacia una Internet libre de censura*, Capítulo Cinco, pp. 183-184. En internet: [http://www.palermo.edu/cele/pdf/internet\\_libre\\_de\\_censura\\_libro.pdf](http://www.palermo.edu/cele/pdf/internet_libre_de_censura_libro.pdf) (Visto el 15 de marzo de 2016).

<sup>26</sup> ATTA, Gustavo. Op. Cit., p. 61.

En base a lo anterior, afirma que la tecnología desarrollada por los buscadores web es susceptible de un uso sustancialmente lícito, sin que pueda considerarse que estos promuevan o inciten a la violación de derechos de terceros. En tales condiciones, concluye que la actividad de los buscadores web no se hallará en relación causal adecuada con los daños ocasionados, ya que “el principio de neutralidad tecnológica” operará como factor interruptivo autónomo del nexo causal, lo que excluye toda responsabilidad civil por la ausencia de dicho presupuesto.

Sin perjuicio de lo anterior, cree que si el afectado demostrara que el buscador web tuvo un conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos, y que pese a ello no actuó diligentemente para remover, eliminar o bloquear dichos contenidos, la conducta del buscador web dejará de ser pasiva, y por ende, se hallará en relación causal con los daños ocasionados, transformando su conducta en antijurídica, lo que los haría responsables sobre la base de un factor de atribución subjetivo en los términos del artículo 512 y 1109 del Código Civil argentino.

Para otros autores, como VIBES,<sup>27</sup> “la piedra angular está en el artículo 902 del Código Civil, que consagra el “deber general de obrar con prudencia”, tal como lo llamaba Borda, al establecer “Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos”.

Sostiene que el “obrar con prudencia” se traduce en un doble orden de cosas: por una parte, en aquellas medidas razonables que los Buscadores de Internet deberían tomar para reducir los daños a terceros. En caso de que los Buscadores no tomen estas medidas “razonables”, entonces, “debe responder en su carácter de propietario de la tecnología, pues su negligencia contribuyó con el acaecimiento del daño”.

Pero, por otra parte, el deber de obrar con prudencia se traduce en que el Buscador debería actuar de inmediato ante cualquier denuncia de contenidos ilícitos dentro de los listados de búsqueda, y en caso de no actuar de manera diligente ante la toma de conocimiento de una infracción a los derechos del tercero, debe responder solidariamente con el infractor directo.

---

<sup>27</sup> VIBES, FEDERICO. Op. Cit., p.114.

En consecuencia, concluye señalando que el Buscador debería hacer lo que esté a su alcance para evitar el daño, y por lo tanto, la responsabilidad del Buscador debe sustentarse en los artículos 1109 (deber genérico de no dañar) y 902 (deber general de obrar con prudencia). Lo anterior, conjugado con el artículo 512, entregaría una pauta relativa al deber de cuidado que debe adoptar cualquier empresa, persona o entidad potencialmente causante de daños.

“Si al momento del acaecimiento del daño se comprueba que esa persona o entidad, tenía una obligación de obrar con prudencia, y sin embargo, actuó con indiferencia, despreocupación o de manera insuficiente, entonces dicha persona o entidad asume una mayor obligación de reparación por las consecuencias de los hechos. En estos casos, no quedan dudas respecto de que existe responsabilidad solidaria entre el infractor directo (aquel que publica en Internet el contenido ilícito) y el Buscador, dado que las consecuencias posibles de los hechos a los que alude el artículo 902 del Código Civil, apuntan al accionar de los titulares de los portales a indexar. Las consecuencias posibles de ese accionar, que se traduce en los daños a terceros cuando los usuarios cometen infracciones a los derechos personalísimos de terceros, importan que el Buscador es responsable por el actuar desviado de ellos”.<sup>28</sup>

Para BILBAO ARANDA<sup>29</sup> “el buscador de Internet no genera, modifica ni selecciona contenidos; lejos está de la figura del “editor”, por lo que las empresas sólo podrán ser responsables, en la medida en que se demuestre que hubo un obrar culposo de su parte (artículo 1109 del Código Civil)”.

Señala que “si bien los buscadores de contenidos en Internet no son (...) los autores del hecho dañoso originario, por su propia actividad potencian los efectos lesivos del mismos, ya que sin su intervención el acceso de cualquier internauta a ellos sería sensiblemente inferior. Luego, una vez notificados de un pedido expreso y fehaciente de un usuario afectado o de una orden judicial que mande a eliminar todo enlace con los mismos, la

---

<sup>28</sup> Ibid. P.115.

<sup>29</sup> BILBAO ARANDA, FACUNDO. *Apuntes sobre la responsabilidad civil de los buscadores de contenidos en Internet*. Publicado en “Responsabilidad de los prestadores de servicios de la internet” (Material de apoyo para la clase de los días 13 y 14 de diciembre de 2013 de Carlos A. Parellada para el curso “Maestría de Derecho de Daños Universidad de Mendoza”), p. 141.

responsabilidad por los daños generados por tales hechos les será enteramente atribuible. Allí entonces, en ese estadio, ellos mismos generarán los “nuevos” hechos dañosos por los que sí deberán responder toda vez que ellos mismos están en condiciones de remover todo tipo de contenido, de acuerdo a lo que plasmaron en las bases y las condiciones de uso de sus servicios”.

Por lo anterior, concluye que “la responsabilidad que cabe atribuirle a los buscadores de contenidos en Internet es de carácter subjetivo, de acuerdo a las previsiones de los artículos 902, 1109 y cc. del Código Civil”.<sup>30</sup>

Para FERNÁNDEZ DELPECH<sup>31</sup> no se pueden aplicar los principios de responsabilidad objetiva a estos casos, con un doble fundamento: En primer lugar, existiría una imposibilidad económica y tecnológica de controlar el contenido, impidiéndoles a los Buscadores de Internet ejercer un control permanente de los contenidos de terceros que transmiten o alojan. En segundo lugar, “y quizás más importante desde el punto de vista jurídico, el hecho que la responsabilidad objetiva pone en cabeza de los buscadores y ISP la posibilidad de censurar unilateralmente los contenidos, generando de facto una censura previa”.<sup>32</sup>

En este orden de cosas, FERNÁNDEZ DELPECH sostiene que la operación informatizada de procesamiento de datos no puede ser considerada, en sí mismo, una actividad peligrosa, ya que “evidentemente la actividad del titular del sitio al procesar información no reúne estas características de peligrosidad, ni la energía informática (...) conlleva tampoco la potencialidad de peligro de la energía eléctrica, explosivos o material radioactivo, la contaminación por hidrocarburos, el manejo de residuos peligrosos, para mencionar algunos casos. (...)”. Y concluye señalando que “la responsabilidad del titular de los sitios no deriva de esa supuesta, y en mi opinión, cuestionable peligrosidad, sino que es una responsabilidad subjetiva derivada simplemente de su acción omisiva y que consecuentemente le obliga a reparar el daño, pero no es una responsabilidad por el riesgo o

---

<sup>30</sup> Ibid. ,p.174.

<sup>31</sup> FERNÁNDEZ DELPECH, HORACIO. *La injuria a través de Internet. A raíz del fallo Jujuy.com*. En internet: <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/ARTICULO%20FALLO%20JUJUY.pdf> (Visto el 20 de junio de 2016).

<sup>32</sup> Citado por IGLESIAS, GONZALO. *La responsabilidad de los buscadores de Internet después del caso Belén Rodríguez*. SID 2015, 15° Simposio Argentino de Informática y Derecho, ISSN: 2451-7526, p.136-137.

vicio de la cosa. El titular del sitio, ya sea que lo consideremos un editor o un mero distribuidor de la información, debió tomar los recaudos necesarios para que no ingresaran en el sitio contenidos claramente injuriantes que podían causar daños a terceros. Este deber, como ya dijéramos, no configura un acto de censura sino que hace a un necesario control editorial que debe ejercer. De allí su responsabilidad de carácter subjetivo”.<sup>33</sup>

Pero, aun dentro de los autores que sostenían que la culpa era el elemento basal de la responsabilidad de estos Buscadores, hasta antes de la dictación del fallo de la Corte Suprema, tampoco existía consenso entre el momento exacto en que se gatillaba esta responsabilidad.<sup>34</sup> Este punto será tratado en un apartado específico, a propósito de las obligaciones de filtrado de contenido indicadas en ciertos casos por la Corte Suprema.<sup>35</sup>

### **III. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA COMO FACTOR DE IMPUTACIÓN.**

Como se ha señalado previamente, y no obstante parecer un elemento ya zanjado, lo cierto es que el establecimiento de la responsabilidad objetiva como factor de atribución fue un tema que también tuvo sus adherentes, no sólo a nivel doctrinario, sino que también jurisprudencial.<sup>36</sup>

Pero ¿Por qué podría hacerse extensiva la responsabilidad objetiva –que como sabemos es excepcional en la tradición jurídica continental- a los Buscadores de Internet? En este caso, los argumentos se centraron básicamente en dos hipótesis: La responsabilidad de los

---

<sup>33</sup> FERNÁNDEZ DELPECH, HORACIO. Op. Cit., p.15.

<sup>34</sup> “Pero aun dentro de los autores que sostienen un reclamo con base en la culpa de los buscadores debe separarse a aquellos que sostienen que los buscadores comienzan a ser responsables después de recibida la orden de autoridad competente, de aquellos que sostienen que la obligación de actuar comienza en el momento en que reciben la noticia del ilícito, sea que esta provenga de una notificación judicial o simplemente de un tercero”. En: IGLESIAS, GONZALO. Op. Cit., p.137.

<sup>35</sup> Por ser un tema relevante, en atención a que la Corte Suprema argentina en el fallo diferenció casi taxativamente los casos en que los Buscadores de Internet deben bajar inmediatamente el contenido frente a una notificación privada, de aquellos en que debe esperar una orden judicial, y por contener implicancias concretas que conllevan posibles hipótesis de censura previa por parte de éstos, es que se abordará el tema en un capítulo completo, donde se revisarán, además, los posibles impactos a nivel constitucional de los lineamientos entregados por el Alto Tribunal.

<sup>36</sup> Como ejemplo, se pueden citar los fallos “ KRUM ,PAOLA con Yahoo! de Argentina S.R.L. y otros /Daños y Perjuicios” de la Sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones (31/08/2012, Expediente N° 84.103/2007); el dictado por la Sala K de la misma Cámara Nacional de Apelaciones en los autos “C.E.M. y otro con Mercado Libre S.A. s/Daños y Perjuicios” (05/10/2012, Expediente N° 36.440/2010), aunque en este último, se aplicó por referencia al artículo 40 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Buscadores deviene del mayor control que ejercen sobre sus propias plataformas, y además, de la actividad riesgosa que supondría el enlazar estos contenidos, toda vez que se “potencia” el daño causado a los terceros mediante la “viralización” de estos contenidos, y resultaría injusto hacer soportar la carga de la prueba a las víctimas.

XALABARDER<sup>37</sup> describe esta situación de la siguiente manera: “La tentación de designar a los ISP como responsables por las infracciones que cometan los usuarios de sus servicios en Internet es fácil de explicar: Por una parte, toda infracción (de cualquier tipo, ya sea civil, penal o administrativa) que tiene lugar en Internet, se materializa a través de sus servicios (piénsese en los servicios de acceso, de almacenaje, motores de búsqueda, *routers* o direccionadores); Internet no existiría sin los ISP. Por otra parte, los ISP son de fácil localización y tienen-normalmente- mayor solvencia para reparar el daño cometido, que el infractor”.

En consecuencia, resulta lógico sostener, bajo una premisa netamente económica –como la del *big pocket*- que para los usuarios afectados, quien tiene mayor capacidad de control respecto a los daños, y los contenidos injuriosos subidos a la red, son los propios Buscadores. Nótese además, que las argumentaciones basadas en este tipo de responsabilidad, hacen hincapié en el “control” de estos Buscadores sobre los contenidos, lo que redundaría en relevar de la carga probatoria a los afectados frente a los contenidos injuriosos subidos a sus plataformas. Además, y como consecuencia de lo anterior, la responsabilidad deviene en todos los casos frente a la inacción de los Buscadores habiendo sido notificados –mediante aviso privado o judicial- debidamente por los afectados. Es en estos casos, y frente a los beneficios económicos obtenidos por los Buscadores dentro de esta actividad potencialmente riesgosa, que debiesen responder de manera objetiva, evitando a los usuarios afectados un juicio de lato conocimiento que pudiese ser resuelto y prevenido por los Buscadores con las herramientas tecnológicas disponibles en la actualidad.

---

<sup>37</sup> XALABARDER, XIMENA. *La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios*. Revista de Internet, Derecho y Política. En internet: <http://www.uoc.edu/idp/2/dt/esp/xalabarder.pdf> (Visto el 20 de junio de 2016).

PARELLADA<sup>38</sup> sostiene que los Buscadores no pueden partir del “principio de inmunidad” sino en el de responsabilidad en quienes intervienen en la relación causal que termina en el daño sufrido por los terceros, en base a:

- a) El carácter de organizador del servicio de quien lo provee y su carácter profesional, del que obtiene un beneficio económico por el desarrollo de la actividad;
- b) No se puede argumentar que existiría una “privatización de la censura”, ya que los editores pueden disponer o no la publicación de contenido lesivo de acuerdo a sus criterios de prevención;
- c) Las supuestas dificultades técnicas de los Buscadores no significan que sean irresponsables- a pesar de las cláusulas que en los Términos y Condiciones de Uso de éstos se consagren- en tanto no se deba a hipótesis de caso fortuito o fuerza mayor;
- d) El carácter profesional y/o empresarial de los Buscadores y beneficiarios del lucro justifica que sobre éstos pese el riesgo de los daños que resulten de la actividad para los terceros afectados.

Señala que si bien es cierto los Buscadores no son autores de la difamación de terceros, “han organizado un medio apto para la difamación impune”.<sup>39</sup>

“El análisis del fenómeno del daño desde el ángulo de la víctima impone con frecuencia la decisión jurídica de determinar quién carga el menoscabo entre dos inocentes: de un lado se encuentra el que lo ha sufrido y del otro quien lo ha causado o puesto una condición para que se produjera. En la responsabilidad por riesgo de la organización de una actividad, quien ha puesto o generado el peligro, debe responder.

¿Cuál sería la solución actual para esta situación dañosa? La aplicación del artículo 1113 del Código Civil extendida a las actividades dañosas nos parece razonable”.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> PARELLADA, CARLOS. *Responsabilidad por la actividad anónima en Internet*. Publicado en “Responsabilidad de los prestadores de servicios de la internet” (Material de apoyo para la clase de los días 13 y 14 de diciembre de 2013 de Carlos A. Parellada para el curso “Maestría de Derecho de Daños Universidad de Mendoza”), p.74 y ss.

<sup>39</sup> *Ibid.* P.78.

Para autores como VIBES, no se justificaría la aplicación de criterios objetivos toda vez que –a diferencia de lo sostenido por algunos fallos ya citados- la actividad de estos Buscadores no puede ser considerada como “riesgosa”.<sup>41</sup>

LEIVA señala: “Quienes propician el factor de atribución objetiva entienden que “el *software*” y los “servicios informáticos” constituyen una “cosa riesgosa” en los términos del artículo 1113, 2º párrafo del Código Civil argentino, por lo cual debe aplicarse el factor objetivo de atribución a los daños cometidos con los mismos. En tal entendimiento, el titular del *software* y/o prestador de los servicios informáticos, debe responder por tales daños aunque no haya culpa de su parte, salvo que pruebe “la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder”.<sup>42</sup>

Además, como indicó la Cámara Nacional de Apelaciones en el ya citado “Caso Da Cunha”, mediante el voto del Juez de Cámara Dr. Diego Sánchez, “Las empresas de búsqueda, en tanto se aprovechan de esa facilitación de contenidos lesivos de derechos de la persona humana, deben responder jurídicamente, no ya por los daños que ocasionan esos terceros proveedores de la información que sistematizan, sino por el carácter de la misma actividad que desarrollan, que al repotenciar a aquellos ocasionan también daños”.

Como se puede apreciar, ante la falta de legislación específica, los distintos autores han debido encuadrar la responsabilidad civil tradicional a estas “nuevas tecnologías”, que imponen nuevos desafíos y nuevas hipótesis de riesgo, que claramente no fueron consideradas por los redactores originales del Código Civil argentino.

Uno de los primeros trabajos en sostener la responsabilidad objetiva derivada de los daños producidos por la informática fue publicado por los doctores GABRIEL y ROSANA

---

<sup>40</sup> Ibid. P.79.

<sup>41</sup> “Esta interpretación del artículo 1113, segundo párrafo, segunda parte, deriva de lo que gran parte de la doctrina ha considerado una extensión del término “cosa”, es decir, la actividad del agente: En muchos supuestos el riesgo no está tanto en la cosa, sino en su utilización o empleo en determinadas circunstancias, que es tanto como decir en la actividad en que la misma se emplea”. VIBES, FEDERICO. Op. Cit. P.118.

<sup>42</sup> LEIVA, CLAUDIO. *Responsabilidad por daños derivados de Internet (Reparación y prevención de los daños)*. VII Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 9 y 10 de junio de 2005, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

STIGLITZ en 1987.<sup>43</sup> En dicho artículo se sostiene que “siendo la informática una forma de energía debía ser asimilable al concepto de cosa tal como la energía eléctrica generando una responsabilidad basada en el artículo 1113 atento su carácter peligroso”.<sup>44</sup> Este fue el fundamento jurídico para el primer fallo sobre responsabilidad en Internet en Argentina, conocido como “Jujuy.com”, el que estableció un parámetro de responsabilidad objetiva para las publicaciones realizadas por particulares en el foro de una página web.

Otros autores, como ZAVALA DE GONZÁLEZ, sostienen de similar manera la responsabilidad objetiva en el caso de daños derivados de la informática, en base a que la misma es por definición una actividad riesgosa por la que debe responder quien obtiene un beneficio de ella.<sup>45</sup>

La jueza preopinante Dra. Marta del Rosario Mattera, en el citado caso “*Paola Krum con Google y Yahoo!*”, argumenta en favor de la responsabilidad objetiva toda vez que la posibilidad de daño a terceros queda comprendida dentro del riesgo asumido por las empresas.

“La doctrina del riesgo creado aparece nítidamente consagrada en el artículo 1113 del Código Civil: quien introduce en el medio social un factor generador de riesgo para terceros debe responder objetivamente, se beneficie o no con el mismo, pues la responsabilidad objetiva deriva de la creación del riesgo y no del posible beneficio que de él se obtenga. Caen bajo esta órbita los daños causados por el riesgo o vicio de la cosa, los derivados de actividades riesgosas y otros específicamente establecidos (ley 24.052, art. 58 del Código de Minería, art. 155 ley 17.285, etc.)... Cuanto más se insiste en describir como una suerte de “robot inagotable” al mecanismo en que se basa la actividad de las accionadas, aduciendo que opera en forma automática, sin intervención humana, más parecen estar reconociendo que el elemento que preside el servicio que brindan es una cosa altamente riesgosa. Es de su propia descripción que resultaría tal conclusión”.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> STIGLITZ, GABRIEL y STIGLITZ, ROSANA. *Responsabilidad civil por daños derivados de la informática*. La Ley, Tomo 1987-E, Sección Doctrina, p. 801, citado por IGLESIAS, GONZALO (Op. Cit., p.136).

<sup>44</sup> Ibid., p.136.

<sup>45</sup> Citado por IGLESIAS, GONZALO. (Op.Cit. p.136).

<sup>46</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J - 31/08/2013. “*Krum, Paola con Yahoo de Argentina S.R.L. y otros*”.

En el fallo de la Corte Suprema, como se ha señalado previamente, se zanjó la responsabilidad de los Buscadores de Internet por una subjetiva, atendiendo a argumentos basados en legislación comparada como de doctrina. Sin embargo, como indican BORDA y PEREIRA, “esta discusión ha sido encubierta tras la consideración de la actividad de los buscadores como una actividad amparada por la libertad de expresión”.<sup>47</sup>

Para estos autores –en base exclusivamente al fallo de la Corte Suprema- se podría aplicar a los Buscadores un factor de atribución objetiva de responsabilidad en los supuestos de vinculación de personas con sitios dedicados al comercio sexual, basados en los siguientes argumentos:

a) *El enlazamiento de contenidos de terceros como actividad riesgosa.*

Sostienen que para que una cosa o actividad pueda ser considerada riesgosa debe incrementar la probabilidad de daños a terceros, ya sea multiplicando o potenciando estos efectos dañinos, en comparación a niveles razonables de peligro o riesgo de las actividades humanas propias. En el caso de los Buscadores, “la peligrosidad deriva de la circunstancia, considerada en abstracto, de que el contenido ofensivo adquirirá a través de la indexación del buscador una publicidad y accesibilidad extraordinaria, lo que impactará disvaliosamente sobre la víctima, quien deberá cargar con ese *plus* sustancial de dañosidad que favorece la actividad del Buscador”.<sup>48</sup>

b) *La actividad de enlazamiento es gobernada por el empresario introductor del riesgo.*

A juicio de estos autores, y frente al razonamiento señalado por la Corte Suprema, “los programas informáticos de búsquedas, si bien operan de manera automatizada, son diseños humanos que responden en una primera instancia al gobierno de sus creadores, quienes establecen, por ejemplo, qué contenidos pueden indexarse, qué contenidos pueden ser filtrados; es decir, todo el código utilizado para realizar las tareas de búsqueda es diseñado

---

<sup>47</sup> BORDA, GUILLERMO, y PEREIRA, CARLOS. *El fallo de la CSJN sobre la información por Internet y libertad de expresión*. LA LEY, año LXXVIII N° 209, Tomo La Ley 2014-F, Buenos Aires, Argentina, 5 de noviembre de 2014, p. 9.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p.10.

y desarrollado por seres humanos, con lo cual resulta forzoso concluir que quien tiene el gobierno de la información es el Buscador”.<sup>49</sup>

Sostienen que sería propio de este tipo de responsabilidad (la derivada de las cosas o actividades riesgosas) que el empresario responda aun cuando falte la simultaneidad entre la conducta del hombre y el daño, es decir, cuando aparece temporalmente distanciado el daño de la actividad humana que lo provocó.<sup>50</sup>

c) *Fundamento axiológico de la responsabilidad objetiva.*

Señalan que la responsabilidad objetiva en esencia, conlleva un fundamento valorativo que la justifica, y esto es “el riesgo creado”. La premisa axiológica se resume en la frase “quien introduce un riesgo en el medio social tiene el deber de responder objetivamente por la generación de ese riesgo”, ya que parece razonable y justo que quien incorpora al medio una actividad deba asumir los costos, los beneficios y los riesgos económicos de dicha actividad, haciendo abstracción de la culpabilidad y con prescindencia de si ese riesgo reporta o no beneficios para el titular de la actividad.

No obstante lo anterior, y siendo una situación de carácter excepcional a la regla general de responsabilidad aquiliana, no se debe responder de *todos* los contenidos ofensivos que

---

<sup>49</sup> Ibid., p.10.

<sup>50</sup> Respecto a la responsabilidad de los Buscadores y la relación con las herramientas tecnológicas y automáticas que utilizan, que eventualmente producen daños a terceros, se reproducen las conclusiones de GHATNEKAR respecto a la responsabilidad de Google por las injurias en el “autocompletado” del texto. En concreto, el texto se refiere a las demandas y la responsabilidad atribuida a Google en el Derecho Comparado cuando, por ejemplo, la función de “autocompletado” del navegador sugiere contenido ofensivo o injurioso (A modo de ejemplo, al intentar digitar un nombre XXXX, aparece como sugerencia “XXX corrupto” antes de alcanzar a completar la frase). “*Since Google is deemed through this Article to be an Algorithm-Based Republisher (“ABR”), an in-between of a typical distributor or publisher, Google’s liability also should fall somewhere in between the two extremes. Numerous attempts have been made to remove liability from information content providers for content that is made available to the public and is then simply distributed by search engines through the operation of a neutral tool. However, little research has been done that would suggest liability for a search engine that influences what is searched or asked for online. Thus, it is safe to assume that some liability should be attributed to Google largely because it directs users to searches that may be defamatory in nature, based on an algorithm produced it produces. A few countries, namely Australia, Japan and France, have in fact found Google liable in certain contexts, though no case in the U.S. has been decided on the same issue. Google, however, has not directly commented on its potential liability*”. GHATNEKAR, SEEMA. *Injury by algorithm: A look into Google’s liability for defamatory autocompleted search suggestions*. 33 Loy. L.A. Ent. L. Rev. 171 (2013). En internet: <http://digitalcommons.lmu.edu/elr/vol33/iss2/3>. (Visto el 20 de junio de 2016).

circulen en Internet, sino que únicamente respecto del riesgo creado *que se encuentre certificado por una razón de justicia, lo que se debe revisar caso a caso.*

“En cambio, cuando la dañosidad se relaciona con la decisión empresarial de enlazar sitios dedicados al comercio sexual, el elemento axiológico de la responsabilidad objetiva hace evidente la justicia de responsabilizar a quien contribuye al daño (...)” ya que “en los casos de los daños derivados del procesamiento de información relacionada con el comercio sexual, autoriza el desplazamiento de las consecuencias dañosas en contra de aquel que ha tomado la decisión empresarial de procesar e indexar una clase de información que se encuentra reprobada por la comunidad, como es la pornografía y la prostitución. El empresario, en estos casos, bien podría asumir los costos y los riesgos económicos derivados del enlazamiento con páginas dedicadas al comercio sexual (...) por eso es que resultaría de estricta justicia hacer responsable a quien no ajustándose a código deontológico alguno privilegia en orden a su rentabilidad el procesamiento de información que puede conculcar los derechos de terceros agraviando la esfera de su personalidad al ponerlos en relación con la oferta de servicios sexuales. Desde luego que la solución no resulta en modo alguno incompatible con la libertad de expresión”.<sup>51</sup>

*d) La ausencia de legislación específica autoriza la aplicación de responsabilidad objetiva en función de la justicia del caso.*

A diferencia de otros países, donde este tema se encuentra regulado, el debate en Argentina se dio precisamente por la ausencia de una ley específica que regulara la responsabilidad civil de los proveedores de servicios de internet, y en concreto, de los Buscadores.

Así, el margen de acción de los Tribunales de Justicia, y los criterios por estos aplicados, viene a suplir una laguna legislativa, que en la práctica, sólo puede ser modificado de dos maneras: O bien, como esperan algunos, por vía legislativa, delimitando las responsabilidades de los servicios intermedios de Internet; o, por otra parte, basados en estas especies de “precedentes”, que –sin ser la fuente de Derecho con la importancia de los países de tradición anglosajona- va a servir de directriz para los fallos sucesivos de los tribunales inferiores. En relación a este punto, se debe recordar que hubo diferencias entre

---

<sup>51</sup> BORDA, GUILLERMO, y PEREIRA, CARLOS. Op. Cit.,p.12.

los jueces de la Corte Suprema por los últimos cinco considerandos del voto de minoría, lo que no es menor, pensando que la composición de la Corte va a variar en el futuro inmediato, y la actual minoría del caso puede volverse mayoría.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> Este punto es recogido por MOLINA QUIROGA, EDUARDO. *Reflexiones a un año del fallo Rodríguez c. Google*. Mesa de trabajo organizada por la Asociación por los Derechos Civiles, el 26 de octubre de 2015 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En Internet: <http://www.adc.org.ar/wp-content/uploads/2015/10/Mesa-de-Trabajo-Bel%C3%A9n-Rodríguez.pdf> (Visto el 10 de junio de 2016).

## **CAPÍTULO III: LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERNET EN CHILE.**

### **I. RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERNET EN CHILE**

#### **A) ANTECEDENTES. LA HISTORIA DE LA LEY 20.435.**

El mensaje de la Historia de la Ley 20.435<sup>53</sup>, que tuvo por objeto modificar la legislación chilena vigente de Propiedad Intelectual, entre los múltiples aspectos que abordó – recogiendo el sentir palpable de las diversas organizaciones que aspiraban a consagrar una legislación moderna en esta materia- incluyó uno que parecía particularmente innovador: la responsabilidad de los prestadores de servicios de internet.

Sin ser un tema particularmente novedoso para otras legislaciones,<sup>54</sup> el tema no resultaba menor, en tanto el grado de avance que presentaba nuestro país en estas materias, no se condecía, ni con la legislación respectiva (la que entre otras cosas utilizaba –y en cierta medida utiliza actualmente- lenguaje anacrónico), ni mucho menos con la forma de solución de conflictos, o con las actitudes o prerrogativas de los jueces ante disputas de esta naturaleza puestas en su conocimiento.<sup>55</sup>

Por lo anterior, y junto con la entrada en vigencia en nuestro país de diversos Tratados de Libre Comercio –particularmente el suscrito con EEUU<sup>56</sup>, que en su Capítulo 17 contiene

---

<sup>53</sup> Mensaje de S.E. la Presidenta de la República. Fecha 02 de Mayo, 2007. Cuenta en sesión 19, Legislatura 355.

<sup>54</sup> En Estados Unidos esto fue regulado por la *Digital Millenium Copyright Act de 1998* (DMCA), la que estableció nuevas categorías de exenciones (los “safe harbours”) respecto de la responsabilidad que se le podía generar a los proveedores de servicios en línea. En Europa, esta responsabilidad y el sistema de exenciones fue regulado en la sección 4 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000. En nuestro país, la LPI siguió la visión norteamericana sobre la materia.

<sup>55</sup> En este sentido, la jurisprudencia no se mantuvo uniforme respecto, entre otros, a baremos de indemnización de perjuicios o sanciones penales que tipificaba la Ley 17.336 antes de su modificación por la Ley 20.435 del año 2010.

<sup>56</sup> Firmado en Miami, Estados Unidos, el 06 de Junio de 2003, fue promulgado mediante Decreto Supremo Número 312 de 01 de Diciembre de 2003 y Decreto Supremo Número 343 de 29 de Diciembre de 2003 del

un apartado específico para regular la Propiedad Intelectual, materia novedosa hasta ese momento, incluso respecto de otros Tratados firmados por EEUU con otros países de Latinoamérica<sup>57</sup> - es que la legislación nacional debió ponerse “a la altura”, de manera tal que las obligaciones en esta materia, y los estándares a los que nos debimos sujetar, significaron una modificación de la normativa vigente a la época, con todo lo que esto significaba.

De esta forma, nuestro país comenzó a adquirir compromisos a nivel legislativo que configuraron una normativa fundamentalmente basada en parámetros, estándares o referencias extranjeras, que sin lugar a dudas nos deben llevar a plantearnos acerca del grado de asimilación que en estos años se ha logrado obtener, sobre todo pensando en que la modificación a nivel legal ha respondido, como antecedente, a imposiciones que tienen un fundamento jurídico derivado de otra tradición jurídica<sup>58</sup>. Así, resulta en principio válido preguntarse cuál ha sido el grado efectivo de permeabilización de este tipo de normativa, con fundamento en la tradición anglosajona, en un país pequeño y de tradición esencialmente continental como el nuestro.<sup>59</sup>

Esta pregunta, esencial para efectos del presente trabajo, deviene textualmente del Mensaje de la Historia de la Ley 20.435, el que señala que entre los objetivos principales del proyecto se encuentra “La regulación de la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, limitando su responsabilidad por las infracciones a los derechos de autor y conexos que se cometan por usuarios de estos servicios a través de sus redes, de

---

Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 30 de Diciembre de 2003, comenzó a regir el 01 de Enero de 2004.

<sup>57</sup> ROFFE, PEDRO y SANTA CRUZ, MAXIMILIANO. *Los Derechos de Propiedad Intelectual en los Acuerdos de libre Comercio Celebrados por Países de América Latina con Países Desarrollados*, N° 70. CEPAL, Naciones Unidas. División de Comercio Internacional e Integración. Santiago, Chile, Abril, 2006.

<sup>58</sup> En el Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia el Proyecto de Ley que modifica la Ley N° 17.336 (Boletín N° 5012-03), se señala que “Chile, a través de los Acuerdos de Libre Comercio, ha incorporado estándares más precisos de propiedad intelectual acordes con los desafíos que nuestro nivel de desarrollo exige, dando cuenta al mismo tiempo de las nuevas formas de explotación que surgen como consecuencia natural de los avances tecnológicos. Entre otros tratados bilaterales que tratan estas materias, destacan los acuerdos suscritos con Estados Unidos, la Unión Europea y México”.

<sup>59</sup> No parece menor este “choque de culturas”. Basta recordar, por ejemplo en materia de propiedad intelectual, las diferencias esenciales entre el “copyright” y el derecho de autor continental.

conformidad con los compromisos internacionales asumidos por Chile, *en el Tratado de Libre Comercio suscrito con Estados Unidos*".<sup>60</sup>

En consecuencia, y asumiéndose explícitamente por parte del Ejecutivo la existencia de esta necesidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico una modificación que estuviera en consonancia con las exigencias del TLC con EEUU –la que fue prácticamente transcrita a la normativa actual- resulta pertinente preguntarse ¿Y qué ocurre a nivel jurídico frente a eventuales problemas que pudiesen presentarse con este tipo de normativa? ¿Cuál es el verdadero espíritu de la ley que debe tratar de desentrañar, de acuerdo a las normas de interpretación legal del artículo 19 del Código Civil, por ejemplo, un juez nacional, en caso de vacíos de la misma?

En este punto, y respecto a los prestadores de servicios de internet, la normativa aprobada acogió fundamentalmente la tesis de los “puertos seguros”<sup>61</sup>, que recoge entre otras cosas la exigencia de implementar en el régimen interno una limitación de responsabilidad a favor de los prestadores de servicios de internet.

Hasta esa fecha, y salvo los países que efectivamente contaban con normativa especial,<sup>62</sup> la opinión de la doctrina era conteste en derivar este tipo de responsabilidad a la normativa civil aplicable en cada legislación, de acuerdo a las normas generales de derecho común. Por esto, de acuerdo a CERDA SILVA, “La modificación contribuye a reducir la incertidumbre jurídica al clarificar al menos los casos en los cuales un prestador de servicio de internet no podrá ser considerado responsable por la infracción de derechos autorales cometidas por sus usuarios. *Sin embargo, esto no resuelve aun cuando un prestador de servicios de internet es de hecho responsable por el comportamiento de sus suscriptores,*

---

<sup>60</sup> Historia de la Ley 20.435, que modifica la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual, p.8.

<sup>61</sup> Los “puertos seguros” o “safe harbours” son modelos de exención o limitación de responsabilidad a favor del prestador de servicios de internet ante reclamos de infracción de derechos de autor, siempre que el prestador de servicios cumpla de buena fe con ciertos estándares. Por ejemplo, en términos generales, de acuerdo al artículo 85 O de la LPI, los prestadores de servicios, además de obligaciones específicas dependiendo de la categoría en la que se encuentren, deberán haber establecido condiciones generales y públicas bajo las cuales podrán hacer uso de la facultad de poner término a los contratos de los proveedores de contenido calificados judicialmente como infractores reincidentes de los derechos de autor; no interferir en las medidas tecnológicas de protección y gestión de derechos; y no haber generado ni seleccionado el material o a sus destinatarios.

<sup>62</sup> Básicamente Estados Unidos con la DMCA y los países de la Comunidad Europea con la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000.

*un punto que aún permanece bajo la competencia del derecho interno. Esto es, la normativa incorporada otorga un régimen de exención de responsabilidad al prestador de servicio que cumple con ella, pero no prejuzga si quien no cumple con ella es efectivamente responsable o no, de modo que podría darse la hipótesis de que un prestador no cumpla con dicha normativa y aun así no sea declarado responsable, si no se cumplen con los requisitos necesarios para originar responsabilidad civil extracontractual”.*<sup>63</sup>

La opinión anterior refleja, hasta cierto punto, el sentir de la mayoría de las tendencias hasta ese momento. Pero como veremos a continuación, las diferencias entre ellos no eran menores, y las consecuencias derivadas de lo anterior tampoco resultarán ser inocuas.

## **B) DIVERSAS POSICIONES FRENTE A LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERNET EN LA DOCTRINA NACIONAL.**

### **1. ¿Quiénes son los Prestadores de Servicios de Internet (ISP)? ¿Qué responsabilidades les pueden afectar?**

Cuando hablamos de Internet, prestadores de servicios de éste, y la múltiple gama de actores que nos ofrece, a efectos de delimitar el objeto de este trabajo, deberemos hacer algunas precisiones generales.

En principio, y en términos muy generales, algunos autores sostienen en Internet existiría una categoría de intermediarios denominada “intermediarios de actos comunicativos a través de Internet”.<sup>64</sup> Estos son “los dotados de capacidad técnica para controlar usos ilícitos o impedir la comisión de delitos por medio de la red”.<sup>65</sup> Dentro de este género, encontramos los “intermediarios de contenido”, incluyendo entre estos a los diversos participantes de las

---

<sup>63</sup> CERDA SILVA, ALBERTO. *Limitación de Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet por infracción a los derechos de autor en línea*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLII, Valparaíso, Chile, 1er Semestre 2014, p.124. En internet: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512014000100004&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-68512014000100004](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100004&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-68512014000100004) (Visitado el día 23 de diciembre de 2015).

<sup>64</sup> LARA, JUAN CARLOS; VERA, FRANCISCO. *Responsabilidad de los prestadores de servicios de internet*. Policy Paper N° 3, ONG Derechos Digitales, p.3. En internet: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp03.pdf> (Visitado el día 27 de diciembre de 2015)

<sup>65</sup> Ibid. P.3.

etapas de comunicación, distintos de la emisión o puesta a disposición y de la recepción. Así, las comunicaciones en línea se encuentran a cargo de distintos operadores que serán a su vez intermediarios. Entre los más importantes, encontramos a los proveedores de acceso, los proveedores de tránsito, los proveedores de alojamiento (proveedores de *caching* o de *hosting*), proveedores de servicios en línea y los proveedores de búsqueda y enlaces. Esta categoría fue la que en esencia asumió nuestra legislación al regular la responsabilidad de los ISP en nuestro país.

Sin embargo, como es sabido, en estos años el crecimiento exponencial de las tecnologías relacionadas a Internet ha modificado sustancialmente su “taxonomía” y el ecosistema de sus intermediarios. Lo anterior, sumado a la interrelación consustancial entre estos, y las nuevas líneas de negocios de los ISP, que tienden a mezclar y relacionar sus servicios, encontrándonos en la actualidad con intermediarios que a su vez se encuentran en muchas de estas categorías.

RIORDAN, en la actualidad, ha realizado una detallada taxonomía de los intermediarios de Internet, las que –como se verá- no siempre pueden encasillarse con claridad en los tipos que definió la legislación chilena al tratar de regular esta materia.<sup>66</sup>

Así, propone una clasificación más específica en torno a los “intermediarios”, de acuerdo a la definición de la “Organisation for Economic Co-operation and Development” (OECD): *“Internet Intermediaries bring together or facilitate transactions between third parties on the Internet. They give acces to, host, transmit and index content, products and services originated by third parties on the Internet or provide Internet-based services to third parties. (...) delineates six sub-categories (1) access providers; (2) hosts and registrars; (3) search engines and portals; (4) e-commerce platforms; (5) payment systems; and (6) participative networking platforms. It also distinguishes “pure” intermediaries (wich deal with third party content, goods and services) from those that publish their own content and sell their own goods”*.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> RIORDAN, JAANI. *The liability of Internet intermediaries*. Oxford University Press, 1st Edition, UK, 2016.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p.29.

Como se puede apreciar, son varios los agentes e intermediarios en el contexto digital – incluyendo algunos que al momento de legislar no fueron considerados debido a su posterior crecimiento, como por ejemplo, las plataformas para hacer transacciones comerciales, sistemas de pago, o bienes, servicios y contenidos que los buscadores dejaron de enlazar para comenzar a comercializar a nombre propio, dejándolos en una delgada barrera entre intermediario irresponsable y generador de contenido responsable- y en consecuencia, variadas son las hipótesis infraccionales, delictuales o de daño en las que se podrían enmarcar sus acciones u omisiones.<sup>68</sup>

Es por esto que, en nuestro país y únicamente a propósito de infracciones contenidas en la Ley de Propiedad Intelectual, la delimitación de responsabilidad de los llamados “puertos seguros”, incluyó únicamente a los prestadores de servicios de internet, como una especie dentro de este gran género de “intermediarios”.

La definición de estos agentes lo da la propia ley 17.336 en el artículo 5° letra y), indicando que es *“una empresa proveedora de transmisión, enrutamiento o conexiones para comunicaciones digitales en línea, sin modificación de su contenido, entre puntos especificados por el usuario del material que selecciona, o una empresa proveedora u operadora de instalaciones de servicios en línea o de acceso a redes”*.

Así, para estos efectos, la Ley de Propiedad Intelectual distinguió cuatro categorías de prestadores de servicios en el artículo 85, letras M, N y Ñ:

- a) Prestadores de servicios de transmisión de datos, enrutamiento o suministro de conexiones, cuyo servicio comprende el almacenamiento automático o copia automática y temporal de los datos transmitidos, técnicamente necesarios para ejecutar la transmisión. Esta es la categoría de prestadores que permite a los

---

<sup>68</sup> A modo meramente ejemplar, podemos señalar actos de difusión y oferta de servicios sexuales o pornografía con participación de menores de edad, difusión de material obsceno o inmoral, de difusión de material que pueda ser considerado terrorista, que incite al odio racial, religioso o discriminación sexual, difusión de mensajes difamatorios o injuriantes, recolección, procesamiento y transmisión de datos de carácter personal, difusión de contenidos protegidos por derechos de autor, etcétera. Como se puede apreciar, las responsabilidades caso a caso pueden ir desde simples sanciones pecuniarias a penas privativas de libertad. (FUNDINAGA, KATHERINE. *Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet*. ISSN-e 1681-5726, Revista de Derecho Informático. Alfa-Redi Edición, N° 91, 2006. En internet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/ejemplar?codigo=126136>, visitado el día 5 de enero de 2016).

usuarios finales conectarse a Internet y provee el camino que permite las comunicaciones en línea<sup>69</sup>(Artículo 85 M);

- b) Prestadores de servicios que temporalmente almacenen datos mediante un proceso de almacenamiento automático (Artículo 85 N), mediante el “*caching*”, que facilita las comunicaciones, rebajando los costos de acceso asociados a conectarse cada vez a un servidor;
- c) Prestadores de servicios que a petición de un usuario almacenan, por sí o por intermedio de terceros, datos en su red o sistemas (Artículo 85 Ñ, primera parte). Se refiere a aquellos prestadores de servicios que preservan los datos por períodos más largos de tiempo, como por ejemplo podrían ser los proveedores de correos electrónicos, servicios de alojamiento de páginas web o de “*cloud computing*”;
- d) Prestadores de servicios de búsqueda, vinculación y/o referencia a un sistema en línea mediante herramientas de búsqueda de información, incluidos los hipervínculos y directorios. Se ha dicho que este tipo de proveedores facilita la navegación de Internet al referenciar los servicios y contenidos provistos por terceros.

Aunque *prima facie* pareciera que el tema de las responsabilidades se clausura en la delimitación que hace la ley respecto a cada tipo de prestadores de servicios, indicando expresamente la definición y las categorías a las cuáles se puede pertenecer –y por tanto delimitando de cierta forma de qué hipótesis y condiciones debiese hacerse cargo cada uno de estos en sus diversos segmentos- lo cierto es que esta lectura no aparece del todo clara, sobre todo si se entiende que, como se ha dicho, con el avance de las tecnologías, los prestadores de servicios se encuentran por lo general en más de una de estas categorizaciones, debiendo en consecuencia –para hacerse merecedores de considerarse “*safe harbours*”- cumplir todas y cada una de las condiciones que les exige la ley en cada una de estas definiciones.<sup>70</sup>

---

<sup>69</sup> CERDA SILVA, ALBERTO. Op. Cit, p.128.

<sup>70</sup> “La distinción resulta difusa, sin embargo, cuando la misma empresa provee diferentes categorías de servicios y, por consiguiente, podría ser requerida a cumplir con un amplio número de medidas a efectos de beneficiarse del más amplio régimen de limitación de responsabilidad previsto por la ley. Así, por ejemplo, Google es el paradigma de una empresa que provee servicios de búsqueda, pero, al mismo tiempo, también provee almacenamiento para diversos servicios, tales como correo electrónico (“Gmail”), “*cloud computing*”

Ahora bien, para tener una mejor comprensión del problema expuesto, debemos preguntarnos qué es lo que debiese analizar un juez chileno si, por ejemplo, llegase a su conocimiento una eventual demanda derivada de infracciones a derechos de autor –de cualquier tipo- por parte de un Prestador de Servicios de Internet. Como se ha podido vislumbrar de acuerdo a lo señalado en la propia ley, la responsabilidad – o en su caso, “irresponsabilidad”- de cada uno de los prestadores estaría delimitada en principio por la siguiente cadena causal de preguntas:

-¿Es el demandado un prestador de servicios de internet? (De acuerdo a las definiciones que entrega la propia Ley de Propiedad Intelectual).

-¿Cumplió con todos los requisitos establecidos en el artículo 85, de acuerdo a la categoría que invoca- para ser considerado un “puerto seguro”?

-¿Cumplió los requisitos comunes del artículo 85 O (Haber establecido condiciones generales y públicas, no interferir en las medidas tecnológicas de protección y gestión de derechos, no haber generado ni seleccionado el material o a sus destinatarios)?

-¿Comunicó por escrito a sus usuarios los avisos de las supuestas infracciones que se reciban, ya sea por vía privada o judicial, dentro de los 5 días, como establece el artículo 85 U?

-Para el evento que haya sido solicitado y declarado como medida prejudicial o judicial, ¿Adoptó medidas razonables para bloquear el acceso a un determinado contenido infractor, como las indicadas en el artículo 85 R?

De lo anterior, parece claro que las respuestas a cada una de estas preguntas estarán llenas de matices. En consecuencia, ¿en cuál de estos pasos debe el juez detenerse para señalar que al prestador de servicios no le favorecen las limitaciones de responsabilidad consagradas en la ley? Y lo que es más ¿Responden en cada uno de estos pasos frente a los posibles daños causados, de la misma manera, y bajo los mismos criterios? ¿Puede haber

---

*de documentos (“Google Docs”) y fotografías (“Picasa”), entre otros. Para determinar cuáles condiciones debe la empresa cumplir a efectos de disfrutar de la limitación de responsabilidad, sería necesario identificar la naturaleza específica de los servicios que están siendo cuestionados (...). CERDA SILVA, ALBERTO. Op. Cit. p. 129.*

una aproximación a una teoría general de responsabilidad en esta materia, o cada juez deberá resolver casuísticamente las hipótesis de daño a las que se vea sujeto el demandante en base a la argumentación puntual que haga cada una de las partes acerca del estatuto de responsabilidad aplicable?

Como veremos, en este tema tampoco ha habido una postura pacífica.

## **2. Posiciones en el Derecho chileno frente a la Responsabilidad de los Prestadores de Servicio respecto de los contenidos transmitidos por usuarios y/o prestadores de contenidos a través de sus redes.<sup>71</sup>**

Básicamente, en torno a este tema, se ha indicado que existen tres posturas. Por una parte, algunos autores encabezados por CRISTIÁN MATURANA MIQUEL<sup>72</sup> han considerado a los proveedores de servicios de internet como meros suministradores de la infraestructura física o lógica necesaria para acceder y/o utilizar la red, y entienden que, por lo tanto, se encuentran exentos de cualquier responsabilidad extracontractual respecto de la información ilícita o infractora que transita por medio de dicha infraestructura. En otros términos, estos prestadores de servicios son sólo un canal, o “carretera”, a través de la cual transita la información eventualmente infractora, no siendo en consecuencia imputable a ninguno de ellos el daño producido con ocasión del uso que se haga de esta “carretera”. En su ejemplo, señala que atribuir responsabilidad a los prestadores de servicios sería como “exigirles a las librerías que asumieran la responsabilidad respecto de todos los libros que venden en cuanto a que no contengan información ilícita o prohibida, a las compañías de telecomunicaciones que se hagan responsables de las prestaciones que a través de sus redes efectúan los prestadores de servicios complementarios de información, diversión, juegos de azar, etcétera, a los servicios de correos por el transporte de las comunicaciones; a los

---

<sup>71</sup> Seguiremos en esta parte a HERCOVICH MONTALBA, MATÍAS. *Responsabilidad de los ISP por contenidos ilícitos o infractores de terceros*. Revista Chilena de Derecho y Tecnología, centro de Estudios en Derecho Informático, Universidad de Chile. ISSN 0719-2576, Vol.2, N° 1 (2013). En internet: [http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.congresotransporte.uchile.cl%2Findex.php%2FRCHDT%2Farticle%2Fdownload%2F25889%2F28936&ei=cCe9VOjIC8O1ggSSm4T4Aw&usg=AFQjCNGNuRDgnNRvO8FoDhFgf6\\_olfd2w&sig2=Vgyf18r3Aw6OUFxX02H-ow](http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.congresotransporte.uchile.cl%2Findex.php%2FRCHDT%2Farticle%2Fdownload%2F25889%2F28936&ei=cCe9VOjIC8O1ggSSm4T4Aw&usg=AFQjCNGNuRDgnNRvO8FoDhFgf6_olfd2w&sig2=Vgyf18r3Aw6OUFxX02H-ow) (Visitado el día 15 de enero de 2016).

<sup>72</sup> MATURANA MIQUEL, CRISTIAN. *Responsabilidad de los proveedores de acceso y de contenido en internet*. En: Revista Chilena de Derecho Informático, Centro de estudios en derecho informático, Universidad de Chile, ISSN: 0717-9162, 2002.

concesionarios de carreteras de los accidentes que causen vehículos que transporten material peligroso, etcétera”.<sup>73</sup> Sin perjuicio de lo anterior, parece claro que esta postura es sostenible respecto de una categoría de ISP: aquellos que se limitan a dar “acceso” a Internet. ¿Y qué ocurre con los demás? ¿Y qué pasa –como en la actualidad- si las mismas empresas que dan este “acceso”, a su vez, generan contenido o tienen en sus páginas corporativas “foros públicos”, o *linkean* contenido ofensivo, injurioso o infractor de derechos de autor de terceros? ¿Se podría utilizar el mismo argumento? La respuesta parece clara.

Otra posición – de acuerdo a HERCOVICH- sería la sostenida por CIRO COLOMBARA Y CRISTIAN BAWLITZA,<sup>74</sup> quienes consideran a los prestadores de servicios de internet como editores del contenido que transita por sus redes o que se fijan temporal o permanentemente en sus dispositivos, ya que no sólo los operan, sino que además se encontrarían en mejor posición para controlarlos. En este caso, los prestadores de servicios serían responsables de los ilícitos cometidos en su infraestructura, salvo que demuestren que han actuado con la diligencia debida.<sup>75</sup>

Una tercera corriente –y que al parecer habría recogido la legislación nacional- es la que representan los autores DANIEL ÁLVAREZ e IÑIGO DE LA MAZA<sup>76</sup>. Estos autores atribuirían responsabilidad a los Prestadores de Servicios de Internet “toda vez que éstos, a

---

<sup>73</sup> MATURANA, Op. Cit., p.24.

<sup>74</sup> Se basa para esto en las alegaciones que ambos abogados sostuvieron en el contexto de la causa RUC 0901108439-4, de fecha 22 de junio de 2010, seguida ante el Tribunal Oral de Viña del Mar en contra de Elliot Quijada, adherente a la ideología neonazi que fue condenado, entre otros, a los delitos de incitación al odio racial.

<sup>75</sup> Esta postura ha sido rebatida, básicamente por dos argumentos. En primer lugar, y dada la inmensa cantidad de información potencialmente infractora de derechos de autor que pudiese encontrarse en la red, acreditar que existió negligencia por parte de los prestadores de servicio de internet al no haber actuado con la debida diligencia “editando” el contenido de ellas, no parece razonable, y en principio, resultaría de suma complejidad para poder acreditar que otra persona, en su misma posición, lo hubiese hecho distinto. Pero además, se ha rebatido por cuanto, respecto a la infracción de derechos de autor, el artículo 85 P ha señalado que “*los prestadores de servicios referidos en los artículos precedentes no tendrán, para efectos de esta ley, la obligación de supervisar los datos que transmitan, almacenen o referencien ni la obligación de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas*”. Sin embargo debe tenerse presente que, al eximir a los prestadores de servicios de internet de un deber de vigilancia, se hace exclusivamente respecto a lo señalado en la ley de propiedad intelectual en base, además, al principio de neutralidad de red consagrado en la Ley 20.453, por lo que eventualmente, y para otro tipo de ilícitos diferentes al derecho de autor–abuso infantil, terrorismo- no aplicaría esta norma, quedando nuevamente en una posición de garante.

<sup>76</sup> HERCOVICH, Op. Cit., p.129.

sabiendas de la existencia de un contenido ilícito o infractor de derechos de terceros, ya sea por medios propios o bien ante la notificación de otra persona, no lo hayan retirado o hecho inaccesible, pudiendo adicionalmente al efecto establecer ciertas circunstancias en virtud de las cuales el proveedor de servicios de internet se eximiría de responsabilidad”.

En este sentido, existe un cierto consenso respecto a que las limitaciones de responsabilidad establecidas en la Ley, y como se ha dicho, derivadas de la aplicación del Capítulo 17 del Tratado de Libre Comercio con EEUU, no vienen en definitiva a establecer un nuevo régimen jurídico, modificándose el actual sistema de responsabilidad extracontractual. Al contrario, el artículo 85 L LPI que da comienzo al Capítulo introducido por la Ley 20.435, indica expresamente la frase “Sin perjuicio de las normas generales sobre responsabilidad civil aplicables, en el caso de aquellas infracciones a los derechos protegidos *por esta ley* (...)”, lo que daría cuenta de que en caso alguno se dejarán de aplicar las normas sobre responsabilidad civil extracontractual, o las demás que resulten pertinentes y aplicables de acuerdo a la naturaleza de la infracción cometida (por ejemplo, penal).<sup>77</sup>

No obstante lo anterior, originalmente el proyecto de ley sobre derechos de autor en relación a la limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de internet proponía una norma general en virtud de la cual se limitaba extensamente su responsabilidad por las infracciones a los derechos de autor o conexos que se cometiesen por sus redes o sistemas, presumiéndose la irresponsabilidad de los prestadores de servicios.<sup>78</sup> Sin embargo, la modificación al texto legal original, consensuada entre el

---

<sup>77</sup> “La Ley de propiedad intelectual no ha introducido un nuevo régimen de responsabilidad para el entorno en línea, materia que aún sigue sujeta a las reglas generales en materia de responsabilidad civil extracontractual (...) Lo que la Ley de propiedad intelectual hace, en cambio, es adoptar un sistema de puerto seguro, esto es, un conjunto de reglas que limitan la responsabilidad de los prestadores de servicio de internet en la medida que éstos cumplan con determinadas obligaciones.” CERDA SILVA, Op. Cit., p. 130.

<sup>78</sup> El Proyecto original contenía un artículo 85 M (actual artículo 85 L) que señalaba: “*En el caso de infracciones a los derechos reconocidos por esta ley que ocurran a través de sistemas o redes controladas u operadas por personas naturales o jurídicas que presten algunos de los servicios señalados en los artículos siguientes, estas personas no serán condenadas judicialmente al pago de ningún tipo de indemnización, en la medida que cumplan con las condiciones específicas aplicables en cada caso conforme a la naturaleza del servicio prestado. En estos casos, los prestadores de servicios sólo podrán ser objeto de las medidas prejudiciales y judiciales que se refieren en el artículo 85 S.*

*Estas limitaciones de responsabilidad operarán aun cuando por aplicación de las normas generales de responsabilidad civil, los prestadores de servicios referidos en los artículos siguientes pudieran eventualmente ser condenados al pago de algún tipo de indemnización por infracción a los derechos de autor y conexos.*

Ejecutivo y las entidades de gestión colectiva, plantearon la actual redacción del artículo 85 L de la LPI.<sup>79</sup>

Por tanto, la pregunta que subyace en este caso, resulta ser una diferente. Asumiendo que existe un elemento genérico que trasunta transversalmente el asunto, a saber, que en su esencia los prestadores de servicios de internet están obligados a responder –como cualquier otra persona, natural o jurídica- por el daño causado, y que la ley de propiedad intelectual, con el establecimiento de “puertos seguros” lo único que hizo fue limitar su responsabilidad sí y solo sí se cumplían determinados requisitos, volviéndose a las reglas generales en caso de no cumplir con alguna de estas condiciones. ¿De qué sistema de responsabilidad extracontractual deberán responder para el evento de que los prestadores de servicios no sean eximidos de responsabilidad por ausencia de alguno de los requisitos para ser considerado “puerto seguro”, en caso de infracción a las normas de propiedad intelectual? ¿Qué tipo en específico de responsabilidad extracontractual se le puede imputar? ¿Podría existir alguna causal genérica en nuestro Código Civil que permitiese homogeneizar los casos, o deberá hacerse el ejercicio caso a caso por parte de los demandantes de identificar cual será la normativa aplicable, con los riesgos que esto

---

*Ninguna disposición de este Capítulo podrá ser interpretada como constitutiva de responsabilidad de los prestadores de servicios a que se refieren los artículos siguientes por infracciones a los derechos de autor y conexos cometidas por terceros a través de sus sistemas o redes”. El actual artículo 85 L eliminó toda referencia a presumir la irresponsabilidad de los prestadores de servicios de internet.*

<sup>79</sup> De acuerdo a los informes en derecho de la época encargados por los ISPs a diversos estudios de abogados, en general las principales dudas que les generaba a los prestadores de servicios de internet la redacción del proyecto de ley, y en específico del actual artículo 85 L, es que se pudiera presumir la responsabilidad de los prestadores de servicios por el hecho ajeno de sus usuarios; que la eximente de responsabilidad se limitara solamente a las condiciones señaladas para los “puertos seguros” y no se aplicaran las reglas generales de responsabilidad civil; y que pudieran ser los prestadores de servicios objeto de otras medidas cautelares además de las especiales señaladas en la Ley de Propiedad Intelectual. Esta redacción, y la consecuencial exposición a la que se veían sometidos estos prestadores, los afectaba porque: a) Se verían sometidos a soportar costos indeterminados por tener que incorporar una plataforma de seguimiento y almacenamiento de quejas por infracción al derecho de autor, y su relación con la atención de los usuarios o clientes, sobre todo derivado de la obligación de notificar al usuario y el seguimiento que debía hacerse a estos requerimientos. b) Pasar de una redacción en que existía un principio general en virtud del cual los prestadores de servicios de internet eran irresponsables y solamente estaban sujetos a medidas precautorias especiales de la ley de propiedad intelectual, a un sistema de responsabilidad, en donde eran los mismos ISPs quienes debían probar que cumplían con todas y cada una de las condiciones de puerto seguro aplicables, sin poder recurrir, en principio, a otros medios de prueba de la diligencia debida de los ISPs, los podía verse enfrentados a un sinnúmero de demandas civiles, sobre todo de parte de las entidades de gestión colectiva por el uso de sus obras.

conlleve? ¿Cuáles serían los riesgos de aplicar una u otra teoría de responsabilidad extracontractual? Esto será analizado en el siguiente apartado.

### **3. La Responsabilidad Civil Extracontractual Subjetiva como Regla General.**

Es un punto no muy discutido en doctrina que nuestro Código Civil, dada la época de su promulgación, ha seguido en materia de responsabilidad extracontractual la teoría denominada “Clásica o Subjetiva”, que en definitiva se sustenta en la culpabilidad del autor, de tal suerte que solo va a caber una indemnización si se actúa con dolo o culpa del agente, lo que en definitiva debe ser probado por la víctima.<sup>80</sup>

Siguiendo con lo anterior, en países como el nuestro, de tradición continental, los diversos autores que han escrito sobre esta materia, en general han llegado al consenso de que, dando respuesta a la pregunta que cierra el acápite anterior, la responsabilidad de la que responderían los prestadores de servicios de internet seguiría esta misma línea. Lo único que distingue a unos o a otros, es determinar *de qué tipo de culpa*, dentro de esta genérica (la subjetiva del título XXXV del Código Civil chileno), responden.

DE LA MAZA considera que esta responsabilidad puede ser vista desde tres hipótesis<sup>81</sup>. En primer lugar, y frente a los actos que terceros hagan a través de sus redes, los Prestadores de Servicios de Internet responderían por la *culpa in vigilando*. Esto, en tanto es la culpa clásica por la que nuestros Tribunales enfrentan la responsabilidad de los empresarios por los hechos de terceros. No obstante lo anterior, la principal crítica que se produciría radica en que pareciese complejo poder acreditar los supuestos que exige el Código Civil en los artículos 2320 y siguientes, fundamentalmente que entre los prestadores de servicios de internet y aquellos que a través de sus sistemas –siempre bajo el supuesto de que no se hayan acogido por alguna razón a las limitaciones de responsabilidad de los “puertos seguros”-infringen normas de propiedad intelectual, toda vez que no parece plausible argumentar que entre estos existe algún tipo de relación de dependencia o vínculo de subordinación.

---

<sup>80</sup> RAMOS PAZOS, RENÉ. *De la Responsabilidad extracontractual*. Editorial Legal Publishing, 4a Edición, Santiago de Chile, 2008, p.35.

<sup>81</sup> DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO. *Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet por infracción de los derechos de autor*. En: *Temas de Responsabilidad Civil*, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección Derecho Privado I, Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Chile, 2004.

Una segunda hipótesis –a juicio de DE LA MAZA- sería estimar que el proveedor de servicios de internet responde de su propia culpa, al no vigilar los contenidos que circulan a través de la infraestructura física o digital que ponen a disposición de terceros. Como se observa, esta postura es similar a la señalada precedentemente por los profesores COLOMBARA y BAWLITZA, por lo que los comentarios realizados respecto a ellos resultan totalmente pertinentes a esta hipótesis. Para DE LA MAZA, sin embargo, en este caso, “suele aceptarse que en sede civil las omisiones generan responsabilidad sólo cuando se encuentra legalmente establecido un deber de actuar y en el caso chileno, ya se ha advertido, no existe el deber de vigilancia sobre la actividad de sus clientes”.<sup>82</sup>

Finalmente, señala que una tercera posibilidad consistiría en aplicar a los prestadores de servicios de internet la presunción de culpa contenida en el artículo 2329 del Código Civil, la que a juicio de ALESSANDRI, establece una “presunción de culpabilidad cuando el daño proviene de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa o dolo del agente”.<sup>83</sup>

En consecuencia, y a través de lo expuesto precedentemente, el tema para la doctrina nacional, no sin mayores reparos,<sup>84</sup> responde a diversas hipótesis de responsabilidad extracontractual. Sumado a lo anterior, es la propia ley 17.336 la que establece normas en caso de infracción a los derechos de autor, pero en todos los casos, no responde a lo principal ¿Son suficientes estas normas? ¿Es justa la carga probatoria para los usuarios –demandantes o demandados- demostrando que existió *culpa* por parte de los prestadores de servicios de internet? ¿Cuál es el criterio objetivo por el que un tribunal, conociendo una demanda en contra de un prestador de servicios que no dio cabal cumplimiento a sus obligaciones para ser considerado puerto seguro, definirá que se “retiró o inhabilitó *en forma expedita* el acceso a material almacenado o retirado una vez notificado en conformidad a lo dispuesto en el artículo 85 N letra d) LPI, por ejemplo? ¿O que “no tuvo *conocimiento efectivo*”? ¿Podríamos decir que, además de beneficiar a los prestadores de

---

<sup>82</sup> DE LA MAZA, Op. Cit., p.53.

<sup>83</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ. *De la Responsabilidad Extra-Contractual en el Derecho Civil Chileno*. Tomo I, 2ª. Ed. Ediar. 1983, en: RAMOS PAZOS, Op. Cit., p.50.

<sup>84</sup> Como se ha planteado, los autores que se han referido a este tema no tienen una posición unívoca respecto del régimen específico al cuál estarían sujetos, planteando simplemente las opciones que tienen dentro del régimen amplio que da la teoría clásica y el título XXXV del Código Civil.

servicios con una causal de irresponsabilidad –extraña por lo demás en nuestra legislación, y adoptada por las presiones de los prestadores de servicios de internet en EEUU que se materializa en la DMCA, el Capítulo 17 del TLC con EEUU y finalmente en nuestra propia ley- la carga de la prueba queda en los demandantes, quienes deben *probar* que hubo al menos culpa por parte de estos –respecto al extenso catálogo de preguntas que mencionamos en apartados anteriores- , y *solo en ese evento*, poder acceder a ser resarcidos por estos frente a los daños que pudieran haber generado?

#### **4. El Factor de Atribución Objetivo.**

Una de las primeras cosas que debemos resolver es si la actividad que desarrollan los ISP es riesgosa. Sin perjuicio de que puede haber opiniones variadas al respecto,<sup>85</sup> deberemos asociar la noción de “actividad riesgosa” al concepto de “previsibilidad”, ya que el solo acaecimiento del perjuicio no implicaría necesariamente la existencia de un antecedente de peligro para terceros, debiendo ser reconocible esta circunstancia desde un comienzo para poder configurar algún tipo de responsabilidad.<sup>86</sup>

Ahora bien, sabemos que existe una infinita posibilidad de delitos que se pueden producir *a través* de la red,<sup>87</sup> y que enfrentan a nuestros sistemas tradicionales de justicia con problemáticas a los cuáles no estaban preparados. Así, BERGEL ha señalado que “la multiplicidad de campos a los cuales se aplica, la necesaria automaticidad de los procesos en que interviene, la natural aptitud de generar daños de toda índole (contractuales,

---

<sup>85</sup> “(...) en la medida que Internet facilita la aparición de determinadas conductas de múltiples implicados, susceptibles de generar responsabilidad extracontractual e incrementa su alcance y consecuencias, el desarrollo mundial de las redes digitales reclama moderación al atribuir responsabilidad extracontractual, en especial respecto a los proveedores de servicios de Internet por actividades en línea de terceros. Planteamiento éste aconseja no imponer un nivel de exigencia excesivamente riguroso para apreciar la presencia de culpa o negligencia determinante de la atribución de responsabilidad para ciertas actividades al menos durante el inicial desarrollo de la sociedad de la información”. De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *Derecho Privado en Internet*, p.439, citado por MATURANA, Op. Cit., p.24.

<sup>86</sup> Como lo define BARROS: “El criterio de imputación de responsabilidad puede ser manejar un cierto tipo de instalación, usar una cosa o realizar una actividad que la ley somete a un estatuto de responsabilidad por riesgo. Lo determinante es que el daño cuya reparación se demanda sea una materialización de ese riesgo, que ha justificado el establecimiento de un régimen de responsabilidad estricta”. En: BARROS BOURIE, ENRIQUE. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2009, p.445.

<sup>87</sup> Vid. Nota 14.

extracontractuales, a bienes, a personas, etcétera) convierte a esta actividad en potencialmente peligrosa”<sup>88</sup>

A juicio de FUNDINAGA<sup>89</sup>, “el proveedor informático asume el carácter de obligación de resultado, así el usuario espera de él un resultado funcional de la aplicación del equipo o programa. Insertar las obligaciones del prestador de los servicios en la categoría de obligación de resultado, implica cargar sobre él la prueba de la causa ajena, cuando el servicio ha sido prestado en forma defectuosa. Ciertamente, esta categorización beneficia al cliente, sin agravar la justicia que debe consagrar el negocio, pues al proveedor le es mucho más fácil probar cuál es el defecto que provocó el fracaso, que al usuario la prueba de la culpa del prestador”.<sup>90</sup>

Derivado de lo anterior, la primera duda a resolver será determinar si el factor de atribución de los prestadores de servicios de internet, como causa jurídica de la obligación de reparar el daño, puede ser el riesgo creado o la actividad riesgosa en la que se desenvuelve el actor.

Y así, DELIA LIPSZYC señala que “en el supuesto de los proveedores de servicios en línea el factor de atribución puede ser, según el caso, subjetivo u objetivo. Cuando los contenidos son provistos por terceros, y el autor o el titular de derechos conexos perjudicado hubiese advertido al proveedor de servicios en línea sobre el carácter ilícito del contenido transmitido sin autorización y lo intimase a rechazar el alojamiento en su servidor y la circulación de esa información, y el operador –advertido el intimado- no lo eliminara de su servidor o impidiera su circulación en la red, no podría excusarse en la ignorancia y en la buena fe.

---

<sup>88</sup> BERGEL, SALVADOR DARÍO. *Informática y responsabilidad civil*. Revista de Informática y Derecho, Volumen 2, De Palma, Buenos Aires, 1988, p.163.

<sup>89</sup> FUNDINAGA, Op. Cit., p.3.

<sup>90</sup> “...al prestador del servicio de Internet no le afecta que un usuario descargue música ilegal. Es bajo ese presupuesto, entonces, que la estrategia de usar guardianes o amas de llaves debe incluir incentivos legales para que los intermediarios colaboren. Y la mejor manera es haciéndolos responsables legalmente por la conducta indeseada del tercero, a menos que asuman ciertas obligaciones. Este diseño regulatorio se traduce en mecanismos y obligaciones concretas que le permitan al guardián detectar la conducta o el riesgo, bien sea para prevenir que suceda del todo o para minimizar su ocurrencia” (*Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en Internet y el impacto en el entorno digital*. Documento producido por la Iniciativa por la Libertad de Expresión en Internet (iLEI), del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la información (CELE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Argentina. En internet: <http://www.palermo.edu/cele/pdf/LasLlavesDelAmaDeLlaves.pdf>, visitado el día 5 de enero de 2016).

Tampoco podría hacerlo si, directa o indirectamente, ha tenido conocimiento-o conciencia- de que el usuario estaba infringiendo derechos de terceros y no actuó en consecuencia. En estos casos, el factor de atribución de la responsabilidad civil del proveedor de servicios en línea es el objetivo, sin dejar de tener presente que carga con un mayor deber de diligencia por su profesionalidad”.<sup>91</sup>

Uno de los hitos en nuestro país respecto a esta materia ha sido el Recurso de Protección *Orlando Fuentes Siade con Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A.*, rol 243-19-99 (sentencia de 6 de diciembre de 1999).<sup>92</sup> Este fallo, dictado antes de la entrada en vigencia de la normativa en comento, sirve para delimitar los criterios que establece la Corte de Apelaciones en esta materia frente a un caso como este (de ausencia de norma específica).<sup>93</sup>

La sentencia razonó distinguiendo entre los distintos prestadores de servicios de internet: el proveedor de acceso, el de almacenamiento y el de contenidos. Así, el principal responsable del contenido nocivo o ilícito en principio, sería el usuario proveedor de contenido en la red, en tanto es responsable de la inclusión de mensajes que lesionan a terceros, pudiendo extenderse a los contenidos incorporados directamente por los usuarios finales y no se hubiesen tomado providencias mínimas de identificación de los usuarios que publicaban los mensajes. Pero, además, la Corte estableció un deber de control posterior para los proveedores de acceso o de almacenamiento, cuando a sabiendas de la actividad ilícita que

---

<sup>91</sup> LIPSZYC, DELIA. *Responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por las infracciones del derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital: análisis de la jurisprudencia internacional*. XI Curso Académico regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina “El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital”, Asunción, Paraguay, 3 de noviembre de 2005, p.p. 20-21.

En internet: [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi\\_sgae\\_da\\_asu\\_05/ompi\\_sgae\\_da\\_asu\\_05\\_7.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_7.pdf) (Visitado el día 9 de enero de 2016).

<sup>92</sup> En este caso, el actor reclama a propósito de una serie de anuncios que aparecieron en sitios económicos dispuestos por el demandado (en su calidad de proveedor de conexión y de acceso), en que se ofrecían los servicios sexuales de su hija menor de edad. ENTEL contestó indicando que no eran responsables, dado que el aviso provenía de una plataforma gratuita que facilitaba a sus usuarios, pero cuyo contenido era de total responsabilidad de quienes exponían los avisos.

<sup>93</sup> Como se ha razonado hasta este momento, la Ley de Propiedad Intelectual en esta materia ha dejado un vacío respecto al régimen aplicable, ya que solo por vía interpretativa se ha llegado a la conclusión del régimen que eventualmente se respondería *en caso que* los prestadores no cumplieran las condiciones para eximirse de responsabilidad.

realizan los abonados a su servicio, no retiran los datos o no hacen que el acceso a ellos sea imposible.<sup>94</sup>

No obstante el hecho que la demanda civil posterior acogió la tesis de la responsabilidad subjetiva,<sup>95</sup> la autora DELIA LIPSZYC indica que esta sentencia pone de relieve el hecho que la responsabilidad de los proveedores de acceso de internet (como una especie de los prestadores de servicios de internet) se fundamentaría en que, tomando en consideración la “regla de anonimidad en las transmisiones en Internet”, estos (los prestadores) son un eslabón clave para la contención de actividades ilícitas, siendo en consecuencia los únicos que pueden ofrecer la identificación de los infractores, y que además, son los únicos con las herramientas tecnológicas adecuadas para poner fin a los perjuicios producidos a las personas o bienes, evitando además que se sigan produciendo. En consecuencia, a juicio de LIPSZYC, la sentencia determina que los prestadores de servicios de internet son el único vínculo que se tiene con los usuarios que cometen ilícitos, y de esto derivaría la fundamentación de que las acciones se dirijan contra ellos, ya que aun cuando no sean

---

<sup>94</sup> “Pero además, el ISP también contrae responsabilidades respecto del daño producido a terceros, en los siguientes casos, originados por el hecho de sus abonados:

a) Cuando a sabiendas de la actividad ilícita que se realiza por los abonados a su servicio, no ha retirado los datos o no ha hecho que el acceso a ellos sea imposible.

b) Cuando promueve el acceso a otros sitios en la red, que contienen bienes protegidos, a sabiendas que tal utilización no se encuentra autorizada por sus titulares de derechos de autor o conexos.

c) Cuando ha obtenido un provecho económico de la actividad infractora.” En SCHUSTER, SANTIAGO. *Propiedad Intelectual en Internet: Responsabilidades legales en las redes digitales*. En internet: [http://www.scdbeta.scd.cl/curso\\_prop\\_int/curso\\_2/Responsabilidades%20legales%20en%20Internet.pdf](http://www.scdbeta.scd.cl/curso_prop_int/curso_2/Responsabilidades%20legales%20en%20Internet.pdf) (Visitado el día 3 de enero de 2016).

<sup>95</sup> En los Considerandos 3°, 4° y 5° de la Sentencia de Apelación de la Corte de Apelaciones de Concepción, caratulada “Carmen Yañez con Entel”, demanda civil, sentencia de apelación, rol 1223-2003, 21-12-2007, se determinó que: “ 3°.- Que en Chile, la responsabilidad extracontractual tiene como factores generales de imputación subjetiva de daños el dolo o la culpa, conforme a lo dispuesto en los artículos 2.314 y 2.329 del Código Civil, salvo excepciones, que se encuentran dentro del Código Civil (2.321, 2.326 y 2.328) como fuera de él (daños nucleares, Ley 18.302, 174 de la Ley 18.290, contaminación de aguas del mar por hidrocarburos, etc), de responsabilidad sin culpa, pero estas son excepcionales. (DIEZ SWERTER, JOSÉ LUIS. *La culpa en la responsabilidad civil en Chile*. Separata revista N° 16, Actualidad jurídica, Universidad del Desarrollo, Concepción, diciembre 2006, págs. 35-64).

*Así también lo ha sostenido la Excma. Corte Suprema, al señalar que el ordenamiento jurídico no encierra disposiciones de carácter general que establezcan responsabilidades objetivas para los particulares o el Estado y que, por ende, esta clase de responsabilidad requiere de una declaración explícita del legislador que describa las circunstancias precisas que pueden generarla* (Sentencia de 15 de mayo de 2002, RDJ, Tomo 99, sección primera, págs. 95 y siguientes). 4°.- Que, en nuestra normativa no existe un tratamiento especial para determinar la responsabilidad civil de los actores en Internet, toda vez que el marco regulatorio de la ley N° 18.168 de 1982 sobre Ley General de Telecomunicaciones no alcanza a la Red que opera en el sector de las comunicaciones. 5°.- Que estando claro en qué sede se sitúa la responsabilidad de los actores de Internet, corresponde determinar el concepto de culpa (...). (La cursiva es nuestra).

personalmente responsables por el origen de los mensajes, tienen la obligación de “velar por la moralidad de aquellos que alberga para que estos respeten las leyes, los reglamentos y derechos de terceros, debiendo tomar las medidas susceptibles de hacer cesar el perjuicio que hubiera causado a un tercero”.<sup>96</sup>

En definitiva, LIPSZYC sostiene que “La jurisprudencia reseñada permite advertir que, en general, en el caso de los proveedores de servicios en línea estamos ante una manifestación propia del impacto de la era digital en la responsabilidad civil y que el mecanismo normativo por los perjuicios ocasionados por *cosas y actividades riesgosas* se encuentra en las disposiciones legales que se refieren al *factor objetivo* de atribución de responsabilidad, salvo en aquellos supuestos en que la norma establece un factor de atribución subjetivo, como en el caso en que el proveedor de servicios en línea también provee contenidos”.<sup>97</sup>

Como se puede apreciar, la construcción normativa de una teoría de responsabilidad objetiva no está exenta de críticas. La principal de ellas –y que en modo alguno clausura el debate- radica en la ausencia específica de un mandato legal que así lo determine. Pero ¿podemos entender que esta mera ausencia es causal suficiente para poner la carga probatoria en las víctimas, es decir, aquellos que fueron afectados patrimonial y extra patrimonialmente, por prestadores de servicios de internet que, a sabiendas de la actividad riesgosa en la que ellos están intermediando, no adoptaron los resguardos mínimos que le exige la propia ley para eximirse de responsabilidad, aun cuando son los únicos que pueden adoptar las medidas necesarias para evitar o hacer cesar el daño?

---

<sup>96</sup> La sentencia, en este caso, echaría por tierra uno de los argumentos dados por la doctrina en orden a que los prestadores de servicios de internet no tendrían un deber de cuidado respecto a este contenido. Así, DE LA MAZA (citado por HERCOVICH, Op. Cit., p.135) señala que “en sede civil suele aceptarse la doctrina que las omisiones generan responsabilidad sólo cuando se encuentra legalmente establecido el deber de actuar, y *no habiendo en nuestro ordenamiento un deber de vigilancia por parte de los ISP*, no podría atribuírseles responsabilidad por faltar a algo que la ley no los obliga”. Esta ausencia de deber de vigilancia estaría fundada en la redacción del artículo 85 P de la Ley de Propiedad Intelectual y en la Ley de Neutralidad de Red (Ley 20.453, publicada en el Diario Oficial el día 26 de agosto de 2010).

<sup>97</sup> LIPSZYC, Op. Cit., p.22. En la referencia al pie, cita a ALTMARK y MOLINA QUIROGA: “el riesgo no está tanto en la cosa que causa el daño sino en la actividad desarrollada, en la cual la cosa juega un papel principalísimo. Aquí existe una decisiva participación del hombre, que con su actividad puede llegar a convertir en peligrosa una cosa que no lo es en sí misma, o potenciar el grado de peligrosidad que una cosa presenta normalmente en su estado natural”.

## **II. EL CASO “GÓMEZ ARATA, MAXIMILIANO CON GOOGLE CHILE LTDA. Y GOOGLE INC.” Y EL CÓMO LLEGA A CHILE LA DOCTRINA DEL CASO “MARÍA BELÉN RODRÍGUEZ”**

Hasta este punto, hemos podido apreciar que argumentativamente, hemos pasado desde la descripción de un caso de relevancia para las nuevas tecnologías en Argentina, a los análisis sobre responsabilidad de los prestadores de servicios de internet en ese mismo país, concluyendo con un esbozo doctrinario del mismo análisis, pero esta vez en Chile, limitado a infracciones a la Ley de Propiedad Intelectual. Sin embargo, existen otros casos por los que nuestros tribunales han debido pronunciarse expresamente respecto de los alcances de la responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet, ya no limitados a la infracción esta norma, sino que a conflictos relacionados con el perjuicio claro que se produce en casos como el que fundamenta el presente trabajo, donde los derechos como la honra o la protección de la dignidad de las personas entra en conflicto con otros derechos protegidos constitucionalmente, como la libertad de expresión o la libertad de desarrollar cualquier actividad económica lícita.

Dicho lo anterior, analizaremos la única sentencia en nuestro país contra una categoría específica de Prestador de Servicios de Internet (en su calidad de Buscador Web) que cita expresamente el caso de María Belén Rodríguez, y que nos permitirá comprender que todo el análisis de dicho fallo, podría eventualmente ser parte de la jurisprudencia uniforme de nuestros altos Tribunales.

### **A) EL CASO.**

Con fecha 21 de agosto de 2015, don Maximiliano Gómez Arata interpone acción de protección en contra de Google Chile Ltda. y en contra de Google Inc.<sup>98</sup> Entre sus argumentos, expresa que en su calidad de abogado ha sido objeto de expresiones injuriosas en su contra a través del sitio web <http://maximilianogomezarata.blogspot.cl> –sitio web que dependería de los recurridos- el que fue especialmente creado al efecto para denostarlo con

---

<sup>98</sup> Recurso de Protección Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol N° 76451-2015. Fallo dictado con fecha 20 de noviembre de 2015.

expresiones como “abogado chanta”. Agrega que, al escribir su nombre en el buscador de Google, éste se asocia a las palabras “abogado, chanta, ladrón”.

Indica el recurrente que intentó contactarse con los recurridos, quienes, amparándose en la libertad de expresión y en la no vulneración de sus políticas, habrían rechazado sus solicitudes de bloqueo de dichas páginas.

Considera que todo lo anterior, y las graves consecuencias para su prestigio profesional –ya que no habría tenido más clientes desde la fecha de publicación de estas expresiones “injuriosas”- vulneran las garantías constitucionales de los artículos 19 N°1, 4, 12 inciso 3°, 16, 21, 24 y 26, además de infringir la Ley 19.628 sobre protección de la Vida Privada, al considerar a los buscadores recurridos como “responsables” del tratamiento de bases o bancos de datos.

En definitiva, el recurrente solicita que se ordene a las recurridas a bajar o bloquear de la web la asociación de la búsqueda de su nombre con los resultados difamatorios indicados en el sitio web ya señalado; se prohíba el uso del sub-dominio con el nombre Maximiliano Gómez Arata por cualquier persona, adjudicándolo al recurrente al tener un derecho de propiedad sobre éste; y, por último, se condene en costas a las recurridas por haberse negado a subsanarlas, a su juicio ilegal e injustificadamente.

## **B) EL INFORME DE GOOGLE INC.**

En el informe evacuado por una de las recurridas, Google Inc. contesta, como es habitual en estos casos, que Google Chile Ltda. no es legitimado pasivo por tener un giro distinto –en específico, dedicado al marketing- y que tampoco tiene derecho alguno para ejercer respecto del dominio google.cl ni sobre los servicios que puedan prestarse a través del mismo.<sup>99</sup>

---

<sup>99</sup> El destacado profesor Pedro Anguita Ramírez ha señalado que en los recursos de protección impetrados en nuestro país en contra de Google, los Informes evacuados por éstos se resumen en los siguientes argumentos: a) El recurrido debe ser Google Inc. y no Google Chile Ltda. b) Los recursos son extemporáneos c) Google sostiene no tener responsabilidad en los resultados que indexa d) Respecto de los *bloggers*, todo el contenido que se publica en estos pertenece a sus usuarios e) Las acciones de protección deben presentarse en contra del autor de la información, opinión o imágenes impugnadas. En: ANGUIA RÁMIREZ,

Argumentan, además, que como motores de búsqueda únicamente se limitan a indexar los sitios web disponibles en internet, no creando contenidos, sino que únicamente ofreciendo un “índice” de la información creada o publicada por terceros.

Respecto de los *blogs* en particular, señalan que al ser vehículos de emisión de opiniones, gozan de un alto grado de protección en virtud del artículo 19 N°12 de la Constitución Política de la República. Además, la recurrida no habría ni “creado, ni redactado ni ordenado publicar la información del blog que se objeta”.

En consecuencia, estiman que el recurso debe ser rechazado porque:

- i. El recurrente debió dirigir su acción contra el o los autores del contenido que se reclama;
- ii. Google Inc. no es un organismo que posea registros ni bancos de datos referidos a los hechos reclamados, y por tanto, las normas que regulan dichas materias no son aplicables al caso en cuestión;
- iii. Google Inc. carece de facultades para censurar el contenido que los usuarios deciden publicar utilizando la plataforma blogspot.com;
- iv. Google Inc. no habría infringido la garantía constitucional de integridad física y psíquica, ni aquella que asegura la protección de la honra de las personas;
- v. No existe infracción a la libertad de expresión;
- vi. Google Inc. no ha perturbado la libertad de trabajo del recurrente (19 N° 16) ni le ha impedido desarrollar una actividad económica determinada (19 N° 21);
- vii. No existe infracción al 19 N° 24 (El recurrente pretende ser titular de un derecho de propiedad sobre su honra):
- viii. El recurso ha sido interpuesto extemporáneamente.

### **C) LA SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO.**

Con fecha 20 de noviembre de 2015, la Corte de Apelaciones falla el caso de acuerdo a los siguientes argumentos que pasamos a transcribir de manera literal desde el considerando TERCERO:

“3º) Que el recurso de protección consiste en una acción destinada a amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos preexistentes que se enumeran en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, propósito que es dable de materializar mediante la adopción de medidas de resguardo que surgen como necesarias ante un acto u omisión arbitrario o ilegal que impida, amague o perturbe ese ejercicio.

4º) Que corresponde, entonces, definir si una situación como la que fluye de tales antecedentes configura alguna hipótesis legal que legitime la medida que el recurso impugna.

5º) Que, en primer término, es preciso pronunciarse sobre la extemporaneidad que alega el recurrido. El plazo para deducir la acción cautelar es de 30 días contados desde la fecha en que la persona toma conocimiento del hecho objeto del recurso; en tales circunstancias habiendo sido informado de su ocurrencia el día 8 de agosto y presentado el recurso el día 21 del mismo mes, no procede acoger tal alegación.

6º) Que como decidió la sentencia pronunciada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), en el proceso “Rodríguez María Belén c/Google Inc.”, el 28 de octubre de 2014, los motores de búsqueda no tienen la obligación general de “monitorear” los contenidos que se suben a la red y que son proveídos por los responsables de cada una de las páginas web, que son en principio irresponsables de los contenidos que no han creado. Nuestra legislación contiene una norma muy similar en el artículo 85 P de la Ley N° 17.336, modificada por la Ley N° 20.345, de mayo de 2010, en cuanto sostiene, refiriéndose a los motores de búsqueda, que éstos no tendrán la obligación de supervisar los datos que transmitan, almacenen o referencien, estableciendo un procedimiento especial en los casos de ilicitud que se describen en la norma.

Prosigue la sentencia individualizada y señala que hay casos en que el buscador puede llegar a responder por un contenido que le es ajeno; y eso sucederá cuando haya tomado efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente, debiendo determinarse tal ilicitud en un juicio de lato conocimiento. Luego distingue situaciones muy graves en las que bastará con notificar al buscador, tales como pornografía infantil, apología al genocidio, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de éstos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, como también las que importen lesiones contumeliosas al honor, montaje de imágenes notoriamente falsas o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual.

7º) Que al estimar esta Corte que Google Inc. es un motor de búsqueda, que se limita a anexas las publicaciones que se suben a la web, sin que proceda a su respecto la supervisión de dicha información, y advirtiéndose de la lectura de los hechos que el recurrente estima injuriosos que su ilicitud debe ser acreditada en un juicio de lato conocimiento, no resulta posible concluir que se haya incurrido en un acto que se pueda calificar de arbitrario, esto es, contrario a la razón o sin fundamento suficiente -o de ilegales decir, contrario al ordenamiento jurídico vigente, de manera tal que no se configuran los presupuestos que hacen procedente el recurso y se impone, por lo tanto, el rechazo del mismo.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección, se **rechaza** el deducido en lo principal de fojas 17 por Maximiliano Roberto Gómez Arata.” (El subrayado es nuestro).

Como señala ANGUIA, “Es discutible el fundamento normativo al que recurre la Corte de Apelaciones, pues como puede advertirse, la norma citada se refiere a la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet *respecto a la propiedad intelectual*.(La cursiva es

nuestra). El caso que debe resolver la Corte –como en todas las acciones constitucionales en contra de Google- recae en la posible vulneración a derechos fundamentales, consagrados en el artículo 19 N° 1 y 4, de nuestra Constitución y leyes internas, como también de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos que nuestro país ha suscrito y que se encuentran vigentes”.<sup>100</sup>

No obstante lo anterior, se puede apreciar que, en base a este fallo, se han “complementado” lagunas normativas o interpretativas que mantiene nuestra legislación, no obstante mantener vigentes los siguientes principios ya estudiados:

1. Los motores de búsqueda en nuestro país no tienen la obligación general de “monitorear” los contenidos que se suben a la red y que son proveídos por los responsables de cada una de las páginas web, que son en principio irresponsables de los contenidos que no han creado. Si bien es cierto que la norma citada por la Corte de Apelaciones chilena se refiere en lo sustantivo a las infracciones cometidas a la Ley de Propiedad Intelectual, como se ha mencionado en otros apartados del presente trabajo, este imperativo deviene en realidad de la Ley 20.453 que “consagra el Principio de Neutralidad en la Red para los Consumidores y Usuarios de Internet”, impidiéndole “arbitrariamente bloquear, interferir, discriminar, entorpecer ni restringir el derecho de cualquier usuario de Internet para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal a través de Internet, así como cualquier otro tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red.”<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> ANGUITA RAMÍREZ, PEDRO. Op.Cit., p.156.

<sup>101</sup> El artículo 8° del “Reglamento que regula las características y condiciones de la neutralidad de la red en el servicio de acceso a Internet” (Decreto 368 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones), complementa lo anterior, señalando que:

“Artículo 8º. Se considerarán como prácticas restrictivas a la libertad de utilización de los contenidos, aplicaciones o servicios que se presten a través de Internet, las siguientes:  
1) Toda aquella acción que, arbitrariamente, tienda a bloquear, interferir, entorpecer, restringir y/o de cualquier forma obstaculizar el derecho de cualquier usuario de Internet para utilizar, enviar, recibir u ofrecer cualquier contenido, aplicación o servicio legal a través de Internet, así como cualquier otro tipo de actividad o uso legal realizado a través de la red, en especial, aquellas medidas de gestión de tráfico o administración de red que, en aquel carácter, afecten a los niveles de servicio contratados por el respectivo usuario.

2) Toda aquella acción que, arbitrariamente, tienda a priorizar o discriminar entre proveedores de contenidos, aplicaciones y/o usuarios. En todo caso, siempre se entenderá como arbitraria la acción de priorización o discriminación que afecte a proveedores de contenidos, aplicaciones y/o usuarios respecto de otros de similar naturaleza.

3) Toda aquella acción que impida o restrinja el derecho de los usuarios a acceder a la información veraz y

2. Hay casos en que el buscador puede llegar a responder por un contenido que le es ajeno; y eso sucederá cuando haya tomado efectivo conocimiento de la ilicitud de ese contenido, si tal conocimiento no fue seguido de un actuar diligente, debiendo determinarse tal ilicitud en un juicio de lato conocimiento. Como vimos, uno de los principales problemas respecto de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermedios de Internet, es precisamente, delimitar –para el evento que consideremos que su responsabilidad es subjetiva- *a partir de qué momento exacto* le serán imputables las conductas o actividades lesivas de terceros. Es decir que, partiendo de la regla general de que son irresponsables – tanto por la normativa de los *safe harbours* consagrada en la Ley de Propiedad Intelectual como por la Ley de Neutralidad- la Corte de Apelaciones recoge el argumento de la Corte Suprema Argentina, desprendiéndose de lo anterior que deberá existir una notificación judicial efectiva (ya sea a través de una medida precautoria, civil, penal o el más comúnmente utilizado recurso de protección).

3. Pero además, distingue situaciones muy graves en las que bastará con notificar al buscador, tales como pornografía infantil, apología al genocidio, datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de éstos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, del racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia, que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas, como también las que importen lesiones contumeliosas al honor, montaje de imágenes notoriamente falsas o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual. Es decir que, frente a determinados casos, la regla se invierte, y ya no será necesario notificar judicialmente a los buscadores (pensemos en la práctica cuanto puede demorar una notificación, sus costos, y los daños que se siguen generando día a día mientras se encuentre el contenido lesivo en Internet), sino que *bastará* con notificar a los mismos para que bajen el contenido a la brevedad.

---

actualizada relativa a las características de los servicios de acceso a Internet ofrecidos o contratados, según sea el caso, a que se refiere el artículo 5º del presente reglamento.  
4) Toda aquella acción que impida, restrinja o limite el derecho de los usuarios a incorporar o utilizar cualquier clase de instrumentos, dispositivos o aparatos en la red, siempre que sean legales y no dañen o perjudiquen la red o la calidad del servicio prestado a terceros.”

Esta última situación es la que más problemas genera, ya que:

a) Exige a los prestadores de servicios intermedios de Internet que tengan disponible un canal a través de la cual se puedan dar de baja los contenidos, lo que involucra costos que no todos estarán dispuestos a asumir.

b) Al hacer un catálogo abierto como el que se detalla, y frente a la inmediatez con la que se tramitaría la “bajada” de contenido, probablemente los usuarios intentarían encuadrar sus argumentos en alguna de estas hipótesis, generándose eventualmente conflictos con la libertad de expresión respecto de los terceros que podrían verse afectados por la censura. Es decir que, en estos casos, se daría vuelta la regla general, y es el proveedor del contenido el que se vería obligado a recurrir de protección a la Corte de Apelaciones o el Tribunal que estime competente para “proteger” su derecho a la libertad de expresión.

c) Los casos detallados son de una difícil interpretación, para pensar que basta una mera notificación y se proceda a una bajada inmediata. Revisemos uno a uno los casos planteados por la Corte Suprema Argentina y ratificados por la Corte de Apelaciones de Santiago.

- “Pornografía infantil”. Es la hipótesis menos confusa, ya que su carácter nocivo –y que en consecuencia, autoriza a no publicar o eliminar inmediatamente, sin producir conflictos con la libertad de expresión- se encuentra ampliamente aceptado en todo orden de cosas y no representa demasiados problemas interpretativos.

- “Apología al genocidio”. ¿Puede un comentario xenófobo (de cualquier tipo, por ejemplo la publicación en redes sociales o en una página web de mensajes virulentos contra minorías del tipo “hay que matar a todos los...”), que incite a la violencia –sin visos de realidad o de efectividad de la comisión de la amenaza por parte del que la realizó - publicado en un blog ser bajado *ex ante* de Internet, por el sólo hecho de que se considere “apología al genocidio”?

- ¿Qué son los “datos que faciliten la comisión de delitos, que instruyan acerca de éstos, que pongan en peligro la vida o la integridad física de alguna o muchas personas, racismo o de otra discriminación con manifiesta perversidad o incitación a la violencia”? Este

concepto abarca desde el escritor que –a propósito de una novela publicada en Internet– describe como hacer una bomba molotov, hasta el extremista aficionado que enseñe por tutoriales en Youtube, de manera rudimentaria y sin base científica, a procesar plutonio para supuestamente armar una bomba. ¿Deben ser eliminados automáticamente estos contenidos, a pesar de que algunos sean partes de una ficción novelesca, y otros carezcan de verosimilitud en cuanto al real riesgo que produzcan? Cómo se aprecia, el amplio espectro de esta definición torna impracticable la exclusión *a priori* de un contenido, y además, el trabajo interpretativo no puede ser resuelto por particulares, sino que por los Tribunales de Justicia.

- “Que desbaraten o adviertan acerca de investigaciones judiciales en curso y que deban quedar secretas”. Esto ya está contemplado en el Código Procesal Penal respecto a la reserva de las investigaciones, las que deben limitarse a ciertas materias y a un plazo determinado. En consecuencia, la decisión de la Corte de Apelaciones que recoge los argumentos de la Corte Suprema Argentina podría hacer colisionar la libertad de expresión de cualquier ciudadano (y no respecto de los medios de prensa, ya que tienen un mayor amparo normativo, en base al artículo 19 N° 12 de la Constitución o la misma Ley de Prensa), si, por ejemplo, una simple información o rumor sobre una investigación judicial en curso que deba quedar secreta, por parte de un “twittero” pueda ser “bajada” inmediatamente, sin necesidad de acudir a los Tribunales de Justicia.

- “Las que importen lesiones contumeliosas al honor, montaje de imágenes notoriamente falsas o que, en forma clara e indiscutible, importen violaciones graves a la privacidad exhibiendo imágenes de actos que por su naturaleza deben ser incuestionablemente privados, aunque no sean necesariamente de contenido sexual”. Esta es la puerta que deja abierta la entrada de cualquier caso. Es decir, que en base a lo señalado por la Corte de Apelaciones, basta con enmarcar un caso en esta hipótesis para que baste la notificación al buscador, quien deberá dar de baja dicho contenido. Esto, al menos como enunciado, representa un sinnúmero de problemas e hipótesis de conflictos relacionadas a la libertad de expresión y a su colisión con el derecho al honor. Sin ir más lejos, esta última hipótesis haría que en Chile (y en Argentina, por cierto) se consagrara paradigmáticamente un eficiente “derecho al olvido”, ya no basado en la infracción a las normas sobre protección

de datos personales, o en la vulneración de derechos constitucionales como la honra, sino que se podría hacer únicamente basados en esta “solicitud al buscador” amparada por estos fallos. Tema polémico y abierto que debe sumarse a las diversas interpretaciones y discusiones sobre el “derecho al olvido”, como un flanco no completamente explorado hasta la fecha.

d) Los prestadores de servicios intermedios de Internet pasarían a cumplir las funciones encomendadas exclusivamente a los Tribunales de Justicia, presentando este punto la mayor gravedad. Serían ellos los encargados de determinar qué casos los contenidos pueden ser bajados, o ponderando derechos constitucionales, función eminente, exclusiva y privativamente encomendada al Poder Judicial.<sup>102</sup>

El caso en comento fue apelado para ante la Corte Suprema. La Tercera Sala de ésta última, con fecha 28 de septiembre de 2016, en causa rol 40600-2016, rechaza nuevamente el recurso, “reproduciendo la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos cuarto a séptimo, que se suprimen(el subrayado es nuestro)”, ya que en el intertanto, la recurrida bloqueó los sitios web objeto de la acción, no encontrando la Corte Suprema que existía posibilidad del órgano jurisdiccional de adoptar las medidas de protección o cautela que reestablecieran el imperio del derecho ni aseguraran la protección de los mismos amparados por el artículo 20 de la Constitución, al no concurrir en ese momento los presupuestos que legitiman la interposición de dicho recurso ¿Qué significa esto? ¿Que la Corte Suprema, al suprimir estos considerandos, está dejando de lado la interpretación ya señalada? ¿Qué conociendo del fondo del asunto dejó sin efecto el razonamiento de la Corte de Apelaciones por estar errado? No. Lo único que hizo la Corte fue dejar sin efecto parte del fallo por haberse solucionado el problema, pero en el fondo, serán los mismos Ministros quienes en el corto o mediano plazo podrán adoptar las mismas decisiones, basadas en los mismos principios que ahora, por aspectos formales, debió suprimir.

---

<sup>102</sup> Como se indicó previamente, uno de los hitos en nuestro país respecto a esta materia ha sido el Recurso de Protección *Orlando Fuentes Siade con Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A.*, rol 243-19-99 (sentencia de 6 de diciembre de 1999). Si bien han pasado más de quince años desde su dictación, en la práctica, el razonamiento de la Corte sigue siendo el mismo, ya que pone de cargo de las empresas privadas la decisión y filtrado de los contenidos potencialmente perjudiciales subidos por terceros.

## CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo, hemos podido apreciar cómo, a partir de un caso específico de nuevas tecnologías planteado en Argentina -que hace colisionar los derechos de imagen, honra o vida privada de una persona famosa, en contra de los legítimos intereses de los usuarios de Internet de poder acceder a esta información- se han entrecruzado diversos elementos que tornan relevante el estudio del mismo, a efectos de conocer cómo resolverán nuestros tribunales estos temas en el futuro.

Por una parte, se pudo apreciar la evolución de la jurisprudencia argentina en materias de responsabilidad civil derivada los intermediarios de Internet, pasando desde un factor de imputación objetivo -que entre otras cosas, considera la actividad realizada en Internet como “riesgosa”- a uno subjetivo, que hace responder -en ausencia de ley, como es el caso argentino- al intermediario desde el momento que tomó “conocimiento efectivo” de la infracción cometida a través de sus plataformas, distinguiendo casuísticamente incluso las hipótesis en que esta situación se podría dar.

A la vez, se pudo apreciar la misma discusión en Chile -donde sí existen leyes específicas, a propósito de infracciones cometidas contra la Propiedad Intelectual- y la solución dada por la doctrina. Además, se dejó un apartado especial para revisar un caso específico que tomó el fallo “María Belén Rodríguez” como base para su fundamentación. Es relevante lo anterior, ya que no obstante tener normas relativas a temas “tecnológicos”, en la práctica los Tribunales se encuentran con estos “nuevos” problemas partiendo desde cero, por lo que habitualmente deben recurrir a la interpretación de normas civiles dictadas hace más de cien años, que no pensaron en las nuevas hipótesis de conflicto, o las interpretaciones dadas en el Derecho Comparado, frente al desconocimiento -fundamentalmente de los Tribunales Superiores de Justicia- de los nuevos conceptos y problemas derivados del uso de Internet.<sup>103</sup>

---

<sup>103</sup> Esta especie de “Realismo Jurídico”, creado por el hecho concreto que los nuevos paradigmas jurídicos relacionados con las tecnologías deben ser resueltos por Magistrados que muchas veces, por su edad u otros motivos, desconocen absolutamente el alcance de las normas sectoriales como el uso mismo de las tecnologías en su vida cotidiana, haciendo que sus decisiones en muchos casos estén tomadas mirando hacia el extranjero, sin saber los fundamentos de cada una de las tradiciones jurídicas en estas materias. El problema es que a veces, por ejemplo, en un mismo fallo, se puede encontrar coexistiendo doctrina

Adicionalmente, y ahora desde la perspectiva de los intermediarios de Internet, resulta también interesante reflexionar sobre la naturaleza misma de los fundamentos dados por estos para alegar que son irresponsables.

El principal argumento expresa que los intermediarios “no editan ni suben el contenido”. Al menos, en la revisión de este trabajo, este principio resulta cuestionable. Partiendo de la premisa que no todos los intermediarios cumplen la misma función (No es lo mismo quien suministra la conexión física a Internet que Google, no obstante estar los dos en la misma categoría), en el caso particular de intermediarios que disponen sus plataformas para que terceros lo suban, sí existe una especie de “edición”, y por tanto, de revisión *ex ante* del contenido de Internet. Un simple ejemplo bastará para confirmar lo anterior: Probablemente, al ingresar a un motor de búsqueda tradicional la palabra “imágenes explícitas de pedofilia”, será imposible acceder a este tipo de imágenes, aun sabiendo todos que existen y que están disponibles en la Red o en la *Deep Web*. ¿No realizó *alguien* –un algoritmo, una persona- la edición previa de éste contenido para que no llegue a nosotros? Y no obstante lo conveniente de editar ese tipo de contenidos ¿Cuál es el límite exacto de este *filtrado*? ¿Quién realizó este protocolo, bajo que parámetros? ¿Realmente los motores de búsqueda no hacen una labor de “edición”?<sup>104</sup> ¿Cuánto puede delegar una ley o un fallo judicial en los privados respecto de materias que debiesen ser de su competencia (como la ponderación de eventuales derechos en conflicto).

Mirado el tema desde otro punto de vista, la pregunta sobre la responsabilidad de los intermediarios de Internet se debe enfocar en los alcances de regular al sector, su conveniencia, y en particular, su fundamento.

*“The case study series reveals that governments have varying motives for regulating online intermediaries. In broad terms of regulatory theory, the primary reasons to intervene and regulate might have to do with externalities (e.g. compelling online intermediaries to bear the full costs of service rather than pass on to third parties), can be motivated by the desire*

---

norteamericana y europea, cuando en la práctica- y sobre todo en materia de protección de datos- se encuentran inspirados en principios opuestos (Revisar, por ejemplo, fallos asociados al “Derecho al Olvido” en Chile).

<sup>104</sup> El Diccionario de la Real Academia Española define, en su quinta acepción, “Editar”, como “Abrir un documento con la posibilidad de modificarlo mediante el programa informático adecuado”.

*to ensure certain levels of “essential” services (e.g. creation of and access to a diverse information ecosystem with multiple sources), or may be aimed at balancing unequal bargaining power (e.g. to protect vulnerable interests or population, such as children), to name just a few examples. Viewed from a broader functional angle, however, the case studies suggest that the majority of governance models outlined above fall into three in practice overlapping but nonetheless analytically distinct categories: enabling, leveling or constraining”*.<sup>105</sup>

En palabras de MILLALEO, “como todo régimen de responsabilidad, el diseño de la responsabilidad de los intermediarios de Internet atiende tanto a las consideraciones del sistema jurídico de cómo realizar justicia correctiva para reparar el daño a terceros como a la adjudicación de estímulos para que los sujetos de responsabilidad tomen las medidas efectivas para prevenir los daños a la vez que puedan desarrollar su actividad sin cargas excesivas. Por lo anterior, los regímenes de responsabilidad son, primero que todo, regímenes de limitación y exención por *actos de terceros*” (El destacado es nuestro)<sup>106</sup>. En consecuencia, el límite se cruza una vez que la acción u omisión del intermediario que produzca daños se genere por una conducta por la cual él mismo es el responsable, respondiendo en definitiva por sus actos propios, y no los de terceros.

En cualquier caso, una regulación –de cualquier tipo- a los intermediarios, necesariamente deberá considerar los costos de los mismos en la implementación de las políticas estatales o fallos dictados sobre la materia. Un ejemplo de lo anterior: Resulta razonable exigir un grado de responsabilidad a los intermediarios de Internet, por ejemplo, por el contenido que suministran a través de sus plataformas. Pero, de elevar los estándares, los costos de implementar lo anterior en algún momento serán traspasados a los usuarios y navegar en Internet, en algún momento, ya no será gratuito.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> GASSERS, Urs y SCHULZ, Wolfgang. *Governance of Online Intermediaries. Observations from a series of National Case Studies*. The Berkman Center of Internet & Society at Harvard University. Research Publication N° 2015-5, February 18, 2015, p. 10.

En internet: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2566364](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2566364) (Visto el 01 de agosto de 2016).

<sup>106</sup> MILLALEO, SALVADOR. *Los intermediarios de Internet como agentes normativos*. Revista de Derecho (Valdivia), Volumen XXVIII-N° 1, Junio 2015, p.42.

<sup>107</sup> Como se ha señalado extensamente, dentro de los Intermediarios encontramos tanto a quienes proveen del servicio “físicamente” –pensemos en las Empresas a quienes uno les paga por suministrar el servicio- como a los que proveen contenidos, o ponen a disposición de los usuarios sus plataformas (Como podría ser

Con todo, en una sociedad abierta y altamente conectada como la nuestra, que exponencialmente incentiva- a todo nivel, público, privado, nacional e internacionalmente- la creación de nuevos modelos de negocios, todo tipo de transferencias tecnológicas, tratamiento de datos personales a menor o mayor escala, comercio electrónico, digitalización de los procesos administrativos o públicos, riesgos de *hackeos* o amenazas a la ciberdefensa o ciberseguridad, es que resulta altamente razonable comenzar a delimitar los alcances de la responsabilidad y roles de cada uno de los participantes de esta enorme e interconectada “red de redes”.

Para algunos, la solución a este u otro tipo de problemas relacionados al avance de las nuevas tecnologías –globales, sin fronteras, con riesgos de todo tipo- puede ser perfectamente solucionado con nuestra legislación nacional. Para otros, la misma es anacrónica frente a estos nuevos temas, debiendo repensarse el compendio normativo que nos permita solucionar casos como los relacionados a la responsabilidad de los intermediarios, “derecho al olvido”, protección frente a casos de ataques informáticos o la creación de nuevos tipos penales por delitos informáticos que se cometen en la actualidad.

Como se aprecia, no está escrita la última palabra sobre todos estos temas, y en consecuencia, los desafíos que ello impone nos exigen tener principios claros y concretos que nos ayuden a decidir las políticas para enfrentar todos los temas que vendrán, y que, de cierta manera, nos orienten al resolver los nuevos paradigmas tecnológicos y jurídicos que, con seguridad, deberemos resolver con una frecuencia cada vez mayor.<sup>108</sup>

---

Google), que por regla general, lo hacen de manera gratuita. Frente a la posibilidad de pagar futuras indemnizaciones por responsabilidad civil, o de establecer nuevos protocolos o incorporar nuevas tecnologías de filtrado que impliquen realizar inversiones, es probable que en algún momento deban comenzar a cobrar por el servicio de manera tal que puedan mitigar los riesgos y costos asociados a los posibles conflictos judiciales o exigencias legales.

<sup>108</sup> Como señalan en las conclusiones de su estudio, GASSERS y SCHULZ (Op. Cit., p.17) sugieren tener presente lo siguiente:

*“(...) we would like to highlight the following points (...) for consideration and further deliberation in the debates about the present and future governance of online intermediaries:*

- 1. Understand the function and economics of intermediaries (...)*
- 2. Emphasize the normative dimension of intermediary regulation (...)*
- 3. Analyze and evaluate the full range of regulatory mechanisms (...)*
- 4. Consider the full costs of intermediary regulation (...)*
- 5. Strengthen mechanisms of mutual learning (...).”*

## **BIBLIOGRAFÍA**

ALESSANDRI RODRÍGUEZ. *De la Responsabilidad Extra-Contractual en el Derecho Civil Chileno*. Tomo I, 2ª. Ed.Ediar.1983.

ANGUITA RÁMIREZ, PEDRO. *Acciones de protección contra Google (Análisis del llamado derecho al olvido en buscadores, redes sociales y medios de comunicación)*. Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, 2016.

ATTA, GUSTAVO. *La responsabilidad civil de los “Buscadores Web”*. Publicado en “Responsabilidad de los prestadores de servicios de la internet” (Material de apoyo para la clase de los días 13 y 14 de diciembre de 2013 de Carlos A. Parellada para el curso “Maestría de Derecho de Daños Universidad de Mendoza”).

BARROS BOURIE, ENRIQUE. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2009.

BERGEL, SALVADOR DARÍO. *Informática y responsabilidad civil*. Revista de Informática y Derecho, Volumen 2, De Palma, Buenos Aires, 1988.

BILBAO ARANDA, FACUNDO. *Apuntes sobre la responsabilidad civil de los buscadores de contenidos en Internet*. Publicado en “Responsabilidad de los prestadores de servicios de la internet” (Material de apoyo para la clase de los días 13 y 14 de diciembre de 2013 de Carlos A. Parellada para el curso “Maestría de Derecho de Daños Universidad de Mendoza”).

BORDA, GUILLERMO, y PEREIRA, CARLOS. *El fallo de la CSJN sobre la información por Internet y libertad de expresión*. LA LEY, año LXXVIII N° 209, Tomo La Ley 2014-F, Buenos Aires, Argentina, 5 de noviembre de 2014.

CERDA SILVA, ALBERTO. *Limitación de Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet por infracción a los derechos de autor en línea*, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLII, Valparaíso, Chile, 1er Semestre 2014, p.124. En internet: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-68512014000100004&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-68512014000100004](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100004&lng=es&tlng=es.10.4067/S0718-68512014000100004) (Visitado el día 23 de diciembre de 2015).

DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO. *Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet por infracción de los derechos de autor*. En: *Temas de Responsabilidad Civil*, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección Derecho Privado I, Ediciones Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Chile, 2004.

FERNÁNDEZ DELPECH, HORACIO. *La injuria a través de Internet. A raíz del fallo Jujuy.com*. En internet: <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/ARTICULO%20FALLO%20JUJUY.pdf> (Visto el 20 de junio de 2016).

FUNDINAGA, KATHERINE. *Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet*. ISSN-e 1681-5726, Revista de Derecho Informático. Alfa-Redi Edición, N° 91, 2006. En internet: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/ejemplar?codigo=126136>, visitado el día 5 de enero de 2016).

GASSERS, Urs y SCHULZ, Wolfgang. *Governance of Online Intermediaries. Observations from a series of National Case Studies*. The Berkman Center of Internet & Society at Harvard University. Research Publication N° 2015-5, February 18, 2015. En internet: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2566364](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2566364) (Visto el 01 de agosto de 2016).

GHATNEKAR, SEEMA. *Injury by algorithm: A look into Google's liability for defamatory autocompleted search suggestions*. 33 Loy. L.A. Ent. L. Rev. 171 (2013). En internet: <http://digitalcommons.lmu.edu/elr/vol33/iss2/3>. (Visto el 20 de junio de 2016).

HERCOVICH MONTALBA, MATÍAS. *Responsabilidad de los ISP por contenidos ilícitos o infractores de terceros*. Revista Chilena de Derecho y Tecnología, centro de Estudios en Derecho Informático, Universidad de Chile. ISSN 0719-2576, Vol.2, N° 1 (2013). En internet: [http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.congresotransporte.uchile.cl%2Findex.php%2FRCHDT%2Farticle%2Fdownload%2F25889%2F28936&ei=cCe9VOjIC8O1ggSSm4T4Aw&usq=AFQjCNGNuRDgnNRvO8FoDhFgf6\\_olfzD2w&sig2=Vgyf18r3Aw6OUFxX02H-ow](http://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=2&ved=0CCQQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.congresotransporte.uchile.cl%2Findex.php%2FRCHDT%2Farticle%2Fdownload%2F25889%2F28936&ei=cCe9VOjIC8O1ggSSm4T4Aw&usq=AFQjCNGNuRDgnNRvO8FoDhFgf6_olfzD2w&sig2=Vgyf18r3Aw6OUFxX02H-ow) (Visitado el día 15 de enero de 2016).

IGLESIAS, GONZALO. *La responsabilidad de los buscadores de Internet después del caso Belén Rodríguez*. SID 2015, 15° Simposio Argentino de Informática y Derecho, ISSN: 2451-7526.

*Las llaves del ama de llaves: la estrategia de los intermediarios en Internet y el impacto en el entorno digital*. Documento producido por la Iniciativa por la Libertad de Expresión en Internet (iLEI), del Centro de Estudios en Libertad de Expresión y Acceso a la información (CELE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Argentina. En internet: <http://www.palermo.edu/cele/pdf/LasLlavesDelAmaDeLlaves.pdf> (Visitado el día 5 de enero de 2016).

LARA, JUAN CARLOS; VERA, FRANCISCO. *Responsabilidad de los prestadores de servicios de internet*. Policy Paper N° 3, ONG Derechos Digitales. En internet:

<https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp03.pdf> (Visitado el día 27 de diciembre de 2015)

LEIVA, CLAUDIO. *Responsabilidad por daños derivados de Internet (Reparación y prevención de los daños)*. VII Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 9 y 10 de junio de 2005, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

LIPSZYC, DELIA. *Responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por las infracciones del derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital: análisis de la jurisprudencia internacional*. XI Curso Académico regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina “El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital”, Asunción, Paraguay, 3 de noviembre de 2005. En internet:

[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi\\_sgae\\_da\\_asu\\_05/ompi\\_sgae\\_da\\_asu\\_05\\_7.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_7.pdf) (Visitado el día 9 de enero de 2016).

MATURANA MIQUEL, CRISTIAN. *Responsabilidad de los proveedores de acceso y de contenido en internet*. En: Revista Chilena de Derecho Informático, Centro de estudios en derecho informático, Universidad de Chile, ISSN: 0717-9162, 2002.

MILLALEO, SALVADOR. *Los intermediarios de Internet como agentes normativos*. Revista de Derecho (Valdivia), Volumen XXVIII-N° 1, Junio 2015.

MOLINA QUIROGA, EDUARDO. *Reflexiones a un año del fallo Rodríguez c. Google*. Mesa de trabajo organizada por la Asociación por los Derechos Civiles, el 26 de octubre de 2015 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En Internet: <http://www.adc.org.ar/wp-content/uploads/2015/10/Mesa-de-Trabajo-Bel%C3%A9n-Rodríguez.pdf> (Visto el 10 de junio de 2016).

PALAZZI, PABLO. *Responsabilidad de buscadores de Internet. Notice & Take down con sabor argentino*. En LA LEY, año LXXVIII N° 209, Buenos Aires, Argentina, Miércoles 5 de noviembre de 2014.

PARELLADA, CARLOS. *Responsabilidad por la actividad anónima en Internet*. Publicado en “Responsabilidad de los prestadores de servicios de la internet” (Material de apoyo para la clase de los días 13 y 14 de diciembre de 2013 de Carlos A. Parellada para el curso “Maestría de Derecho de Daños Universidad de Mendoza”).

RAMOS PAZOS, RENÉ. *De la Responsabilidad extracontractual*. Editorial Legal Publishing, 4a Edición, Santiago de Chile, 2008.

RIORDAN, JAANI. *The liability of Internet intermediaries*. Oxford University Press, 1st Edition, UK, 2016.

ROFFE, PEDRO y SANTA CRUZ, MAXIMILIANO. *Los Derechos de Propiedad Intelectual en los Acuerdos de libre Comercio Celebrados por Países de América Latina con Países Desarrollados*, N° 70. CEPAL, Naciones Unidas. División de Comercio Internacional e Integración. Santiago, Chile, Abril, 2006.

SCHUSTER, SANTIAGO. *Propiedad Intelectual en Internet: Responsabilidades legales en las redes digitales*. En internet: [http://www.scdbeta.scd.cl/curso\\_prop\\_int/curso\\_2/Responsabilidades%20legales%20en%20Internet.pdf](http://www.scdbeta.scd.cl/curso_prop_int/curso_2/Responsabilidades%20legales%20en%20Internet.pdf) (Visitado el día 3 de enero de 2016).

STIGLITZ, GABRIEL y STIGLITZ, ROSANA. *Responsabilidad civil por daños derivados de la informática*. La Ley, Tomo 1987-E, Sección Doctrina.

VARON, JOANA; PEREIRA, CARLOS et al. *Filtrado de contenido en América Latina: razones e impacto en la libertad de expresión*. En: *Hacia una Internet libre de censura*, Capítulo Cinco, pp. 183-184. En internet: [http://www.palermo.edu/cele/pdf/internet\\_libre\\_de\\_censura\\_libro.pdf](http://www.palermo.edu/cele/pdf/internet_libre_de_censura_libro.pdf) (Visto el 15 de marzo de 2016).

VIBES, FEDERICO. *Responsabilidad civil subjetiva de los servicios de búsqueda de Internet*. Publicado en “Responsabilidad de los prestadores de servicios de la internet” (Material de apoyo para la clase de los días 13 y 14 de diciembre de 2013 de Carlos A. Parellada para el curso “Maestría de Derecho de Daños Universidad de Mendoza”).

XALABARDER, XIMENA. *La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios*. Revista de Internet, Derecho y Política. En internet: <http://www.uoc.edu/idp/2/dt/esp/xalabarder.pdf> (Visto el 20 de junio de 2016).