

Juan Carlos Lara & Francisco Vera

**Responsabilidad de los prestadores
de servicios de intermediación de
comunicaciones a través redes digitales
por los perjuicios producidos por la
circulación de contenidos ilícitos dañinos
provistos por terceros**

ONG Derechos Digitales:

Organización No Gubernamental (ONG) fundada en el año 2005, cuya misión es la defensa, promoción y desarrollo de los derechos fundamentales en el entorno digital desde el interés público. Entre sus principales ejes de interés, están la libertad de expresión, los derechos de autor y la privacidad.

Diseño y diagramación: Estudio Navaja

Corrección: Paz Peña

(cc) Algunos derechos reservados.

Esta publicación está disponible bajo Licencia Creative Commons 3.0 Atribución - Compartir Igual. Ud puede copiar, distribuir, exhibir y ejecutar la obra; hacer obras derivadas; y hacer uso comercial de la obra. Ud. debe darle crédito a los autores originales de la obra, y en caso de hacer obras derivadas, utilizar para ellas una licencia idéntica a esta. El texto íntegro de la licencia puede ser obtenido en: <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/cl>

© ONG Derechos Digitales

Diagonal Paraguay 458 Piso 2, Santiago de Chile

CP 833003I.

+56 22 6323660

<http://derechosdigitales.org>

info@derechosdigitales.org

Responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación de comunicaciones a través redes digitales por los perjuicios producidos por la circulación de contenidos ilícitos o dañinos provistos por terceros

Policy paper

ONG Derechos Digitales

Introducción

Los intermediarios de los actos comunicativos a través de Internet son los dotados de capacidad técnica para controlar usos ilícitos o impedir la comisión de delitos por medio de la red. Qué tan deseable sea esa intervención, y bajo qué parámetros sustantivos y formales, son interrogantes de difícil solución normativa. Ello implica ponderar los intereses tales como los bienes jurídicos que se intenta proteger mediante sanciones, como también otros intereses inherentes a los actos comunicativos, como lo son los derechos fundamentales de protección de la privacidad o de libertad de expresión.

Las más importantes reformas normativas relacionadas con el uso de Internet en Chile son las convertidas en ley en los años 2010 y 2011, respectivamente con la regulación de la responsabilidad de los prestadores de servicio de Internet por infracción de derechos de autor a través de sus redes, y con la consagración a nivel legal del principio de neutralidad de la red. En ambos casos, la legislación fue modificada para agregar parámetros estatutarios al carácter de *intermediarios* de los prestadores de servicio de Internet, en que la no intervención sobre los contenidos que se transmiten o difunden a través de sus servicios determina su no responsabilidad.

Este nuevo marco normativo, no obstante, dista de representar un consenso entre las distintas comunidades interesadas. Fundamentalmente, porque la capacidad de los intermediarios para impedir los ilícitos se vería desaprovechada en tanto los mecanismos para hacer obligatoria la acción sobre esos contenidos son, en apariencia, muy lentos en comparación con el poder de propagar comunicaciones y contenidos que posee Internet. No obstante, es todavía dudoso que el régimen chileno represente una respuesta óptima que garantice correcto equilibrio entre los intereses involucrados.

I. Intermediarios de contenido

Con “intermediarios de contenido”, utilizamos una expresión genérica para incluir a los diversos participantes de las etapas de la comunicación, distintos de la emisión o puesta a disposición y de la recepción. En el caso de las comunicaciones en línea existe una serie de elementos tecnológicos de distinta índole y con distintas funciones, a cargo de distintos operadores en distintas latitudes, que serán entonces intermediarios.

Por su función, los intermediarios que participan en el proceso de intercambio de información pueden clasificarse principalmente en:

- a) *Proveedores de acceso*, que prestan el servicio que conecta al computador de usuario final, mediante cables o señales inalámbricas;
- b) *Proveedores de tránsito*, que permiten la interacción entre el ordenador final y el proveedor de acceso con los proveedores de alojamiento, sin tener más función que la de mero transporte de datos (*mere conduit*). En Chile, los proveedores de acceso y los de tránsito (en conjunto, proveedores de conexión) tienden a ser las mismas empresas de telecomunicaciones, todas de carácter privado;
- c) *Proveedores de alojamiento*, que cuentan con uno o varios ordenadores con espacio disponible o “servidores”, con acceso a los proveedores de tránsito, a fin de utilizarlos con sus propios fines o de ponerlos a disposición de terceros, para mantener contenido accesible a través de los otros proveedores. Subdistinguimos entre ellos:
 - *Proveedores de caching o memoria tampón*, esto es, proveedores de almacenamiento automático, provisional y transitorio de datos con el propósito de facilitar el funcionamiento de la red, y
 - *Proveedores de hosting*, esto es, proveedores comerciales del servicio de alojamiento de información, para los fines que el respectivo cliente disponga en tanto proveedor de contenidos o servicios.
- d) *Proveedores de servicios en línea*, que permiten la puesta en línea de contenidos por parte de usuarios, tales como: plataformas de publicación de blogs o noticias, servicios de correo electrónico, redes sociales, servicios de alojamiento de imágenes, audio y vídeo; sitios de comercio electrónico; foros de discusión, etcétera.
- e) *Proveedores de búsqueda y enlaces*, que permiten localizar contenidos en línea, y que en la entrega de tal servicio cumplen el rol de intermediarios en tanto facilitan el acceso a contenidos provistos por terceros mediante la entrega de enlaces que permiten su más fácil ubicación.

Desde el punto de vista normativo, los diversos operadores de la cadena de intermediación son objeto de regulación, mediante su definición como prestadores de servicio en términos amplios.

- Para la Ley sobre Propiedad Intelectual, es “Prestador de Servicio” la “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”¹.

.....

¹ Art. 5° literal y, Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual.

- La ley que consagró el principio de neutralidad de la red, definió a los “proveedores de acceso a Internet” como “toda persona natural o jurídica que preste servicios comerciales de conectividad entre los usuarios o sus redes e Internet”².

En ambos casos, el lenguaje trata de ser comprensivo de todos los operadores, distintos de los usuarios mismos y de los proveedores de contenidos, que integran la red que permite la comunicación y el intercambio de contenidos; asumiendo también que dado que sus funciones técnicas varían, la regulación de su responsabilidad puede variar.

II. Problemas de intermediación en entornos web

Se reconocen como actos delictivos, dañinos o potencialmente punibles realizados a través de Internet, entre otros y de forma no exhaustiva, los siguientes:

- la difusión y la oferta de servicios sexuales y pornografía con participación de menores de edad (pedofilia y pornografía infantil);
- la difusión de material obsceno o inmoral;
- la difusión de instrucciones sobre preparación de bombas, actividades terroristas, producción y tráfico de drogas, entre otras formas de discurso o información que atenta contra la seguridad;
- la difusión de mensajes que incitan al odio y la discriminación sexual, étnica, racial, religiosa o de otro tipo;
- la difusión de contenidos falsos que generen alarma o conmoción pública o inciten al desorden público;
- la difusión de mensajes de calumnia, difamatorios o injuriantes;
- las conductas de hurto y destrucción de datos por parte de “hackers”, incluyendo información sensible de carácter privado o de seguridad nacional;
- la recolección, procesamiento y transmisión no autorizada de datos de carácter personal;
- la suplantación de identidad con ánimo de fraude, incluyendo la difusión de contenidos ilícitos haciéndose pasar por otro;
- la difusión de información legalmente protegida, privilegiada o confidencial, tales como: secretos de carácter estatal, industrial o profesional;
- la difusión no autorizada de contenidos protegidos por derechos de autor o derechos conexos.

.....

2 Art. 24H, Ley 18.168 General sobre Telecomunicaciones. Cabe destacar en esta definición que son los proveedores “comerciales” de Internet los sujetos a las obligaciones derivadas de dicha ley.

La responsabilidad podrá estar delimitada por la función que corresponda al respectivo intermediario, y en su caso, sujeta a los requisitos legales existentes para su exención o bien para asignar de forma directa su responsabilidad, dependiendo del ilícito. Aun siendo unos mismos intermediarios para el amplio catálogo de ilícitos (pareciendo útil una única regulación), la naturaleza de distintas formas de comunicación, las distintas formas de cometer ilícitos y la distinta participación de los intermediarios, justifican una regulación diferenciada.

A nivel más elemental, los intereses que justifican el establecimiento de tales delitos pueden entrar en colisión con otros intereses ejercidos también a través de Internet. Es decir, no se trata de bienes jurídicos en una dicotomía evidente de protección o desprotección, sino que su protección requiere un ejercicio de ponderación con otros derechos fundamentales. Existe entonces tensión entre la persecución de actos ilícitos, y el ejercicio de intereses jurídica y socialmente relevantes tales como la libertad de expresión, la participación en la vida cultural, o la protección de la vida privada y el tratamiento de datos sensibles de carácter personal, debiendo calcularse el nivel aceptable de afectación de los distintos intereses. Puesto que la delimitación en abstracto de esos niveles es compleja, las demarcaciones normativas deberán ser lo suficientemente abiertas como para permitir un desarrollo casuístico que se haga cargo no solamente de los matices de cada caso concreto, sino también de posibles avances tecnológicos. Si bien la ley puede entregar mecanismos y criterios para la resolución del conflicto de intereses, esos mecanismos y criterios deben ser capaces de dar pie a una solución que capture los distintos matices de cada caso, sin hacer un juicio valorativo *a priori* que facilite operativamente la observancia de un interés en desproporcionado perjuicio de otro.

Mención aparte merece el problema relativo a las posibles normas aplicables y tribunales competentes. Suponiendo la persecución de un proveedor de contenidos bajo las reglas generales del derecho penal (siendo especialmente relevante el principio de aplicación de la ley del lugar donde se produce la infracción o *lex loci delicti comissi*), el contenido puede ser difundido por medio de redes o en uso de plataformas y servicios ubicados en otros países, como ocurre con redes sociales o sitios de puesta a disposición de vídeo. El problema es mayor si las reglas del país en que está el intermediario no incluyen normas (sustantivas y procedimentales) que hagan exigible el retiro de material infractor. Así, el carácter global de las comunicaciones en línea puede llegar a hacer materialmente inexecutable las normas de responsabilidad de intermediarios. No se trata solamente de una cuestión de homogeneidad normativa, sino también de la existencia o inexistencia de mecanismos de cooperación judicial internacional que permitan tanto la persecución del ilícito, como el cese y la reparación del perjuicio sufrido.

III. Tratamiento del problema en el derecho comparado

I. Estados Unidos de América

En materia de daños a la honra y a la reputación ocasionados por terceros, han marcado la pauta sobre responsabilidad de intermediarios las exigencias y costumbres nacidas del desarrollo doctrinario y jurisprudencial sobre el derecho a la libertad de expresión. Antes de existir reglas legales especiales para Internet, el fallo (de 1991) en el caso *Cubby, Inc. v. CompuServe* en la Corte Distrital de Nueva York estableció que el proveedor no tenía oportunidad de revisar el contenido de una publicación difamatoria antes de que fuera enviada a través de su sistema, por lo que no podía hacerse responsable de dicho mensaje, no existiendo así control editorial.

La Communications Decency Act, de 1996, fue presentada contra la difusión de contenidos indecentes u obscenos en Internet, especialmente entre menores de edad, como se había normado con respecto a televisión y radiofonía. El articulado de la ley se convirtió en fuente crucial de delimitación de responsabilidad: la **Sección 230** establece que “Ningún proveedor o usuario de un servicio computacional interactivo será considerado como editor o emisor de información suministrada por otro proveedor de contenido informativo”³. Se establece así un sistema de inmunidad absoluta para los intermediarios de contenidos en Internet, como también para los usuarios que no provean el contenido infractor de esta ley. Además, exime de responsabilidad en el caso de la inacción frente al aviso (incluso posterior), como también por la conducta proactiva de bloquear o retirar de buena fe contenidos que se consideren ilícitos o inapropiados (como el spam o la pornografía infantil). Ante los tribunales, esta regla de limitación se ha utilizado frente a cuestionamientos sobre infracciones contractuales, violaciones de derechos civiles, daño moral, fraude, competencia desleal, y un extenso etcétera⁴. Pero la limitación de responsabilidad de la Sección 230 tiene límites sustantivos: no procede en relación con normas federales sobre responsabilidad penal o de propiedad intelectual (sea *copyright* o derechos marcarios), ni frente a la infracción de normas sobre privacidad de comunicaciones electrónicas.

En materia de derechos de autor y conexos, las normas de responsabilidad de intermediarios fueron fijadas en la **Digital Millennium Copyright Act** de 1998 (DMCA), que incluye el establecimiento de un modelo de “puerto seguro” o

.....

3 47 United States Code, Telecommunications Act, Title V, Section 230(c)(1): “No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.”

4 Una guía práctica completa se encuentra dentro de la Guía Legal para Bloggers de la Electronic Frontier Foundation, disponible en: <<https://www.eff.org/issues/bloggers/legal/liability/230>>.

safe harbor para delimitar la responsabilidad de los intermediarios, en la parte conocida como *Online Copyright Infringement Liability Limitation Act* (OCILLA), en la Sección 512 de la Ley Federal de Derechos de Autor. Por medio de este modelo de *safe harbor*, se establece una 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.

Pueden acogerse este “puerto seguro”: los intermediarios que actúan como meros conductores de las comunicaciones; los actos de captura de información en memoria caché; el alojamiento –*hosting*– de contenido creado por usuarios; y la provisión de herramientas de localización de información vinculada a los buscadores de contenido. Dependiendo del servicio, variarán las exigencias para acogerse a la exención de responsabilidad. Solo se necesita una notificación privada (*notice*) del titular afectado al prestador del servicio de intermediación para que se active el mecanismo de exención de responsabilidad. Si el proveedor cumple con las medidas legalmente exigidas, incluyendo el retiro del contenido (*takedown*), se acoge al puerto seguro, y el infractor podrá ser sujeto a las sanciones correspondientes. Existen otros requisitos: el proveedor no debe recibir beneficios económicos directamente atribuibles a la actividad ilícita, ni debe estar en conocimiento de la presencia del material infractor o conocer hechos o circunstancias que hagan “aparente” la ilicitud del material. Después, podrá ordenarse judicialmente al proveedor de servicios que entregue información sobre el supuesto infractor.

Este sistema supone que un contenido sea retirado de la red antes de cualquier pronunciamiento sobre su ilicitud, para que el intermediario (y no el autor del acto comunicativo) se acoja a la exención de responsabilidad. Así, la calificación del contenido como ilícito o infractor queda fuera de ponderación por un órgano especializado, como un tribunal de justicia, para quedar en manos de un privado que tiene un riesgo de responsabilidad pero ningún incentivo para oponerse a la solicitud de retiro. Y los propios usuarios afectados no pueden solicitar restitución sino de forma posterior y ante los tribunales de justicia, con los costos que ello implica. Esa asimetría de costos es capaz de producir abusos mediante solicitudes de retiro impertinentes, incompletas o fraudulentas, desincentivando la libre expresión: puede acallarse a otro mediante una solicitud de mala fe acallando al mensajero. Pero a pesar de las críticas, se toma al sistema como un modelo a replicar, como denotan los tratados firmados por EE. UU. con distintos países.

2. Unión Europea

La “Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio

de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior”, o **Directiva sobre Comercio Electrónico (DCE)**, establece condiciones de exención de responsabilidad de proveedores de servicios de Internet. La DCE distingue entre distintos tipos de intermediarios, otorgando a cada clase distintos requisitos de *safe harbor*⁵:

- Para los proveedores de conexión y mera transmisión (*mere conduit*), hay inmunidad mientras el proveedor no haya iniciado la transmisión, seleccionado a sus receptores, o seleccionado o modificado la información; además, la información no debe haber sido almacenada más que lo necesario para su transmisión.
- Para los proveedores de memoria caché, existe inmunidad mientras cumplan su función de entregar almacenamiento automático, provisional y temporal, con el propósito de hacer más eficiente la transmisión.
- Para los proveedores de hosting, existe inmunidad siempre que el proveedor del servicio no tenga “conocimiento efectivo” ni “conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito”; y que el proveedor retire el contenido una vez que tenga conocimiento.

La DCE entrega margen de acción a los Estados miembros para su implementación interna, permitiendo diversas formas de regulación respecto de los requisitos y los mecanismos de operación de la exención de responsabilidad. En contraste con la DMCA, no otorga puerto seguro para los proveedores de servicios de búsqueda y enlace de contenido, ni se refiere a los servicios que permiten la puesta a disposición de contenidos por parte de los usuarios. No establece directamente un procedimiento de notificación y retiro de contenidos. Tampoco exige identificar a los infractores para su ulterior persecución y sanción⁶. La regulación de tales aspectos queda a discreción de los Estados miembros. Así, con matices, países como Austria, España y Portugal integraron a los motores de búsqueda y proveedores de enlaces en sus leyes, mientras otros como Alemania, Bélgica, Francia y Holanda llegaron antes a soluciones

.....

5 Arts.12, 13, y 14 DCE.

6 La Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril de 2004, asegura a los titulares de derechos de propiedad intelectual la posibilidad de obtener de parte de los proveedores de servicios de internet a escala comercial información para identificar a los infractores. Pero la obligación es débil para los Estados, siendo potestativa la forma de establecer esa identificación, y sin perjuicio de las normas sobre protección de confidencialidad de fuentes de información y sobre tratamiento de datos personales.

judiciales dispares. El desafío a nivel judicial ha sido creciente, atendida la fecha de adopción de la DCE y el desarrollo cronológicamente posterior de servicios en que los propios usuarios ponen a disposición o enlazan material infractor, sin que exista uniformidad jurisprudencial.

Destaca en Europa el caso de **España** y la Ley Sinde-Wert. La Ley 2/2011 de Economía Sostenible introdujo una muy extensa serie de modificaciones a otros cuerpos legales en muy distintos ámbitos, introduciendo también modificaciones a la Ley de Propiedad Intelectual de ese país. Se creó la Comisión de Propiedad Intelectual, órgano administrativo en el seno del Ministerio de Cultura; una sección de este nuevo órgano tiene por función “adoptar las medidas para que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información que vulnere derechos de propiedad intelectual o para retirar los contenidos que vulnere los citados derechos siempre que el prestador, directa o indirectamente, actúe con ánimo de lucro o haya causado o sea susceptible de causar un daño patrimonial”. Esto incluye el “cierre” de páginas web con enlaces a material infractor y el bloqueo al acceso de las mismas, entre otras medidas. Más allá de la existencia de sencillas vías técnicas para sortear tales medidas, es alarmante la entrega a un órgano administrativo, de composición reservada, del poder para impedir actos comunicativos amparados por el derecho a la libertad de expresión, sin una ponderación judicial de los intereses en conflicto. Pareciera tratarse de una solución legislativa con motivación política, tendiente a revertir la seguidilla de sentencias judiciales que establecieron que los proveedores de servicios y páginas de enlaces eran libres de responsabilidad por no ser directamente proveedores de contenido infractor.

3. América Latina

Característica común entre los países de Latinoamérica en cuanto a la responsabilidad de intermediarios en Internet por contenidos infractores, es la marcada ausencia de regulación en general, que tiende a revertirse recién a partir de la implementación de tratados de libre comercio. Esto se ve matizado por el desarrollo jurisprudencial, fundamentalmente a propósito de alegaciones de delitos contra la honra, y por iniciativas legales con éxito diverso motivadas por la protección de derechos de propiedad intelectual. Es decir, los esfuerzos de reformas a nivel normativo tienen una motivación diversa de los bienes jurídicos que más han sido esgrimidos para exigir la regulación legal de la responsabilidad de intermediarios. Algunos países merecen atención especial.

Argentina

- A. En materia de defensa de la honra, el intermediario puede ser objeto

de sanciones penales. De acuerdo con el Código Penal argentino, la difusión o publicación de injurias o calumnias proferidas por otros acarrea responsabilidad para quien realiza ese acto de divulgación⁷. No obstante, la aplicación de principios de responsabilidad penal, en particular la necesidad de existencia de dolo o intención para la comisión de los ilícitos, tiende a dejar sin efecto la aplicabilidad de las sanciones aparejadas cuando se trata de proveedores de servicios que no tienen influencia sobre el contenido de lo que difunden y son, por tanto, incapaces de mostrar una intención de ofensa o descrédito.

Jurisprudencialmente, se ha producido en los últimos años un intenso desarrollo teórico a propósito de una serie de acciones civiles presentadas por personajes de relevancia pública, a fin de recibir indemnización por daños y perjuicios de parte de los proveedores de servicios de búsqueda. Se ha buscado la dictación de medidas cautelares de suspensión, bloqueo o inhabilitación de enlaces hechos por buscadores (usualmente Google y Yahoo!) que asocien el nombre o la imagen del personaje y páginas de contenido sexual o difamatorio. El avance judicial de tales causas, pese a ser lento, ha admitido la adopción de esas medidas cautelares. Uno de esos casos es ejemplar: la cantante Virginia da Cunha demandó a Google Inc. y a Yahoo! Argentina y exigió indemnización por los daños y perjuicios de su imagen, por el enlazamiento previa búsqueda de su nombre e imagen a ciertos sitios “de contenido sexual, erótico y pornográfico y, asimismo, por la utilización comercial y no autorizada de su imagen”⁸. La sentencia de primera instancia falló a favor de la artista, aplicando reglas generales sobre responsabilidad civil, atendiendo a la capacidad de control y responsabilidad sobre el contenido desplegado. Un tribunal de segunda instancia revocó la sentencia anterior⁹, arguyendo la consagración de Internet como

.....

7 Código Penal de Argentina, artículo 113: “El que publicare o reprodujere, por cualquier medio, injurias o calumnias inferidas por otro, será reprimido como autor de las injurias o calumnias de que se trate, siempre que su contenido no fuera atribuido en forma sustancialmente fiel a la fuente pertinente. En ningún caso configurarán delito de calumnia las expresiones referidas a asuntos de interés público o las que no sean asertivas”.

8 Da Cunha Virginia c/ Yahoo de Argentina S.R.L. y otro, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 75, Buenos Aires, 29 de julio de 2009.

9 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala d, Expte. N° 99.620/2006, D. C. V. c/ Yahoo de Argentina SRL y otros/ Daños y Perjuicios, Recurso N° 541482,

vía de ejercicio de la libertad de expresión, más la necesidad de imputabilidad subjetiva que sería imposible ex ante sin censura previa, más el carácter de meros agregadores de información de los buscadores. Actualmente, el caso espera ser resuelto por la Corte Suprema de la República Argentina.

- B. En materia de propiedad intelectual, no hay aún regulación legal especial. El desarrollo ha sido también jurisprudencial, a propósito de causas judiciales célebres. Entre ellas, las causas en curso contra los sitios Taringa! y Cuevana. En el primero de ellos, con mayor avance a esta fecha, los administradores del sitio de discusión y enlace de contenidos por usuarios fueron procesados por el delito de violación a la propiedad intelectual, tras denuncia de un grupo de editoriales. Según el fallo que confirmó el procesamiento¹⁰, los administradores tendrían tanto la calidad de “partícipes necesarios” como la de “claros conocedores” de la actividad ilícita, lo que justificaría la persecución penal, pues el sitio facilita que se “publiciten obras que, finalmente, eran reproducidas sin consentimiento de sus titulares”. Esto implicaría, para no ser responsables, deberes de vigilancia que, dado el alto volumen de tráfico del sitio, parecen materialmente inviables. El sitio ha implementado una nueva política para el retiro de contenidos, pero sin pasar por un control previo como se sugería en el procesamiento.
- C. Existen en Argentina iniciativas legales tendientes a regular la responsabilidad de los intermediarios. En marzo de 2011, se presentó el proyecto sobre Régimen para Proveedores del Servicio de Internet, también conocido como “Ley Pinedo”¹¹. El proyecto intenta cubrir la amplia variedad de delitos que se cometen a través de las redes digitales, y a una amplia variedad de intermediarios. Respecto de los proveedores de memoria caché, de contenido, de alojamiento y de servicios que incluyan el enlace a contenidos infractores, el proyecto establece su responsabilidad ante el conocimiento efectivo de su ilicitud. En cuanto a los proveedores de transmisión, solamente los hace responsables cuando originen, modifiquen o seleccionen el contenido o sus destinatarios.

.....
Juzgado N° 75.

- 10** Sentencia sobre recurso de apelación, Causa N° 41.181 Wwww.taringa.net y otros s/procesamiento, Sala vi de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional.
- 11** Proyecto: Trámite parlamentario 208 (del 22 de febrero de 2011), firmado por Federico Pinedo, Diputado Nacional por Buenos Aires.

El bloqueo o retiro de contenidos se ordenaría judicialmente, en proceso sumarísimo, que puede derivar, incluso, en la adopción provisional sin audiencia del afectado, susceptibles de ser promovidas por cualquier persona y con vagos requisitos, facilitando en exceso el retiro de contenidos. Las medidas tendientes a la identificación del afectado es una facultad privativa del juez. Queda bajo responsabilidad del Ministerio Público la solicitud de tales medidas en los casos de afectación de derechos de carácter sexual de menores de edad. La notificación de las medidas dará lugar a la existencia de conocimiento efectivo.

Brasil

- A. En materia de pornografía infantil, el Estatuto de la Niñez, en su artículo 24I-a, castiga con reclusión y multa a quien ofrezca, comercialice, transmita, distribuya, publique o divulgue por cualquier medio, incluyendo medios informáticos o telemáticos, material pornográfico que involucre a menores de edad. La misma pena (parágrafo Iº) se aplica a quien asegure los medios o servicios para almacenar dicho material (inciso I) o a quien asegure por cualquier medio el acceso por red de computadoras a ese material (inciso II). Conforme al parágrafo segundo, estas conductas son punibles cuando el responsable legal de la prestación de servicio, habiendo sido oficialmente notificado, no inhabilita el acceso al contenido ilícito de carácter pornográfico infantil.

En tanto, en el estado de Río de Janeiro, una ley de 2003¹² obliga a los “proveedores de acceso a Internet” (refiriéndose a los proveedores de alojamiento o hosting) establecidos en dicho estado a informar cada tres meses al Consejo Municipal de los Derechos del Niño de las páginas alojadas por ellos y de los responsables de ellas. Tienen, además, obligaciones de promover la denuncia y de denunciar los casos encontrados, bajo pena de multas que aumentan con cada reincidencia.

- B. En materia de responsabilidad civil por difamación, y en ausencia de normas específicas, el desarrollo conceptual se ha producido en los tribunales. Ha sido la jurisprudencia brasileña, en un principio contraria a la tendencia estadounidense, la que estableció (en segunda instancia, en causa contra Google Brasil Internet Ltda., por ofensas en la popular red social Orkut) que el proveedor de hosting no tiene obligación de vigilancia de la información que circula en sus sistemas. Posteriormente, se sostuvo por sentencia del Tribunal Superior de

.....

12 Ley 3.644, del 17 de septiembre de 2003 de Río de Janeiro.

Justicia que inspeccionar el contenido no es una actividad propia del servicio. Es más, aun ante la posibilidad técnica de hacer seguimiento del material publicado, sería imposible evaluar el mensaje o imagen ilegal o potencialmente ofensiva, y no existe obligación de un mayor control preventivo sobre la información. La responsabilidad procedería solo en caso de inacción con posterioridad a la notificación de un mensaje ofensivo. El fallo excluye expresamente la responsabilidad objetiva basada en la teoría del riesgo, por no ser la comunicación por Internet una actividad intrínsecamente peligrosa. Todo ello, además, siendo extensible a otras formas de actividad potencialmente delictiva en redes digitales.

Más recientemente, se han visto órdenes de retiro de contenido, e incluso órdenes de arresto de los responsables de Google y Facebook en Brasil por desacatar el retiro, en el ámbito de la justicia electoral a propósito de difamaciones contra candidatos a puestos municipales para la elección de octubre de 2012. Se ha argumentado también que no podrían ser ellos los responsables de los contenidos dispuestos por usuarios.

- C. La regulación de la responsabilidad de los intermediarios en Internet es materia de discusión parlamentaria en el proyecto de ley conocido como Marco Civil de Internet, que intenta regular la vinculación entre el interés público, los intereses de las industrias de contenidos y de telecomunicaciones y el entorno digital, incluyendo temas de tratamiento de datos personales, neutralidad de la red y responsabilidad de intermediarios¹³. El nombre del proyecto deriva del modelo participativo y abierto a la ciudadanía en el proceso de su redacción.

El Marco Civil establece de manera expresa derechos de acceso al uso de Internet para todos y la neutralidad de la red. Establece además que un proveedor de conexión a Internet no será responsable por los daños derivados de contenidos provistos por terceros (Art. 14). Solamente cabría responsabilizar al proveedor de servicio de Internet (incluyendo a los usuarios con “poder de moderación” sobre contenido ajeno), cuando el proveedor fuere notificado de una orden judicial “específica” de retiro o bloqueo, y el proveedor de servicios no diere cumplimiento a dicha orden en el plazo asignado (Art. 15). Al cumplirla, el proveedor debe informar al usuario responsable del contenido, si es identificable (Art. 16). El mecanismo evita la censura previa asegurando que un tribunal ordene el retiro. No obstante, en

.....

13 *“Projeto de Lei 2126/2011: Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil”, presentado mediante mensaje presidencial N° 326/2011, de 24 de agosto de 2011.*

el parlamento se introdujo una modificación al proyecto que hace inaplicable este régimen tratándose de infracciones de derechos de autor.

Colombia

A. En materia de pornografía infantil, la ley colombiana es especialmente severa. Se sanciona la difusión de material pornográfico con menores de dieciocho años en el Código Penal (art. 218). La Ley 679 de 2001, modificada por la Ley 1336 de 2009, establece deberes adicionales tratándose de Internet. En virtud del artículo 7° de esta ley, los proveedores de servicio, los proveedores y responsables de contenidos, y los usuarios de redes de información, tienen prohibición de almacenar material gráfico, audiovisual o incluso textual que impliquen actividad sexual con menores; además se prohíbe alojar material pornográfico cuando “existan indicios” de que las personas representadas son menores. Yendo más lejos, la ley prohíbe (artículo 7° N° 3) alojar “vínculos o links sobre sitios telemáticos que contengan o distribuyan material pornográfico relativo a menores de edad”. En consecuencia, un proveedor de servicio de búsqueda podría verse sujeto a sanciones por el solo hecho de presentar entre sus resultados automáticos un sitio donde se provea tal clase de material, obligando a poner excesivo celo al hacer enlace.

El artículo 8° del mismo cuerpo legal establece deberes generales de denuncia de actos criminales contra menores, combate de la difusión de pornografía infantil, abstención de uso de redes para divulgar material ilegal con menores y, de forma especial, obliga a establecer “mecanismos técnicos de bloqueo por medio de los cuales los usuarios se puedan proteger a sí mismos o a sus hijos de material ilegal, ofensivo o indeseable en relación con menores de edad”. La contravención está sujeta a sanciones administrativas por el Ministerio de Comunicaciones (art. 10), consistentes en multas y la cancelación o suspensión de la página electrónica. El Ministerio puede además requerir información a los proveedores de servicios de Internet sobre los mecanismos o filtros de control para bloquear páginas con pornografía infantil y puede ordenarles la incorporación de cláusulas obligatorias en contratos de portales de Internet sobre prohibición y bloqueo de páginas con pornografía infantil.

B. Respecto del respeto a la honra, de conformidad al Código Penal de Colombia¹⁴ la difusión o publicación de injurias o calumnias proferi-

.....
14 Artículo 222: “Injuria y calumnia indirectas. A las penas previstas en los artículos anteriores quedará sometido quien publicare, reprodujere, repitiere injuria o

das por otros acarrear, también, responsabilidad para quien realiza ese acto de divulgación. Mas la exigencia de dolo o intención, tiende a dejar sin efecto la aplicabilidad de las sanciones cuando se trata de proveedores de servicios sin influencia sobre el contenido de lo que difunden.

- C. En materia de infracciones de derechos de propiedad intelectual, ha habido intentos normativos a partir de la implementación de un acuerdo de libre comercio con los Estados Unidos de América¹⁵. Aun antes de la plena entrada en vigor de dicho tratado, nació gran polémica en torno a una propuesta de ley que modificando diversas disposiciones de la normativa sobre derechos de autor, incluyó nuevas reglas sobre responsabilidad de prestadores de servicios de Internet. En el año 2011, la propuesta conocida popularmente como “Ley Lleras”, incluía causales de liberación de responsabilidad de intermediarios distinguiendo según si se tratara de prestadores de acceso, conexión y enrutamiento, de almacenamiento temporal y de almacenamiento a solicitud de terceros, separando de forma especial a los proveedores de servicios de búsqueda, de enlace y de referencia. El procedimiento establecido para la notificación y retiro de contenidos, preveía una comunicación completa al proveedor de servicios sin intervención judicial, pudiendo solicitarse judicialmente la restitución del contenido. El proyecto fue archivado en noviembre de 2011.

La llamada “Ley Lleras 2.0”¹⁶, versión de la Ley Lleras aprobada de forma extraordinariamente rápida, dedicó su articulado a la modificación de las normas sobre derechos de autor en cuanto a sus definiciones, derechos exclusivos, medidas tecnológicas de protección, y excepciones y limitaciones, pero excluyendo la regulación de los intermediarios. Como punto relevante, prohíbe expresamente la retransmisión de señales de televisión a través de Internet sin autorización, siendo todavía dudosa la situación del intermediario que provea meros enlaces a esas retransmisiones. Es este uno de los puntos en que se pretende dejar sin efecto la ley.

.....
calumnia imputada por otro, o quien haga la imputación de modo impersonal o con las expresiones se dice, se asegura u otra semejante”.

- 15** Acuerdo de Promoción Comercial entre Estados Unidos y Colombia, capítulo 16.
- 16** Ley 1520 de 2012 por medio de la cual se implementan compromisos adquiridos por virtud del “Acuerdo de Promoción Comercial”, suscrito entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América y su “Protocolo modificatorio, en el marco de la política de comercio exterior e integración económica”.

IV. Tratamiento del problema en Chile

A. La legislación chilena no contempla normas generales sobre responsabilidad de intermediarios en redes digitales por contenidos ilícitos o dañinos. No obstante, existe sobre los prestadores de servicios una obligación general de no intervención sobre los contenidos, establecida por la consagración a nivel legal del principio de neutralidad de la red¹⁷. Los proveedores de acceso a Internet (incluyendo a los proveedores de conexión) tienen el deber de no “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”. A esto se suman deberes de transparencia y otras obligaciones de servicio. Los reclamos por incumplimiento se realizan ante la Subsecretaría de Telecomunicaciones, dependiente del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

B. Respecto de delitos contra la honra, a falta de reglas específicas, han existido casos y prácticas aisladas y diversas en los tribunales. No existe práctica conocida de tribunales superiores de justicia en el ámbito penal sobre intermediarios, aunque se ha conocido sobre querrelas en contra de administradores de sitios web que prestan servicio para la puesta a disposición de contenidos por terceros, en procesos que han sido objetos de salidas alternativas a la sentencia.

Uno de los casos más citados es uno de ejercicio de la acción constitucional de protección del derecho a la honra, el caso Fuentes con Entel¹⁸. El actor reclamaba a propósito de un aviso que apareció a mediados de 1999 en el sitio de avisos económicos dispuesto por el proveedor de conexión y acceso. Aparecía como oferente de servicios sexuales (sin serlo realmente) la hija menor de edad del actor con su número telefónico. La empresa adujo que no era responsable pues el aviso provenía de un usuario en la ciudad de Concepción, en uso de la plataforma gratuita facilitada por el proveedor, pero cuyo contenido era total responsabilidad de quien exponía el aviso. La pretensión fue rechazada por haberse presentado de

.....
17 Véase la Ley 20.453, que consagra el principio de Neutralidad en la red para los Consumidores y usuarios de Internet, del 26 de agosto de 2010.

18 Corte de Apelaciones de Concepción, fallo sobre Recurso de protección, Orlando Fuentes Siade c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones Entel S.A., rol 243-19-99, sentencia de 6 de diciembre de 1999.

forma extemporánea la acción, no sin hacer igualmente alusión a diversas materias involucradas. Entre ellas, la sentencia reconoce la falta de legislación especial en la materia e identifica tres clases de prestadores de servicio de Internet: el proveedor de acceso, el proveedor de almacenamiento y el proveedor de contenido. Señala que, para que se cometa el ilícito, todos ellos deben participar; califica a Entel como proveedor de acceso y de almacenamiento y a la empresa externa, GrupoWeb, como proveedora de contenido. Indica que la responsabilidad recae directamente en el usuario proveedor de contenido en la red, cuando tal contenido es ilícito o nocivo. La Corte establece un deber de control posterior sobre Entel, debiendo tomar las medidas susceptibles de hacer cesar el perjuicio que hubiera causado a un tercero, pues sería “evidente” la responsabilidad del proveedor de servicios de alojamiento cuando este permite que mediante los servicios que presta se cometan hechos ilícitos, al conocerlo efectivamente o pudiendo hacerlo, ya que por medio de este comportamiento (culposo o negligente) se convierte en cooperador y responsable de la ilicitud. El fallo no se hace cargo de los costos de dicho nivel de control, ni de la duda sobre si la empresa debiera controlar como proveedora de acceso o como proveedora de almacenamiento, atendiendo que una empresa distinta era proveedora de contenido.

Un caso similar de acción constitucional se resolvió en 2009, dirigido en contra del administrador de la página web donde usuarios vertían opiniones en aparente deshonra de una institución educativa¹⁹. Los recurrentes, la representante y un profesor del colegio en cuestión, recurrieron separadamente contra el sitio Reclamos.cl, solicitando el retiro de los reclamos injuriosos contra el colegio o subsidiariamente contra personas naturales (en específico, el profesor). Atribuyen al recurrido el proporcionar los medios para las expresiones ofensivas, y el incumplimiento de sus compromisos de retiro de contenidos propios de sus condiciones de uso: la omisión del retiro constituiría el comportamiento arbitrario atentatorio contra los derechos a la integridad personal, la dignidad y la honra de personas y sus familias. La representante menciona la afeción de la libertad de enseñanza y el derecho de propiedad (por eventual disminución de matrículas), y el profesor menciona la libertad de trabajo. La Corte de primera instancia reconoció el aseguramiento

.....

19 Corte de Apelaciones de Santiago, Séptima Sala, fallo sobre recurso de protección, Roxana Suazo Ayala c/ Sitio web www.reclamos.cl, rol N° II.538-2008 (acumulado el rol II.539-2008), sentencia de 9 de abril de 2009. Sentencia confirmada por Corte Suprema de Justicia, Rol N° 3047-2009, de 6 de julio de 2009.

de la libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa, además de normas de regulación de la prensa y de protección de datos personales, y el (entonces) proyecto de ley sobre neutralidad de la red. Señala que “ las empresas proveedoras se obligan únicamente a prestar los medios materiales siendo el usuario quien determina el lugar de navegación o adonde dirigir sus comunicaciones, por lo que respecto del contenido que circula en la red no tendrían un papel que desempeñar que no sea el de distribuir la información”, y que no parece a la Corte que exista una actuación que pueda tildarse de ilegal o arbitraria, haciendo improcedente la acción. El fallo de confirmación de la Corte Suprema estimó a su vez que no se estableció un ejercicio abusivo del derecho de emitir opinión y de informar sin censura previa. Sin mayor énfasis sobre el punto, la Corte se inclina por una ausencia de deberes de control del administrador del sitio, apenas rozando consideraciones sobre la exigibilidad de cumplimiento de los términos de uso de un sitio.

En 2012, otra acción constitucional de protección del derecho a la honra dio lugar a una sentencia que, esta vez, dio la razón al recurrente. En *Abbott con Google*²⁰, el actor busca hacer valer responsabilidad contra Google como motor de búsqueda y como proveedor del servicio de plataforma de blogs para usuarios, así como contra otros cinco sitios chilenos. El actor acusa ser objeto de expresiones injuriosas y calumniosas, bajo expresiones como “abogado corrupto” y acusaciones de haber colaborado en la violación de derechos humanos durante el régimen militar que gobernó Chile entre 1973 y 1990. La Corte de Valparaíso estimó que la existencia de expresiones injuriosas era evidente, y que a pesar del retiro voluntario de contenidos y enlaces por parte de los respectivos proveedores, existía una “persistencia” en publicar tales contenidos. Por lo mismo, acoge el recurso y ordena, en primer lugar, la eliminación de las informaciones injuriosas en las páginas respectivas. La Corte ordena que el buscador “establezca, computacionalmente, los filtros necesarios, para evitar publicaciones que presenten inequívocamente publicaciones de carácter injurioso, o de cualquier tipo y bajo cualquier circunstancia, siempre que en esa publicación se incurra en una afectación constitucional como la mencionada”. La Corte establece así deberes desproporcionados y abiertamente contrarios a la garantía de la libertad de opinión y de información sin censura previa, además de la garantía de libertad de expresión.

Apartándonos de la práctica constitucional, se ha intentado hacer

.....

20 Corte de Apelaciones de Valparaíso, *Jorge Abbott Charme c/ Google*, Rol N° 228-2012, sentencia de 30 de julio de 2012.

valer responsabilidad civil extracontractual de los intermediarios por contenidos atentatorios del derecho a la honra. En el caso Fuentes con Entel II, demanda civil sobre la misma materia del recurso de protección, se demandó tanto a la originadora de falsas ofertas de servicios sexuales de la actora como a la proveedora de acceso a Internet. El fundamento contra esta era no haber cumplido con su deber de cuidar de que a través de su red no se atentara contra el honor y la integridad psíquica de la afectada, encontrándose en condiciones de borrar los avisos, pero sin hacerlo. En primera instancia, la demanda fue desechada. La Corte de Apelaciones de Concepción, en segunda instancia²¹, determinó que las normas por aplicar serían las de responsabilidad extracontractual subjetiva. En cuanto al proveedor de acceso a Internet, la Corte señala de forma expresa que tal proveedor “no se encuentra obligado a controlar el ingreso de contenido a la red; es más, debe respetar el principio de la libertad de la información que circula en la red”. Agrega que no ha faltado a deberes de cuidado, pues “no estaba en conocimiento” de la realización del ilícito, además de haber eliminado el aviso a las pocas horas de haber recibido el respectivo reclamo, es decir, una vez que tomó conocimiento.

- C. En materia de infracciones a derechos de autor y conexos es donde mejor se encuentran delimitados los deberes de los prestadores de servicios de intermediación en redes digitales, a partir de la reforma legal introducida en mayo de 2010, en cumplimiento de tratados internacionales y, fundamentalmente, del Capítulo sobre Propiedad Intelectual del TLC con los EE. UU.²². En el TLC, las partes se obligaron a proveer incentivos legales para la cooperación entre titulares de derechos de autor y proveedores de servicio de Internet, además de limitaciones a la responsabilidad de estos, dentro de los márgenes provistos por el TLC.

El nuevo capítulo sobre “Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet” de la Ley sobre Propiedad Intelectual chilena establece estas exenciones de responsabilidad, bajo tres condiciones generales, de las que solamente se exceptúa a los servicios de búsqueda, enlace o referencia. Tales condiciones (Art. 85 O) son: (a) haber establecido condiciones generales y públicas,

-
- 21** Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia sobre recurso de apelación, causa *Paulina Fuentes Almendra y otro c/Entel S.A. Carmen Gloria Yáñez Vargas*, Rol N° 1223-2003, sentencia de 21 de diciembre de 2007.
- 22** Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos (vigente desde 1º de enero de 2004), Capítulo Diecisiete: Derechos de propiedad intelectual.

bajo las cuales el proveedor tiene la facultad de poner término a los contratos de los proveedores de contenido calificados judicialmente como infractores reincidentes de derechos de autor; (b) no interferir en las medidas tecnológicas de protección y de gestión de derechos de obras protegidas ampliamente reconocidas y utilizadas lícitamente; y (c) no haber generado, ni haber seleccionado el material o a sus destinatarios.

Existen además requisitos que varían según el servicio que preste cada proveedor. Los proveedores de acceso, conexión y enrutamiento, no tienen responsabilidad en la medida en que no interfieran con el contenido (Art. 85 M). Los prestadores de almacenamiento temporal y automático (Art. 85 N), no tienen responsabilidad siempre que cumplan con no modificar el contenido, no intervenir respecto de los procesos tecnológicos del origen del contenido, ni sobre la tecnología que admite la interacción con ese proveedor. Se establece la irresponsabilidad de esta clase de proveedores allí donde el proveedor impida el acceso a material que, a su vez, haya sido retirado de ese proveedor de origen, una vez notificado de tal deber conforme a la ley.

Los prestadores de servicios de almacenamiento para usuarios y de servicios de búsqueda, enlace y referencia, que en el sistema de la DMCA son objeto del sistema de notice and take-down, se regulan de modo especial. En Chile, las condiciones para que estos proveedores no estén sujetos a la responsabilidad son (Art. 85 Ñ): que el prestador no tenga “conocimiento efectivo” del carácter ilegal del contenido; que el prestador no obtenga un beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, debiendo y pudiendo controlarlo; que el prestador tenga designado un representante a quien hacer llegar notificaciones; y, finalmente, que retire o impida, de forma expedita, el acceso al contenido infractor. Existe “conocimiento efectivo” allí donde haya una orden judicial, emanada de tribunal competente, que ordene el retiro del contenido o el bloqueo de su acceso; orden que a su vez no sea cumplida por el proveedor “de manera expedita”.

Esa orden judicial de retiro, que puede pedirse como medida cautelar judicial o prejudicial, debe ponderar otros bienes puestos en riesgo (eficacia, factibilidad técnica, eventual daño al ya afectado, posibilidad de medidas menos gravosas), y puede consistir solamente (Art. 85 R), respecto de los proveedores de conexión, transmisión o enrutamiento, en “medidas razonables” que impidan acceso a un contenido infractor sin implicar bloqueo de contenidos lícitos, y respecto de los proveedores de almacenamiento (temporal o no), en el retiro o el bloqueo al contenido ilícito o la terminación de los

servicios de infractores reincidentes. Tales medidas pueden ser decretadas prejudicialmente sin audiencia del afectado, habida caución por parte del solicitante y motivos graves fundantes (Art. 85 Q). El procedimiento, en tanto, tiene el carácter de “breve y sumario”, y se sigue ante un juez civil, debiendo individualizarse con precisión los derechos infringidos, su titularidad, el contenido infractor, la forma de infracción y su ubicación en la red. Este mismo procedimiento contempla la posibilidad de oposición, a partir de la solicitud del proveedor de que se deje sin efecto la medida decretada. Por cierto, en el mismo procedimiento el tribunal puede tomar las medidas para identificar al infractor, a fin de perseguir su responsabilidad directa (Art. 85 S).

Entre las objeciones que se han planteado al sistema chileno se cuentan²³: (i) la falta de celeridad de la orden, restando eficacia contra los daños; (ii) la carga sobre los tribunales civiles, ya sobreexigidos; (iii) la aplicación de un procedimiento especial con más requisitos que el sistema ordinario de responsabilidad civil; (iv) el alza de costos para los titulares de derechos; (v) la falta de símiles en derecho comparado y una supuesta incompatibilidad con el TLC; (vi) el bajo nivel de colaboración que esto permitiría entre titulares de derechos e intermediarios de contenidos; y (vii) el hecho de que sea irrelevante que la notificación sea privada o judicial puesto que la decisión sobre la ilicitud del contenido siempre será objeto de sentencia. Eco de buena parte de esas críticas ha hecho el Representante del Comercio de los EE. UU. (USTR), a través del Informe Especial 30I, que tanto en sus versiones 2011 como 2012 ha mantenido a Chile en lista prioritaria por infracción a la propiedad intelectual, instando a modificar el régimen para permitir una acción efectiva contra los actos de “piratería” en línea.

A favor del sistema de notificación judicial, se ha argumentado que ella es consistente con la normativa nacional, y necesaria para mantener en manos de los jueces la consideración sobre la ilicitud, previniendo abusos. Además, es contingente si la intervención judicial es suficientemente expedita, o si los tribunales carecen de recursos o capacidad, o si los costos de litigación son demasiado altos. La incompatibilidad con el TLC o la falta de correlato en el extranjero son cuestionables, entre otras razones porque una colaboración entre privados como objetivo deseable no puede por sí sola determinar un régimen sobre otro. Finalmente, la adopción de medidas

.....

23 Seguimos parcialmente el resumen hecho por Walker, Elisa, “Implementing the IP chapter of the FTA between Chile and the USA: criticisms and realities from a developing country perspective”, en *Scripted*, vol. 9, N° 2, Agosto 2012.

cautelares en general tiene entre sus requisitos la apariencia de existir un derecho digno de protección (*fumus boni iuris*), cuestión de matices legales que requiere la intervención de un tercero imparcial y experto: un tribunal de justicia. La defensa de la libertad de expresión es de la mayor importancia, y el interés privado eventualmente contrapuesto (sea el de los titulares de derechos de autor o el de los intermediarios particulares) no es por sí solo suficiente para justificar actos de negación a actos comunicativos en ejercicio de esa libertad.

V. Propuestas modificatorias promovidas en los últimos años

La Ley 20.435 no es la única iniciativa de modificación normativa en Chile relacionado con la responsabilidad de intermediarios. Los diversos proyectos de ley relevantes pueden centrarse en el cuadro siguiente:

Boletín	Año	Título	Resumen	Etapas
3004-19	2002	Establece la responsabilidad por los contenidos de Internet	Incluía un breve articulado que pretendía hacer expresa la no responsabilidad de los proveedores en la medida en que cumplieran con la condición de pasividad respecto de los contenidos medidos, y establecía la no obligación de supervisar los datos transmitidos ni de buscar activamente contenido potencialmente ilegal. El proyecto se inició en la Cámara de Diputados y fue aprobado en ella, siendo archivado tras acuerdo del Senado en 2006.	Archivado
5012-03	2007	Modifica la Ley N° 17.336 , sobre propiedad intelectual		Tramitación terminada: Ley N° 20.435 (D. Oficial: 04/05/10)
4794-19	2007	Regula proveedores de Internet (ISP) extranjeros en Chile	Pretendía facilitar la persecución penal, obligando a los proveedores de servicios a mantener un representante legal en Chile y permitiendo a los organismos de persecución penal obtener más información sobre los datos y las personas abonadas a los proveedores de conexión.	Archivado

4915-19	2007	Consagra el principio de neutralidad en la red para los consumidores y usuarios de Internet		Tramitación terminada: Ley N° 20.453 (D. Oficial: 26/08/10)
6136-03	2008	Regula el envío de correos electrónicos y llamadas o spams telefónicos, de carácter comercial o publicitario	El boletín 6136-03 pretendía regular y, en su caso, penalizar las comunicaciones hechas con fines comerciales o publicitarios. Sin fijar directamente reglas de responsabilidad de intermediarios, permitía a los proveedores de servicios de Internet, incluyendo los proveedores de servicios de correo electrónico, establecer mecanismos de filtrado o bloqueo de comunicaciones publicitarias o comerciales masivas. El proyecto fue archivado la segunda mitad de agosto de 2012.	Archivado
6280-19	2008	Establece la protección en Internet	No pretendía establecer una obligación directa a los intermediarios, señalando tan solo que "Las personas o abonados que descarguen de Internet archivos que infrinjan las disposiciones de la presente ley, sin perjuicio de las demás penas señaladas, estarán sujetos a la suspensión de su conexión a la red, de entre tres meses y un año". Esto suponía, lógicamente, el deber correlativo del proveedor de conexión de suspender el servicio existiendo sentencia judicial.	Retirado

7131-07	2010	Sobre re-sponsabilidad civil en caso de ofensas cometidas a través de Internet.	Establecía directamente la re-sponsabilidad civil por los daños producidos por la difusión en Internet de contenidos lesivos del honor y la honra, haciendo responsable al administrador del sitio en caso de no identificarse al autor de tales expresiones (y fijando de este modo un sistema de responsabilidad estricta: existiendo el daño, habría indemnización). Tanto por la falta de claridad de su lenguaje como por sus perniciosos efectos posibles sobre la libertad de opinión y la libertad de expresión, se generó un ácido debate público que llevó al retiro del proyecto pocas semanas después de su presentación.	Retirado
---------	------	---------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------

VI. Propuestas tendientes a cumplir estándares mínimos de protección de los derechos fundamentales involucrados.

Del examen de la situación a nivel local e internacional, podemos obtener diversas conclusiones, de las que a su vez pueden elaborarse propuestas de regulación.

1) Defensa del rol neutral de los intermediarios de contenidos

Siguiendo los lineamientos de los relatores de libertad de expresión de organismos interestatales en su Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet²⁴, merece resguardo Internet como medio de expresión, dada su crucial función, siendo necesario contar con normas que impidan acciones arbitrarias sobre la información y el contenido que viajan a través de la red. No solamente debe existir desincentivos a la intervención sobre los contenidos, sino reglas que lo impidan.

La prestación de servicios eminentemente técnicos como los de acceso, búsquedas o conservación de información, no debe ser en caso alguno objeto de sanción o reproche, siempre que el intermediario no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación pudiendo hacerlo (“principio de mera transmisión”).

En ningún caso debe establecerse un deber sobre los intermediarios para proactivamente vigilar la ilicitud de los contenidos generados por usuarios. En resguardo de la privacidad y de la libertad de expresión de los usuarios, y sin

.....

24 Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet, cuyo texto puede ser consultado junto al comunicado oficial de prensa en: <<http://cidh.org/relatoria/showarticle.asp?artID=848&lID=2>>.

perjuicio de las políticas particulares de cada intermediario, no debe existir un deber de control previo por parte de los intermediarios.

Para la eventualidad de una persecución en contra de un usuario, conviene que la cooperación se dé también dentro de un margen legal de protección a derechos individuales: que los proveedores de conexión conserven por tiempo limitado de cierta información (determinada por ley) de los usuarios y sus actividades en la red, sin dar a conocer esa información²⁵, y mantener en secreto los datos de los usuarios de sus servicios, salvo orden judicial fundada; y que se abstengan de monitorear los contenidos que atraviesen sus redes o intervenir en ellos, sin importar la presión que pueda concurrir para alegar por la existencia de tráfico de material supuestamente ilícito

La falta de reglas explícitas no significa que solo ella permita retiro de contenidos. Por el contrario, la cooperación entre intermediarios y usuarios puede contribuir a un espacio con menos abusos, como ocurre con los sitios y servicios que permiten calificar o reportar comentarios o contenidos provistos por terceros, cuando estos contenidos parezcan manifiestamente ilegales, dañinos u ofensivos, por lo que conviene mantener políticas claras al respecto. Nada obsta, asimismo, a la provisión de herramientas tecnológicas de filtrado de contenidos a opción del usuario; por el contrario, ello es incluso deseable en el caso de ciertos contenidos como la pornografía infantil.

2) *Mantenimiento del modelo de notificación judicial previo al retiro de contenidos*

La regulación actual sobre responsabilidad de intermediarios propia de las normas de derechos de autor, si bien imperfecta, es valiosa como ejemplo al permitir la intervención de un tercero imparcial con experticia legal para el posible retiro de contenidos de Internet. En tal sentido, dicho sistema merece ser defendido y mantenido, rechazando cualquier ajuste futuro que signifique negar la intervención judicial previa al retiro de contenidos.

Actualmente, la mayor amenaza al sistema chileno proviene de la negociación de tratados internacionales que buscan uniformar regulaciones internacionales en el sentido dispuesto por las naciones con mayor poder de negociación y peso económico. Así ocurre con el Acuerdo de Asociación TransPacífico (TPP, por la sigla en inglés de *Trans-Pacific Partnership Agreement*), en que Chile es parte

.....

25 La extensión del plazo de conservación de datos es un asunto problemático. Mientras las reglas de responsabilidad civil suelen estar sujetas a plazos de prescripción de varios años, lo que justificaría una extensión similar para esa conservación de datos, surgen reparos a la luz del derecho a la intimidad o privacidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, así como también la objeción tecnológica derivada de las dificultades de almacenamiento por tan largo tiempo y de la pérdida de idoneidad de los mismos datos para la identificación precisa de un usuario y posible infractor de ley.

negociadora. En dicha negociación se verifican intenciones que apuntan a la sobreprotección de los derechos de propiedad intelectual, invitando enfáticamente a la cooperación (extrajudicial) entre titulares de derechos e intermediarios, pudiendo incluso llevar a la modificación de leyes nacionales, no por iniciativa interna sino por presión extranjera de dudosa legitimidad.

3) Extensión del modelo con intervención judicial para el retiro de contenidos

El Informe del Relator Especial de la ONU para la Libertad de Opinión y Expresión, Frank LaRue²⁶, propone un conjunto de requisitos para el retiro de contenidos, que pueden servir como criterios orientadores de una regulación equilibrada: (a) que sea establecido por ley, cuyo sentido sea claro y accesible por todos (principios de previsibilidad y transparencia); (b) que persiga como objetivo proteger: los derechos o la reputación de otros, la seguridad nacional o el orden público, o la salud y la moral públicas (principio de legitimidad); y (c) que demuestre ser el medio necesario y el menos restrictivo que se requiera para lograr el objetivo pretendido (principios de necesidad y proporcionalidad). Además de ser necesario que exista una regulación razonable que no imponga deberes desproporcionados, de regularse la responsabilidad de intermediarios por contenidos ilícitos distintos de los que infringen copyright, tales reglas eventuales deben guardar cierta consistencia con la normativa general e idealmente ser congruentes con el sistema implementado a propósito de la protección de derechos de autor, a fin de evitar el vitrineo entre distintos mecanismos procesales en busca del más efectivo en acallar expresiones en Internet. Es decir, debe evitarse que en otro ámbito se implemente un sistema que, bajo la apariencia de mayor agilidad, implique un resguardo menor del equilibrio que donde ya existe regulación.

Como ejemplo, el sistema del Marco Civil en Brasil parece el más digno de seguir: se busca una regulación general a partir de las funciones de los intermediarios, se hace referencia a la potencial ilicitud en términos generales, y se involucra al poder judicial para forzar el retiro de contenidos. Además, deja abierta la puerta a matices o requisitos propios de cada materia sustantiva allí donde distintos ilícitos requieran distintas vías de acción para prevenir o resarcir el daño.

Se propone el establecimiento de una regulación supletoria que se haga cargo de la responsabilidad de los intermediarios, y que exija la intervención judicial antes de cualquier retiro de contenido para delimitar la posible responsabilidad de tales intermediarios. Tal intervención judicial deberá entonces sopesar los distintos bienes jurídicos protegidos y los derechos como la privacidad, el debido proceso, el acceso a la información y la libertad de opinión y expresión. Requisitos adicionales relativos a las distintas formas de comisión delictiva

.....

26 LaRue, Frank, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, ONU, mayo de 2011.

en Internet, pueden establecerse en la regulación sustantiva relativa a cada interés protegido.

En cualquier ámbito legal, rechazamos a la notificación privada como suficiente para generar responsabilidad en caso de no retirar el contenido: el intermediario no decidiría en función de los derechos supuestamente vulnerados, sino de lo que parezca más seguro para evitar conflictos judiciales y sanciones sobre él. Existe amplia literatura que apunta a los efectos perniciosos de este sistema. Si bien se ha convertido en estándar en EE. UU. para infracciones de derechos de autor y conexos, está lejos de servir como ejemplo para otros ilícitos. Por ejemplo, mal serviría para analizar el carácter verídico de una expresión posiblemente calumniosa, o la gravedad de las ofensas sobre las que se alegue injuria.

4) Resguardo de derechos fundamentales y sanción del abuso.

Aun siendo siempre deseable la intervención judicial antes de cualquier intento de retiro, los costos del involucramiento de los tribunales pueden todavía convertirse en un disuasivo para la mantención de contenidos en la red.

El usuario que se vea perjudicado por la adopción o posible adopción de medidas de retiro debe siempre tener la posibilidad de oponerse y exponer sus argumentos, y muy especialmente, debe tener la posibilidad de exigir una indemnización en el caso de ser injustificada la solicitud de retiro, por afectación de las libertades incoadas mediante el retiro. Atendido que normas en ese sentido no son propiamente incluidas en la regulación actual, vale la pena considerar una norma general en ese sentido.

Dentro de un contexto más amplio de necesidad de equilibrio en las normas sobre derechos de autor, la aserción fraudulenta de derechos inexistentes o en colisión directa contra usos propiamente exceptuados de autorización según la ley, debiera ser objeto de sanción. Esto debe extenderse a las hipótesis de solicitud de retiro de contenidos desde Internet.

Los intermediarios debieran también ser objeto de sanción a lo menos civil, en el caso en que sin existir violación de ley ni de términos de servicio, exista un retiro de contenido.

A solid, uniform green background that fills the entire page.

Google

Este trabajo es parcialmente resultado de un proyecto de investigación
financiado por Google Inc.