

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2007
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

Proveedores en Internet. Responsabilidad. Aplicación del derecho común.

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Chile

ORGANISMO: Corte de Apelaciones de Concepción

FECHA: 6-12-1999

JURISDICCIÓN: Judicial

FUENTE: Sociedad Chile del Derecho de Autor (SCD). Comentarios en ANTEQUERA PARILLI, Ricardo: *“Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines”*. Ed. REUS/AISGE. Madrid, 2007.

OTROS DATOS: Recurso de Protección de Orlando F. vs. ENTEL. Rol 249-99.

SUMARIO:

Por una publicación a través de Internet lesiva de la honra de una persona se interpuso Recurso de Protección fundado en la vulneración de la garantía constitucional respectiva, pues en la red pública de Internet aparecía un aviso de servicios sexuales supuestamente prestados por la afectada y cuyo soporte técnico era posible por la provisión de servicios de la recurrida.

El representante de la recurrida argumentó la falta de legitimación pasiva de ENTEL S.A., ya que la emisión de la comunicación se originó desde el computador personal de C.G.Y.V. y que conforme a la legislación chilena ENTEL tenía la calidad de concesionaria de servicios públicos de comunicaciones prohibiéndosele verificar la identidad de quienes enviaban mensajes y comunicaciones, así como contratar, censurar, interferir o intervenir en su contenido.

La Corte dijo:

“ ... los problemas originados en la red deben ser resueltos conforme a las ... reglas generales sobre responsabilidad civil y penal, pues en un sitio web pueden publicarse y divulgarse contenidos ilícitos o nocivos, sean mensajes, avisos o bienes protegidos por propiedad intelectual que no cuentan con autorización, cuya utilización cause daño a la honra y bienes de terceros, invadiendo su vida privada, intimidación, vulnerando su honra o atentando contra su patrimonio o incluso ser contrarios a la ley, al orden público, a la seguridad nacional o a la moral o a las buenas costumbres”.

“... Esta responsabilidad dependerá de las funciones que el «actor de Internet» o usuario de la red se encuentre realizando al momento de producirse el hecho generador de ésta. Un usuario de la red puede, simultáneamente, desempeñar varias funciones, radicándose las responsabilidades, normalmente en dos o más usuarios”.

COMENTARIO:

Partiendo del principio por el cual el almacenamiento electrónico es una reproducción sometida a autorización previa; la puesta a disposición de obras y prestaciones por transmisiones digitales es una comunicación al público (la que además implica actos de reproducción) y que deben instrumentarse acciones y recursos eficaces contra la acción de eludir los dispositivos técnicos de “autotutela” y de burlar los sistemas de información electrónica capaces de gestionar los derechos sobre las obras y prestaciones que circulan por la red, queda por determinar la responsabilidad de los intervinientes, directos o indirectos, en esa puesta a disposición de los contenidos protegidos. En un orden cronológico está, en primer lugar, el “proveedor de contenidos”, es decir, aquel que elige lo que se publica en una página o sitio en la *web* y que puede estar constituido o no por obras protegidas por el derecho de autor y/o prestaciones tuteladas por los derechos conexos. No hay dudas acerca de la responsabilidad de ese proveedor por su intervención, pues la elección y el almacenamiento con miras a su transmisión impone la obligación de solicitar previamente las autorizaciones respectivas, en lo que la jurisprudencia estadounidense ha denominado “*infracción directa*” (Playboy Enterprises vs. Frena, 839F. Supp. M.D.Fla.1993), equivalente a la “*responsabilidad objetiva*”, en razón de considerar que dicho proveedor sabe –o debería saber–, que está poniendo a disposición obras y prestaciones mediante modalidades de uso que exigen un consentimiento previo. Pero a veces es difícil la identificación y localización física de ese proveedor a los efectos de actuar judicialmente en su contra, éste carece de solvencia económica o se ubica en territorios donde no existe protección legal a las obras y prestaciones objeto de la puesta a disposición digital, todo con el propósito de eludir eventuales reclamaciones. De allí que deba examinarse la responsabilidad que corresponde a los “*intermediarios*” entre el proveedor del contenido y el público receptor. Es así como aparece el “*proveedor de servicios*” en línea, o sea, el propietario del servidor que pone a disposición del proveedor del contenido un espacio en la memoria de ese servidor para “*alojar*” dicho contenido, el cual a partir de allí se encuentra disponible al público conectado a la red. La Directiva Europea sobre Comercio Electrónico (D.2000/31/CE), define al “*prestador de servicios*” como a cualquier persona física o jurídica que suministra un servicio en la sociedad de la información y como “*proveedor de servicios establecido*” a aquel que ejerce de una manera efectiva una actividad económica a través de una instalación estable y por un período de tiempo indeterminado. La responsabilidad del proveedor del servicio ha sido declarada en varias resoluciones judiciales, entre ellas, bajo las figuras anglosajonas de la “*contributory infringement*” (violación contributiva o coadyuvante), por prestar apoyo a actos constitutivos de una infracción directa (Sega Enterprises vs. Maphia, 857F. Supp. 679, N.D. Cal. 1994) o de la “*vicarious liability*” (responsabilidad originada en otro), si ha sido notificado por el agraviado de la actividad ilícita o al menos en cuanto a su obligación de suspender el servicio al tener conocimiento de la actividad infractora; y, como lo ha resuelto la jurisprudencia en varios casos, esa responsabilidad, conforme a las normas del derecho común, surge de una elemental obligación de cuidado, si el proveedor de servicio es notificado de que uno de los usuarios del sistema a través de su página en la *web* está infringiendo un derecho de autor o cualquiera otro derecho. En ese sentido, muchos proveedores de servicios han evitado conflictos, suspendiendo de inmediato la puesta a disposición al público de la página que contiene el material no autorizado, una vez que han sido notificados por los titulares de derechos acerca de la transmisión ilícita. En la mencionada Directiva Europea y bajo la denominación de “*mera transmisión*”, el artículo 12,1 dispone que los

Estados Miembros garantizarán que, en el caso de un servicio de la sociedad de la información que consista en transmitir en una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio ¹ o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, “no se pueda considerar al prestador de servicios de este tipo responsable de los datos transmitidos”, a condición de que el referido prestador: a) No haya originado él mismo la transmisión; b) No seleccione al destinatario de la transmisión; y, c) No seleccione ni modifique los datos transmitidos. Sin embargo, el artículo 12,3 aclara que la anterior disposición “no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida”. Tampoco la Directiva establece una liberación general de responsabilidad para el proveedor de servicios, la cual está condicionada a que: a) El prestador de los servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad de la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción de daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito (art. 14,1,a); o a que, b) En cuanto tenga conocimiento de esos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible (art. 14,2,b). En todo caso, el mismo instrumento comunitario, si bien dispone que no se impondrá obligación a los prestadores de servicios en cuanto a supervisar los datos que transmitan o almacenen (art. 15,1), faculta a los Estados miembros para establecer obligaciones a dichos prestadores en cuanto a comunicar con prontitud a las autoridades competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de sus servicios, o también la obligación de suministrar a dichas autoridades, a solicitud de éstas, cualquier información que permita identificar a los destinatarios de sus servicios con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento (art. 15,2). Dentro de un concepto amplio de lo que se entienden como “prestadores de servicios” se encuentran igualmente los “proveedores de acceso”, o sea, los que ofrecen al público la conexión a la red, cuya responsabilidad en la transmisión de contenidos no autorizados ha sido motivo de discusiones pues, al decir de la doctrina, no faltan argumentos para impugnar la pretensión de inmunidad de tales proveedores, recordando que en el pasado los distribuidores de programas por cable también intentaron rehuir su responsabilidad argumentando que no eran más que prestatarios técnicos, sin control sobre los contenidos y que esa pretensión fue rechazada ². El problema de la responsabilidad se complica si se toma en cuenta la “Declaración Concertada” al artículo 8 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT), cuando deja entendido que el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar o realizar una comunicación, en sí mismo, no representa una comunicación en el sentido del propio Tratado o del Convenio de Berna. A la luz de esa declaración, lo primero que debe afirmarse es que independientemente de que el mero suministro de instalaciones no constituya, por sí mismo, un ilícito (ni tampoco una comunicación pública en el sentido del TODA/WCT), tampoco quiere decir que esa conducta no pueda contribuir, en algunos casos, a la comisión de un acto ilegítimo del cual el proveedor podría resultar al menos co-responsable, si tiene conocimiento de esa ilicitud y, a pesar de ello, no realiza los actos necesarios para impedir su participación en el acto indebido pues, como comenta Schuster, la expresión “en sí mismo” empleada por la “Declaración Concertada” quiso dejar claro que cualquier actividad que el proveedor de suministros realice podría constituir una forma específica de explotación de las obras ³. Si se toma como referencia la D.2000/31/CE, podría concluirse en la exención de responsabilidad del proveedor de acceso siempre que no tuviere conocimiento de que la actividad que presta es ilícita, ni tampoco información de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revelara su carácter ilegítimo o que, en cuanto tuviera conocimiento de ello, no actuara con prontitud para hacer que el acceso a los datos

¹ La Directiva define como destinatario del servicio a cualquier persona física o jurídica que utilice un servicio de la sociedad de la información por motivos profesionales o de otro tipo y, especialmente, para buscar información o para hacerla accesible (art. 2,d).

² LUCAS, André: “La propiedad intelectual y la infraestructura global de la información”, en *Boletín de Derecho de Autor*. Ed. UNESCO. Vol. XXXII. No. 1. París, enero-marzo, 1998. pp. 13-14.

³ SCHUSTER VERGARA, Santiago: “Propiedad Intelectual en Internet. Responsabilidad en las redes digitales”. Conferencia presentada en el Simposio sobre “Responsabilidades Legales en las Redes Digitales”, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Embajada de Estados Unidos y Telefónica, sobre Responsabilidades Legales en Internet. Santiago de Chile, septiembre, 1999, p. 23.

fuera imposible. Dicha Directiva regula asimismo el tema de la “*memoria tampón*” (o “*catching*”), conocida en castellano como “*memoria caché*”, consistente en el almacenamiento automático, provisional y temporal de datos facilitados por el destinatario del servicio y transmitidos por una red de comunicaciones, realizado con el solo fin de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de éstos. El instrumento dispone que el prestador de ese servicio de “*catching*” no es responsable de dicho almacenamiento automático, provisional y temporal, siempre que, entre otras cosas, no modifique la información y actúe con celeridad para retirar la información que haya almacenado o hacer que el acceso a ella sea imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal u otra autoridad competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella (art. 13,1). La “*Digital Millenium Copyright Act*” (DMCA) de los Estados Unidos (1998) indica los requisitos a cumplir por una persona que albergue el contenido de terceros, a los efectos de quedar eximida de toda responsabilidad directa por violación del derecho de autor o por alguna responsabilidad derivada del hecho de un tercero (“*vicarious liability*”), que son: a) La persona no debe saber qué contiene lo que suministra o, en todo caso, no debe saber que la actividad para la que el sistema utiliza el contenido entraña un hecho fraudulento; b) Tampoco debe saber qué actos, hechos o circunstancias se desprenden de la actividad considerada como fraudulenta; c) El suministro del servicio no debe implicar una ventaja pecuniaria vinculada directamente a la actividad fraudulenta; d) En cuanto el administrador de la información albergada tenga conocimiento de que hay una actividad fraudulenta, debe tomar medidas inmediatas para suprimir el contenido o para bloquear el acceso al mismo; y, e) Una vez que el titular del derecho de autor le ha notificado el fraude al administrador de la información, éste debe actuar inmediatamente para suprimir el contenido o bloquear el acceso a lo tachado como fraudulento. A falta de una regulación específica en la ley nacional, deben aplicarse necesariamente las reglas generales de la responsabilidad civil y penal pues, como apunta Schuster, los proveedores de servicios son responsables, conforme al derecho común, cuando no han adoptado las medidas de prudencia o atención que las necesidades demandan para evitar el daño a terceros, de modo que pueden considerarse promotores de la infracción o encubridores de la misma, según el caso⁴. Finalmente queda la responsabilidad del usuario-receptor que celebra con el proveedor del contenido un “*contrato de mouse-click*” (por el cual se compromete a acceder a la información exclusivamente para su uso personal, sea solamente para su lectura o bien, incluso, para imprimir una sola copia), no obstante lo cual, en violación del contrato (y de los derechos sobre el material transmitido), reproduce varias copias o retransmite la información a terceros a través de la misma red. Aunque el ilícito anterior es evidente (por los actos de reproducción y comunicación pública efectuados por el usuario-receptor sin la autorización de los titulares de derechos), el problema estriba en su detección y persecución, lo que sería en muchos casos más costosa que el daño resarcible (a menos que se tratara de una utilización a escala comercial), razón por la cual resulta cada vez más indispensable el establecimiento de responsabilidades en cabeza del proveedor de contenidos y, en las condiciones comentadas, de los proveedores de servicios, así como la protección de las obras y prestaciones a través de medios técnicos que impidan esa reproducción y/o retransmisión no autorizadas y la represión a quien de cualquier manera eluda o contribuya a eludir tales dispositivos instrumentados para la defensa de los derechos. © **Ricardo Antequera Parilli, 2007.**

⁴ Ob. Cit. pp. 23-25.

TEXTO SUSTANCIAL:

En la acción de protección es la propia corte el sujeto pasivo, pues el tribunal, por mandato constitucional, debe dar la debida protección debiendo adoptar de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho, de este modo a quien se trata de poner en la obligación de dar, hacer o no hacer algo es a la Corte de Apelaciones. Las personas causantes del acto u omisión arbitrario o ilegal no tiene esa calidad, toda vez que su actuación se limita a informar a petición de la corte y a enviar todos los antecedentes que existan en su poder, por ello éste sólo tiene calidad de informante y no de parte. Por este motivo se rechaza la alegación de falta de legitimación pasiva alegada por ENTEL S.A.

En Chile no existe un marco jurídico específico sobre regulación de la red Internet no quedando cubierto por el marco regulatorio de la Ley 18.168, de 1982, sobre Ley General de Telecomunicaciones, no obstante ello, los problemas originados en la red deben ser resueltos conforme a las normas de la CPE y a las reglas generales sobre responsabilidad civil y penal, pues en un sitio web pueden publicarse y divulgarse contenidos ilícitos o nocivos, sean mensajes, avisos o bienes protegidos por propiedad intelectual que no cuentan con autorización, cuya utilización cause daño a la honra y bienes de terceros, invadiendo su vida privada intimidad, vulnerando su honra o atentando contra su patrimonio o incluso ser contrarios a la ley, al orden público, a la seguridad nacional o a la moral o a las buenas costumbres.

La libertad de informar tiene su límite natural en el respeto a los derechos con reconocimiento constitucional y legal y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia (proyecto de ley sobre regulación de internet que se encuentra en la C. De Diputados). El aviso publicado en el sitio web la Tribu vulnera los derechos y garantías constitucionales consagrados en el art. 19 n° 1 y 4 de la CPE (derecho a la integridad física y

psíquica y derecho a la honra de la persona y de su familia).

La conducta de las personas que participan en el ciberespacio puede dar origen a hechos ilícitos que deriven en responsabilidades civiles y penales. Esta responsabilidad dependerá de las funciones que el “actor de Internet” o usuario de la red se encuentre realizando al momento de producirse el hecho generador de ésta. Un usuario de la red puede, simultáneamente, desempeñar varias funciones, radicándose las responsabilidades, normalmente en dos o más usuarios.

En la delimitación de las responsabilidades son actores en Internet: el proveedor del acceso a la red, el proveedor de sitio o de almacenamiento, el proveedor de contenido y los usuarios o destinatarios finales del servicio. El proveedor de acceso permite que un determinado usuario se conecte a la red en términos tales que de no existir ese acceso no podría cometerse el ilícito; el proveedor de sitio o de almacenamiento es responsable en la medida que permita que un sitio web en el que se cometan ilícitos permanezca almacenado en su propio servidor en términos tales que de no contar con ese soporte técnico haría imposible la existencia o permanencia de ese sitio web. El proveedor de contenido, en cuanto es quien directamente incorpora contenidos ilícitos bajo su tuición en un determinado sitio web. El usuario es quien se encuentra abonado (publica el aviso). Así definido, ENTEL tiene la calidad de proveedor de acceso y de alojamiento respecto del sitio web en que se publicó el aviso y calidad de proveedor de contenido lo tiene la empresa Grupoweb.

Señala la opinión del abogado Santiago Schuster, profesor de propiedad intelectual de la Universidad de Chile y Director General de la SCD, quien estima que la responsabilidad recae en el proveedor de contenido de la red, cuando el contenido es ilícito o nocivo, en cuanto responsable de la inclusión de los mensajes que lesionan moral o patrimonialmente a un tercero; pudiendo extenderse a aquellos contenidos que son

incorporados directamente por los usuarios finales cuando ha creado un fondo de información con los aportes de los clientes y no ha tomado las providencias mínimas necesarias para la adecuada identificación de los usuarios que publican tales mensajes. Asimismo, también cabe responsabilidad al proveedor de acceso y de alojamiento de la página web cuando, a sabiendas de la actividad ilícita que se realiza por sus abonados, no retira los datos o no hace que el acceso a ellos sea imposible, más aún si promueve si acceso. De igual modo es responsable cuando el mismo realiza transmisiones de datos con contenidos ilícitos.

La responsabilidad de los proveedores de acceso se fundamenta en que, teniendo en cuenta la regla de la anonimidad en las transmisiones en Internet, éstos son un eslabón clave para la contención de actividades ilícitas, en consecuencia es el único que puede ofrecer la identificación de los infractores y que tiene las herramientas necesarias para evitar que continúen produciéndose perjuicios a las personas o bienes, en definitiva son el único vínculo existente con los usuarios que cometen ilícitos, de ahí que las acciones se dirijan contra ellos. Las mismas razones son válidas para los proveedores de sitio o alojamiento de datos.

El proveedor del sitio se encuentra obligado, aunque no esté personalmente en el origen de un mensaje, a velar por la moralidad de aquellos que alberga para que éstos 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.

No existiendo, a la fecha de interposición del recurso ningún aviso o mensaje que aludiera a la afectada o a su grupo familiar, no existe derecho constitucional conculcado que proteger, careciendo la acción de objetivo por haberse restablecido el statu quo vigente a los hechos denunciados, sin intervención de la justicia, por lo que la acción cautelar perdió su oportunidad. Por esta circunstancia el recurso debe ser rechazado.

Sin embargo, ENTEL deberá adoptar las medidas técnicas y fácticas necesarias para que en lo sucesivo la empresa Grupoweb, en su calidad de proveedor de contenido, se abstenga de publicar avisos que en el país, sean contrarios a la ley, el orden público o a la moral o a las buenas costumbres, y proceda, el Administrador de la sección “avisos clasificados” subsección “empleo” y “diversión, espectáculos” ubicada en el sitio web a eliminar, a lo menos 2 veces a la semana, todos los avisos contrarios a las normas y valores antes señalados.