

**“RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS EN LA
SOCIEDAD DE LA INFORMACION”**

**LILIANA MARIA CANO ARIAS
MARIA CONSTANZA GONZALEZ GARCIA**

DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONOMICO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

2001

TRABAJO DE GRADO
“RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET
EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACION”

PRESENTADO A:
DEPARTAMENTO DE DERECHO ECONOMICO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
2001

"El vertiginoso desarrollo de la informática -que es la ciencia del tratamiento automatizado o electrónico de la información- y de la telemática -que resulta de la unión de la informática con las telecomunicaciones y que se relaciona con las llamadas "redes digitales"- ha ocasionado una verdadera revolución social, cultural, económica, política, laboral y, en definitiva, porque el derecho es la necesaria respuesta ante los cambios y nuevos retos sociales, también jurídica."

Renato Javier Jijena Leiva.

TABLA DE CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN

2. INTERNET Y LA INFORMACIÓN EN LÍNEA

2.1 Aspectos Técnicos del Funcionamiento de Internet

1.2 Internet, Medio Tecnológico para la Comunicación

2.2.1 Breve Reseña Histórica

2.2.2 Internet es un Medio de Comunicación

2.2.3 Libertad de Expresión en la Internet, Referencia en el Caso Colombiano

1.3 Los contenidos en Internet

2.3.1. Importancia de los Contenidos

2.3.2. Algunos Tipos de Contenidos que pueden Circular en la Red

2.3.2.1 Contenidos Propios o Impropios

1.3.2.2 Contenidos nocivos e ilícitos

3. RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIO POR LA TRANSMISION DE LOS CONTENIDOS EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

3.1 Aspectos Generales de la Responsabilidad en el Derecho Colombiano

3.1.1 Descripción de Responsabilidad Civil

3.1.2 Responsabilidad Civil Extracontractual

3.1.2.1 Elementos de la Responsabilidad Civil

3.1.2.1.1 El Daño

3.1.2.1.2 La Culpa

3.1.2.1.3 El Nexo Causal

3.1.2.2 Fundamento de la Responsabilidad Civil

3.1.2.3 Funciones de la Responsabilidad Civil

3.1.2.4 Clases

3.1.2.4.1 Directa

3.1.2.4.2 Indirecta

3.2. Identificación y Función de los Actores de Internet en el Uso y Difusión de los Contenidos

3.2.1 Proveedor de Acceso a Internet, ISP

3.2.2 Proveedor de Servicios en Línea o Proveedor de Alojamiento. (Hosting Service Provider)

3.2.3 Proveedor de Contenido- IP

3.2.4 Usuario

3.3 Consideraciones Normativas en el Derecho Comparado

3.3.1 The German Multimedia Law. Federal Law to Regulate the
Conditions for Informations and Communication Service (1997)

3.3.2 The Federal Act Establishing the General Conditions for Information
and Communications Services

3.3.3 Digital Millenium Copyright Act (1988)

3.3.4 E- Commerce Directive 2000/31/CE

3.4 Análisis Critico de los Pronunciamientos Jurisprudenciales en el Derecho Comparado

3.4.1 Caso: Empresa Nacional de Telecomunicaciones " Entel".
Sentencia del 5 de agosto de 1999. Chile.

3.4.2 Caso: Godfrey vs. Demond Internet. Sentencia del 11 de marzo de
2000. Reino Unido.

3.4.3 Caso: Lunney vs. Prodigy. Sentencia del 2 de Diciembre de 1999.
Estados Unidos.

3.4.4 Caso: Napster

3.4.5 Art Music France y Warner Chappell France vs. Escuela Nacional.
Superior de Telecomunicaciones. Agosto 14 de 1996. París,
Francia.

3.5 Situación Jurídica de los Proveedores de Servicios en Colombia

4. CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

1. INTRODUCCIÓN

La permanente evolución de las ciencias y de las comunicaciones han facilitado formas de comportamiento capaces de infringir normas y causar daños. Son esos perjuicios los que precisamente deben ser evitados y, en caso de su ocurrencia reparados, atribuyendo responsabilidad a su causante.

Ningún sistema legislativo nacional puede prever todas las implicaciones jurídicas que surgen del avance científico-tecnológico; es decir, el desarrollo humano coloca a los Estados en la dificultad de establecer normas de conducta, en todas las situaciones donde se ven involucrados comportamientos humanos pues es claro que: el rápido proceso social, siempre va adelante del proceso legislativo.

Hoy por hoy el reto para los que estamos presentes, es propender por la calidad informativa, dentro de la única sociedad virtual de la Comunicación, La red de Internet. Esta red, considerada por muchos como el más grande avance tecnológico de la humanidad, permite a cualquier persona que accede a ella , el más novedoso y rápido intercambio de información en forma digital; a través de herramientas como la World Wide Web, el correo electrónico, los chats, los grupos de interés, etc.

En el intercambio de información y en la búsqueda y acceso a los millones de contenidos que circulan en la red, se pueden estar generando perjuicios inimaginables a un individuo, a un grupo de personas o incluso a un conglomerado industrial.

El punto principal de la discusión radica en establecer si esas personas o grupos de personas, que pueden verse perjudicados por los contenidos que se transmiten y difunden a través de la red, pueden encontrar en el ordenamiento jurídico vigente un sistema adecuado que les permita defender sus derechos jurídicamente tutelados o si por el contrario, el auge de la Internet es de tal dimensión y envergadura que exige, por parte de los países un cambio tan drástico, que los obligue a crear nuevos sistemas de protección contra los daños que se pueden causar en la red de redes.

El Derecho Comparado, sin lugar a dudas se ha convertido en un instrumento útil para encontrar las herramientas que permitan dar respuesta a muchos de los interrogantes y planteamientos que han surgido con motivo de la Era Tecnológica de la Información . Es por esta consideración que se hace indispensable su estudio, a través de un análisis crítico, que nos lleve a evaluar sus ventajas y desventajas, y la posibilidad de aplicar soluciones jurídicas análogas en el ordenamiento colombiano. Pues si el fin último del Derecho es la Justicia en todas las relaciones humanas, se deben ofrecer a la víctima o a las personas lesionadas, los medios que le permitan hacer valer sus derechos y conservar la situación en la que se encontraba antes de la ocurrencia del hecho dañoso.

Se debe ser cauteloso en estas apreciaciones, pues si la Internet ha significado un gran paso para la humanidad, resulta totalmente reñido con el buen sentido fijar normas de tal dimensión que la vuelvan hermética hasta tal punto de impedirle su desarrollo y su continuidad como el ingenio de las comunicaciones más maravilloso de todos los tiempos.

2. INTERNET Y LA INFORMACIÓN EN LÍNEA

2.1 Aspectos Técnicos del Funcionamiento de Internet

Muchas son las definiciones que alrededor del más importante avance tecnológico del siglo XX denominado Internet se han dado:

Se ha definido Internet como “ (...) una conexión de redes a nivel global que permite que millones de computadores se comuniquen a través de líneas telefónicas, cables de datos y telefonía inalámbrica para el intercambio de información. Esa red de redes, como se ha denominado, se encarga de unir muchos computadores a través de servidores. Las funciones más comunes del Internet son el envío de mensajes electrónicos (e mail), la publicación de material en los portales (páginas de Internet), y el uso de esos materiales a través de los servidores de Internet. Con relación a este último, debe precisarse que el usuario tiene la posibilidad de navegar en el Internet en busca de contenido e información y obtenerla para su uso (download).“¹

La red de Internet: “...ha sido caracterizada como un conjunto de redes de Protocolo Internet (IP) todas interconectadas entre si, lo que significa en términos prácticos que millones de ordenadores en escuelas, universidades, empresas y otras organizaciones están unidas por vía telefónica. La Internet permite a los

¹ RODRÍGUEZ TURRIAGO, Omar. Aproximación a la Problemática de los Derechos de Autor en el Internet. Febrero de 2001.

usuarios examinar archivos, buscar información, enviar mensajes electrónicos (E mails) y penetrar en ordenadores a grandes distancias.”²

Descrita la red Internet, consideramos importante resumir en forma simple, su funcionamiento de la siguiente manera:

El Proveedor de Acceso, es el primer sujeto que se debe mencionar cuando hacemos referencia al funcionamiento de Internet, pues es quien conecta a los usuarios a la red. Una vez el usuario está conectado a Internet, se creará una relación entre dos computadores, el computador del usuario y un servidor, donde se encuentra alojada la página que el internauta está consultando.

Esta conexión de ordenadores, debe ser eficaz y versátil, por tal motivo se desarrollaron *el Protocolo³ de Control de Transmisión (TCP)* y *el Protocolo de Internet (IP)*, con el propósito de permitir la localización de ordenadores a través de la red. Pero, ¿cuál es la función específica de cada uno de ellos?, para ello nos remitimos a la explicación del Doctor Andrés Mauricio Rengifo en su artículo titulado “Nombres de Dominio y Propiedad Industrial”: “Ambos protocolos se integran para disciplinar el funcionamiento de algunas aplicaciones de comunicación. Mientras IP determina el conjunto de reglas para encaminar datos, TCP incluye reglas para la entrega fiable de datos en secuencia. (...). Éstos se

² MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel. “Argentina: Propiedad intelectual en Internet. Aspectos del derecho de autor en el ciberespacio. Responsabilidad de los proveedores de Internet por infracciones al derecho de autor cometidos por usuarios.” Sumarios de Redi. Dirección en Internet: <http://publicaciones.derecho.org/redi>

³ Protocolo se define como un: “Conjunto de reglas ya aprobadas, que permiten la comunicación entre máquinas o entre *software* que de otro forma serían incompatibles. Los protocolos pueden gobernar un amplio rango de aspectos de comunicaciones, desde el orden en que se transmiten los bits, las reglas para abrir y mantener una conexión hasta el formato de un mensaje de correo electrónico”. Tomado de: CRUMLISH, Christian. Diccionario de Internet Bilingüe. La guía esencial para comunicarse en la red. McGraw – Hill. 1996. Pág. 157. Un Bits se define así: “Digito binario; la unidad de información menor del computador que se transmite como un simple pulso de encendido y apagado, y se simboliza con un 1 o un 0.” Tomado de: CRUMLISH, Christian. Diccionario de Internet Bilingüe. La guía esencial para comunicarse en la red. McGraw – Hill. 1996. Págs. 23 y 24.

dedican única y exclusivamente al transporte y a encaminar los datos a su destino correspondiente”. Es por ello que cuando se están transmitiendo contenidos en forma de imagen, texto, etc., esa información o mensaje es dividido en pequeños paquetes de datos, impidiendo que sólo una transmisión acapare la mayor parte de los servicios de la red. Esos paquetes de datos viajarán del servidor donde se encontraba la página Web hasta el computador personal del usuario, a través de rutas.

Cabe destacar que la conexión y el acceso a la información no es directa entre el ordenador del usuario y el servidor, la información realiza un recorrido amplio, a través de cientos de computadores, hasta encontrar su destino final, momento en el cual la información requerida es recibida en la forma en que el usuario la solicitó. Este procedimiento puede describirse de la siguiente forma: “Existen dos puntos en los cuales se puede controlar el tráfico, el de acceso y el de salida, es decir, el punto por el cual la información es introducida en la red y el punto por el cual el usuario la extrae para su consulta. La información viaja por la red con la ayuda de ordenadores conocidos como enrutadores, los cuales dirigen la comunicación por la vía de la tecnología de conmutación de paquetes. La información en la Internet se desintegra en paquetes los cuales viajan individualmente dirigidos. Los paquetes son soltados y enviados a través de la red, haciendo cada enrutador una copia efímera de cada paquete y retransmitiendo hasta el próximo enrutador, siguiendo la vía más accesible en ese momento hasta que llega al destino, en el cual todos los paquetes se rearmen retornando la integridad del mensaje originario.”⁴

El TCP/IP asigna a cada ordenador un número específico, conocido con el nombre de “número IP”, este número identifica a cada computador que está navegando a

⁴ MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel. “Argentina: Propiedad intelectual en Internet. Aspectos del derecho de autor en el ciberespacio. Responsabilidad de los proveedores de Internet por infracciones al derecho de autor cometidos por usuarios.” Sumarios de Redi. Dirección en Internet: <http://publicaciones.derecho.org/redi>

través de la Red de Internet.⁵ Al igual que identifica los millones de páginas Web que circulan.

La segunda herramienta fundamental a la que necesariamente debemos hacer referencia es lo conocido como “ *browser* ” o “ *programas de navegación*” pues son ellos los que nos permiten bajar la información de la Internet. Dentro de los más famosos programas de navegación está el Netscape Navigator y el Internet Explorer, entre otros. Una vez el usuario se ha conectado con su proveedor de acceso, en la pantalla principal de su computador debe hacer click en el icono del respectivo programa de navegación, que lo conducirá a la página Web predeterminada y luego le permitirá acceder a los contenidos de su preferencia.

Dentro de las más importantes aplicaciones de la Internet, podemos mencionar las siguientes: a) La World Wide Web, que permite al internauta navegar de una página Web a otra en busca de contenido, sólo con conocer su dirección, WWW b) El correo electrónico (e-mail) facilita al usuario de la red, mediante una identificación (user name and password), enviar y recibir mensajes, en forma privada y de manera instantánea c) Los grupos de interés integrados por personas afines a temas determinados, que a través de mensajes electrónicos logran comunicarse e intercambiar información de su preferencia d) Transferencia de archivos, esta última aplicación tal vez es una de las más relevantes, junto con la aplicación de la World Wide Web para efectos de nuestro estudio, pues como se verá más adelante, descargar contenidos a través de la red puede ocasionar daños inimaginables. La transferencia de archivos no es otra cosa que permitir al usuario descargar un archivo o programa de Internet para instalarlo en el computador del internauta.

⁵ Fuente de los Aspectos Técnicos de Internet: Periódico “EL TIEMPO”, Bogotá 28 de julio de 1999. Fascículo Internet N°. 1, Pág. 2 y 4.

2.2 Internet, Medio Tecnológico para la Comunicación

2.2.1 Breve Reseña Histórica

Por el interés que actualmente suscita la red de Internet y el lugar que ocupa como herramienta de investigación en todos las áreas del conocimiento, podría suponerse que es una tecnología totalmente novedosa. La realidad es otra. La Internet existe desde hace más de 40 años, con los avances logrados en el estudio y desarrollo de los programas de defensa del gobierno de los Estados Unidos frente a la Unión Soviética, durante el tiempo llamado de la Guerra Fría, en la década de los cincuenta, aproximadamente. Advirtiendo las posibles consecuencias de un ataque nuclear a los Estados Unidos, que podría generar la Guerra Fría, en su objetivo de lograr el dominio del mayor número de armas nucleares y ante la posible destrucción en las bases americanas de los centros de informática, de las redes telecomunicaciones a través de las cuales se tenía el control de las armas, se hacía inminente crear una estructura sólida de comunicación, que permitiera en forma segura soportar la pérdida de uno de sus segmentos sin afectar los demás, una red de comunicación a la cual se pudiera tener acceso desde cualquier lugar de los Estados Unidos y del resto del mundo. Esta tarea fue encomendada en 1958 a la Advanced Research Projects Agency (Arpanet) y estuvo terminada en 1962; durante los años posteriores se consideró como una red de carácter exclusivamente militar. Ya, en 1970 se había logrado el enlace de cuatro universidades americanas y de varios servicios gubernamentales. Comenzó, entonces, a probarse la capacidad de la nueva red, con la creatividad de estudiantes, académicos y científicos, sin la interferencia de acuerdos comerciales ni estrategias políticas de ninguna clase. Transcurridos los años, el protocolo standard creado por el gobierno

estadounidense para la transmisión de datos en la Arpanet (Network Control Protocol), había caído en desuso. Como consecuencia, nace en 1974 el protocolo que le daría el impulso definitivo al crecimiento de la actual red de Internet, TCP/IP (Transmisión Control Protocol/ Internet Protocol), que resolvería los problemas de tráfico de información que en su momento presentaba la red y que permitiría que todas las computadoras conectadas a la red permanecieran en un mismo nivel evitando que la información fuera administrada por un único punto central.

La realidad de ese momento imponía una tecnología de avanzada que años atrás sólo hacía parte de la imaginación de los hombres. La extensión a todo el mundo de nuevas y amplias redes de computadoras se dio con el Uníx, considerado como “el sistema operativo natural de Internet”⁶ que permitió el ingreso de pequeñas y medianas instituciones a la red, dejando de lado el manejo exclusivo que tenían las instituciones de educación superior; con el tiempo el acceso a la red se hacía menos limitado a esos centros de investigación.

En 1979, con el surgimiento de la Computer Science Research Network (CSnet) avalado por la National Science Foundation (NSF), se estimuló el intercambio de información científica entre un mayor número de universidades y centros de investigación de los Estados Unidos, y con el posterior enlace de Arpanet y la red CSnet se dió un paso significativo en el desarrollo de Internet, al hacer posible un mayor número de computadoras conectadas a la gran red. La NSF incorporó a los equipos de cómputo una red de alta velocidad, garantizando que la transmisión de información fuera más rápida, efectuándose en menor espacio de tiempo. Es de resaltar que en la actualidad la NSF junto con la Internet Society, son las instituciones que mayor influencia ejercen en la administración y desarrollo de la Internet. La primera de éstas, como organización internacional que tiene por objeto

la cooperación o coordinación global de Internet, se desempeña como ente administrador de la red, estableciendo políticas de uso que recaen sobre el flujo de datos circulantes o el número de usuarios, y la segunda ha dictado algunas reglas de funcionamiento para todo aquel que acceda a Internet. Pero hay que tener siempre en cuenta que ninguna organización o empresa específica ejerce control directo sobre la red de Internet.

El período de mayor expansión que marcó la tecnología de Internet, tuvo inicio a comienzos de la década de los noventa, gracias a los siguientes logros: a) La eliminación de los permisos requeridos por los gobiernos respectivos para tener acceso a la red, b) La facilidad que empezó a presentarse para lograr la conexión a la red a través de sencillas herramientas de comunicación y, c) El surgimiento en la red de redes de las actividades comerciales. Una de esas herramientas de comunicación que impulsó de manera significativa el progreso de la red, fue la World Wide Web (WWW), desarrollada en el Laboratorio Europeo de Física de Partículas, por Tim Berners Lee en Suiza, en 1989 y dada a conocer al mundo en el año de 1991; instrumento que permitió, de forma sencilla, mediante un solo programa, el acceso y uso de los diversos recursos de la red, abriendo un sinnúmero de posibilidades de comunicación. En 1990, ya se contaba con cien mil servidores, aproximadamente ciento cincuenta y nueve mil computadoras conectadas que llegarían a la suma de veinticinco millones en 1997. En este año existían aproximadamente cien millones de usuarios de la red gigante. El empleo de la Internet por usuarios particulares, a partir de estos años, incrementó en forma extraordinaria el número de ordenadores conectados a la red.

En 1993, Marc Andreessen, universitario de la Universidad de Illinois, presentó por escrito el código para el primer explorador gráfico para la Web, denominado Mosaic,

⁶ GUTIERREZ, Fernando / ISLAS CARMONA, Octavio. Revista Mexicana de Comunicación, "La comprensión de Internet como extensión de los medios." Vol. 10, N°. 50, agosto –septiembre de

que se conseguía gratis dentro de la red y que posibilitaba el acceso a documentos de texto y gráficos. Posteriormente, en el año 1995, el mismo Marc Andreessen, ya graduado, crea Netscape Communication Corporation que produciría el Netscape Navigator.⁷ Desarrollos de este tipo y aún más representativos siguieron acompañando la evolución de Internet hasta nuestros días.

2.2.2 Internet es un Medio de Comunicación

Podemos afirmar, que la denominada “Sociedad de la Información” es el resultado directo de la revolución ocasionada en todo el mundo por las comunicaciones, gracias a la unión de informática y redes de transmisión de información, cuyo soporte fundamental ha sido la red gigante de Internet; en ella, convergen las telecomunicaciones, la informática y el ingenio inmensurable de los contenidos. Los principales aportes de esta tecnología de avanzada, están representados, en poder codificar a través de números la información circulante o acción denominada “digitalización de la información”⁸, que, a su vez permite, almacenar grandes cantidades de datos y movilizarlos en tiempo de segundos. El desarrollo en las comunicaciones ha alcanzado niveles muy favorables para las personas, empresas

1997, Pág. 38

⁷ Fuentes de la Reseña Histórica: GUTIERREZ, Fernando / ISLAS CARMONA, Octavio. Revista Mexicana de Comunicación, "La comprensión de Internet como extensión de los medios". Vol. 10, N°. 50, agosto –septiembre de 1997, Págs. 35 y 36 y del artículo “Historia de Internet.” Dirección en Internet: http://www.porinternet.com/concrema/historia_internet.htm

⁸ El término “digital” es definido como una “representación de cantidades numéricas por medio de números discretos. Es posible expresar en forma digital binaria toda la información almacenada, transferida o procesada por condiciones de dos estados, ejemplo abierto/cerrado, encendido/apagado, cero/uno.” Definición de Graf, R. “Diccionario de electrónica”, Ed. Pirámide, pág. 424. Citado por: MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel. “Argentina: Propiedad intelectual en Internet. Aspectos del derecho de autor en el ciberespacio. Responsabilidad de los proveedores de

y organizaciones estatales; se perciben sus beneficios en cuanto a la reducción de costos en los procesos de difusión de información y en lo atinente a la disminución de tiempo empleado.⁹

Ya, desde comienzos de la década de los noventa, con el ingreso de los grandes competidores que prestarían el servicio de conexión a la red o un servicio on-line, Sun Microsystems, American Online, CompuServe, Netscape, Ibm, Microsoft Corporation, se predecía el futuro de Internet como un medio masivo de comunicación gracias a la evolución de los servicios en línea, en el que participarían las grandes compañías telefónicas del mundo produciendo al mismo tiempo, el descenso de los precios en la prestación del servicio on-line.

La clave de la Internet del futuro estará en los paquetes que fabriquen estas grandes empresas de tecnología que utilicen programas compatibles con la Web, es decir, que desarrollen un lenguaje acorde con las nuevas circunstancias. En un principio las críticas sobre la falta de capacidad para explotar esos nuevos lenguajes que ofrecía la red de redes, no se hicieron esperar. Se trataba solamente de una reproducción de los medios impresos de comunicación tradicionales. Se exponía en ese momento que la Internet era una tecnología que tal vez podría llegar a posibilitar usos innovadores por parte de los usuarios y la aplicación de un nuevo comercio en la negociación empresarial. Estos planteamientos han sido cumplidos hoy, a cabalidad, por la gran "telaraña mundial".

La incursión de la empresa de software, Microsoft, en este nuevo mercado de información en red, fue determinante para su desarrollo. Nueva información

Internet por infracciones al derecho de autor cometidos por usuarios." Sumarios de Redi. <http://publicaciones.derecho.org/redi>

⁹ MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel. "Argentina: Propiedad intelectual en Internet. Aspectos del derecho de autor en el ciberespacio. Responsabilidad de los proveedores de Internet por infracciones al derecho de autor cometidos por usuarios." Sumarios de Redi. <http://publicaciones.derecho.org/redi>

comenzó su proceso de difusión (Páginas Web con temas de sitios reconocidos de cada ciudad de los Estados Unidos, ya no sólo alianzas con cadenas de noticias). El reto que imponía esta nueva tecnología de crear un nuevo lenguaje que permitiera aprovechar todas las ventajas de comunicación de la red de redes, fue asumido desde entonces, por los expertos en software.

Internet, inició su expansión, permitiendo a los usuarios seleccionar mediante una suscripción al servicio elegido, el envío de la información deseada, que llegaba al computador de su escritorio, sin necesidad de salir a buscarla. Además de la publicidad virtual, que representa un medio de difusión realmente efectivo, existen tres factores determinantes que hacen peculiar la red de Internet; el primero, es la posibilidad del manejo de información compuesta por partes de texto, gráficos, audio y video enlazados y complementados entre sí. El segundo factor, es la interactividad de la red, que permite a los proveedores de información monitorear los hábitos de consumo de los internautas, enviando la publicidad adecuada a esos hábitos, superando la acción de los medios ya existentes. Y por último, como tercer factor, se deben considerar las novedosas oportunidades que ofrece la Internet en cuanto a la interacción en foros de grupos o comunidades virtuales que manejan contenidos en cuestión de segundos, forma de comunicación a la cual los medios tradicionales de información no pueden tener acceso.

En estos tiempos, somos espectadores del combate por el dominio de la Internet, la nueva guerra de la tecnología; una posible posición monopolística de la empresa Microsoft, podría llegar a obtener el dominio de tres de las más grandes fuentes de poder mundial, informática, redes de información y telecomunicaciones.¹⁰

¹⁰ GATES, Bill. Dirección en Internet: <http://www.lector.net/verfeb99/gates4.htm>

Sólo nos queda a las generaciones presentes y futuras, aprender a vivir en la realidad de un mundo virtual. El mercado a nivel virtual ofrece a los usuarios de la red toda una gama de bienes y servicios, aumentándose día por día el número de negocios entre empresas y entre éstas y personas naturales. Es casi imposible negarnos a asumir la interactividad, el ahorro de tiempo y recursos y la mayor cobertura que nos brinda la Internet. Ante la posibilidad de realizar más fácilmente negocios, conseguir información de los lugares más apartados del planeta y obtener entretenimiento en forma innovadora, es casi imprescindible que el individuo normal incorpore, cada vez más, en mayor grado el uso de Internet a sus labores cotidianas, más aún en su desempeño profesional. Las bases de datos de las bibliotecas de las más importantes universidades del mundo están abiertas a cualquier investigador que requiera realizar esta clase de consultas electrónicas, haciendo de esta forma, un gran aporte a todas las áreas del conocimiento. Es sólo cuestión de segundos obtener información que hace un número de años podía resultar inaccesible.

Internet, seguirá colocando a disposición de todos los usuarios de la red, nuevos mercados virtuales, que irán modificando hábitos y gustos de consumo, y muy probablemente los estilos de vida de millones de individuos en el mundo. Además, impulsará la apertura comercial de muchos países, haciendo de esta manera más dinámica la globalización de la economía.

Podemos afirmar hoy, que Internet no es sólo la red de computadoras más grande del mundo, sino el “medio de comunicación más inteligente” que existe en nuestro tiempo.

Queremos resaltar a continuación, las cuatro condiciones que plantea el pionero de

la Internet, Joseph Carl Robnett Licklider¹¹, para establecer, si en realidad las computadoras aportan significativamente a la evolución humana, ellas son: "1) Que la acción comunicativa en la que intervienen, se defina o exprese como un proceso de creación interactiva. 2) Que los tiempos de respuesta sean cortos, para permitir una conversación libre y fluida entre los actores participantes. 3) Que la red global se encuentre formada por redes regionales independientes más pequeñas. 4) Que se formen comunidades virtuales a partir de la afinidad personal y los intereses comunes de los usuarios de las redes."¹²

Teniendo en cuenta estos requisitos y probado el cumplimiento de los mismos por parte de los ordenadores entrelazados en la gran "telaraña mundial", podemos considerar que la Internet si es un verdadero medio de comunicación.

Entre las características particulares que presenta Internet como medio de comunicación, con respecto a los medios tradicionales, podemos anotar, las siguientes¹³: a) Posee un contenido y una audiencia que se hace a la medida de los hábitos de los usuarios; no está sujeta como la prensa al interés público, ni como la programación de la radio o la televisión abierta pensada para grandes audiencias; b) Internet, tiene un alcance mundial, alcance que en algunos casos sólo podría llegar a lograr la televisión abierta, superando el alcance regional y nacional de la radio y la prensa; c) Internet es el único medio de comunicación que tiene

¹¹ LICKLIDER, J.C.R. (1915-1990). Profesor del Instituto Tecnológico de Massachussets. En 1964 publicó un escrito en el que describe su concepto de red galáctica: "Una red interconectada globalmente a través de la que cada uno pudiera acceder desde cualquier lugar a datos y programas." Fue la primera descripción documentada acerca de las interacciones sociales que podrían ser propiciadas a través de las redes informáticas. Tomado de la dirección en Internet: <http://www.isocanda.org/pioneros/licklider>

¹² GUTIERREZ, Fernando / ISLAS CARMONA, Octavio. Revista Mexicana de Comunicación, "La comprensión de Internet como extensión de los medios" Vol. 10, Nº. 50, agosto –septiembre de 1997, Pág. 36.

¹³ Descripción realizada con base en la Tabla No.1 denominada " La comprensión de los medios a través de las audiencias", presentada por: GUTIERREZ, Fernando / ISLAS CARMONA, Octavio. Revista Mexicana de Comunicación, "La comprensión de Internet como extensión de los medios." Vol. 10, Nº. 50, agosto –septiembre de 1997, Pág. 36

interacción inmediata, en el que cualquier persona puede participar, mientras que la radio y la televisión la tienen limitada por vía telefónica a determinados programas y la prensa en la que nunca se presentará una interacción inmediata, sólo permitirá la participación de las personas a través de cartas.

Existen autores, que considerando todas las particularidades que posee la red, afirman que la Internet no es un medio de comunicación social; que en Internet no existe un director o editor que sea responsable por mensajes o contenidos que circulan en la gran red, como si existe en los medios tradicionales, donde siempre habrá un periodista, un editor o un director a quien acudir y exigirle responsabilidad. A propósito, el abogado chileno, Renato Javier Jijena Leyva expone: "Internet se ha transformado en el *"Medio de Comunicación de Masas por antonomasia"*, pero no es un *"Medio de Comunicación Social"* de aquellos en que existan editores o directores a los cuales responsabilizar de los contenidos informacionales o multimediales (datos, imágenes, videos) que navegan por la red." ¹⁴

Aunque nuestra opinión al respecto, se construye también sobre la base de las mismas características de la red, nos apartamos de lo expuesto por el autor de la referencia en el acápite anterior, porque por el contrario consideramos, que si bien son precisamente estas propiedades, la extraordinaria capacidad de transmisión de la Internet y su completa interactividad, las que marcan la pauta en la modificación de los patrones tradicionales de información y, que efectivamente permiten a cualquier individuo que hace uso de la red ser productor masivo de información o emisor masivo de ésta, creemos que esto no es fundamento suficiente para no poder considerar la red de Internet, un medio de comunicación social como los ya existentes, claro está, con sus particularidades bien definidas, y por ende, con efectos importantes sobre el control de la producción y difusión de la información,

que bajo el dominio exclusivo de los medios convencionales de comunicación, prensa, radio y televisión, no representa tanta complejidad, ya que se identifican claramente los sujetos que editan o publican la información, en la mayoría de los casos, bajo la dirección de un superior que verifica los contenidos antes ser del conocimiento del público, y por consiguiente, siempre estará presente un control sobre la información mucho más efectivo. En Internet ese control recaerá principalmente en cada uno de los usuarios y será cada uno de nosotros, el responsable por la calidad de la información que coloque a circular en línea.

Creemos que contra todo posible pronóstico adverso, realizado por tecnólogos, científicos, juristas, gobiernos, más enfáticos en las consecuencias desfavorables de la red, que en sus innumerables ventajas, la Internet seguirá asumiendo en forma progresiva e integral funciones comunicativas, inimaginables en el desarrollo de los medios de difusión tradicionales.

2.2.3 Libertad de Expresión en la Internet, Referencia en el Caso Colombiano

Es importante considerar, que el punto central en discusión sobre la libertad de expresión en línea, propiamente por la transmisión de la información o contenidos que circulan en ella, está en determinar en qué grado se puede restringir esa libertad en la Internet; esta restricción no debe llevar nunca al examen y juicio previo de los mismos, porque se acabaría con elementos esenciales de la red, como su interactividad y su característica de red abierta que permite a un usuario indeterminado acceder a un mundo ilimitado de preferencias y posibilidades.

¹⁴ JIJENA LEIVA, Renato Javier. "Informe legal: sobre la improcedencia de censurar legalmente los contenidos de Internet. Análisis del Boletín N° 2395-19." Dirección en Internet:

Pensarlo de forma distinta sería restringir su sentido natural. Más aún cuando también en la Internet tiene plena aplicación el principio consagrado en el “único código universal que puede esgrimirse validamente ante cualquier tribunal”¹⁵ cual es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 19 establece: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras por cualquier medio expresión.”

Debemos dejar claro, que la Internet no se puede regular a nivel nacional, ningún Estado puede establecer una normatividad única para la red, ni limitarla a su espacio geográfico; la Internet tiene un ámbito de aplicación mundial. Algunas legislaciones internacionales han intentado establecer parámetros en la utilización de la Internet, por lo que representa, como medio de comunicación social por excelencia del nuevo siglo. A nuestro sentir, sin dejar por un momento de reconocer a la Internet su extraordinaria naturaleza aterritorial, para efectos del tema de la libertad en la transmisión de información, creemos que es importante hacer una breve alusión a su situación como medio de expresión social en el caso colombiano. Nuestro análisis, en el caso particular de nuestro país, tiene su punto de partida en la consideración de la Internet como *“medio masivo de comunicación”*, expresión utilizada en la Constitución Política de Colombia, en el artículo 20; en él se reconoce una de las garantías personales más importantes de una sociedad democrática; *“la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social...”*.

[http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 15 - Octubre de 1999/1](http://publicaciones.derecho.org/redi/No.15-10-1999/1)

¹⁵ SANCHEZ ALMEIDA, Carlos. “España: Libertad a secas”. Dirección en Internet: [http://www.publicaciones.derecho.org/redi/No. 29 - Diciembre del 2000/7](http://www.publicaciones.derecho.org/redi/No.29-12-2000/7)

En el estudio que realizamos de esta primera parte del artículo 20 de la Constitución Política, tenemos en cuenta dos aspectos de importancia en cuanto a la libertad de expresión; en primer lugar, se reconoce el derecho de opinión que a nuestro sentir no presenta mayores obstáculos en su ejercicio; pero, en segundo término existe el derecho a informar y ser informado y en este punto la Carta Magna es clara en establecer que dicha información debe ser "veraz e imparcial", lo que implica la responsabilidad expresa de los medios de comunicación masiva en la difusión de la información. Así lo expone la Corte Constitucional en la Sentencia T-048 de 1993, al considerar los alcances del artículo mencionado: "... en el cual se garantiza a toda persona tanto el derecho a "difundir su pensamiento y opiniones", como el "de informar". Lo primero autoriza a expresar juicios particulares acerca de las cosas bajo cuestión, y a exponer la conciencia de ideas y conceptos sobre las mismas, al tiempo que lo segundo, el informar, se refiere al relato de hechos y circunstancias fácticas en general. "

Frente a las consecuencias que se generan por el mal empleo de la libertad de expresión, la disposición constitucional agrega que: "(...) Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura." Y sobre este derecho, la citada sentencia manifiesta: "... el cual sólo es predicable de las informaciones, más no de los pensamientos y opiniones que, según el uso que de ellos se haga, pueden dar lugar a la reparación de daños causados y a la consecuente responsabilidad conforme a las leyes, civiles y/o penales, mientras que, se insiste, es un imposible material que se rectifique un pensamiento u opinión, porque sólo es posible rectificar lo falso o parcial, más no las apreciaciones subjetivas que sobre los hechos permitan la manifestación de pensamientos y opiniones."

Lo anterior, con el propósito de garantizar que la información que entra a circular en medios de prensa, radio y televisión, y ahora, en la red de Internet, no vulnere otros

derechos que reconoce el ordenamiento jurídico colombiano. No podemos olvidar, que existen también principios fundamentales que impiden hacer de la libertad de expresión un derecho absoluto, entre ellos, por ejemplo, la protección del interés público, uno de los pilares del Estado Social de Derecho en la República de Colombia y que conllevan la garantía de la seguridad económica y nacional; también, se reconocen en la Constitución el derecho para todas las personas, a la intimidad y a su buen nombre, derechos que al ser vulnerados tienen una sanción penal correlativa, como puede ser la contemplada para los delitos de injuria y de calumnia en el Nuevo Código Penal en vigencia, desde el 24 de julio de 2001, en los artículos 220 y siguientes.

2.3 Los contenidos en Internet

2.3.1. Importancia de los Contenidos

Se ha considerado con respecto a la importancia de los contenidos, que: "La característica principal que hace al Internet relevante para el derecho es la transmisión de contenidos, o sea, datos, información, obras artísticas, literarias y musicales mediante la tecnología de transmisión de paquetes de datos".¹⁶ Y además que la Internet posee todas las herramientas necesarias e ideales para la difusión de estos contenidos, como son la World Wide Web, los links, los buscadores, los foros de discusión, el chat, el correo electrónico, entre otros.

Precisamente, una de las discusiones más relevantes del momento sobre la gran red, se enmarca dentro del tema de la regulación de los contenidos en línea, talvez, como el elemento más valioso que posee la red.¹⁷ Si no fuera por las grandes cantidades de información que circulan en las miles de páginas y sitios de Internet enlazadas por vínculos o links¹⁸, y si Internet no representara la red abierta que conforma en nuestro tiempo, de la que millones de personas diariamente hacen uso en el área informativa, investigativa, recreativa, y de negocios en el nivel de

¹⁶ PEÑA VALENZUELA, Daniel. Los Aspectos Legales de Internet y del Comercio Electrónico. Dupre Editores Ltda., 2001. Pág. 13

¹⁷ Ibídem. Pág. 97

¹⁸ La definición de Link, que en español significa enlace: "En Unix, se refiere a un directorio o un archivo que se encuentra en cualquier otra parte, pero que aparece en la lista de directorios como si estuviera allí (también se denomina *symbolic link*, *enlace simbólico*); en las páginas **Web**, se trata de una conexión **hypertext**, un botón o una sección resaltada de un texto, que cuando se selecciona, lleva al lector a otra página." Tomado de: Diccionario de Internet Bilingüe. La guía esencial para comunicarse en la red. CRUMLISH, Christian. McGraw – Hill. 1996. Pág. 109. "Unix es considerado por los expertos como el sistema operativo natural de Internet". Tomado de:

comercio electrónico, quizá, no sería nuestro objeto, el estudio presente, sobre la influencia que este fenómeno tecnológico tiene en la interconexión de todos los cinco continentes.

Esta consideración, nos obliga a realizar un breve comentario del Comercio Electrónico¹⁹, como una manifestación más de la transmisión de contenidos, a través de la Internet, que incluye también, en el nivel de negocios, el intercambio de datos y documentos electrónicos. En el intercambio de esta información se pueden generar toda clase de contenidos, entre ellos, nocivos o ilícitos,²⁰ que pueden llegar también a comprometer la responsabilidad de carácter civil extracontractual (objeto principal de nuestro estudio), de los sujetos prestadores de servicios de Internet al permitir el flujo de esta información.

Como lo expresamos en páginas anteriores, Internet no tiene un centro rector que dirija, apruebe o desaprobe el contenido que libremente circula por la red. El intercambio de la información se realiza de forma instantánea y bajo el único control existente, que es el de todos los usuarios, quienes son los que eligen el contenido virtual que desean ver en páginas alojadas en un determinado servidor, actividad que puede ser realizada en el más absoluto anonimato.

GUTIERREZ, Fernando / ISLAS CARMONA, Octavio. Mexicana de Comunicación, "La comprensión de Internet como extensión de los medios". Vol. 10, N°. 50, agosto –septiembre de 1997, Pág. 38

¹⁹ El artículo 2º de la Ley 527 de agosto 18 de 1999, considera dentro de sus definiciones para los efectos de la misma, la definición de Comercio Electrónico, así: "Abarca las cuestiones suscitadas por toda relación de índole comercial, sea o no contractual, estructurada a partir de la utilización de uno o más mensajes de datos o de cualquier otro medio similar. Las relaciones de índole comercial comprenden, sin limitarse a ellas, las siguientes operaciones: toda operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios; todo acuerdo de distribución; toda operación de representación o mandato comercial; todo tipo de operaciones financieras, bursátiles y de seguros; de construcción de obras; de consultoría; de ingeniería; de concesión de licencias; todo acuerdo de concesión o explotación de un servicio público; de empresa conjunta y otras formas de cooperación industrial o comercial; de transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima y férrea, o por carretera."

²⁰ Tipo de contenidos que serán tratados con mayor profundidad en el tema que se presenta a continuación.

Concluyendo este breve aparte, podemos afirmar que la Internet simplemente es "una herramienta de búsqueda dinámica de contenidos instantáneos en línea."²¹

2.3.2. Algunos Tipos de Contenidos que pueden Circular en la Red

Retomando la historia de la red de computadoras más importante del mundo, encontramos que los contenidos que han circulado a través del tiempo no han sido de la misma índole. En un principio el acceso restringido y exclusivo de la red destinado a la administración central del gobierno de los Estados Unidos, sólo permitía que existieran contenidos secretos de carácter militar, sobre los cuales no se presentaba ningún inconveniente. En la década de los setenta, con el acceso permitido a los centros de educación superior y a organizaciones de orden científico, los contenidos en consecuencia se refirieron a la realización de objetivos de la academia y de la ciencia. Fue hasta los años noventa, con la apertura de la Internet a toda la comunidad mundial y por ende, la circulación de todo tipo de contenidos y el aumento de la cantidad circulante, lo que llevó al cuestionamiento de los gobiernos sobre la necesidad o no de su regulación.²²

Este tema de los contenidos que circulan en la gran red de Internet, su posible regulación a nivel legal y la responsabilidad que en sí mismo generan, abre un amplio debate en el ámbito jurídico frente a los intentos de censura de los legisladores de algunos países.

²¹ JIJENA LEYVA, Renato Javier. "Informe legal: sobre la improcedencia de censurar legalmente los contenidos de Internet. Análisis del Boletín N°. 2395-19". Dirección en Internet: <http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 15 - Octubre de 1999/1>

²² RODRÍGUEZ PEREDA, Karitza. "Perú: Tratamiento jurídico de los contenidos nocivos e ilícitos que circulan en Internet". Dirección en Internet: <http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 29 - Diciembre del 2000/14>

A continuación tratamos dos de las clasificaciones, a nuestro criterio, más relevantes para el presente estudio, que pretende obtener las herramientas para establecer la responsabilidad civil extracontractual de los proveedores de servicios en Internet.

2.3.2.1 Contenidos Propios o Impropios

Esta clasificación debe su existencia a la distinción que se hace entre contenidos (es decir, la información puesta en los artículos que se publican) que son elaborados por los hacedores o responsables de las páginas (web page) o sitios (site), denominados contenidos propios o “directos” y, contenidos que no son elaborados por los hacedores ni por los responsables de las páginas o sitios, pero que aparecen en estos lugares por su propia voluntad pues son ellos en últimas los que deciden qué incluyen allí, y son llamados contenidos impropios o “indirectos” o de terceros.²³ Esta última clase de contenidos es la que se refiere directamente a los Links, que son definidos claramente a continuación, así: “Unir hipertextos (“linking”) es la conexión que se hace de dos documentos distintos dentro de un mismo archivo o entre dos archivos diferentes. Este puede conducir al usuario a un archivo distinto en la misma página de Internet o inclusive a otra página de Internet que se encuentra en otro Servidor de Internet. Cuando el usuario hace “clic” en el “link”, el browser”, que es el software que permite navegar en el Internet, interpreta la instrucción dada y le facilita lo requerido en la pantalla de su computador. Existen

²³ SOBRINO, Waldo Augusto Roberto. “Argentina: “Responsabilidad de las Empresas Proveedoras de Servicios de Internet (‘Information Providers’, ‘Internet Service Providers’, ‘Hosting Service Providers’ y ‘Access Internet Providers’) con especial referencia a los casos de difamación de terceros”. Dirección en Internet: [http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 25 - Agosto del 2000/4](http://publicaciones.derecho.org/redi/No.25-Agosto-del-2000/4)

principalmente dos tipos de “links”, y se distinguen por su contenido. Uno se dirige a un contenido de textos y el otro a un contenido de imágenes. (...) Como es de apreciar, es ésta la herramienta fundamental de acceso a información que tiene el Internet. Es un método que permite atar textos e imágenes relacionadas, lo cual facilita a los usuarios a obtener un contenido más profundo y detallado sobre el tema que se proponen. Sin el “link” la funcionalidad de Internet se pierde y los usuarios tardarían más tiempo en ubicar el contenido deseado. Una página especializada en servicios legales, por ejemplo, debe tener “links” a la mayor cantidad de sitios en el Internet que contengan información jurídica. Es por lo general interés de una página de Internet que otras la tengan como “link”, y de esta forma poder asegurar un mayor número de visitas y una mejor diseminación de su contenido.”²⁴

También se hace una distinción entre links de primer nivel y links de segundo nivel. Los primeros, son los que aparecen en forma directa en las páginas o sitios que visita el usuario y que lo conducen, según la explicación del acápite anterior, a otro contenido o información, en un mismo archivo o a otro distinto, en la misma página o a otra distinta. Y los de segundo nivel se denominan también “links de links” o links de “nivel posterior”, y se trata de links que aparecen en la página en que abre el link de primer nivel y comprende de igual forma los links que aparecen posteriormente en las páginas sucesivas a las que se llega.²⁵ Es preciso concluir, que tanto los links de primer nivel como los de nivel posterior, también facilitan a los internautas, el encontrar un mayor número de contenidos de la misma clase de los inicialmente solicitados, pues, una gran parte de los links que aparecen en las páginas ya abiertas guardan relación con el fin de búsqueda de los contenidos que

²⁴ RODRÍGUEZ TURRIAGO, Omar. “ Aproximación a la Problemática de los Derechos de Autor en el Internet”. Febrero de 2001.

²⁵ SOBRINO, Waldo Augusto Roberto, “Argentina: “Responsabilidad de las Empresas Proveedoras de Servicios de Internet (‘Information Providers’; ‘Internet Service Providers’; ‘Hosting Service

se propone el usuario. Esto, por supuesto, se logra en menor tiempo real, del que se emplearía, sino existieran esta clase de enlaces o vínculos, llamados links.

2.3.2.2 Contenidos nocivos e ilícitos

En los últimos años, varios autores han expuesto la problemática que genera la presencia de los contenidos de carácter nocivo o ilícito en la red de Internet e igualmente algunas soluciones técnicas y jurídicas frente a la cuestión. En este tema se ven involucrados aspectos constitucionales y legales de todos los ordenamientos estatales, como por ejemplo, la posible violación que esta clase de contenidos haría, principalmente, de los derechos de los menores de edad a un desarrollo y educación adecuada, que implicarían en consecuencia, una indebida protección a la infancia y la juventud por parte de los gobiernos.²⁶

Se ha considerado que el problema generado por los contenidos ilícitos en línea recae principalmente en una de las características de la esencia de Internet, que es aquella que permite la transmisión de "datos, documentos, imágenes y sonidos de

²⁶ El "Acta de Decencia de las Comunicaciones de los Estados Unidos" o "Communications Decency Act", promovida dentro de la Ley de telecomunicaciones de los Estados Unidos, aprobada como ley federal en febrero de 1996, y que fue declarada inconstitucional (fueron anuladas sus disposiciones) en junio de 1997 por la Corte Suprema de EE.UU., sancionaba a todo aquel que difundiera contenidos de carácter "obsceno o indecente" en Internet, impidiendo con ello el acceso a menores de 18 años a sitios con contenidos que hacían referencia por ejemplo a órganos sexuales, sin considerar que estos podrían ser de carácter científico, e imponiendo penas de alto valor económico a quienes facilitaran textos o ilustraciones que pudieran resultar indecentes dentro de un foro público en línea. Una de las exposiciones de los magistrados se fundamentó en que no se podía restringir a los adultos la difusión a través de Internet de materiales que pudieran resultar inadecuados para los menores, pues, en últimas el objetivo aunque loable de proteger los niños y adolescentes, iba a vulnerar el ejercicio de la libertad de expresión expresamente consagrado en la Primera Enmienda Constitucional de los Estados Unidos. Esta fue la primera vez que se aplicaban estas disposiciones a la red abierta más grande del mundo. Posteriormente, en busca de una solución que corrigiera los defectos de la "Communications Decency Act", en octubre de 1998, se ratificó como "Ley -el Acta- para la protección o seguridad en línea de la privacidad de los menores" o La "Child Online Protection Act" -COPA- de Estados Unidos. Esta Ley permite a los padres acceder a tecnologías adecuadas de filtrado de contenidos y servicios de calificación, en distintos medios, como la televisión y el Internet. El desarrollo de la reglamentación detallada de esta nueva ley, estará a cargo de la Federal Trade Commission. Fuente: JIJENA LEIVA, Renato Javier. "Informe legal: sobre la improcedencia de censurar legalmente los contenidos de Internet. Análisis del Boletín N° 2395-19." Dirección en Internet: [http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 15 - Octubre de 1999/1](http://publicaciones.derecho.org/redi/No.15-10-1999/1)

diversa naturaleza o contenido, sean lícitos o ilícitos, morales o inmorales, permitidos o prohibidos, benignos o nocivos"²⁷.

Como ejemplo para ilustrar los contenidos nocivos, el caso de la pornografía como contenido obsceno y para ilustrar los contenidos ilícitos, el caso de la pornografía infantil. Podemos entender por pornografía: "El carácter obsceno de obras literarias o artísticas"²⁸ y es claro que ese carácter pornográfico o no pornográfico de las mismas, depende de los valores y creencias de cada país. En casos particulares, de países como Perú y Colombia la libre venta y circulación de publicaciones pornográficas está legalmente permitida. Las circunstancias especiales que caracterizan la red de Internet hacen que sea más complejo el tratamiento legal de este tipo de contenidos. El que difunde el contenido pornográfico, nunca puede identificar si quien accede a su página Web para obtenerlo, o quien recibe un correo electrónico, o quien se conecta a los chats, es un menor de edad.²⁹

Ante el interrogante de si la pornografía debe ser considerada como un contenido ilícito por el simple hecho que un niño o adolescente pueda acceder a ella, afectando su desarrollo, y esto sea razón suficiente para que el acceso a dicho contenido sea también impedido a los mayores, se puede citar el caso *Reno vs. ACLU*, 117 S. Ct. 2329 (1997), fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el cual se afirma que "Internet no es tan penetrante como la radio y la televisión" y confirmando la decisión del Tribunal de Apelaciones Norteamericano considera

²⁷ JIJENA LEIVA, Renato Javier. "Informe legal: sobre la improcedencia de censurar legalmente los contenidos de Internet. Análisis del Boletín N° 2395-19." Dirección en Internet: [http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 15 - Octubre de 1999/1](http://publicaciones.derecho.org/redi/No.15-10-1999/1)

²⁸ GARCIA-PELAYO Y GROSS, Ramón, "Larousse ilustrado", Ediciones Larousse, 1992.

²⁹ RODRÍGUEZ PEREDA, Karitza. "Perú: Tratamiento jurídico de los contenidos nocivos e ilícitos que circulan en Internet". Dirección en Internet: [http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 29 - Diciembre del 2000/14](http://publicaciones.derecho.org/redi/No.29-12-2000/14)

que "las comunicaciones a través de Internet no invaden el hogar de una persona o aparecen en la pantalla de su televisor espontáneamente."³⁰

Consideramos acertada la opinión de quienes piensan que un Estado no puede a través de una norma estandarizar la moral en Internet, no puede señalar como ilícito la difusión de un contenido en la red, en este caso, pornográfico, sólo porque puede llegar a ser visto por menores de edad; cuando en la realidad cotidiana ese mismo contenido si se puede difundir en puestos de revistas, librerías u otros sitios físicos reales, no virtuales, a los que también podrían acceder los menores. No tendría fundamento ninguno, carecería de lógica este planteamiento.

Entrando en el análisis del tratamiento jurídico de los contenidos ilícitos,³¹ la Resolución del Consejo de Telecomunicaciones de la Unión Europea, de 27 de septiembre de 1996, a nuestro sentir, afirma muy acertadamente lo siguiente: "Lo que es ilícito fuera de línea lo es también en línea".³²

³⁰ Jurisprudencia de Estados Unidos citada por: RODRÍGUEZ PEREDA, Karitza. "Perú: Tratamiento jurídico de los contenidos nocivos e ilícitos que circulan en Internet". Dirección en Internet: <http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 29 - Diciembre del 2000/14>

³¹ Referimos aquí, algunas de las actividades que son consideradas como ilícitas en Internet, entre otras, las siguientes: "...a) la difusión de instrucciones sobre preparación de bombas, las actividades terroristas, la producción y tráfico de drogas, y el activismo político, lo que atenta contra la seguridad nacional y mundial; b) la oferta de servicios sexuales y pornografía relacionada con niños (pedofilia), lo que requiere velar por la protección de menores; c) el envío de mensajes que incitan al odio y la discriminación racial y religiosa, lo que atenta contra la dignidad humana; d) las conductas de hurto y destrucción de datos que realizan los "hackers", que atentan contra la seguridad y confidencialidad de la información; e) los delitos de "pirateo" de software, que vulneran la propiedad intelectual; f) el mal uso de tarjetas de crédito ajenas, lo que atenta contra la seguridad económica; g) la recolección, procesamiento y transmisión no autorizada de datos personales, lo que requiere proteger legalmente la privacidad o intimidad de las personas; h) el envío de mensajes difamatorios o injuriantes, lo que atenta contra la honra y la dignidad de las personas; etcétera". Tomado de: JIJENA LEIVA, Renato Javier. "Informe legal: sobre la improcedencia de censurar legalmente los contenidos de Internet. Análisis del Boletín N^o. 2395-19. Dirección en Internet: <http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 15 - Octubre de 1999/1>

³² Citado por: JIJENA LEIVA, Renato Javier. "Informe legal: sobre la improcedencia de censurar legalmente los contenidos de Internet. Análisis del Boletín N^o 2395-19. Dirección en Internet: <http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 15 - Octubre de 1999/1>

Podemos encontrar que existen Estados que tipifican conductas como la difusión de cualquier clase de material que contenga pornografía infantil, como es el caso particular de Colombia que tipifica a luz del Nuevo Código Penal, artículo 218, lo siguiente: “El que fotografíe, filme, venda, compre, exhiba o de cualquier manera comercialice material pornográfico en el que participen menores de edad, incurrirá en prisión...” y otros Estados que no tipifican dentro de sus ordenamientos jurídicos, esta clase de conductas.³³

Algunos autores plantean la limitante de aplicar este derecho penal tradicional al ciberespacio, que no contempla límites geográficos y no respeta ninguna clase de jurisdicción estatal, lo que implica que no es posible la censura de contenidos ilícitos desde un Estado específico. Para abordar el problema de los contenidos ilícitos en Internet se debe partir de la base de determinar la ubicación física del servidor que provea esos contenidos. Los usuarios de la red libremente acceden a los contenidos de las páginas de algunos sitios que mantienen los servidores, a través de los ISP o proveedores de conectividad que lo hacen factible. Más incertidumbre genera aún, la ley que sería aplicable en los casos que no tienen localización física identificable.³⁴

³³ En algunos documentos trabajados por organizaciones internacionales se hace notoria la cooperación mundial en la materia, en la búsqueda de lograr que las legislaciones al interior de los países tipifiquen estas conductas, como una forma de concientización de la universalización de la Internet y de las infracciones que en ella se pueden llegar a cometer. Así por ejemplo, el Libro verde de la Comisión Europea acerca de la protección de menores y la dignidad humana en servicios audiovisuales e informativos, la Declaración Ministerial de Bonn sobre las “Redes mundiales de la información”, de julio de 1997, y también, el proyecto de la Convención sobre el Ciber Crimen, de octubre de 2000, que consagra en su artículo 9º, la pornografía infantil, como conducta delictiva que debe ser tipificada por cada una de las legislaciones que suscriban y ratifiquen la Convención que no es exclusiva de los Estados miembros de la Comunidad Europea. Documentos citados por: RODRIGUEZ PEREDA, Karitza: “Tratamiento jurídico de los contenidos nocivos e ilícitos que circulan en Internet” Dirección en Internet: <http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 29 - Diciembre del 2000/14>

³⁴ JIJENA LEIVA, Renato Javier. “Informe legal: sobre la improcedencia de censurar legalmente los contenidos de Internet. Análisis del Boletín N°. 2395-19.” Dirección en Internet: <http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 15 - Octubre de 1999/1>

Entonces, considerando lo expuesto, en materia de delitos relevantes en la Internet, delitos contra el orden publico, delitos contra la moral, contra la propiedad intelectual, u otras conductas penalmente tipificadas, que integra la legislación interna de los Estados donde estén ubicados servidores que provean contenidos, solamente puede ser aplicada dentro de los límites de su jurisdicción, cuando llegado el caso, se presente la difusión o transmisión de contenidos ilícitos; pero por ninguna circunstancia, puede exceder las fronteras territoriales donde ejerce el poder jurisdiccional dicho Estado, a excepción de delitos que tengan una consagración internacional en acuerdos o tratados. En consecuencia, la normatividad aludida del artículo 218 del Nuevo Código Penal colombiano, que tipifica como delito “la pornografía con menores”, sólo tendría validez en nuestro territorio y, podría aplicarse exclusivamente para los sujetos que de alguna manera intervienen en la transmisión de la información circulante en la red, como a los proveedores de acceso y/o de servicios de Internet, que tengan ubicados sus servidores en Colombia, o a quienes provean un contenido nocivo o ilícito desde un servidor localizado en Colombia.

Algunas disposiciones particulares sobre circulación de información con contenido ilícito desarrolladas en algunos países americanos y europeos serán tratadas en el capítulo sobre Consideraciones Normativas en el Derecho Comparado.

3. RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIO POR LA TRANSMISION DE LOS CONTENIDOS EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

3.1 Aspectos Generales de la Responsabilidad en el Derecho Colombiano

En este primer título nos proponemos presentar brevemente, un panorama de la Responsabilidad Civil en Colombia, con el propósito de señalar los requisitos y aspectos que se deben tener en cuenta al momento de imputar responsabilidad a un sujeto.

3.1.1 Descripción de Responsabilidad Civil

El término responsabilidad siempre se define en relación con otra persona, se es responsable ante otra persona por un daño que se le ha causado. Jurídicamente se es responsable cuando se tiene la obligación de asumir las consecuencias de una conducta. Y cuando se trata de responsabilidad civil nos referimos a consecuencias

patrimoniales porque se ha dañado un bien ajeno, que ha afectado el patrimonio del perjudicado.

Podemos describir los supuestos de la responsabilidad civil, de la siguiente forma: “La responsabilidad civil supone siempre una relación entre dos sujetos, de los cuales uno ha causado un daño y otro lo ha sufrido. La responsabilidad civil es la consecuencia jurídica de esta relación de hecho, o sea la obligación del autor del daño de reparar el perjuicio ocasionado. Por este motivo se advierte que la responsabilidad civil se resuelve en todos los casos en una obligación de reparación. Por tanto, es responsable aquel sujeto que queda obligado a indemnizar el perjuicio causado a otro; y no es responsable quien, a pesar de haber causado un daño a otro, no obstante no es obligado a repararlo.”³⁵

3.1.2 Responsabilidad Civil Extracontractual

Existen en la doctrina dos clases de responsabilidad civil, la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual; en la primera se parte de un vínculo jurídico previo a la responsabilidad que se genera, he incluye las responsabilidades derivadas del contrato y del cuasicontrato y las responsabilidades legales que surgen preexistiendo un vínculo jurídico indicado por la ley; en la segunda no existe vínculo jurídico previo y sólo se crea cuando ocurre el hecho que causó el daño, ésta incluye las responsabilidades derivadas del delito y del cuasidelito. La mayoría de la doctrina ha considerado que existe responsabilidad civil contractual cuando opera un daño consecuencia de una relación jurídica previa,

³⁵ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo III, Pág. 202.

y lo que no esté dentro de este supuesto, será enmarcado en la responsabilidad civil extracontractual.

Con el fin de ser más ilustrativos en la exposición del tema, en algunas circunstancias, señalaremos en forma especial algunos principios y fundamentos de la responsabilidad civil extracontractual consagrada en el ordenamiento colombiano. Veremos más adelante que es este tipo de responsabilidad el que debe aplicarse a los diferentes actores que participan en la difusión y transmisión de los contenidos. En los pronunciamientos jurisprudenciales que se estudiarán en próximos capítulos se observará que no existe ningún vínculo previo entre el sujeto causante del daño y el lesionado.

En los supuestos de la responsabilidad civil extracontractual, el incumplimiento del deber jurídico genera la obligación de resarcir perjuicios o indemnización, entendiéndose esta responsabilidad, como la obligación de reparar daños que una persona le ocasione a otra. En el caso colombiano, lo afirmado anteriormente, tiene consagración en el artículo 6° del Código Civil: “La sanción legal no es solo la pena sino también la recompensa: es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones. (...)”,

3.1.2.1 Elementos de la Responsabilidad Civil

En casi todos los ordenamientos, para que haya lugar a imputar una clase de responsabilidad se exige el cumplimiento de determinados requisitos o elementos que la configuren. Así, la doctrina y la jurisprudencia que sigue los principios franceses, desde años atrás, ha considerado como elementos de la responsabilidad

civil extracontractual, los siguientes: el daño o perjuicio, la culpa (el hecho u omisión de la persona) y el nexo causal. En Colombia la disposición que contiene dichos elementos es la norma consagrada en el artículo 2341 del Código Civil así: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.” A continuación exponemos de manera breve en que consiste cada uno de ellos.

3.1.2.1.1 El Daño

Se puede considerar el daño, como un menoscabo a una situación jurídica o a una facultad jurídica³⁶ de un tercero, que lo priva total o parcialmente del goce de un bien patrimonial o extrapatrimonial. Sin el elemento daño no existe responsabilidad civil extracontractual. Ahora bien, analicemos brevemente cuáles son los requisitos del daño: el primero, hace referencia a que debe haber certidumbre absoluta en la causa del daño y en el nexo causal para que pueda ser un daño resarcible, se trata de una certidumbre propia del sentido común de las máximas de la experiencia; como segundo requisito el daño debe ser personal de quien lo sufre, es decir, que ningún tercero puede alegar un daño que sufrió otra persona, y el requisito tercero consiste en la licitud del daño.

Existe una clasificación jurisprudencial y doctrinaria del daño, en daño patrimonial y daño extrapatrimonial. El daño patrimonial o menoscabo al patrimonio de la persona a su vez comprende el daño emergente y el lucro cesante. Por el primero,

³⁶ Como facultades jurídicas entendemos todas las posibilidades de obrar de una persona en el sentido de no existir prohibición a las mismas.

“(…) entendemos el empobrecimiento directo del patrimonio económico del perjudicado. La disminución específica, real y cierta del patrimonio...”,³⁷ en palabras más simples, un determinado valor económico que salió o saldrá del patrimonio de quien sufrió el daño para atender los efectos que causó el mismo; el lucro cesante se define como “(…)la frustración o privación de un aumento patrimonial. La falta de rendimiento, de productividad, originada en los hechos dañosos...”,³⁸ es decir, un rendimiento que se deja de percibir como consecuencia de ese acontecimiento dañoso que da origen a la responsabilidad civil, lo que no entró o no entrará al patrimonio de quien sufrió el daño debiendo hacerlo según el curso normal de los acontecimientos. Este tipo de daño, es de común ocurrencia en la Internet, pues como lo veremos más adelante y específicamente en el caso Napster, los demandantes prueban que los contenidos que suministra la página www.napster.com han hecho que sus ingresos se reduzcan de manera considerable.

El daño extrapatrimonial no afecta el patrimonio de quien sufre el daño sino sus sentimientos, su honra u otros bienes de las personas de carácter no patrimonial; prueba de este tipo de daño será la sentencia Chilena que se analizará en el título tercero, en ella es claro que el demandante no está sufriendo un perjuicio de tipo económico sino que se ve afectada su honra al aparecer como una persona que ofrece servicios sexuales; en Colombia se considera daño extrapatrimonial el daño moral subjetivo que se refiere al dolor físico de la persona que sufrió el daño o dolor psíquico en el caso del dolor que sufren los herederos si el daño es tan lesivo que ocasiona la muerte de una persona. Cuando se presenta un daño extrapatrimonial o moral se genera una indemnización de carácter compensatorio, que no borra ninguna diferencia de tipo patrimonial.

³⁷ MARTINEZ RAVE, Gilberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Aspectos sustanciales y procesales. 9º edición, 1996. Biblioteca Jurídica. Dike. Pág. 232.

Por último, en cuanto a la prueba del daño, éste debe probarse plenamente, el juez no puede inferir la existencia del daño, sólo se presenta una excepción en el caso de la responsabilidad civil contractual en Colombia, de obligaciones pactadas con cláusula penal, disposición consagrada en el artículo 1592 del Código Civil, que para la aplicación de dicha cláusula no se necesita de probar el daño sino el incumplimiento, al “... no ejecutar o retardar la obligación principal.” Frente al daño material existe libertad probatoria y en relación con la prueba de la existencia del daño moral, ésta se realiza a través de indicios, no se prueba la cuantía del mismo quedando al arbitrio del juez establecerla.

Frente a esta consideración los pronunciamientos jurisprudenciales en el Derecho Comparado, son unánimes en considerar la prueba del daño como uno de los elementos fundamentales para imputar responsabilidad a los proveedores en Internet. Si no se ha causado un daño, o ese daño se ha evitado no hay porque imputar responsabilidad.

3.1.2.1.2 La Culpa

A diferencia de la responsabilidad civil contractual en la que existe una tridivisión de la culpa, en culpa grave, leve y levísima, en la responsabilidad civil extracontractual existe una sola culpa. Los tratadistas Mazeaud precisaron en distinguir entre culpa delictuosa y cuasidelictuosa en la que no bastaba asimilar la primera con culpa intencional y la segunda en mención con la culpa por imprudencia o por negligencia. La culpa delictuosa afirmaron “... tiene contornos muy precisos: noción puramente

³⁸ *Ibidem*. Pág. 233.

subjetiva, se caracteriza por la voluntad torcida, por la intención de perjudicar. (...)”³⁹ La culpa cuasidelictuosa fue definida clásicamente por los Hermanos Mazeaud así: “... es un error de conducta que no hubiera podido cometer una persona advertida colocada en las mismas circunstancias externas que el autor del perjuicio. Definición que conviene no sólo a los casos en que el autor de la culpa está sujeto a la obligación general de prudencia y diligencia, sino también a aquellos en que la ley hace pesar sobre él una obligación determinada, porque una persona advertida cumple evidentemente las obligaciones precisas que la ley le imponga.”⁴⁰ La culpa es el segundo elemento para configurar una responsabilidad civil extracontractual, y de una u otra forma este aspecto está presente en todas las consideraciones normativas que estudiaremos en el Derecho Comparado. Tal vez, la Directiva Europea es la que trata con mayor precisión el tema, pues dentro de sus disposiciones señala que el operador que almacene en su servidor páginas Web que contenga material ilícito será responsable si conociendo de la existencia de dicho material, no actúa rápidamente para bloquear el acceso a la página. Nótese que la actitud de este operador es un claro error de conducta y que frente al daño que se está originando por ese contenido asume un comportamiento pasivo, por lo que claramente es responsable por una actitud omisiva.

3.1.2.1.3 El Nexo Causal

³⁹ MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, León. Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual. Tomo I. Editorial Colmex. Edison 114. Departamento 1. México, D.F. Pág. 196.

⁴⁰ MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, León. Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual. Tomo I. Editorial Colmex. Edison 114. Departamento 1. México, D.F. Pág. 207.

La relación de causalidad constituye el tercer elemento de la responsabilidad civil extracontractual, siempre que se atribuye un daño a título de culpa se supone un nexo causal, si no existe culpa no hay nexo causal. Si está demostrado el daño se mira si ese daño fue por el incumplimiento del deber jurídico en relación de causalidad, esto es lo que conforma la antijuridicidad en la responsabilidad civil. Cuando se alude a esa relación de causalidad, el derecho positivo colombiano exige, que los perjuicios causados que deben ser reparados, cualquiera sea su naturaleza (previsibles o imprevisibles), deben ser consecuencia inmediata o directa del hecho dañoso, estableciendo un criterio de causalidad adecuada, al considerar sólo los perjuicios que sean consecuencia del obrar directo del agente.

Se ha definido el nexo causal: "... como la necesaria e indispensable relación de causa a efecto, entre el hecho y el resultado o daño. (...) Cuando el resultado es consecuencia lógica de una causa única es fácil para el fallador encontrar la causa del daño. Pero otras veces intervienen varias causas o condiciones que pueden ser o no definitivas en el resultado o tener incidencia en el daño. Es lo que se ha conocido con el nombre de concausas, vale significar, la existencia de varios hechos o circunstancias que pudieron influir en el resultado."⁴¹

La mayoría de la doctrina y jurisprudencia sobre la materia, ha estado de acuerdo en afirmar, que son tres las causas de exoneración de responsabilidad civil, eventos en los cuales el nexo causal se interrumpe: a) Hecho de la víctima, b) Fuerza mayor y caso fortuito c) Hecho de un tercero. Por el hecho de la víctima se entiende aquella participación, con influencia directa en el resultado, de tal forma que rompa la relación causal con el sujeto al cual se le imputa responsabilidad⁴². El

⁴¹ GILBERTO MARTINEZ RAVE, "La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Aspectos sustanciales y procesales.", 9º edición, 1996. Biblioteca Jurídica. Dike. Pág. 26.

⁴² Para que se configure esta causal exonerante de responsabilidad se deben cumplir los siguientes requisitos:" a) Tener un nexo de causalidad único (compartido solo disminuye la indemnización) con el resultado. (...) b) Ese hecho, que se imputa a la víctima, no puede originarse o tener relación con el causante o demandado. Por lo tanto el causante no debe haber provocado o causado el hecho de

segundo factor de exoneración se presenta cuando ni al presunto responsable, ni a la víctima, ni a un tercero es posible imputarles el origen del hecho dañoso, pues éste obedece a fenómenos de la naturaleza o del azar, que deben ser de carácter imprevisibles e irresistibles. Por último, el hecho de un tercero se presenta cuando el demandado no es el causante del daño, sino una persona distinta a él; para que se configure esta causal, no debe existir ninguna relación de dependencia entre el señalado responsable y el tercero y, por parte de aquél no debe existir ningún comportamiento culposos.

3.1.2.2 Fundamento de la Responsabilidad Civil

Cuando se analiza *el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual*, se presentan dos corrientes: la que acepta la tesis de la responsabilidad civil subjetiva y la que asienta con el fundamento de la responsabilidad civil objetiva.

La responsabilidad civil subjetiva analiza el comportamiento del sujeto causante del daño para determinar si ha incurrido en un comportamiento intencional o no intencional constitutivo de culpa. Este último comportamiento puede comprender una impericia, o falta de aptitudes para asumir el cumplimiento de una obligación, puede comprender una imprudencia, que la comete quien conociendo un riesgo, lo asume y confía en evitarlo, o puede también comprender una negligencia u omisión de determinadas conductas en el cumplimiento de una obligación.

la víctima. (...)” Tomado de: GILBERTO MARTINEZ RAVE, “La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Aspectos sustanciales y procesales.”, 9º edición, 1996. Biblioteca Jurídica. Dike. Pág. 201-202

Si se prescinde del análisis del comportamiento del sujeto causante del daño la responsabilidad no será subjetiva sino objetiva. En la responsabilidad civil objetiva se mira el resultado dañoso. Para formular este criterio se parte de la teoría del “riesgo creado”. Todo aquel que con su actividad origina un riesgo para los terceros y causa un daño debe responder. El riesgo desplaza la culpa, que es el criterio de la responsabilidad subjetiva. La teoría del riesgo tiene dos vertientes; la teoría del “riesgo beneficio”, si una persona con su actividad que reporta un beneficio causa un daño, está obligado a indemnizarlo, sin analizar si tuvo la intención de hacer daño; y en la teoría del riesgo se considera que hay actividades que por sí mismas potencialmente generan un peligro para las personas, y si con esa actividad se causa un daño se genera la obligación de indemnizar. Estas actividades que por sí mismas son peligrosas se enmarcan en la responsabilidad subjetiva, dentro de la presunción de culpa.

En el caso particular del ordenamiento colombiano, la jurisprudencia ha determinado que no se puede prescindir del criterio de culpa, que rige la responsabilidad subjetiva, y que parte de la apreciación abstracta de la culpa, en que se toma como referencia el buen padre de familia.

Normativamente la responsabilidad civil tiene como fundamento el Hecho o Acto Ilícito Civil, que posee como nota la antijuridicidad o producción de un daño por la violación de un deber jurídico y que se constituye ese hecho en una fuente de las obligaciones, la responsabilidad civil se origina porque se causo ese daño. El Hecho Ilícito Civil se representa en un actuar humano que ocasiona un daño a otro y que genera para su autor la obligación de repararlo.

3.1.2.3 Funciones de la Responsabilidad Civil

La responsabilidad civil cumple dos funciones que están inescindiblemente unidas, una función reparatoria y una función sancionatoria. En cuanto a la primera función, dada la existencia de un daño, ese daño debe ser resarcido sino en los mismos componentes que fueron afectados (en especie) si en sus equivalentes (suma de dinero o valores que estaban en el patrimonio y fueron menoscabados), consiste en un restablecimiento que coloca a la persona que lo sufrió en la situación de no haber mediado ese daño y esa labor comparativa entre las dos situaciones que se presentan, la situación actual del perjudicado y la que tendría de no haber mediado perjuicio, es la que le corresponde al juez. En cuanto a la función sancionatoria, consiste en imputarle a una persona las consecuencias adversas de su comportamiento y se cumple con la imposición de la obligación de indemnizar que se da como consecuencia de la violación a un deber jurídico.

3.1.2.4 Clases

Se ha considerado, por la mayoría de los doctrinantes que siguen lineamientos franceses que tres son clases de responsabilidad civil aquiliana: a) Responsabilidad civil por el hecho personal o propio o también llamada responsabilidad directa, b) Responsabilidad civil por el hecho de otro o responsabilidad indirecta y, c) Responsabilidad por el hecho de las cosas.

3.1.2.4.1 Directa

En contraposición con las otras dos clases de responsabilidad, podemos entender que se genera responsabilidad directa, cuando en la producción del daño no media otro sujeto sobre el cual se tenga la vigilancia, o en tal acontecimiento dañoso, no interviene una cosa de la que se tenga la custodia.

Este tipo de responsabilidad es la que se imputa con mayor frecuencia a los sujetos que participan en la transmisión y difusión de contenidos a través de la red de Internet. Ello es así, pues en las consideraciones normativas del Derecho Comparado se evidencia que la responsabilidad del operador dependerá de la actitud que éste asuma cuando se encuentra frente a un contenido o un material infractor.

Traemos a colación, algunas características de la responsabilidad directa, para el caso concreto colombiano, en la que se ha ido dejando de lado la utilización práctica de esta clase de responsabilidad, ante las ventajas probatorias que representa alegar la responsabilidad por actividades peligrosas consagrada en el artículo 2356 del Código Civil de nuestro ordenamiento: “Mientras que en el artículo 2341 el juez se reserva la facultad de juzgar cada conducta para considerar si ella es o no culposa, el artículo 2356, a priori, señala como culposo el ejercicio de actividades peligrosas; en el artículo 2341 el demandante prueba genéricamente los hechos, y de allí el juez deduce la culpabilidad; en cambio, en la responsabilidad por actividades peligrosas, probada la peligrosidad, el juez deberá dar por sentada la prueba de la culpa. En conclusión, pues, la responsabilidad directa del artículo 2341 se caracteriza porque, además de probar el hecho físico, el demandante corre con la dura carga probatoria de demostrar factores negligentes, de imprudencia o impericia, en tanto que en la responsabilidad del artículo 2356, la modalidad peligrosa del hecho excluye la prueba de una negligencia adicional.”⁴³

⁴³ TAMAYO, Javier, Responsabilidad Civil Extracontractual, Tomo I, Pág. 5.

3.1.2.4.2 Indirecta

En esta clase de responsabilidad ubicamos la responsabilidad por el hecho de otro y por el hecho de las cosas. A propósito de éstas los hermanos Mazeaud afirman: “El dominio de la responsabilidad por el hecho de otro, lo mismo que el de la responsabilidad por el hecho de las cosas, es un dominio de excepción. El derecho común de la responsabilidad está contenido en las reglas que gobiernan la responsabilidad por el hecho personal. (...)”⁴⁴

En la responsabilidad indirecta, el daño se produce con la mediación de otro sujeto sobre el cual se tiene la vigilancia. Un ejemplo claro de la responsabilidad por el hecho de otro, que encontramos en las legislaciones con soporte doctrinario francés, es la responsabilidad especial de los padres, por actividades que provengan de vicios que tengan los menores. Esta clase de responsabilidad se puede generar cuando se ha incumplido una obligación in eligendo o in vigilando.

La responsabilidad por el hecho de las cosas se ha establecido en distintos eventos en los cuales el daño se ha producido porque ha intervenido una cosa de la cual se tiene su custodia.

Adicionalmente, podemos encontrar otra clasificación de la responsabilidad civil extracontractual, en dos sistemas, a saber: el de culpa probada y el sistema de culpa presunta, según hagan parte de uno u otro. En el primero, el de culpa

probada, es a la víctima a quien le corresponde probar la culpa de quien señala como responsable. En el sistema de culpa presunta, el demandante está relevado de probar la culpa, debido a que ésta se presume. A la responsabilidad por el hecho propio se le aplica el sistema de culpa probada y en las restantes clases de responsabilidad se aplica el sistema de culpa presunta.

⁴⁴ MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, León. Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual. Tomo I. Editorial Colmex. Edison 114. Departamento 1. México, D.F. Pág. 293.

3.2. Identificación y Función de los Actores de Internet en el Uso y Difusión de los Contenidos

3.2.1 Proveedor de Acceso a Internet, ISP.⁴⁵

Persona natural o jurídica que presta el servicio de acceso a Internet de conformidad a la ley y su normativa complementaria.⁴⁶ De una manera más sencilla podríamos señalar que el proveedor de acceso es aquel operador que permite la conexión con Internet. Son ejemplo de proveedores de acceso a Internet en Colombia: Telecom, El sitio, Cable-Net, entre otros.

De una manera ilustrativa a continuación explicaremos que función cumple este sujeto: cuando queremos conectarnos a Internet lo primero que hacemos es prender nuestra computadora, pero como por lo general nuestro computador no está conectado permanentemente con Internet, hay que llamar por teléfono a nuestra compañía de acceso a Internet ⁴⁷(Internet Service Provider- ISP). Para ello, a menudo basta hacer click en un icono que dice: "Acceso Directo" o "Conexión directa a (el nombre del proveedor de servicio)."Una vez pulsamos el icono aparece una ventana pidiendo información del nombre del usuario y por lo general una clave de acceso. Inmediatamente el usuario consigna los datos solicitados, el módem

⁴⁵ ISP, abreviatura inglesa de Internet Service Provider, que en idioma castellano traduce: Proveedor de Servicios de Internet.

⁴⁶ Resolución No. 1483 del 22 de octubre del año 1999, "Por la cual se fija el procedimiento y plazo para establecer y aceptar conexiones entre ISP." Chile.

⁴⁷ Dentro de las compañías de acceso a Internet están los proveedores de servicio de Internet y las compañías de telecomunicaciones . Los usuarios, a través de un contrato, que generalmente es por adhesión adquieren el derecho a usar el Internet a cambio de una tarifa mensual predeterminada ,

empezará a llamar y una vez establecida la conexión con nuestro proveedor de acceso, podremos empezar a navegar por la Red de Internet.

Es importante resaltar que durante el proceso de acceso a Internet estuvo presente el protocolo PPP, lo que significa que a nuestro equipo le fue asignada una dirección IP para poder navegar por Internet.

3.2.2 Proveedor de Servicios en Línea o Proveedor de Alojamiento. (Hosting Service Provider).

Las páginas Web necesitan un lugar físico en el cual alojarse y esa es precisamente la función que cumple este operador, " es una especie de posadero tecnológico virtual que brinda solamente el servicio de hospedaje "⁴⁸ Este operador es propietario de un servidor y le suministra a los dueños de las diferentes páginas Web, un lugar (en su propio servidor) para que los usuarios que deseen ingresar a sus páginas o sitios Web lo puedan hacer, a través de ellos, es decir, brindar al proveedor de contenido un espacio de memoria en su servidor, alojando su contenido

con cargo telefónico adicional al tiempo que se navegue. En ocasiones el servicio de acceso es gratuito, pero el tiempo de navegación si se cobra.

⁴⁸ SOBRINO, Waldo Augusto Roberto. "Argentina: "Responsabilidad de las Empresas Proveedoras de Servicios de Internet ('Information Providers'; 'Internet Service Providers'; 'Hosting Service Providers' y 'Access Internet Providers') con especial referencia a los casos de difamación de terceros". Dirección en Internet: [http://publicaciones.derecho.org/redi/No.25 - Agosto del 2000/4](http://publicaciones.derecho.org/redi/No.25-Agosto-del-2000/4)

3.2.3 Proveedor de Contenido- IP⁴⁹

Se conoce como proveedor de Contenido o proveedor de información a aquella " persona natural o jurídica que pone a disposición de los usuarios contenido y/o aplicaciones en Internet a través de medios propios o terceros"⁵⁰ o " quien elige el contenido que se publica en una página Web"⁵¹. En otras palabras son quienes suministran los contenidos que circulan en la red.

3.2.4 Usuario

Se debe entender por usuario, toda persona natural o jurídica que a través de los servicios que ofrece el Proveedor de Acceso a Internet accede a la red de Internet. Los Usuarios que navegan a través de Internet son también conocidos con el nombre de Internautas o Cibernautas. Internet permanentemente es conducida por los usuarios, que crean buena parte de los contenidos en línea, y son los editores masivos de la información.

⁴⁹ IP abreviatura inglesa para designar a los Information Providers, que en el idioma castellano traduce: Proveedor de Contenido.

⁵⁰ Resolución No. 1483 del 22 de octubre de 1999 "Por la cual se fija el procedimiento y plazo para establecer y aceptar conexiones entre ISP." Chile.

⁵¹ LIPSZYC, Delia. La Responsabilidad del Proveedor de Servicios y del Proveedor de Acceso. Séptimo curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. 22 de agosto de 2000.

3.3 Consideraciones Normativas en el Derecho Comparado

La transmisión de contenidos en la red constituye la característica más importante de la sociedad de la información, si la transmisión es el elemento más importante, quienes la hacen posible juegan un papel definitivo en la misma, es por esta razón que muchos países han considerado de vital importancia regular la responsabilidad de los diferentes actores que participan en la transmisión de los contenidos. Los países pioneros en dicha regulación son Alemania, Estados Unidos y la Comunidad Europea. Por el importante aporte que estas leyes ofrecen a nuestro estudio se hará un breve análisis de cada una de ellas rescatando lo más relevante en materia de responsabilidad de los proveedores de servicio en la sociedad de la información

3.3.1 The German Multimedia Law. Federal Law to Regulate the Conditions for Informations and Comunication Service (1997)

Esta ley ha sido considerada por algunos como la pionera en la regulación de los servicios de Internet, consta de 12 artículos subdivididos a su vez en varios numerales. Para nuestros efectos estudiaremos al detalle el artículo 1, en especial sus numerales 3, 4 y 5.

Antes de entrar a examinar en detalle la responsabilidad que esta ley adjudica a los Prestadores de Servicios de Internet consideramos importante citar los dos primeros numerales del Artículo 1:

& 1 Propósito de la Ley

El propósito de esta ley es crear condiciones económicas uniformes para los diferentes usos de la información electrónica y los servicios de comunicación

& 2 Área de Aplicación

Las siguientes disposiciones se aplican a toda información electrónica y servicios de comunicación...

Teniendo claro el propósito y el ámbito de aplicación de la ley, corresponde ahora el análisis de los artículos atinentes a la responsabilidad de los ISP`s, no sin antes anotar lo que para la Multimedia Law debe entenderse por Proveedor de Servicios: *son personas naturales o jurídicas o asociaciones que permiten que sus servicios de Internet o los de una tercera persona estén disponibles para el uso, o quienes proveen el acceso para esa información, y por Usuarios: a las personas naturales o jurídicas o al grupo de personas que buscan usar los servicios de Internet.*

La ley Alemana dedica un numeral completo, el numeral 5, para regular el tema de la responsabilidad de los Prestadores de Servicios en la Red de Internet. Este numeral está dividido a su turno en cuatro secciones en donde se plantean las diferentes hipótesis de responsabilidad. Cabe señalar, antes de realizar el análisis correspondiente, que esta Ley no hace distinción alguna entre los diferentes proveedores y sus funciones sino que los generaliza con el nombre Proveedor de Servicios:

a) Primera Sección

El Proveedor de Servicios es responsable bajo las leyes generales por los contenidos propios disponibles para el uso del público.

En esta primera sección, la Ley Alemana no imputa una responsabilidad distinta a la que ya existe en su legislación. Se trata de un artículo que simplemente remite a las normas generales de responsabilidad vigentes en su ordenamiento jurídico.

Como se verá más adelante, parecen coincidir las diferentes legislaciones en señalar la responsabilidad de los sujetos que incorporan contenidos en sus página Web, pues no cabe duda que ellos por decisión propia, han incluido dicho material.

b) Segunda Sección

El Proveedor de Servicios sólo será responsable por el contenido de una tercera persona si habiéndolo colocado a disposición del público ha tenido conocimiento del contenido y ha podido bloquear esa información o se espera que lo hubiere hecho.

Este artículo tiene su fundamento en uno de los elementos de la responsabilidad: la culpa, pues si bien en principio el Proveedor de Servicios no es responsable por contenidos de terceras personas, se le imputará responsabilidad si teniendo conocimiento del contenido y siendo posible el bloqueo, adopta una actitud pasiva y sigue permitiendo el acceso a dicho material. Es esa actitud omisiva, ese error de conducta, el factor determinante para atribuir responsabilidad.

Respecto a este punto, cabe anotar que el ordenamiento jurídico colombiano parte de la misma consideración, pues para que se pueda imputar responsabilidad debe existir el elemento subjetivo de la culpa. Recordemos la primera parte del Art. 2341 del Código Civil: “El que ha cometido un delito o **culpa** que ha inferido un daño a otro, es obligado a la indemnización” (resaltado propio).

c) Tercera Sección

Los Proveedores de Servicio no serán responsables por los contenidos de terceras personas en los cuales ellos sean simples proveedores de acceso. El automático y temporal almacenamiento del contenido de terceras personas a causa del acceso para el uso de Internet constituye un suministro necesario para el acceso.

Creemos que esta disposición surge del papel que desempeña el Proveedor de Acceso. Recordemos que para que exista responsabilidad deben reunirse tres elementos: la culpa, el nexo causal y el daño. Si la función del proveedor de acceso es simplemente conectarnos a los servicios que presta la Internet, no es factible imputarle un error de conducta en su comportamiento porque del mismo, no puede deducirse un control sobre los contenidos ubicados en los miles de sitios de la Red.

d) Cuarta Sección

Esta sección se refiere a la obligación que tienen los proveedores de bloquear los contenidos ilícitos, de acuerdo con las leyes generales en la materia. Dicha obligación se deberá cumplir si el proveedor de servicios tuvo conocimiento sobre el contenido ilícito y si el bloqueo es técnicamente factible y razonablemente esperado.

Esta última sección tiene relación directa con la segunda, solo que en esta última no se está imputando responsabilidad, sino que se está imponiendo una obligación. Una vez el proveedor tenga conocimiento del material infractor debe actuar con prontitud y bloquear el acceso al material infractor. Cabe señalar que no estamos frente a una obligación de resultados sino de medios, pues, la German Multimedia Law reconoce que en algunos casos el bloqueo puede no ser técnicamente posible. Expertos en la materia han sostenido que las reglas relativas a la responsabilidad de los Proveedores de Servicios consagradas en la German Multimedia Law son

bastante ambiguas y resulta poco probable que permitan resolver las cientos de acciones que se han presentado y se están investigando respecto a este asunto. La razón de ser de estas afirmaciones obedece en primer lugar, a que no se identifican claramente los diferentes servicios que un Proveedor presta en la sociedad de la información y en segundo lugar, que se está en presencia más de principios generales que de desarrollos legales, trayendo consigo ambigüedad e inseguridad al momento de aplicar la responsabilidad a un caso particular.

3.3.2 The Federal Act Establishing the General Conditions for Information and Communications Services

El Acta Federal, de Agosto de 1997, tiene su origen y su inspiración en la Ley Germana de Noviembre de 1996, es por ello que no es de extrañar que las definiciones de Proveedores y Usuarios sean casi exactas a las dadas por la ley Germana. Así las cosas, según el Acta Federal, se debe entender por Proveedor: *la persona natural o jurídica o las asociaciones de personas que permiten que sus servicios de Internet o los de una tercera persona estén disponibles o quienes proveen el acceso para el uso de los servicios de Internet* y por Usuario: *la persona natural o jurídica o las asociaciones de personas que requieren los servicios de Internet.*

De manera muy similar a las reglas de responsabilidad establecidas por la ley Germana, la Federal Act regula la responsabilidad de los Proveedores de Servicio. Por considerar que los fundamentos de ambas leyes son los mismos, remitimos el análisis de cada punto que se mencionará, a lo ya explicado en el acápite anterior.

- 1) El Proveedor será responsable en concordancia con las reglas generales del derecho por sus propios contenidos, el cual ha dejado a disposición del público para su uso.
- 2) El Proveedor no será responsable por el contenido de un tercero, que ha puesto a disposición del público para su uso al menos que haya tenido conocimiento de cada contenido y sea técnicamente posible o pueda razonablemente esperarse bloquear el uso de cada contenido.

Equivocadamente se ha creído que esta segunda disposición, alude a una de las causales de justificación: el hecho de un tercero. Sin embargo, consideramos que riñe contra el buen sentido hacer dicha afirmación, pues la disposición es clara en señalar que en principio el Proveedor no es responsable, pues evidentemente la responsabilidad sólo puede recaer sobre el sujeto causante del daño, en este caso, la persona que colocó el contenido. Posteriormente, el artículo agrega que será responsable si teniendo conocimiento no impide o remueve el material infractor. Así las cosas, ¿cómo puede intervenir un tercero en esta situación? ¿cómo excusar su falta de diligencia en un tercero? El tercero que proporciona el contenido es responsable por ese material, pero el proveedor también lo es, no por el contenido sino por su comportamiento culposo reflejado en su actitud pasiva al no remover el material infractor.

- 3) El Proveedor no será responsable por los contenidos de una tercera persona, cuando éste sólo provea el acceso a dicho servicio. El almacenamiento temporal y automático de los contenidos de terceros, necesario para el uso de los servicios, no le quitará el carácter de proveedor de acceso.

- 4) Si el proveedor tiene conocimiento de la existencia de un contenido ilegal, deberá cumplir las obligaciones que las leyes generales establecen para este tipo de eventos, bloqueando el acceso a dicho contenido, siempre y cuando este bloqueo sea técnicamente factible y pueda razonablemente ser esperado, pues una vez notificado del posible material infractor, constituiría una falta de diligencia no proceder a bloquear su acceso y por lo tanto sería responsable por dicha omisión.

Una vez presentados los postulados de estas leyes y sin desmeritar su gran aporte, por ser las pioneras en la atribución de responsabilidad a los diferentes sujetos que participan en la transmisión y difusión de los contenidos, consideramos que estas leyes poseen grandes falencias. Nuestra observación obedece a que ni en la Federal Act, ni en la Multimedia Law se identifica con la debida claridad la función que desempeña el Proveedor, elemento a nuestro juicio indispensable para imputar responsabilidad. De la lectura de los artículos se puede deducir de que proveedor estamos hablando, pero indudablemente una mayor precisión en el tema evitará las interpretaciones amañadas y exoneración de responsabilidad por disposiciones ambiguas y poco claras. A continuación analizaremos dos disposiciones normativas más, la Digital Millenium Copyright y la E-Commerce Directive, que a nuestro juicio y tal vez la primera en exceso, realiza un pormenorizado análisis del servicio que el operador presta, para luego imputarle responsabilidad. Así las cosas, en ambos ordenamientos se observará que cada artículo en el caso de la Unión Europa y cada párrafo, en la Digital Millenium Copyright viene precedido de un título que refiere el servicio que presta cada operador, para luego señalar los requerimientos que deben cumplirse para la exoneración de Responsabilidad de cada uno de ellos.

3.3.3 Digital Millenium Copyright Act (1988)

La Digital Millenium Copyright, sancionada el 28 de octubre de 1998, dedica un título completo, el Título 17, a las limitaciones en la responsabilidad de los PSI por las infracciones cometidas en línea.

A nuestro juicio, la Digital Millenium Copyright, a diferencia de la Directiva Europea, plantea la responsabilidad de los PSI, y sólo los exonera de dicha responsabilidad a través de la exigencia de varios condicionamientos, que de no cumplirse de manera concurrente, llevarán inevitablemente a la imputación de responsabilidad al Proveedor de Servicio, veamos:

El título 17 fija la responsabilidad de los PSI de acuerdo con la función o tarea que desempeñan, así, divide en tres las funciones de los Proveedores de Servicio de Internet:

a) Comunicaciones Digitales Transitorias en Red.

La Digital Millenium Copyright es clara en señalar que un Proveedor de Servicios⁵² no es responsable por los materiales en línea siempre y cuando:

2. Su actividad sea la transmisión, envío o suministro de conexiones para transmitir material en línea a través de la red, o cuando;

⁵² El término " Proveedor de Servicio " se refiere a una entidad que ofrece la transmisión, envío o suministro de conexiones para comunicaciones digitales en línea entre puntos especificados por un usuario, de material escogido por el usuario, sin modificación del contenido del material enviado o recibido. Digital Millenium Copyright. (k). Definiciones. Proveedor de Servicio. (1) (A).

3. Su actividad consista en el almacenamiento intermedio y transitorio del material que se está transmitiendo en línea.

En este primer aspecto, la Digital Millenium Copyright, señala que por la mera transmisión o por el almacenamiento transitorio, el PSI no se hace responsable por los contenidos en línea, sin embargo no basta que realicen esta actividad para ser exonerados, sino que también, deben cumplirse cinco requerimientos más, a saber:

- Los contenidos en línea deben originarse y dirigirse a persona distinta del PSI.
- La mera transmisión o el almacenamiento transitorio debe obedecer única y exclusivamente a un proceso técnico, en donde no exista intervención alguna de Proveedor de Servicios en la selección del material que se está transmitiendo o almacenando.
- El PSI no debe intervenir en la elección del destinatario del material en línea.
- La copia que realice el Proveedor de Servicio de Internet sólo puede ser la necesaria para realizar la transmisión y no puede permanecer por un tiempo superior al necesario para efectuarla.
- El material que está siendo transmitido o almacenado transitoriamente no debe sufrir ningún tipo de transformación, ni modificación en su contenido.

Cumplidos todos los condicionamientos señalados anteriormente y desempeñando los PSI las actividades mencionadas serán exonerados de responsabilidad por las infracciones cometidas en la red de redes.

b) Ocultamiento del Sistema

Esta segunda función se refiere ya no a la transmisión sino específicamente al almacenamiento transitorio e intermedio de material en línea, en un sistema

controlado u operado por el proveedor de servicios. Determinada la actividad que debe desempeñar el PSI,⁵³ analicemos los supuestos de hecho en los que debe encontrarse, para luego examinar las condiciones necesarias para exonerarse de responsabilidad. Los primeros son a saber:

- El material que se almacena, ha llegado allí por una persona diferente del Proveedor de Servicios de Internet.
- El destinatario del material que se almacena de manera transitoria debe dirigirse a persona distinta del PSI.
- El almacenamiento se lleve a cabo a través de un procedimiento técnico automático que permita hacer disponible el material a los destinatarios.

En este momento del análisis consideramos que si bien deben fijarse con total claridad los elementos para imputar responsabilidad, son demasiadas las condiciones que, a nuestro juicio exige la Digital Millenium Copyright para exonerar de dicha responsabilidad al ISP. Creemos que la aplicación de los principios generales del derecho pueden colaborar a su determinación sin necesidad de entrar en minucias que hacen casi imposible el adecuado entendimiento de la ley e imputan prácticamente responsabilidad objetiva al ISP's.

Mencionados los supuestos de hecho en los que debe encontrarse el PSI, examinemos ahora las condiciones que debe cumplir para estar exento de responsabilidad:

- No realizar modificación alguna del contenido que se está almacenando, de tal modo que llegue idéntico al destinatario.

⁵³ El término " Proveedor de Servicio" se refiere a un proveedor de servicios en línea o de acceso a la red, u operador de servicios. Digital Millenium Copyright. (k) Definiciones. Proveedor de Servicios

- Cumplir con las condiciones tecnológicas exigidas por la persona que deja en línea el material.
- No interferir en la capacidad tecnológica para permitir que el material regrese a la persona que dejó disponible el mensaje.
- Informar al usuario las condiciones para tener acceso a materiales en línea.
- Retirar de inmediato o inhabilitar el acceso al material en línea que está siendo utilizado sin la respectiva autorización de su titular, cuando ha sido notificado de una posible violación

De todos estos condicionamientos, es de mayor relevancia para nuestro estudio, sin que con ello queramos significar que los otros no lo son, es el último de ellos. Nótese que el PSI debe ser notificado del posible material infractor y una vez notificado debe actuar de inmediato para remover el material, a contrario sensu si el PSI no es notificado, resulta imposible atribuirle responsabilidad sobre un hecho del cual no tiene conocimiento.

Respecto de este punto, doctrinantes en la materia señalan que parecería que la responsabilidad depende de la cantidad de material almacenado, si el PSI tiene una capacidad muy pequeña de almacenamiento es lógico que pueda ejercer más control sobre lo que almacena, mientras no es posible afirmar lo mismo respecto de Proveedores de servicios que almacenan un sinnúmero de material. Ello significa entonces, ¿que estamos en presencia de una Responsabilidad Relativa?

c) Información Alojada en Sistemas o Redes en Dirección de los Usuarios

(1)(B).

Bajo este título, la Digital Millenium Copyright, examina la responsabilidad de los Proveedores de Servicios que ponen a disposición de un Proveedor de Contenido, un espacio de memoria en su servidor para alojar el contenido de las diferentes páginas Web, se trata no de un almacenamiento temporal y transitorio, sino de uno permanente. Tal vez, por la función que desempeñan estos proveedores, la Digital Millenium Copyright se dedica en buena parte a determinar el grado de responsabilidad de estos sujetos:

El Proveedor de Servicios no será responsable por las infracciones cometidas en línea siempre y cuando:

1. No haya tenido conocimiento real, de que el material o la actividad que se realiza con dicho material, constituye una infracción en línea, o no teniéndolo no fuere consciente de los hechos que evidencian la actividad infractora. O una vez haya tenido conocimiento de la actividad infractora, actúa rápidamente para retirar o inhabilitar el acceso a dicho material.

Para la Digital Millenium Copyright, lo señalado en el numeral primero constituye una sola condición. Nótese cómo diferencia la ley, entre el conocimiento real que tiene el Proveedor de Servicios respecto del material infractor y que el PSI no sea consciente de los hechos o circunstancias de los cuales dicha actividad se hace evidente. Es por ello, que luego de fijar estos dos requisitos, manifiesta que siendo consciente o teniendo el conocimiento de la actividad infractora, debe proceder de manera inmediata a impedir el acceso a dicho material

2. No perciba ningún beneficio económico, siempre y cuando dicho beneficio sea atribuible directamente a la actividad infractora.

3. Siendo notificado del alojamiento de un material infractor, actúa rápidamente para retirarlo o para evitar el acceso a él.

Si el Proveedor de Servicios, cumple estos tres condicionamientos será exonerado de responsabilidad. Sin embargo, la Digital Millenium Copyright adiciona una exigencia que a nuestro sentir es conveniente y acertada, pero de difícil cumplimiento. Para que las limitaciones de responsabilidad se puedan aplicar, el Proveedor de Servicio debe haber designado un agente, que representándolo, reciba las notificaciones de las violaciones que se presentan en línea. Para ello, el PSI debe incluir en su Sitio Web y en un lugar accesible al usuario, los datos del agente tales como su dirección, número telefónico y dirección de correo electrónico y otra cualquier información que la autoridad administrativa competente juzgue pertinente. Así las cosas, el Proveedor de Servicios sólo será exonerado de responsabilidad, si y sólo si, además de cumplir los condicionamientos señalados anteriormente, ha designado un agente de notificaciones.⁵⁴

La Digital Millenium Copyright luego de fijar las limitaciones en la responsabilidad de los Proveedores que alojan contenidos en su servidor y de la exigencia del agente notificador, señala las condiciones y los requisitos que deben cumplir las

⁵⁴ Se han dado situaciones en que ya se han utilizado líneas de información, que aunque no son manejadas por agentes directos de los Proveedores de Servicios funciona de forma similar. En Inglaterra, a través de la Internet Watch Foundation -IWF-, un organismo que incentiva la autorregulación de los contenidos que circulan en Internet, se creó una línea directa que informa al proveedor de servicios sobre la existencia de un contenido ilícito, ordenando que se elimine del sitio. También en Holanda se creó una línea directa con la intervención de las autoridades de ese país, para el denuncia de contenidos ilícitos, por ejemplo, pornografía infantil. Una vez la línea tiene noticia de un contenido probablemente ilícito, se avisa no al Proveedor de Servicios como sucede en Inglaterra sino al Proveedor de Contenidos de estar cometiendo un delito. Si el contenido no era eliminado, la línea ponía el caso en conocimiento de las autoridades. Si el proveedor de contenido persistía en su conducta, debía ejercer su defensa en un proceso ante un tribunal. Fuente: KARITZA RODRÍGUEZ PEREDA. "Perú: Tratamiento jurídico de los contenidos nocivos e ilícitos que circulan en Internet". Dirección en Internet: [http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 29 - Diciembre del 2000/14](http://publicaciones.derecho.org/redi/No.29-Diciembre-del-2000/14)

notificaciones. Por considerar este aspecto meramente procedimental, no será objeto de estudio.

d) Herramientas de Ubicación de la Información

Este aparte del Título 17, hace referencia al uso de herramientas para ubicar información, tales como índices, referencias, indicadores o enlaces de hipertexto.

El PSI no es responsable por las infracciones cometidas en línea cuando éste o su usuario estén conectados a un lugar dentro de la Red que contenga material violado, a través de herramientas de información como los hipertextos.⁵⁵ Para que sean exonerados de responsabilidad, los PSI deben:

- 1) No tener conocimiento de que dicho material está siendo violado o infringido, o en ausencia de él, no ser conscientes de los hechos o circunstancias de las cuales dicha actividad infractora se evidencia y una vez tengan conocimiento o conciencia de dicha actividad, actuar rápidamente para retirar o inhabilitar el acceso al material infringido.
- 2) No percibir ningún tipo de beneficio económico directamente atribuible a la actividad y al material infringido.
- 3) Cuando siendo notificado de la posible infracción, actúa rápidamente, removiendo o inhabilitando el acceso al material que está siendo violado o que es objeto de una actividad infractora.

⁵⁵ El usuario está en un sitio Web determinado, que ofrece invitaciones a otras páginas Web. Cuando el visitante del sitio hace click en la invitación o sugerencia, entra en otro servidor y abre una página Web totalmente diferente al sitio Web donde se encontraba. Las invitaciones o sugerencias reciben el nombre de "link".

e) Limitaciones en Responsabilidad de Instituciones Educativas sin Ánimo de Lucro.

Resulta interesante la limitación en la Responsabilidad que la Digital Millenium Copyright concede a las Establecimientos Educativos, limitación que a nuestro juicio es adecuada y razonable dada la función que cumplen dichos establecimientos y el sinnúmero de personas que hacen parte de él. Las siguientes son las consideraciones que la Digital Millenium Copyright establece para las Instituciones Educativas:

- 1) Una Institución Educativa o una entidad sin ánimo de lucro puede ser perfectamente un Proveedor de Servicios de Internet.
- 2) Los empleados de la Institución, así como los estudiantes de la misma se considerarán como personas diferentes de la institución.
- 3) Las actividades infractoras que realicen los empleados o estudiantes de dicha institución, no serán atribuibles a la institución

Estas tres premisas hacen que las Instituciones Educativas no sean responsables por el material infractor que sus empleados o estudiantes puedan manipular; sin embargo, la ley exige a la Institución el cumplimiento de los siguientes requerimientos:

- a) No haber recibido notificaciones o reclamos por infracciones cometidas a través de la red, por parte de sus empleados o estudiantes.
- b) Promocionar y promover entre todo el cuerpo educativo, y de conformidad con la legislación de los Estados Unidos, el respeto por el Derecho de Autor y el uso lícito y sano de los contenidos.

c) No estar involucrada con la actividad infractora cometida por sus empleados o estudiantes. Este punto hace referencia a que el material infractor, no provenga de materiales de enseñanza solicitados o recomendados para un curso dictado en dicha Institución.

Cumpliendo los condicionamientos señalados anteriormente, la Institución no podrá ser responsable por las infracciones que se cometan en Red.

Finalmente, y sin dudar ni siquiera un momento que muchas más son las disposiciones que frente a la Responsabilidad ha establecido la Digital Millenium Copyright, trataremos como último punto de nuestro estudio de la presente Ley, la Exoneración de Responsabilidad por Desmonte⁵⁶.

f) No Existe Responsabilidad por Desmonte.

Creemos que este punto soluciona uno de los más grandes inconvenientes planteados por la doctrina en esta materia. El planteamiento es el siguiente: "Usted (como PSI) recibe una llamada de alguien que dice ser víctima de un aviso falso y difamatorio . Le pide a Usted que lo retire. ¿Qué hace Usted?. Si lo retira sin investigar y está equivocado ha censurado a alguien."⁵⁷

A nuestro juicio, una de las razones que llevó a la Digital Millenium Copyright a establecer la no existencia de responsabilidad por desmonte, es el planteamiento señalado anteriormente. Para tales fines esta ley prescribe que: " Un proveedor de servicio no será responsable ante ninguna persona por ninguna reclamación basada

⁵⁶ Para el efecto, se entiende por desmonte la acción de desinstalar o bloquear el acceso a un contenido determinado.

⁵⁷ Godfrey V. Demon. Corte Británica concluye que los ISP's son responsables por Avisos de pantalla . Abril 7 de 2000.

en su buena fe, al inhabilitar el acceso o, retirar el material o actividad que se reclama o está siendo infringida o basada en hechos y circunstancias de las cuales dicha actividad se evidencia, pese a si finalmente se determina que el material o actividad no están siendo infringidos."

Ello quiere decir, que si el proveedor ha impedido el acceso a un determinado contenido o no sigue suministrando el alojamiento de la página Web, bajo el convencimiento de la existencia de un contenido o material infractor, no puede imputársele responsabilidad por dicho desmonte o bloqueo, si se demuestra que el presunto contenido infractor no lo era. Cabe destacar que en este punto la Digital Millenium Copyright aplica uno de los más importantes principios generales del Derecho: para que el Proveedor se exonere de Responsabilidad por el Desmonte debe actuar siempre de Buena Fe.

La Digital Millenium, sin lugar a dudas contiene disposiciones innovadoras, como el caso de la limitación de la responsabilidad de entidades educativas, la exoneración de Responsabilidad por el desmonte y la existencia de una persona que actúe como agente del Proveedor de servicio, quien será el encargado de recibir las quejas que presenten los sujetos que han visto lesionados sus derechos por los contenidos que circulan en la red. Esta ley se diferencia de las dos anteriores pues estudia el tema de la responsabilidad en el ámbito de la función que desempeña el respectivo proveedor. Sin embargo y pese a lo anterior, consideramos que los condicionamientos que exige la Digital Millenium son, en su mayoría de tal envergadura que hacen que para el Proveedor de Servicios sea casi imposible exonerarse de responsabilidad, pues además de cumplir todos los requisitos para cada servicios, impone condiciones adicionales que hacen suponer la presunción de responsabilidad en cabeza de ellos.

A continuación estudiaremos la Directiva Europea, que a nuestro juicio es el marco normativo más claro y preciso de los estudiados anteriormente, sin que con ello queramos significar que sus disposiciones sean del todo convenientes.

3.3.4. E- Commerce Directive 2000/31/CE

El estudio de la Directiva Europea⁵⁸, como el último marco normativo en el derecho comparado, no es accidental, obedece no sólo a un orden cronológico, sino también a que las fuentes de inspiración de esta directiva fueron dos de las

⁵⁸ En el Régimen Internacional, las autoridades de la Unión Europea han tratado de armonizar algunos aspectos legales de la Responsabilidad de los Proveedores de Servicios en la Sociedad de la Información, como intermediarios en línea, con el fin de alcanzar un desarrollo a la par de los Estados Unidos en cuanto a regulación legal, impuesta por este país en la materia.

leyes estudiadas anteriormente: La digital Millenium Copyright Act y la Ley Alemana. Así, lo señala la profesora Delia Lipszyc en su artículo, "Internet: La responsabilidad del proveedor de contenido, del proveedor de servicios y del proveedor de acceso": "Si bien la Directiva Europea siguió a la ley alemana en el tratamiento horizontal de la cuestión, se encuentra fuertemente influida por la Digital Millenium Copyright Act estadounidense en cuanto a las normas sobre limitación de la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea."

La Directiva Europea en su sección 4, titulada "Responsabilidad de los Proveedores de Servicios Intermediarios", dedica 5 artículos al tema de la responsabilidad, cada artículo nominado de acuerdo con la función que desempeña el Proveedor en la transmisión de los contenidos. Por la importancia que esta Directiva representa para nuestro estudio, a continuación transcribiremos los artículos pertinentes, haciendo un breve análisis de cada uno de ellos.

Sección 4 Responsabilidad de los Proveedores de Servicios Intermediarios

Artículo 12 Mera Transmisión

" 1. 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 o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, no se puede considerar al prestador de servicios de este tipo responsable de los datos transmitidos, a condición de que el prestador de servicios:

a) No haya originado el mismo la transmisión;

b) No seleccione al destinatario de la transmisión, y

c) No seleccione ni modifique los datos transmitidos.

2. Las actividades de transmisión y concesión de acceso enumeradas en el apartado 1) engloban el almacenamiento automático, provisional y transitorio de datos transmitidos siempre que dicho almacenamiento sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión.

3. El presente artículo no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exijan al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida."

Este primer artículo de la Directiva Europea hace relación al servicio de mera transmisión, es decir, transferir contenidos a través de la red o facilitar el acceso a la misma. Este servicio, como se señaló en capítulo anterior lo presta el proveedor de acceso a Internet. Claro el servicio al que se refiere el artículo, la Directiva Europea señala que por la prestación de este servicio el proveedor no puede ser considerado responsable siempre y cuando cumplan las condiciones especificadas en el artículo; estas condiciones deben cumplirse conjuntamente pues de lo contrario, el no acatamiento de una de ellas implicaría que la función de mera transmisión no se está cumpliendo por parte del proveedor de acceso, pues, si por ejemplo, el prestador del servicio modificare o seleccionare los datos que está transmitiendo estaría realizando actos fuera de los servicios que presta, por esta razón consideramos que la Directiva es cuidadosa en señalar las condiciones necesarias para eximir de responsabilidad al proveedor de acceso.

Así como no se le imputa responsabilidad por la transmisión de los contenidos, la Directiva es clara en establecer que tampoco será responsable por "el

almacenamiento automático, provisional y transitorio de datos transmitidos siempre que dicho almacenamiento sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión." En este sentido parecen coincidir todas las legislaciones estudiadas, pues sería absurdo imputar responsabilidad al proveedor de acceso sólo por ser quién posibilita el acceso a la red, sería tan absurdo como responsabilizar a la persona encargada de entregar la correspondencia por el contenido de la misma.

Artículo 13 Memoria Tampón (Caching)

" 1. Los Estados miembros garantizarán que cuando se preste un servicio de la sociedad de la información, consistente en transmitir por una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador del servicio no pueda ser considerado responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de estos, a condición de que:

- a) El prestador de servicios no modifique la información;*
- b) El prestador de servicios cumpla las condiciones de acceso a la información.*
- c) El prestador del servicio cumpla las normas relativas a actualización de la información, especificadas de manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector;*

d) *El prestador de servicios no interfiera en la utilización lícita de la tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información; y*

e) *El prestador de servicios actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso a ella sea imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo 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 o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.*

2. *El presente artículo no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exijan al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida."*

Este artículo hace referencia a la memoria caching, es decir, "al almacenamiento automático, provisional y temporal de la información en los *proxi servers*, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión porque reduce considerablemente el tiempo de acceso a ella"⁵⁹, no se trata de un alojamiento de datos permanente, caso en el cual estaríamos frente a los proveedores de servicios en línea pues son ellos los propietarios del servidor donde se alojarán las páginas Web, el servicio al que se refiere este artículo, lo prestan, según algunos doctrinarios los prestadores de alojamiento de datos. Estos intermediarios, que en muchos de los casos coinciden con el proveedor de acceso, de acuerdo con la Directiva, están excluidos de responsabilidad siempre que cumplan con las condiciones señaladas en el artículo. De esas condiciones, el literal d) reviste especial importancia en nuestro estudio pues señala que si el proveedor de ese

⁵⁹ LIPSZYC, Delia. Revista Uniandes. "Internet: La Responsabilidad del proveedor de contenidos, del proveedor de servicios y del proveedor de acceso." Bogotá 2001.

servicio tiene "conocimiento efectivo" que, i) la información ha sido retirada de la red en que se encontraba inicialmente ii) que se ha imposibilitado el acceso a esa información iii) o que un tribunal o autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir su uso, debe actuar rápidamente para retirar la información que haya almacenado. Ello significa que está condicionada la responsabilidad del prestador a que haya tenido conocimiento de

lo que estaba almacenando y no haya retirado con prontitud dicha información.

Artículo 14. Alojamiento de Datos

" 1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que:

a) El prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimientos de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que,

b) En cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestado de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

2. El apartado 1 no se aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios.

3. El presente artículo no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exijan al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida."

Este artículo se refiere al servicio de almacenamiento de datos permanentes, este servicio como lo vimos anteriormente, es suministrado por el proveedor de servicios en línea quien es el propietario del servidor y ofrece el espacio físico para alojar los contenidos de las diferentes páginas Web. A diferencia del artículo anterior los

proveedores de servicios en línea o prestadores de servicios de alojamiento de datos sólo estarán exentos de responsabilidad, si no tenían conocimiento que la información alojada era ilícita.

Este artículo ha generado alguna polémica dentro de los doctrinantes. Por la riqueza que esta polémica aporta a nuestro estudio, nos permitimos resumirla brevemente: el primer interrogante que se plantean los expertos en el tema es, si el artículo señala que por si cualquier circunstancia, el proveedor de servicios en línea tienen conocimiento de que un contenido indebido o perjudicial está alojado en su servidor debe de inmediato proceder a retirarlo o impedir su acceso. Ello quiere decir ¿que se deja en manos de los proveedores determinar la licitud o ilicitud de los contenidos?, En algunos casos la ilicitud es evidente, como la pornografía, pero en otros, como en las violaciones a la propiedad intelectual la ilicitud no es tan clara. La segunda inquietud, hace referencia al siguiente cuestionamiento planteado por la Dra. Paula Vallepuga⁶⁰ "¿Cómo se puede demostrar que el PSI conoce la ilicitud de las actividades o informaciones alojadas en su servidor? La propia Directiva excluye la obligación de supervisión general, luego ¿Qué circunstancias son tenidas en cuenta para atribuir responsabilidad a los PSI por no cumplir con la obligación de retirar la información ilícita o hacer el acceso a ella imposible?." Expuestos los anteriores interrogantes, pretendemos en los siguientes acápite, dar una posible solución a la luz del derecho colombiano.

Artículo 15. Inexistencia de Obligación General de Supervisión

"1. Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan, ni una obligación general

⁶⁰ VALLEPUGA GONZÁLEZ, Paula. "Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información." Sumarios de Redi. Dirección en Internet: <http://publicaciones.derecho.org/redi>

de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14.

2. Los Estados miembros podrán establecer obligaciones tendientes a que los prestadores de servicios de la sociedad de la información comunique con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de su servicio o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con lo que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento."

Este artículo puede ser considerado el principio general de la Responsabilidad de los Prestadores de Servicio en la sociedad de la información, La Directiva no impone a los prestadores ninguna obligación de supervisión, por lo que difícilmente podrán tener conocimiento de que un contenido almacenado o alojado e su página sea ilícito o perjudicial para terceros, por ello consideramos acertada la afirmación hecha por la Dra. Paula Vallepuga,⁶¹ "por otra parte, cabría preguntarse hasta qué punto es beneficiosa esta exoneración de responsabilidad de los PSIs eximiéndoles de una obligación general de supervisión. Estoy de acuerdo en que no es posible para el prestador de servicios de almacenamiento controlar el contenido de todas las páginas (...) pero sí se les podría imponer una obligación de supervisión..."

⁶¹ *Ibidem.*

3.4 Análisis Crítico de los Pronunciamientos Jurisprudenciales en el Derecho Comparado

3.4.1 Caso: Empresa Nacional de Telecomunicaciones " Entel". ⁶² Sentencia del 5 de agosto de 1999. Chile.

Hechos:

- a) El 31 de julio de 1999, en la sección de productos y servicios de la Web Site de ENTEL aparece un aviso de ofrecimientos sexuales, en cuyo remite figuraba el nombre de una niña de 17 años de edad. Los términos empleados en el aviso de ofrecimientos sexuales pueden catalogarse de obscenos.
- b) Como resultado del aviso publicado en la Web de ENTEL, la familia de la adolescente empezó a recibir miles de llamadas, que según consta en el expediente del proceso eran "obscenas, insultantes, groseras y pervertidas."
- c) Las llamadas obligaron a la familia a solicitar la suspensión del servicio.
- d) El 5 de agosto de 1999 se eliminó el aviso publicado en la Web de ENTEL.
- e) El 6 de agosto de 1999, Orlando Fuentes Siade interpone recurso de

⁶² CARRASCO BLANC, Humberto. "Algunos aspectos de la responsabilidad de los proveedores de servicios y contenidos en el Internet. El caso ENTEL." Dirección en Internet: <http://www.publicaciones.derecho.org/redi>

protección en contra de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones ENTEL S.A. ⁶³

f) El 6 de diciembre la Corte de Apelaciones de Concepción dictó sentencia.

Argumentos del Demandado

- 1) ENTEL S.A. no es responsable del aviso publicado en su Web, ya que después de varias investigaciones se logró establecer que el mensaje provenía de un computador personal de un usuario.
- 2) La sección de avisos y anuncios de ENTEL está ubicada en la dirección www.tribu.cl, el sistema opera de manera automática y en la dirección de la Web se establece que el aviso publicado por el usuario es de su entera responsabilidad.
- 3) El aviso fue colocado en la página Web de ENTEL, por un grupo de compañeros de curso de la adolescente. Ello se logró comprobar después de investigaciones exhaustivas
- 4) El 5 de agosto de 1999, ENTEL S.A. elimina el mensaje, luego es improcedente interponer el recurso de protección.

Consideraciones de la Corte

Aunque la Corte manifestó que en la República Chilena no existe un marco normativo que permita dar solución a los problemas que Internet ha generado y que

⁶³ Este recurso es una acción de carácter constitucional muy similar a la Acción de Tutela que existe en nuestro ordenamiento jurídico, al igual que en la tutela se requiere que exista una privación, perturbación o amenaza de los derechos y garantías consagrados en la constitución.

por ello se debe acudir al ordenamiento legal existente, presentó las siguientes consideraciones respecto al caso en mención:

- a. Lo primero que hizo la Corte fue determinar el papel que cada parte desempeñó en la divulgación del aviso de ofrecimientos sexuales: i) los compañeros de curso de la adolescente: tienen la calidad de usuarios finales, pues desde su computador se envió el mensaje ii) ENTEL S.A.: tiene la calidad de proveedor de acceso y de alojamiento iii) La dirección www.tribu.cl donde está publicada la sección de avisos publicitarios, administrado por " Grupo Web" es el proveedor de contenido quien aloja en su página datos proporcionados por el usuario o terceras personas.
- b. Una vez determinados e identificados los actores que participaron en la divulgación del aviso, la Corte procede a examinar su grado de responsabilidad.
 - "Grupo Web" Proveedor de Contenido: Para la Corte el proveedor de contenido es responsable por lo alojado en sus páginas independientemente de que lo alojado sea un contenido propio o impropio, pues ha debido tomar las medidas necesarias que le permitan anticipadamente identificar los diferentes usuarios que están incorporando datos en su Web, de tal manera que garantice a los perjudicados la indemnización de perjuicios por los datos alojados en su página.

Consideramos un poco extremista la posición que la Corte Chilena asumió respecto a estos sujetos, pues si bien es cierto que son responsables por los contenidos de terceros que se encuentran en su página Web, a nuestro juicio no puede ubicarse en un mismo nivel, la responsabilidad por contenidos propios, es decir por aquellos que él mismo elige y pone a disposición de los usuarios, y la responsabilidad por contenidos impropios, pues no ha escogido el contenido.

- ENTEL S.A. Proveedor de Acceso y alojamiento: La Corte considera que no cabe imputar responsabilidad a este proveedor si no conocía la actividad ilícita que se estaba realizando; de conocer dicha actividad o de haberla podido conocer, y no tomar las medidas técnicas necesarias para retirar el aviso o impedir su acceso es evidente que cabría imputarle responsabilidad. En el presente caso, según la Corte, ENTEL S.A. no podía haber tenido conocimiento sobre el aviso de servicios sexuales, por lo que no debe ser considerado responsable.

Compartimos el punto de vista planteado por la Corte, pues es evidente que debe existir el elemento subjetivo para imputar responsabilidad y si ENTEL, no conocía del contenido nocivo resultaría impensable atribuir responsabilidad por algo que no se conoce.

- Compañeros de Curso. Usuarios: Con respecto a la responsabilidad de estos sujetos, la Corte se acogió plenamente a lo expuesto por el profesor Santiago Schuster Vergara " la responsabilidad recae directamente en el usuario proveedor de contenido en la red, cuando tal contenido es ilícito o nocivo..."⁶⁴

Sin lugar a dudas y como lo señalamos en títulos anteriores, tal vez el proveedor de contenido más importante en la red de Internet es el usuario. Así las cosas si ese usuario coloca a disposición de los internautas un contenido, que con su divulgación y transmisión produce un daño, debe responder. En el presente caso, si bien los compañeros de colegio sólo querían jugar una pequeña broma a la menor, esa broma se transformó en un daño

⁶⁴ SCHUSTER VERGARA, Santiago. Conferencia sobre "Responsabilidad Legal de Redes Digitales." Santiago de Chile. Citado por: CARRASCO BLANC, Humberto. "Algunos aspectos de la responsabilidad de los proveedores de servicios y contenidos en el Internet. El caso ENTEL." Dirección en Internet: <http://www.publicaciones.derecho.org/redi>

extrapatrimonial que, a la luz de la responsabilidad civil y su función reparatoria, exige por parte del sujeto causante del daño, la respectiva indemnización de perjuicios .

Ahora bien, si examinamos los sujetos causantes del daño y recordamos que se trata de adolescentes cuyas edades oscilan entre 16 y 17 años, en el caso colombiano estaríamos frente a menores de edad y por lo tanto , frente a la responsabilidad indirecta, explicada anteriormente

3.4.2 Caso: Godfrey vs. Demond Internet⁶⁵

Sentencia del 11 de marzo de 2000. Reino Unido.

Hechos

- a) Demond Internet Ltd. es un Proveedor de Servicios de la Red. Dentro de los diferentes servicios que presta, está el de permitir, a los usuarios interesados, el acceso a grupos informativos en los que se debaten asuntos políticos y sociales de diferentes países del mundo.
- b) Demon ofrecía el acceso a un grupo informativo para todos los interesados en los asuntos políticos y sociales de Tailandia.
- c) En enero de 1997, un usuario desconocido, haciéndose pasar por Laurence Godfrey, envió un mensaje, que según el abogado de Godfrey, Gordon Bishop

⁶⁵ Dirección en Internet: <http://www.lawnewsnetwork.com/stories/A20742-2000Apr6.html>

pueden calificarse de "sórdido, obsceno y difamatorio, al grupo informativo que Demond ofrecía para opinar sobre temas relacionados con Tailandia.

- d) Laurence Godfrey, físico y conferencista universitario, apenas se percató del aviso, informó a Demond, que él no era el autor del mensaje y solicitó fuera eliminado o se impidiera el acceso a él.
- e) Las peticiones y solicitudes formuladas por Godfrey para eliminar el mensaje no fueron atendidas por Demond Internet.
- f) Dos semanas después de divulgado, el mensaje fue eliminado.
- g) En 1998, de nuevo aparecieron mensajes en nombre de Laurence Godfrey, esta vez en el grupo informativo de Gran Bretaña, lo que implicaba una mayor divulgación
- h) Ante los nuevos mensajes, Laurence Godfrey solicita de nuevo a Demond Internet eliminar los mensajes obscenos y difamatorios, solicitudes que no fueron atendidas por segunda vez.
- i) Laurence Godfrey inicia acción legal contra Demond Internet.
- j) El 31 de marzo de 2000 y antes de iniciarse el juicio en el mes de abril, Demond Internet se disculpa, y por concepto de daños y perjuicios cancela a Laurence Godfrey la suma de US \$24.000 y aproximadamente US \$320.000 por costos legales.

Argumentos del Demandado

- a) Demond Internet, es un Proveedor de Servicios de Internet y no puede imputársele responsabilidad por los avisos que provean los usuarios en los

grupos informativos. Para fundamentar su posición, el portavoz de Demond formuló la siguiente pregunta, "Si alguien es insultado en una taberna ¿se demandaría al dueño por la ofensa?.

b) Internet, como medio de comunicación, debe garantizar la libre expresión.

c) La divulgación del mensaje, según Demond Internet, fue una "divulgación inocente."

Consideraciones de la Corte

Los Proveedores de Servicio de Internet, desempeñan el papel de editores, es decir, son personas naturales o jurídicas que "publican por medio de imprenta o cualquier procedimiento mecánico una obra",⁶⁶ por esta razón, son responsables ante la ley por lo que distribuyen.

No compartimos la decisión adoptada por la Corte Inglesa, pues no consideramos a los proveedores de acceso y de alojamiento como verdaderos editores, creemos que sí son responsables, no por el hecho de ser editores, sino por la actitud asumida, una vez conocieron de las infracciones que se estaban cometiendo. Notificado debió proceder a bloquear el acceso o el uso de la información y en lugar de ello, asumió una actitud pasiva y dejó que los mensajes permanecieran en los grupos de interés, permitiendo que se continuara causando daños a Laurence Godfrey.

Cabe también anotar, que la sentencia no sólo es infundada por calificar a los proveedores de acceso como editores, sino que se aleja de los postulados que la E-Commerce Directive consagró para ellos. En efecto, la Directiva señala que los

⁶⁶ GARCIA-PELAYO Y GROSS, Ramón, "Larousse ilustrado", Ediciones Larousse, 1992.

operadores cuya única función es la transmisión de material a través de la Internet, no son responsables siempre y cuando dicha transmisión se origine en un sujeto distinto al proveedor y que su contenido no haya sido seleccionado, ni modificado por éste. En el presente caso, la única función que desempeñaba Demand Internet era la posibilidad de permitir el acceso a grupos de interés, pero no seleccionaba los temas, ni modificaba los mensajes que se producían a raíz de estos grupos; por tal motivo no es posible imputarle responsabilidad, como de manera infundada lo hizo la Corte Inglesa.

3.4.3 Caso: Lunney vs. Prodigy⁶⁷

Sentencia del 2 de Diciembre de 1999. Estados Unidos.

Hechos

- a) Prodigy Services Co. es un Proveedor de Servicios de Internet que transmite correos electrónicos.
- b) El 9 de septiembre de 1994 un usuario desconocido, en nombre del adolescente Alexander G. Lunney de 15 años de edad y boy scout, envió un correo electrónico dirigido al jefe de los Boy Scouts en el que lo amenazaba de muerte y manifestaba que atentaría contra la integridad física de su familia.
- c) El jefe de los Scouts informó a la policía del mensaje recibido, y rápidamente se logró establecer que el mensaje no había sido enviado por el niño Alexander Lunney.
- d) A los pocos días Prodigy, canceló las cuentas de correo electrónico del menor por transmitir "material obsceno, abusivo, amenazante y sexualmente explícito a través de Prodigy.

⁶⁷ Dirección en Internet: <http://www.lawnewsnetwork.com/stories>

- e) Luego de que el padre del menor, informara a Prodigy que el niño no había sido el autor de los mensajes, el ISP se disculpó por haber cancelado las cuentas del menor e informó que se habían descubierto cuatro cuentas de correo más bajo el mismo nombre de Boy Scout.

- f) Alexander Lunney, a través de su padre decide demandar a Prodigy por haber permitido crear cuentas bajo su nombre, argumentando que como la compañía se reservaba el derecho de editar mensaje, ese derecho imponía a su vez la obligación de hacerlo.

Argumentos del Demandado

Prodigy Service Co manifestó que no era responsable por los e-mails enviados, pues si bien se reserva el derecho a editar, ello en ningún momento significa que esté obligado a hacerlo. Igualmente argumentó que su servicio consiste en transmitir información a través de la red, y que no puede considerársele como editor por este hecho.

Consideraciones de la Corte

La Corte, luego de un exhaustivo análisis en el que determinó el carácter difamatorio de los mensajes, presentó las siguientes consideraciones con las que concluyó que "el ISP`s es un conducto para la información y no un editor, por consiguiente, no más responsable que lo que es una empresa de teléfonos por los mensajes difamatorios transmitidos a través de sus líneas":ⁱ

- a) La Corte de Apelación asimiló los servicios que prestan los ISP's con los servicios que ofrecen las empresas telefónicas al afirmar que: "No estamos dispuestos a negarle a Prodigy el justo y limitado privilegio acordado para las

compañías telefónicas y telegráficas". "El papel de Prodigy en la transmisión de e-mails es semejante a la de la compañía de teléfonos, donde nadie ni quiere ni espera supervisar el contenido de conversación de los suscriptores" afirmó el Juez Rosenblatt, igualmente refirió que: "En este respecto, una ISP, al igual que una compañía de teléfonos, es simplemente un conducto"

- b) La Corte manifiesta que no puede exigírsele a los Proveedores de Servicios en Internet ejercer un control sobre la información que transmiten pues de lo contrario "El Público no estaría bien atendido si se obligara a una ISP a que examinara millones de e-mails, so pena de responsabilidad por difamación."
- c) El servicio que presta Prodigy, en este caso, es el de transmitir mensajes a través de la red, ese servicio no puede catalogarse como un servicio de edición y por lo tanto no se le puede considerar editor, pues no está seleccionando los mensajes que transmite sino simplemente los transfiere en la red.

Nos parece ejemplificante el punto del que parte la Corte para atribuir o no responsabilidad a Prodigy Service, demandado en este proceso. Su asimilación a una empresa telefónica perfectamente nos permite identificar la función que este operador desempeña, la cual no es otra distinta que la de transmitir correos electrónicos. Esta transmisión de información a la luz de la Digital Millenium copyright no genera responsabilidad del operador que presta este servicio, por tal motivo consideramos bien fundadas las consideraciones expuestas por la Corte y su decisión de exonerar de responsabilidad al demandado.

3.4.4. Caso: Napster

Sentencia del 2 de diciembre de 2001. Estados Unidos.

Por la publicidad que ha suscitado este caso, haremos un estudio pormenorizado de Napster, iniciando con una breve explicación de su funcionamiento, para luego hacer una reseña de lo acontecido desde su creación hasta la decisión del Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos. Igualmente se expondrán, los argumentos de las partes y las consideraciones del Tribunal.

Funcionamiento de Napster

Para entender el conflicto existente entre Napster y la Asociación Estadounidense de la Industria del Disco (RIAA), a continuación se hace una breve descripción de lo que Napster ofrece a los cibernautas.⁶⁸

- a) Napster⁶⁹, tiene una página Web cuyo dominio es www.napster.com
- b) Cuando ingresa al Web Site de Napster por primera vez, el usuario debe descargar e instalar en su equipo el software de Napster.
- c) Una vez instalado el software en el equipo del usuario, el cibernauta se registra, creando un nombre de usuario y un password, e indica que parte de su PC estará disponible a todos los usuarios Napster.
- d) Una vez realizado el anterior procedimiento, el usuario en el monitor de búsqueda de Napster coloca el nombre del artista o el nombre de la canción que desea, hace click en buscar y Napster bajará los archivos. Pero, ¿cómo hace este Proveedor de Contenido para encontrar la canción que el cibernauta esta buscando y desea guardar en su equipo?
- e) Napster es un programa que permite intercambiar archivos de música a través de la red.
- f) Cuando el cibernauta ingresa el nombre de la canción o el artista que desea y espera respuesta del Web Site de Napster,⁷⁰ Napster busca entre los computadores de todos sus usuarios la canción deseada y una vez la encuentra, envía al cibernauta la lista de las canciones para que el usuario escoja la que desea.

⁶⁸ Periódico El Tiempo. "Napster, El Hereje Musical". Miércoles 21 de junio de 2000. Págs. 2-5

⁶⁹ Napster es el pionero en el ofrecimiento de intercambio de archivos musicales, pero no es el único, existen otras aplicaciones que buscan conseguir la popularidad de Napster: CuteMX www.cutemx.com, SpinFrenzy Xchange www.spinfrenzy.com, Scour Exchange www.scour.com, entre otros.

⁷⁰ Periódico El Tiempo. "Agarrando música de Internet". Lunes 31 de julio de 2000. Págs. 3-4.

- g) La canción que el cibernauta escoge es copiada del computador de otro usuario de Napster en formato MP3,⁷¹ directamente en el disco duro de su computador.
- h) La música que el usuario baja de Napster puede ser oída directamente desde su computador o copiada en un Cd's.

Después de esta breve descripción del funcionamiento de Napster, podemos determinar, como bien lo hace el Tribunal de Apelaciones de San Francisco, los servicios que ofrece Napster:⁷² "1) permite a sus usuarios hacer que sus ficheros musicales MP3 almacenados en los discos duros de un ordenador individual estén disponibles para el copiado por otros usuarios de Napster; 2) permite buscar ficheros de música MP3 almacenados en ordenadores de otros usuarios; y 3) transferir copias exactas de los contenidos de los ficheros MP3 de otros usuarios desde un ordenador a otro vía Internet"

Cronología del Caso " Napster"⁷³

- a) **1999. Mayo.** Shawn Fanning y Sean Parker fundan el servicio de intercambio de archivos musicales Napster Inc. A los siguientes meses de su creación el número de usuarios que ingresaban al Web Site de Napster empezó a incrementarse de manera vertiginosa.
- b) **1999. 7 de diciembre.** La industria cinematográfica acusa a Napster de por presunta violación a los derechos de autor y a través de la Asociación del Sector Discográfico de EEUU (RIAA) demanda a Napster en un tribunal Federal de San Francisco.

⁷¹ MP3 "es un formato estándar de fichero para el almacenaje de grabaciones de audio en un formato digital." " El formato comprimido del MP3 permite la transmisión rápida de ficheros digitales de audio de un ordenador a otro por correo electrónico o cualquier otro protocolo de transferencias de ficheros". A&M RECORDS Vs. NAPSTER. Tribunal de Apelaciones de EEUU para el Circuito Noveno 02/12/01.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Periódico El Tiempo. " Napster sufre aplastante derrota legal. Cronología de una Disputa."

- c) **2000. Febrero.** El número de usuarios que visitaron por lo menos una vez el Web Site de Napster en el mes de febrero llegó a un millón cien mil cibernautas (1,1 millones)⁷⁴
- d) **2000. Junio.** Vísperas de la decisión del Tribunal, el número de visitantes de la Web aumentó casi en cinco (5) millones de usuarios, en el mes de junio se registraron cuatro millones novecientos mil usuarios (4,9 millones)⁷⁵
- e) **2000. 26 de julio.** Ante la solicitud del RIIA, el juez acepta imponer una interdicción preliminar y ordena a Napster cerrar su sitio Web.
- f) **2000. 28 de julio.** El Tribunal aplaza la aplicación del interdicto preliminar
- g) **2000. 31 de octubre.** Napster llega a un acuerdo con la empresa disquera alemana Bertelsmann AG., en virtud del cual, esta última se compromete a abandonar el proceso contra Napster
- h) **2001.12 de febrero.** El Tribunal dicta sentencia. El contenido de la sentencia y las consideraciones del tribunal serán estudiadas a continuación.

Tribunal de Apelaciones de EEUU.

Demandantes: A&M RECORDS INC; GEFEN RECORDS INC; INTERSCOPE RECORDS; SONY MUSIC ENTRETAINMENT INC; MCA RECORDS INC; ATLANTIC RECORDING CORP; ISLAND RECORDS INC, MOTOWN RECORD CO; CAPITOL RECORDS INC.

Demandado: NAPSTER INC.

Fecha: Febrero 12, 2001.

Jueces: SCHROEDER, Juez Jefe, BEEZER y PAEZ, Jueces de Circuito.

Consideraciones del Demandante

⁷⁴ Estudio realizado por Media Metrix. Compañía en medición de audiencia en Internet.

⁷⁵ *Ibidem*

a) La Asociación del Sector Discográfico de EEUU identifica dos tipos de sujetos que infringen las normas del Copyright o derecho de autor. El primer sujeto

está conformado por todos los usuarios de Napster, pues son ellos los que directamente reproducen y distribuyen obras protegidas. El segundo sujeto infractor, según la RIIA es Napster, pues facilita y a través de su software que el usuario pueda intercambiar archivos de música a través de la red.

- b) Para que exista una infracción directa a los derechos de autor se requieren dos requisitos que el demandante logró demostrar en las pruebas allegadas al proceso. El primero de ellos es la titularidad de los derechos de autor, es decir, que las empresas disqueras tengan derechos sobre la música que se intercambia a través de Napster; esta titularidad no tuvo discusión absoluta en el Tribunal. El segundo requisito para que la acción por infracción directa progrese se refiere a que los hechos que se presumen violatorios de los derechos de autor, afecten las prerrogativas concedidas al titular del derecho de autor. En este caso el Tribunal estableció plenamente que en cabeza de las disqueras están los derechos de reproducción y distribución, derechos que efectivamente se ven vulnerados con el sistema Napster como se explicó anteriormente al hacer una breve reseña del funcionamiento de Napster.
- c) El uso por parte de los cibernautas del sistema Napster afecta considerablemente el mercado para sus composiciones musicales y grabaciones protegidas, prueba de ello lo demuestra un estudio que los demandantes realizaron, el "Informe Jay" en el que tomando como población estándar los estudiantes de colegios y universidades se encontró que el uso de Napster, influía de manera negativa en las compras musicales de los jóvenes, pues reducía las ventas de CD's de los estudiantes causando un daño irreparable a las compañías disqueras.
- d) Napster Inc. es responsable por infracción parcial del derecho de autor, entendiéndose por infractor parcial a aquella persona que conociendo de una

actividad infractora, contribuye a ésta y no hace nada por evitarlo, la responsabilidad según el Tribunal existe cuando el demandado, en este caso, Napster se involucra en "una conducta personal que aliente o asista a la infracción."⁷⁶

Consideraciones del Demandado

Las consideraciones del demandado las podemos dividir en dos. La defensa que Napster hace a los visitantes de su Web Site y la defensa que realiza sobre su posible responsabilidad por infracciones al derecho de autor

Defensa de los Usuarios Napster

Napster en defensa de sus usuarios presenta el siguiente argumento:

Los usuarios de Napster no infringen las normas de derecho de autor, pues el uso que hacen de la música que intercambia a través de la red es un uso justo y el uso justo no es considerado una infracción. Son usos justos:⁷⁷ "a) el muestreo, que opera como una copia temporal de la obra antes de comprarla. b) cambio de espacio, donde los usuarios acceden a una grabación sonora a través del sistema Napster que ellos ya poseen en formato de CD audio; c) y distribución permisiva de grabaciones tanto por artistas nuevos como establecidos."

Defensa de Napster

Dos son los argumentos que Napster utiliza para eximirse de responsabilidad:

⁷⁶ Matthew Bender & Co. V. West Publ'g Co, 158 F.3d 693,706 (2d Cir.1998). Citado por: Tribunal de Apelaciones de EEUU para el Circuito Noveno.

⁷⁷ Tribunal de Apelaciones de EEUU para el Circuito Noveno. A&M RECORDS V NAPSTER. 02/12/2001 Pág. 7.

1. Sus usuarios y las acciones que realizan a través de su Web Site están amparados por el uso justo y la Ley de Grabación Doméstica de Audio (Audio Home Recording Act).
2. Su responsabilidad por infracción imparcial o subsidiaria está limitada por lo consagrado en la Digital Millenium Copyright Act.

Consideraciones del Tribunal

La Corte hace un detallado estudio de los argumentos de los demandantes y del demandado, empezando con una explicación pormenorizada del funcionamiento de Napster y los servicios que éste ofrece a los cibernautas.

El tribunal en primera instancia analiza la responsabilidad por infracción directa del derecho de autor de los usuarios de Napster, partiendo del argumento presentado por el demandado, en el sentido de que el cibernauta hace un uso justo de las obras y grabaciones. La Corte desvirtúa este argumento presentando las siguientes consideraciones:

- a) Para que un uso pueda ser calificado como justo se deben tener en cuenta 5 factores:
 1. Propósito y carácter del uso.
 2. Naturaleza de la obra protegida.
 3. Cantidad o proporción utilizada de la obra.
 4. Efecto del uso de la obra sobre el mercado potencial.
 5. Usos identificados.

- b) Respecto del primer factor "Propósito y carácter del uso" el Tribunal manifiesta que el uso de obras en Napster es un uso comercial, ya que los cibernautas realizan copias de obras protegidas para evitar incurrir en el gasto de adquirirlas. El Tribunal es enfático en señalar que para que un uso sea declarado comercial no se requiere necesariamente un beneficio económico directo, como es el de los cibernautas de Napster. Quienes evitan un gasto que deberían realizar de no usar los servicios que éste ofrece.
- c) El segundo factor hace referencia a la "naturaleza del uso". Las obras que son creativas por naturaleza están "más cercanas a la esencia de la pretendida protección de Derecho de Autor" y definitivamente es innegable que las composiciones musicales y grabaciones sonoras son producto del intelecto humano y, por tanto, creativas por naturaleza. Siendo infundado alegar esta naturaleza como un factor de uso justo.
- d) El tercer factor examina si puede considerarse como uso justo, copiar una obra, ya sea musical o de cualquier otro tipo, por completo o enteramente, ya que éste es el caso de Napster, donde los usuarios, una vez eligen la canción que desean tener en su computador logran obtener la totalidad de la obra protegida. Respecto a este punto, el Tribunal de Apelación determina que si bien es cierto no porque se realicen un sinnúmero de copias, se pierde la categoría de uso justo; en el presente caso, los usuarios de Napster, además de estar realizando un "copiado mayorista"⁷⁸, están copiando la obra en su integridad y esa copia entera de la obra se traduce en un uso contrario al uso justo, por lo que en este punto no es permitido al demandado alegar dicha condición.

⁷⁸ Expresión utilizada por el Tribunal para significar las copias que se realizan al por mayor.

e) El cuarto punto a tener en cuenta para considerar un uso como uso justo, es que la realización de copias de la obra no afecte de forma sustancial la comerciabilidad de dicha obra. Frente a este aspecto el Tribunal acusa a Napster de afectar de manera considerable el mercado, el daño causado al mercado se traduce en dos hechos, según la Corte. El primero hace relación a que existiendo la posibilidad de bajar música de manera gratuita sin necesidad de realizar ningún tipo de reembolso por dicha adquisición, se está reduciendo la demanda para la compra de CD's audio, principalmente en el mercado de los estudiantes universitarios, hecho que se logró demostrar cabalmente a través del "Informe Jay".⁷⁹ Precisamente este informe es el que lleva al Tribunal a concluir que "existía evidencia de ventas perdidas" atribuibles al uso de Napster por los colleges y Universidades. Este informe y otro denominado "Informe Fine" demostraron de manera contundente que compartir formatos MP3 implicaba para las demandantes un daño irreparable.

El segundo aspecto, ya no se refiere tanto al daño que sufre el mercado de los CD's como a los perjuicios que se causa a las compañías disqueras y en especial a las demandantes; si Napster ofrece música a través de la red en forme gratuita, para empresas como Sony Music Entertainment, MCA Records, entre otras, será muy difícil entrar a competir en el mercado para la descarga digital de música.

Vale la pena en este momento de análisis señalar, que el argumento presentado por Napster frente a este punto es el de manifestar que contrario a lo señalado por los demandantes y el Tribunal, que Napster y el software que ofrece "es beneficioso para la industria musical porque compartir ficheros musicales MP3 estimula más las ventas de CD audio de lo que las desplaza".

⁷⁹ Estudio presentado por la parte demandante, en el que se muestra la pérdida de ventas de CD's en el segmento de la población de los colleges.

Dicha afirmación, basada en un estudio realizado por los demandados, fue rechazada por el Tribunal al ser considerado dicho estudio de dudosa fiabilidad y valor.

f) Un uso puede considerarse justo si está ubicado dentro de lo que se conoce como "muestreo y cambio de espacio":

1. El muestreo es una práctica utilizada comúnmente por las compañías discográficas que consiste en un ofrecimiento a los usuarios, para que descarguen gratuitamente canciones de muestra desde treinta hasta 60 segundos de duración. Las canciones permanecen en el ordenador del usuario por un tiempo muy corto, "time out" o tiempo muerto", transcurrido el cual, las canciones desaparecen del ordenador. Esto es lo que se conoce como muestreo y lo que Napster asegura estar haciendo a través de su página: "sus usuarios descargan ficheros MP 3 para "muestrear" la música a fin de decidir comprar o no la grabación"; se trata de una prueba de muestra que no es comercial y que tampoco afecta el mercado.⁸⁰ Sin duda, este argumento es refutable en el sentido de que tratándose de un muestreo la canción sólo permanece un tiempo determinado en el ordenador del usuario, mientras que los usuarios Napster, descargan una copia completa de la obra, en forma gratuita y ella permanece en su computador de manera indefinida y permanente.

2. El cambio de espacio o "space-shifting" consiste en la posibilidad que tiene un usuario de bajar de Napster una obra musical para escucharla, siempre y cuando dicha obra musical ya la haya adquirido y la tenga en audio CD, simplemente lo que el usuario Napster hace, es cambiar el medio por el cual

⁸⁰ Tribunal de Apelaciones de EEUU para el Circuito Noveno. A&M RECORDS Vs . NAPSTER. Caso Nro00-16401. 02/12/01 Pág. 12.

escucha la canción. Y el cambio de espacio de composiciones musicales y grabaciones es considerado como un uso justo. Ahora bien, ello puede ser cierto en teoría, pero en la práctica y conociendo como ya conocemos el funcionamiento de Napster, puede ocurrir perfectamente que el usuario de Napster que solicita la obra musical X, tenga en CD audio la misma obra musical X, pero al momento de haberla solicitado, ya la ha puesto en disposición de muchos usuarios que no tendrán la obra en CD audio. Este es el razonamiento que acertadamente realiza el Tribunal, manifestándolo en los siguientes términos: "Una vez que un usuario lista una copia de música que él ya posee, en el sistema Napster, con el fin de acceder a la música desde otra localización, la canción se hace disponible a millones de otros individuos, no sólo al propietario del CD original"⁸¹

Luego de desvirtuar el uso justo de los usuarios de Napster, el Tribunal entra a examinar si este último puede considerarse infractor parcial o subsidiario de los derechos de autor y por consiguiente responsable por dicha violación. Por ser este un punto fundamental en nuestra tesis, explicaremos de la forma más detallada posible las consideraciones que el Tribunal tuvo en cuenta para señalar a Napster como responsable por las infracciones al Derecho de Autor o Copyright.

1. Responsabilidad por infracción parcial

1.1. Elementos de la Responsabilidad

La jurisprudencia Estadounidense es reiterativa⁸² en señalar que "alguien que, con conocimiento de la actividad infractora de otro, contribuye a la conducta infractora

⁸¹ Ibídem. Pág. 14

⁸² Precedentes Jurisprudenciales: Gershwin Publ'g Corp v. Columbia Artist Mgmt, Inc 443 F. 2d 1159,1162 (2d Cir.1971), Fonovisa Inc v Cherry Auction, Inc 76 F. 3d 259,264 (9th Cir. 1996) y Matthew Bender & Co v West Publ'g Co 158 F. 3d 693, 706 (2d Cir. 1998)

de otro, puede ser considerado como un infractor parcial" es decir, existe responsabilidad si el demandado se involucra en una conducta personal que aliente o asista a la infracción." De la anterior definición podemos concluir que dos son los elementos necesarios para que se configure la responsabilidad:

- a. Conocimiento: La persona natural o jurídica debe saber o haber tenido conocimiento de la infracción. Frente a este primer requisito el Tribunal

señaló que Napster sabía que sus usuarios, a través de su página Web compartían archivos musicales, y que las obras musicales que intercambiaban estaban protegidas por el Derecho de Autor. El Tribunal de Apelaciones para llegar a este señalamiento parte de dos tipos de conocimiento: i) el conocimiento real y ii) el conocimiento constructivo. El primero se refiere al conocimiento directo de la actividad infractora, es decir, que el infractor sea consciente por si mismo o por otros que está colaborando en la actividad infractora. Aplicado este conocimiento al caso Napster, dos son los hechos que llevan a imputarle el conocimiento real de la infracción.

- El cofundador de Napster, Sean Parker, en un documento manifestó: "la necesidad de continuar ignorantes de los nombres reales de los usuarios y los destinatarios de PI, pues están intercambiando música pirateada." Los fundadores de Napster sabían del intercambio de música protegida.
- Por información de la "RIAA", la Recording Industry Association of América, Napster se enteró que más de 12.000 ficheros estaban infringiendo las normas de Derecho de Autor. Un tercero pone en conocimiento de Napster las infracciones que se están cometiendo a través de su página Web.

El segundo conocimiento, es el constructivo, es decir, el que deben tener ciertas personas en condición de su oficio o profesión, que en el presente caso y para el Tribunal se manifiesta en las siguientes premisas

1. Los directivos de Napster tienen experiencia en la industria de grabación.
2. Ellos han hecho cumplir los derechos de Propiedad Intelectual en otras instancias.
3. Los Directivos de Napster han descargado canciones del sistema.
4. Los Directivos han promocionado disparos en pantalla listando ficheros infractores.

b. Contribución material: Este segundo requisito, necesario para que se pueda configurar la responsabilidad, hace referencia al aporte o ayuda que la persona presta para la realización de la actividad infractora. Debe existir una contribución de tipo material para que una persona, en este caso, un operador de Internet sea considerado responsable. Si aplicamos este elemento, al caso Napster, nos debemos preguntar si existe una contribución material por parte de éste para cometer la infracción a los Derechos de Autor y obviamente, y de nuevo recordando el proceso de intercambio de archivos musicales y la intervención de Napster para hacer dicho intercambio realidad, nuestra respuesta es Si, Napster y su software contribuyen materialmente a las infracciones antes mencionadas. La razón: si no existiera el software de Napster, no podría intercambiarse música a través de la Red pues, "Napster es un servicio integrado diseñado para permitir a los usuarios localizar y descargar ficheros musicales MP."⁸³. Resulta evidente pues, que el demandado, no sólo proporciona el sitio Web, www.napster.com, sino que también proporciona a los usuarios los medios y herramientas necesarios para realizar el intercambio de archivos. Así las cosas y como acertadamente concluye el Tribunal de Apelación, no cabe duda que Napster contribuye materialmente a la infracción directa.⁸⁴

1.2. Aplicación de la Responsabilidad en el Caso Napster.

Examinados los elementos requeridos para la imputación de Responsabilidad por infracción imparcial, a saber, el conocimiento y la contribución material, pasaremos de manera breve a aplicarla al caso sub-examine. Para tal fin y habida consideración del estudio presente de jurisprudencias en el Derecho Comparado,

⁸³ Napster, 114 F. Supp. 2d en 919-20

⁸⁴ Tribunal de Apelaciones de EEUU para el Circuito Noveno. A&M Records V. Napster. Caso Número 00-16401. 02/12/01

partiremos para el análisis de dicha responsabilidad de las herramientas jurídicas, en su mayoría precedentes judiciales del país donde tuvo ocurrencia este caso:

Para la jurisprudencia Americana, el elemento del conocimiento, en su aspecto real es necesario para que pueda imputársele responsabilidad a una determinada persona, en este caso a un proveedor de servicios. Sin embargo, según lo manifiesta el Tribunal, dicho conocimiento no es suficiente tratándose de imputar responsabilidad por hechos ocurridos a través la red de Internet, pues frente a este medio masivo de comunicación y para que el operador tenga conocimiento suficiente respecto de la posible infracción que se está cometiendo, "el titular de los derechos de autor debe suministrar la necesaria documentación para mostrar que hay una posible infracción."⁸⁵ Así las cosas, cabe preguntarnos ahora, ¿cuál es el motivo que llevó al Tribunal de Apelaciones para exigir del afectado un comportamiento activo, en el sentido de obligarlo a dar la información y documentación necesaria, al operador?. La respuesta a este interrogante obedece al avance tecnológico y a las implicaciones que ha traído el uso de Internet. Como ya los señalamos en capítulos precedentes, se trata de una inmensa telaraña imposible de controlar, y como nadie está obligado a lo imposible, tampoco se le puede exigir a los proveedores de servicio el conocimiento absoluto de los mensajes que transmiten o almacenan. Esta es la razón por la que "se reconoce que un proveedor de servicios on line no examina y no puede examinar todas las hiper conexiones que pueden constituirse en material potencialmente difamatorio."⁸⁶ Por ello, es razonable señalar que si una vez el proveedor de servicios tiene conocimiento de una posible infracción en línea y no procede a remover dicho material o a evitar su acceso, está contribuyendo sustancialmente a dicha infracción y hay lugar a duda de su responsabilidad.

⁸⁵ Cubby Inc V. Compuserve Inc, 776F .Supp 135,141 (S.D.N.Y. 1991)

⁸⁶ Tribunal de Apelaciones de EEUU para el circuito Noveno. A&M Records V. Napster. Caso Número 00-16401.02/12/01. Pág. 17

Una vez expuesto el criterio que se tiene en cuenta para imputar responsabilidad por hechos ocurridos a través de la Red y examinados los elementos necesarios para dicha responsabilidad es evidente que la decisión de la Corte en el sentido de concluir que "existe conocimiento suficiente para imponer responsabilidad parcial, relacionado con el uso demostrado infractor del sistema Napster."⁸⁷

Si frente a la información que efectivamente proporcionó el RIIA,⁸⁸ Napster hubiese adoptado una conducta diferente, no hay lugar a duda que carecería de sentido la imputación de responsabilidad por infracción parcial. La conducta que debió asumir Napster, según manifiesta el Tribunal de Apelaciones, era la de bloquear el acceso al sistema y eliminar el material infractor, hecho que no ocurrió, pues, después de la información suministrada por el RIIA, las canciones aún estaban disponibles en el servicio Napster.

2. Responsabilidad por Infracción Subsidiaria

En el contexto de la ley de Derecho de Autor, se entiende por Responsabilidad Subsidiaria, la que puede llegar a tener una persona, en razón a la posibilidad que tenga de supervisar la posible actividad infractora y que reciba u obtenga algún beneficio económico de dicha actividad. Así las cosas, son dos los elementos que se requieren para que se configure la figura de la Responsabilidad Subsidiaria a saber:

2.1. Beneficio Económico

En principio podría pensarse que no existe beneficio económico alguno para el demandado Napster, pues en realidad sólo proporciona el sitio y los servicios

⁸⁷ *Ibidem.*

⁸⁸ El RIIA, informó a Napster sobre más de 12.000 ficheros infractores que estaban siendo intercambiados a través de su página Web.

necesarios para intercambiar archivos de música, sin embargo examinando un poco más a fondo, día a día las páginas y sitios Web van adquiriendo un valor incalculable, lo que representa para sus creadores y dueños, una riqueza incalculable. Es precisamente este beneficio el que recibe Napster, de los cientos de miles de usuarios que visitan su página Web, veamos:

- Napster permite descargar archivos, sin que el cibernauta deba desembolsar dinero alguno.
- La disponibilidad de material protegido por el Derecho de Autor, es uno de los factores que llevan a los usuarios a visitar el sitio web de Napster, es decir que este sitio se convierte en un punto de atracción para los cibernautas.
- Los ingresos futuros de cualquier página Web, depende directamente del número de cibernautas que la visiten, entre más se incremente la base de datos de usuarios que visitan la página de Napster más beneficio económico recibirán sus dueños y de acuerdo a las pruebas allegadas al proceso, dicho aumento de usuarios que se registran en el sistema Napster hace que aumente la calidad y cantidad de música disponible.

Por las anteriores consideraciones el Tribunal de Apelaciones, no duda un momento en afirmar que existe un beneficio económico directo para Napster, cumpliéndose de esta manera uno de los requisitos exigidos para la configuración de la Responsabilidad Subsidiaria.

2.2. Supervisión

En este punto, se debe examinar si Napster tenía el derecho y la Capacidad de supervisión o vigilancia sobre la conducta que realizan sus usuarios a través de su

página Web. El Tribunal concluyó que Napster si contaba con los mecanismos necesarios para supervisar dicha conducta y por lo tanto señaló que el segundo requisito también se cumplía en le presente caso. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal se basó en las declaraciones que el mismo demandado presentó ante el juez de primera instancia, según las cuales, contaban con métodos mejorados de bloqueo para aquellos usuarios que no cumplían las condiciones establecidas en la página Web. Frente a esta declaración, el Tribunal hizo un acertado razonamiento al considerar que si se puede bloquear el acceso a una página, es porque necesariamente tiene la capacidad de supervisar y decidir quien puede tener acceso o no a sus contenidos. Para tal efecto el Tribunal señala: "La capacidad de bloquear el acceso de infractores a un entorno en particular, por cualquier razón de cualquier naturaleza, es evidencia del derecho y capacidad de supervisar"⁸⁹ y Napster en su página Web se reserva el " derecho a denegar el servicio y terminar las cuentas a su discreción, incluyendo pero no limitado a, si Napster cree que la conducta del usuario viola la ley aplicable... o por cualquier razón a la sola discreción de Napster con o sin causa."⁹⁰

Así las cosas y de acuerdo con lo anteriormente señalado, Napster retiene el derecho a controlar el acceso a su sistema y por lo tanto es dable afirmar que tiene la capacidad de supervisar la conducta de los usuarios que ingresan a su página Web. Y si se tiene dicha capacidad, según el Tribunal, ella debe ejercerse en su máxima extensión y en el presente caso Napster falló en ejercer ese derecho para evitar el intercambio de archivos protegidos por el Derecho de Autor.

Por las anteriores consideraciones, el Tribunal considera a Napster responsable por infracción parcial a los Derechos de Autor y por responsabilidad subsidiaria. Una vez determinada la responsabilidad del demandado, el Tribunal entra a

⁸⁹ Tribunal de Apelaciones de EEUU para el Circuito Noveno. A&M Records V. Napster. Caso 00-16401.02/12/01 Pág. 19

⁹⁰ *Ibidem*.

estudiar y desvirtuar uno a uno los argumentos presentados por Napster, de los cuales sólo estudiaremos el relacionado con la Ley de Grabación Doméstica, por ser a juicios de muchos el argumento más contundente de Napster:

Ley de Grabación Doméstica de Audio

Esta ley señala que: "No se puede tomar acción alguna bajo este título alegando infracción del derecho de autor, basada en la fabricación, importación o distribución de un aparato de grabación digital de audio u medio de grabación digital de audio, aparato analógico de grabación, o un medio analógico de grabación, o basado en el uso no comercial por un consumidor de dicho aparato o medio para realizar grabaciones digitales musicales o grabaciones musicales analógicas". Basado en esta disposición y argumentando que el intercambio de ficheros MP3 no es de tipo comercial, Napster manifiesta no ser responsable por las infracciones al Derecho de Autor.

El Tribunal rechaza esta argumentación señalando que la mencionada ley, la Ley de Grabación Doméstica de Audio no ampara la descarga de ficheros MP3 a discos duros y ordenadores, pues ni aquellos ni estos son aparatos de grabación digital, ni mucho menos, equipos destinados a realizar dichas grabaciones, por lo que considera "irrelevante" la mención de esta ley.

3.5 Art Music France y Warner Chappell France vs. Escuela Nacional Superior de Telecomunicacionesⁱⁱ

Agosto 14 de 1996. París, Francia.

Hechos

1. ART MUSIC FRANCE Y EX-WARNER CHAPPELL FRANCE son las titulares del derecho de reproducción y representación de las obras musicales de Michael Sardou, Pierre Delanoé, Pierre Billón y Didier Barbelivien.
2. El señor Francois Xavier Bergot, alumno de la ESCUELA NACIONAL SUPERIOR DE TELECOMUNICACIONES (ENST), posee una página WEB privada, alojada en el servidor de la ENST.
3. Francois Xavier Bergot tiene en su página Web almacenadas composiciones musicales de los autores representados por ART MUSIC FRANCE y EX-WARNER CHAPPELL FRANCE.
4. Los visitantes de la página privada de Bergot pueden acceder a las composiciones musicales contenidas en la página y copiarlas en su computador, hecho demostrado por un agente de la “Agencia para la Protección de Programas”, quien accediendo a las páginas Web de Bergot y en calidad de usuario logró, luego de elegir la opción de Michel Sardou, obtener la lista de las 20 canciones del artista con sus respectivas letras.

Argumentos de la Parte Demandante

Las empresas ART MUSIC FRANCE y WARNER CHAPPELL FRANCE manifiestan que la ESCUELA NACIONAL SUPERIOR DE TELECOMUNICACIONES, el Sr. Finger, en su calidad de jefe del departamento de informática y el Sr. Francois Xavier Bergot, propietario del sitio Web, son responsables por las infracciones al derecho de autor de las obras musicales en mención. La parte demandante señala dos infracciones al derecho de autor:

2. La reproducción ilícita de obras protegidas, a través de su almacenamiento y
3. La representación ilícita de obras, pues la posibilidad de acceder a ellas a través de la pantalla se convierte en comunicación por teledifusión.

Argumentos del Demandado

Tres son los demandados en el proceso de la referencia:

1. El Profesor Finger, jefe de sistemas del Departamento de Informática de la ESNT, solicita al Tribunal de Gran Instancia de París, lo excluya de su calidad de demandado, pues su cargo no tiene relación alguna con “la administración de los medios informáticos puestos a disposición por la Escuela a través de sus diferentes servicios.”

2. La ESCUELA NACIONAL SUPERIOR DE TELECOMUNICACIONES argumenta su defensa en los siguientes puntos.

2.1 La parte demandante no ha acreditado su titularidad sobre los derechos patrimoniales de reproducción y representación de las obras de Michael Sardou.

2.2 En ninguna acápita, las demandantes han indicado o demostrado los perjuicios que se les han causado por la numeración de obras de Michel Sardou en la página Web de el señor Francois Xavier Bergot.

2.3. Desde el momento de la citación judicial, la Escuela tomó las medidas técnicas necesarias para impedir el acceso al sitio WEB de Francois Xavier Bergot y el grupo de alumnos encargados de administrar los sitios Web de los estudiantes

tomo medidas complementarias suprimiendo el acceso de todos los otros sitios de los estudiantes.

3. El señor Francois Xavier Bergot plantea cuatro consideraciones que a su juicio no lo hacen responsable por las infracciones al derecho de autor argumentadas por la parte demandante:

3.1 La reproducción de una obra reviste el carácter ilícito de falsificación cuando ella se realiza con el propósito de que un número indeterminado de personas haga uso de ella, es decir con el objetivo de darle un uso colectivo. El Sr. François Xavier Bergot manifiesta que jamás el almacenamiento de las composiciones musicales en su página Web privada ha sido con el propósito de otorgar un uso colectivo, sino que simplemente el almacenamiento responde a una necesidad de tipo personal y laboral. Igualmente manifiesta que si se ha dado un uso colectivo de las obras, ello proviene de la acción directa y exclusiva de los usuarios que ingresan a su página y abriendo sucesivamente varias ventanas llegan a las obras musicales. El Sr. François Xavier, señala igualmente que en ningún momento realizó publicidad alguna para que el cibernauta accediera a las obras en mención.

3.2. No existe representación ilícita de las composiciones musicales pues para ello se requiere una acción positiva por parte de quien procede a hacer la representación, es decir, una acción de emisión de un mensaje al receptor; y en el presente caso, François Xavier como creador de la página Web, no realizó ningún acto de emisión, pues son los usuarios los que ingresan a la página en busca de información y quienes en este caso efectúan las reproducciones indebidas y violatorias del derecho de autor.

3.3. La parte demandante no puede alegar un daño inminente, pues una vez la ESCUELA NACIONAL SUPERIOR DE TELECOMUNICACIONES se enteró de la posible violación y de la demanda en su contra, impidió de manera inmediata el acceso a su página.

Consideraciones de la Corte

Antes de presentar las consideraciones que tuvo la Corte para este caso, nos permitimos hacer el siguiente comentario; quizá, el pronunciamiento más claro y contundente frente a la responsabilidad de los sujetos que participan en la difusión de los contenidos es éste; no sólo por la clara identificación de los sujetos, sino por el análisis que hace de sus comportamientos.

La Corte entra a analizar cada uno de los argumentos presentados por las partes y llega a las siguientes conclusiones:

1. El Profesor Finger no puede ser afectado por la demanda, pues no tiene ninguna responsabilidad en la administración de los medios informáticos de la ESCUELA.
2. Las demandantes si están legitimadas para interponer la demanda.
3. Efectivamente, François-Xavier Bergot en su Web procedió a numerar algunas composiciones musicales de Michel Sardou e independientemente de que ello fuera para uso privado y no colectivo, es un hecho que “sin autorización, ha reproducido y favorecido el uso colectivo de las obras protegidas por el derecho de autor y de las cuales los demandantes son cesionarios de los derechos de reproducción y representación(...).” No obstante, El Tribunal de Gran Instancia de París,

examina la intención del dueño de la Web y manifiesta que en el proceso no se demostró la intención de causar daño o perjudicar a los demandantes, ni mucho menos la intención de obtener algún tipo de beneficio económico.

Por las razones anteriormente expuestas el Tribunal prohíbe a François-Xavier instalar en sus páginas privadas, obras musicales interpretadas por Michel Sardou, bajo multa de 10.000 Francos por infracción comprobada.

4. La actitud adoptada por la ESCUELA NACIONAL SUPERIOR DE TELECOMUNICACIONES es para el Tribunal motivo de reconocimiento, pues una vez notificada de las posibles infracciones al Derecho de autor, actuó con prontitud para impedir el acceso al sitio de François-Xavier Bergot y además de ello, difundió entre el alumnado la reglamentación en materia de propiedad intelectual; por lo que considera no debe existir sanción alguna para la entidad educativa.
5. Con respecto a los demandantes, el Tribunal de Gran Instancia de París, después de manifestar que el problema del ilícito fue solucionado por la expedita actitud de la ESCUELA NACIONAL SUPERIOR DE TELECOMUNICACIONES, autoriza a los demandantes a publicar, bajo su entera responsabilidad, un aviso en donde se manifieste que *“toda reproducción por numeración de obras musicales protegidas por el derecho de autor y susceptible de ser puesta a disposición de personas conectadas al Internet debe ser expresamente autorizada por el titular o el cesionario de los derechos.”*

3.5 Situación Jurídica de los Proveedores de Servicios en Colombia

Haciendo un breve recuento de lo desarrollado hasta el momento tenemos que:

1. La característica más importante de Internet es la transmisión de contenidos y que estos contenidos pueden ser en forma de imagen, texto, multimedia, etc.
2. En la transmisión y difusión de los contenidos participan cuatro sujetos a saber, : El Proveedor de Acceso, el Proveedor de Alojamiento o Proveedor de servicios en línea, el Proveedor de Contenido y el internauta o usuario que navega a través de la Red.
3. Existe preocupación por regular y establecer normas que determinen la responsabilidad de los actores que participan en la difusión y transmisión de los contenidos, dicha preocupación se ha traducido en la expedición de normas tales como: La E-Commerce Directive, La Digital Millenium Copyright y La Multimedia Law.
4. En el Derecho Comparado ya existe jurisprudencia, entorno al tema de la Responsabilidad de los Proveedores de Servicio en la Sociedad de la Información.

Así las cosas y luego de haber dado un panorama normativo y jurisprudencial en el Derecho Comparado, entramos a desarrollar el último punto de nuestra monografía: Situación Jurídica de los Proveedores de Servicio en Colombia.

Para abarcar este tema con la debida propiedad, haremos un breve resumen respecto de las diferentes posiciones doctrinales frente a la regulación de la Responsabilidad de los Proveedores de Servicios.

1. Postura Número 1. Creación de una normatividad especial.

Esta primera postura hace referencia a la necesidad de crear un régimen jurídico distinto y especial para tratar el tema de la Responsabilidad de los Proveedores de Servicio en la Sociedad de la Información.

El fundamento de esta postura radica en la consideración de encontrarnos frente a un avance tecnológico sin precedentes que obliga a todos los países a crear regímenes jurídicos para afrontar los nuevos retos que se presentan. Ejemplo de dicha postura son las leyes examinadas en el acápite de “La Normatividad en el Derecho Comparado.”

2. Postura Número 2. Utilizar el sistema jurídico vigente.

Esta segunda postura considera que no es necesario crear un régimen jurídico distinto. Propone adaptar el vigente a las nuevas necesidades, sin que sea imperante crear un sistema sui generis de protección. Internet, si bien es uno de los más grandes avances tecnológicos de la humanidad, sino el más importante del siglo XX, no impone la creación de instituciones jurídicas nuevas, sino más bien una adaptación de las ya existentes.

Por ser la segunda postura la que a nuestro juicio puede aplicarse de manera inmediata y proporcionar al lesionado los instrumentos jurídicos necesarios para salvaguardar sus derechos legítimos y partiendo del hecho que Colombia es censurada a nivel internacional por el exceso de leyes, procederemos a explicar nuestra postura:

Los estados por no tener una legislación específica para regular la conducta de los proveedores han recurrido a la analogía o a los principios generales del derecho por lo que la jurisprudencia activa (creadora de derecho) se ha constituido en la principal fuente del derecho para estos temas.

Los siglos de historia legislativa y de experiencias acumuladas han consolidado fórmulas jurídicas para resolver las situaciones jurídicas no previstas específicamente; es así como el Art. 8 de la ley 183 de 1987 establece: “Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes y en su defecto la doctrina constitucional y las leyes generales de derecho.”

Son los principios generales de 1) La “ Buena fe” que nos obliga a obrar con “lealtad, con rectitud, con honestidad” 2) El no abuso del Derecho que nos impone el deber de realizar la justicia, exenta de ilicitud o malicia y 3) La obligación de indemnizar a quien se le ha infringido daño por dolo o culpa de autor, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por el delito, los que permiten la realización de la justicia.

La aplicación de los principios generales del derecho resuelven los conflictos jurídicos que se presenten, entre otras razones porque :

1. Estamos conviviendo en una civilización globalizada; luego una legislación nacional resolverá los conflictos ocurridos en su territorio; pero sucede que el servicio que prestan los proveedores es internacional y no hay en la actualidad una normatividad positiva de carácter internacional que regule coactivamente las conductas realizadas en cualquier país.
2. Como hemos afirmado, el vertiginoso desarrollo científico- tecnológico impide que las experiencias y los comportamientos resulten previsibles jurídicamente para poder formular una legislación global permanente.
3. Los usuarios, al familiarizarse con las nuevas tecnologías, generan nuevas conductas y comportamientos imprevisibles.
4. Lo procedente es resolver las situaciones jurídicas que se presenten a la luz de los principios generales del derecho con criterios de justicia y equidad la universalidad.

Si la convivencia humana exige de toda persona obrar de Buena Fe, no abusar de sus derechos y no vulnerar el interés jurídico ajeno, es preciso deducir responsabilidad por toda conducta dolosa o culposa que vulnere los derechos de las personas o de la sociedad.

Como principio universal quien obra con dolo o culpa responde. Entiéndase por dolo el propósito de quebrantar el derecho y el legítimo interés de las personas; es decir, se procede con la intención de inferir un daño.

La culpa se presenta cuando no se prevé un resultado dañoso pudiéndose haber previsto o habiéndose previsto (el daño) confió en poder evitarlo.

Una vez presentados los postulados que se tendrá en cuenta para atribuir responsabilidad a los diferentes actores que participan en la difusión y transmisión de los contenidos y seguras que con ellos, la víctima puede defender sus derechos jurídicos legítimos. Examinemos ahora, el grado de responsabilidad en que incurren cada uno de estos sujetos, no sin antes señalar las diferentes posiciones frente al tema. En este acápite consideraremos separadamente la responsabilidad de los diferentes proveedores.

1. Proveedor de Contenido

Si recordamos de nuevo, la función que desempeña este operador no es otra que la de proporcionar contenidos en Internet. Napster es un buen ejemplo de lo que podemos considerar como proveedor de contenido, pues a través de su página Web proporciona y permite el intercambio de archivos musicales.

Ahora bien, frente a la Responsabilidad que tienen estos operadores por el contenido que proporcionan en sus páginas web, sin lugar a duda, parece ser este un punto en el que coinciden todos los doctrinantes: El proveedor de contenido es responsable por toda la información que se encuentra en su página Web y por los links de primer grado contenidos en su Web Site.

Veamos la responsabilidad de estos Proveedores aplicándola al caso Colombiano y teniendo como referencia el marco normativo y jurisprudencial ya estudiado en el Derecho Comparado.

Distingamos tres tipos de situaciones en las que puede encontrarse un Proveedor de Contenido:

1.1. En relación con el contenido de la información:

Esta primera situación hace referencia al contenido de la información que el operador suministra y pone a disposición del internauta o usuario de Internet.

Si hacemos un breve recuento de lo sucedido en el caso Napster, el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos fue enfático en señalar que Napster era responsable, no sólo porque sabía que los contenidos que estaba suministrando a los usuarios, a través de la red, eran contenidos protegidos por el Derecho de Autor, sino también porque los dueños de la página Web, eran concedores de la industria musical y de las normas de protección de las obras musicales.

Así las cosas, compartimos el análisis realizado por el Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos y llegamos a la misma conclusión: Los Proveedores de Contenido deben responder por el material que suministran a través de la Red, pues son los que eligen el contenido y por lo tanto los llamados a responder del daño o perjuicio. Sin embargo, para imputar responsabilidad de tipo extracontractual al Proveedor de Contenido debe estar presente necesariamente, el elemento subjetivo, es decir, la culpa lato sensu, de donde deberá sobrevenir el perjuicio a un tercero.

Por último, rechazamos y censuramos la actitud asumida por algunos proveedores de contenido, en el sentido de incluir en su Web, la llamada "Cláusula de exención de responsabilidad", en la que se manifiesta expresamente la no responsabilidad de este operador por el contenido incluido en su página. Sólo para citar a título de ejemplo, tenemos el Web Site de la Unión Europea que en su página principal, en letra bastante reducida y en forma de link señala: Cláusula de exención de responsabilidad http://europa.eu.int/geninfo/disclaimer_es.htm .

Pese a la implantación progresiva de este tipo de cláusulas por los proveedores de contenido y a su reprochable conducta, consideramos que a la luz del ordenamiento jurídico nacional no existe inconveniente alguno con este tipo de cláusulas, pues es bien sabido por todos, que las normas de responsabilidad civil son de orden público y no cabe estipulación en contrario, luego para nuestros efectos dichas cláusulas carecerían de toda validez.

1.2. Sobre los links⁹¹

La segunda situación hace referencia a los links, considerados como una clase de contenidos.

1.2.1 El dueño de un Web site puede permitir a otros hacer publicidad en su página, de tal manera que cuando el internauta la selecciona lo remite a dicha página. Cabe preguntarse ahora, si la inclusión de estos links es obligatoria o es una decisión propia del dueño del sitio en Internet, la respuesta no puede ser distinta a que la inclusión depende única y exclusivamente del dueño de la página Web, más aún cuando percibe un beneficio económico por dicha publicidad.

Por ser la inclusión de links una decisión propia del dueño de la página web, que está haciendo una invitación a los usuarios para que visiten otros Web Site, consideramos que no debe estar exento de responsabilidad pero tampoco se puede imputar una responsabilidad principal, pues si bien no elige los contenidos a los que el internauta tendrá acceso a través del link , si

⁹¹ Se deben distinguir dos tipos de "links", pues de ellos dependerá el grado de responsabilidad. Entiéndase por " links de primer nivel " aquellos a los cuales directamente llega el navegante desde la página Web que estaba visitando y por " links de segundo nivel o nivel posterior" más conocidos como los links de los links, haciendo referencia a aquellos derivados del primer link, que permiten viajar a través de la red hasta lugares impensable del mundo del ciberespacio.

está haciendo una invitación a ellos y resulta razonable suponer que debe actuar con diligencia y cuidado.

Por tal motivo sugerimos no imputar una responsabilidad directa sino una responsabilidad subsidiaria, por los perjuicios que se puedan causar a terceras personas. Insistimos, como en el análisis de los proveedores de Contenido, respecto con el contenido de la información que debe estar presente el elemento subjetivo de la culpa.

1.2.2. Si los links son de segundo nivel, resultaría contrario al buen sentido imputar responsabilidad al proveedor de contenido de cualquier sitio Web, por la inclusión del primer link, que luego de ser seleccionado y de conducir a otra página permite ir a lugares no imaginados en Internet, haciendo tan solo un "click " en los diferentes links. Seguras que el fin por excelencia del derecho es la realización de la justicia, nos atrevemos a decir , sin miedo a equivocarnos que el Proveedor de Contenido no es responsable por el material al que se puede acceder a través de los " links de links" o los links de segundo grado.

1.3 En relación con la información en si misma considerada.

Frente a este punto, consideramos que el Proveedor de Contenido tiene la misma responsabilidad que tiene cualquier medio de comunicación.

A través del tiempo, la doctrina y la jurisprudencia colombiana han trabajado el tema de la responsabilidad civil extracontractual de los medios de comunicación. Esta responsabilidad se enmarca dentro del ámbito de la responsabilidad profesional o de aquellas personas que frente a la sociedad ejercen una actividad habitual y prestan servicios relacionados con la misma. Es de exigir a los profesionales una

disciplina y una diligencia rigurosa en todos los servicios que presten a la sociedad, comprometiendo su responsabilidad si incumplen los deberes jurídicos a su cargo. Los criterios que determinan esa diligencia rigurosa, son la exigencia de una técnica, de una relación de valores que alumbran esa diligencia (ética), el hecho de una especialización en la materia y un ámbito de competencia donde se aplican los criterios relacionados.

Los periodistas tienen una serie de deberes jurídicos que no se agotan en la Constitución de 1991. Se trata de una responsabilidad profesional fundamentada en la culpa, como profesionales que son los periodistas tienen una serie de deberes jurídicos que tienen que cumplir y que están consagrados en diversos documentos. Se les impone, entonces, el deber profesional de extremar la diligencia y cuidados en el ejercicio de su profesión, así, por ejemplo, que las informaciones que publican no estén sometidas a reserva legal o que el contenido de las mismas no sea veraz.

La responsabilidad de los medios de comunicación puede ser de tres clases: responsabilidad ética, de tipo penal o de carácter civil. La primera de ellas se origina por haber producido con la difusión de la información un resultado contrario a la verdad que genera el deber de rectificar; esa rectificación que es realizada, no borra el daño que se ha causado y puede llegar a representar consecuencias civiles y penales. Estas últimas, implican ser sujetos activos de supuestos de hecho, de tipos penales, como por ejemplo, injuria y calumnia, que tienen plena consagración en nuestro Nuevo Código Penal.

Por último, no podemos dejar de mencionar que existe en la Ley 29 de 1944, artículo 55, una disposición del siguiente tenor: "...todo el que por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento, por medio de la imprenta, de la radiodifusión o del cinematógrafo, cause daño a otro, estará obligado a indemnizarlo, salvo que demuestre que no incurrió en culpa."

Frente a este artículo, el catedrático Jorge Santos Ballesteros señala que nos encontramos frente a una excepción de la teoría de la culpa, haciendo la siguiente consideración: “Esta norma establece en materia de responsabilidad civil por el empleo de los medios de comunicación social, responsabilidad civil por el hecho propio o hecho personal, una presunción de culpa en contra del sujeto causante del daño que la puede desvirtuar acreditando su diligencia y cuidado o la prueba de un factor extraño, es decir, fuerza mayor o caso fortuito, culpa de la víctima o hecho de un tercero. La disposición citada implica una derogación a la carga de la prueba de la culpa en la responsabilidad civil por el hecho personal en Colombia, cuyo soporte es el artículo 2341 del Código Civil, ya que dentro de este sistema la víctima debe probar la culpa del responsable.”⁹²

2. Proveedor de Alojamiento o Proveedor de Servicios en Línea

Pese a ya conocer su función, vale la pena recordar que son estos operadores, los que ofrecen un espacio en su servidor para alojar diferentes páginas Web. Frente a la responsabilidad de estos proveedores dos son las posturas que a nuestro juicio existen respecto a esta materia.

Los proveedores de alojamiento no son responsables si en cualquiera de las páginas que almacenan se encuentra material infractor, pues no tienen una obligación de supervisión. Sólo serán responsables si y sólo si han sido informados de la posible infracción y una vez tienen conocimiento de ello, no actúan de manera eficiente y oportuna para evitar el acceso a dicha página.

⁹² BALLESTEROS, Jorge Santos. Revista Universitas. “La responsabilidad civil derivada de los medios de comunicación social.” No. 64, 1984.

La segunda posición tiene su fundamento en la primera: si el proveedor de alojamiento sólo es responsable cuando conoce o es informado de la presunta infracción, ¿cómo se puede comprobar dicho conocimiento?, parecería que la responsabilidad depende del número de páginas que el proveedor esté alojando, si el número es reducido, la posibilidad que tiene de supervisar las páginas, es mucho mayor que si estuviera alojando un sinnúmero de ellas.

Luego un pequeño proveedor de alojamiento estaría en desventaja frente a un gran prestador de este servicio pues estaría obligado a supervisar las páginas alojadas en su servidor, mientras que resultaría ilógico solicitar supervisión a un servidor que aloje un sinnúmero de páginas Web.⁹³ Sobra señalar que esta posición nos parece alejada del buen sentido pues estaríamos responsabilizando a los pequeños proveedores y estableciendo la irresponsabilidad de los grandes proveedores. Sin contar ¿cuál es el número de páginas, que debe alojar el operador, para ser considerado responsable o irresponsable por los contenidos que aloja en su servidor? . De otra parte no existe relación alguna entre el número de páginas y el contenido nocivo e ilícito que puedan tener aquellas, es decir un solo sitio Web puede contener información violatoria de intereses jurídicos protegidos, de manera independiente al número de páginas alojadas en el servidor.

Vistas las posiciones que frente al tema de la responsabilidad de los Proveedores de Alojamiento existen, a continuación presentaremos nuestra posición:

De las sentencias estudiadas, el caso Art Music France y Warner Chappell France Vs. Escuela Nacional de Telecomunicaciones puede ayudarnos a ilustrar la imputación de responsabilidad de estos operadores en nuestro país. Para ello, examinemos tres situaciones distintas:

⁹³ Análisis basado en la lectura de: VALLEPUGA GONZÁLEZ, Paula. "Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información." Sumario de Redi. Dirección en Internet: <http://publicaciones.derecho.org/redi>

- 2.1. La Escuela Nacional de Telecomunicaciones poseía un servidor que alojaba páginas Web de sus estudiantes. Uno de los miles de estudiantes que puede tener la Escuela, estaba violando derechos de autor a través de su página en Internet. ¿Sería justo imputarle responsabilidad a la Escuela de Telecomunicaciones por alojar dicha página?. Estamos seguras que no, por permitir el hospedaje de las páginas, el Proveedor de alojamiento no puede ser considerado responsable. Situación distinta sería si el operador conociera de dicha infracción en línea y no actuara con prontitud, evento que analizaremos a continuación.

- 2.2. La Escuela de Telecomunicaciones no tenía porqué saber que el contenido de una de las páginas Web de sus estudiantes era violatorio de los derechos de autor, pero recordemos que una vez fue notificada de dicha infracción procedió a bloquear el acceso a dicha página, razón por la cual no fue declarada responsable. Este análisis se acomoda de una manera casi perfecta a lo dispuesto por la E-Commerce Directive, en el sentido de no imputar responsabilidad al operador de alojamiento de datos siempre y cuando no tenga conocimiento efectivo de que la actividad es ilícita, o teniéndolo actúa con prontitud para hacer que el acceso a ella sea imposible. Por las razones expuestas anteriormente, compartimos la postura adoptada por los países de la Unión Europea en el sentido de que el Proveedor de Alojamiento es responsable si una vez ha conocido de la posible infracción (elemento subjetivo) en línea no actúa con prontitud para remover el material infractor.

- 2.3. Finalmente examinemos la siguiente situación: Si un usuario o un tercero demanda el bloqueo de una determinada página Web, por considerar que con ella se le está causando un perjuicio y el proveedor procede a bloquear

el acceso a dicha página. Puede suceder que luego de las investigaciones pertinentes se establezca que dicho contenido no era violatorio, en cuyo caso el proveedor de alojamiento estaría censurando, con todas las implicaciones que ello trae, un contenido. Frente a este punto la Digital Millenum Copyright, como ya lo señalamos en oportunidades anteriores, ofrece una solución consistente en eximir de responsabilidad al operador de alojamiento por el desmonte de un supuesto material infractor, cuando dicho desmonte se ha realizado de Buena Fe.

Sin embargo y dado que en Colombia no contamos con este tipo de disposiciones proponemos la siguiente solución : una vez el Proveedor de Alojamiento bloquee el acceso a la posible página infractora, deberá notificar al proveedor de contenido respecto de la posible infracción contenida en su página, para de una parte proteger el interés jurídico del reclamante y de otra no violar el derecho a la información y comunicación del proveedor de contenido. Si el proveedor de contenido insiste en mantener la información, luego de haber sido notificado, el proveedor alojamiento deberá dejar constancia de dicha situación y manifestará que el contenido es de exclusiva responsabilidad de aquel.

3. Proveedor de Acceso

Expertos en el tema consideran que el proveedor de acceso a Internet por ninguna circunstancia puede considerarse responsable por las infracciones que puedan presentarse a través de la Red de Internet. Veamos que los lleva a llegar a esta conclusión:

Recordemos que el proveedor de acceso nos permite, como usuarios, ingresar a Internet, es decir, es el operador que nos conecta a la red, sin que ello signifique

que no pueda prestar otros servicios como el de alojamiento y de contenido. Sin embargo ocupémonos de la función de permitir el acceso a Internet y comparemos esta función con dos actividades de diaria ocurrencia: el servicio de correo y los servicios telefónicos que ofrece una empresa de Telecomunicaciones.

El proveedor de Acceso, al igual que el cartero o la empresa de Telecomunicaciones ofrecen un servicio, servicio que se traduce en las siguientes actividades respectivamente: permitir conectarse a la red, entregar correspondencia y ofrecer el servicio de telefonía. Ahora bien supongamos que el cartero, cumpliendo con su labor hace entrega al destinatario, de una carta con contenidos ilícitos u obscenos, podría decirse que es responsable por el contenido de dicha carta, sólo por el hecho de haberla entregado?, o ¿podría imputársele responsabilidad a la empresa de telecomunicaciones que ofrece el servicio telefónico a los usuarios, por el hecho de que a través de él se estén levantando injurias o calumnias respecto de una determinada persona?. Parecería apartarse del buen sentido estos cuestionamientos, que compartimos de manera incondicional, pues consideramos del todo injusto imputar responsabilidad al proveedor de acceso por el simple hecho de permitirnos conectarnos a la Red. Cosa distinta sería que además de proveer el servicio, provea alojamiento o contenidos, evento en el cual el grado de responsabilidad será diferente.

Por las anteriores consideraciones, la posición que asumimos frente a la responsabilidad de los Proveedores de Acceso, no es otra que la siguiente:

Existe unanimidad, tanto en los pronunciamientos jurisprudenciales como en las consideraciones normativas en el Derecho Comparado en el sentido de manifestar que no es posible comprometer la responsabilidad de los Proveedores de Acceso a Internet por los contenidos que se transmiten y difunden a través de la red.

Basadas en el análisis expuesto anteriormente, nos permitiremos afirmar que por tener una función análoga a la de un cartero o intercomunicador telefónico, el proveedor de acceso a Internet, no asume ninguna responsabilidad distinta de la de cumplir con su deber jurídico de permitir el acceso a la red.

4. Usuarios

No cabe duda que de los pronunciamientos jurisprudenciales examinados en el acápite anterior, en unos y otros se involucra a un usuario de Internet o cibernauta, ya sea porque hacen uso de la página Web, como es el caso de Napster, o ya sea porque envían contenidos que afectan la integridad de una determinada persona. Es por ello, que también los podemos considerar, sin temor a equivocarnos, como uno de los sujetos que más activamente participan en la difusión de los contenidos y tal vez como los principales sujetos causantes de daños a través de la red.

Estando en la gran telaraña de Internet y mencionando de nuevo lo ya repetido en otras oportunidades en el sentido que Internet es un gran monstruo que no puede ser controlado y que carece de dueño, tal vez el tema que más preocupa en este campo es cómo identificar al usuario causante del daño o la infracción, si en las más de las veces se utiliza un sobrenombre y una vez identificado cómo determinar su sitio de ubicación.

Estos cuestionamientos, por ser de vital importancia para lograr un verdadero mecanismo de defensa en pro de la víctima, requieren de un estudio detallado y pormenorizado, en otro escenario diferente al de esta monografía. El caso que nos ocupa es, entonces determinar la responsabilidad de ese usuario y analizar los mecanismos que existen en el sistema colombiano para imputarle dicha responsabilidad.

Nuestra posición frente a la responsabilidad de estos sujetos a la luz del derecho colombiano es la siguiente:

A diferencia de otros medios de comunicación, como la radio o la televisión, son los usuarios de la Internet y no los editores de los medios tradicionales, los que crean los contenidos, a tal punto, que el control sobre la producción y la transmisión de éstos depende de los mismos usuarios. Recordemos que en la Internet podemos afirmar, que todos somos productores masivos de información.

Por tal motivo es jurídico afirmar que el usuario es un tipo más de proveedor de contenido y que por lo tanto responde como tal. Sin embargo, esta responsabilidad recae, no sobre el particular que recibe la información, es decir, la persona que observa el contenido, sino aquél que lo crea y lo difunde a través de la red.

4. CONCLUSIONES

El tratamiento que las leyes y los pronunciamientos jurisprudenciales han dado al tema de la responsabilidad de los proveedores de servicios en la sociedad de la información, nos permiten señalar que el más llamado a responder cuando de la difusión o transmisión de contenidos se afectan bienes jurídicos tutelados, es el proveedor de contenido, entendiendo por éste no sólo al dueño de una página Web que pone a disposición del internauta contenidos propios sino, también, el usuario que coloca contenidos en la Red.

De la Responsabilidad de los Proveedores de Alojamiento y de Acceso, no podemos hacer la misma consideración, pues los primeros sólo serán llamados a responder , si habiendo tenido conocimiento del material infractor no proceden a bloquear la información, es decir, cuando asumen una conducta negligente. En relación con el Proveedor de Acceso no le es imputable responsabilidad alguna, pues su única función es la de permitir el acceso a Internet.

Luego de haber analizado uno a uno los sujetos que participan en la transmisión y difusión de los contenidos y su grado de responsabilidad, con toda propiedad podemos manifestar que aplicando los principios generales del derecho y de la responsabilidad civil, es perfectamente posible que la persona o personas que se

ven perjudicadas encuentren en el sistema jurídico vigente la reparación a los daños causados en la red.

Las normas jurídicas buscan regular las conductas humanas, si bien estas normas se constituyen en un medio para la existencia de un orden social justo, no son las únicas. Por este motivo y luego de haber hecho el planteamiento jurídico de la responsabilidad de los proveedores de servicio en la sociedad de la información, nos permitimos presentar ahora otro medio de control alejado del ámbito jurídico pero igualmente valioso para evitar los perjuicios que se pueden ocasionar por la transmisión y difusión de los contenidos a través de la red.

4.1 Soluciones técnicas para el control adecuado de los contenidos.

Estamos de acuerdo con quienes pretenden la aplicación de normas que permitan la convivencia en la sociedad de la información, que eviten el anarquismo en la Internet, y propendan por la protección de los derechos de todos los sujetos partícipes en la gran "telaraña mundial". Somos conscientes de la dificultad de implantar un control efectivo en esta gigantesca realidad virtual, pero a la vez, se nos presentan actualmente soluciones de carácter tecnológico, que pueden tener algún grado de efectividad, como los programas de filtrado o de selección o clasificación de contenidos y la encriptación o codificación de mensajes, a los que no podemos dejar de acudir. Aunque proponemos como solución jurídica a largo plazo, la regulación a través de tratados internacionales o acuerdos supranacionales, hay salidas técnicas como esos paquetes de software que contienen los filtros, que deben ser debidamente difundidos y utilizados como medida de autorregulación por parte de los usuarios de la Internet, y que es importante que ahora estudiemos.

Esta solución técnica de los software de filtros se originó con el objeto de evitar las situaciones de censura generalizada a los contenidos en línea, en casos, como el de material no apto para menores,⁹⁴ que restringía la circulación de esa información a los adultos; Esta técnica, permitió a los padres controlar a sus hijos el acceso a determinados contenidos que debían haber seleccionado previamente, como de acceso restringido.

Se ha establecido que pueden encontrarse tres clases principales de filtros: "los de lista negra, que bloquean el acceso a determinados emplazamientos; los de lista blanca, que permiten el acceso a determinados sitios Web autorizados expresamente y bloquean los restantes; y los de etiqueta neutra, que asignan una etiqueta o valoración a los sitios y permite que el usuario final decida su uso, clasifique o seleccione los contenidos y bloquee los que desee (son los filtros PICS - Plataform for Internet Content Selection- o Plataformas para la Selección de Contenidos en Internet. Entre los usuarios de la red a estos software se les llama "Net Nanny" o "niñeras para la red" y son de fácil adquisición en el mercado - ."⁹⁵

⁹⁴ Diferentes documentos elaborados en varias partes del mundo por distintas organizaciones instan a los navegantes de la red a utilizar los filtros como un mecanismo de autocontrol en beneficio de la educación de los menores, entre ellos: el "Libro verde de la Comisión Europea acerca de la protección de menores y la dignidad humana en servicios audio visuales e informativos", la "Resolución del Consejo de Telecomunicaciones sobre contenidos nocivos e ilícitos en Internet", la Decisión N° 276/1999/CE del Parlamento de la Comunidad Europea del 25 de enero de 1999 y las conclusiones del Consejo Europeo de diciembre de 1999, en dicha Decisión se elaboró por parte del Parlamento Europeo "El plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet", que comenzó su lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos desde el 1° de enero de 1999 y que se extenderá hasta el 31 de diciembre de 2002, y también, el Informe del 15 de junio de 2000 del Incore – Internet Content Raiting for Europe-. Citados por: KARITZA RODRÍGUEZ PEREDA. "Perú: Tratamiento jurídico de los contenidos nocivos e ilícitos que circulan en Internet". Dirección en Internet: <http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 29 - Diciembre del 2000/14>

⁹⁵ RENATO JAVIER JIJENA LEIVA. "Informe legal: sobre la improcedencia de censurar legalmente los contenidos de Internet. Análisis del Boletín N° 2395-19. Dirección en Internet: <http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 15 - Octubre de 1999/1>

Esta forma de auto control previo empleada desde el computador de los usuarios finales de la red, permite que prevalezca el respeto por los criterios, valores, costumbres y preferencias de los mismos, evitando la restricción de ciertos contenidos por personas o autoridades de distinto nivel, que en un determinado momento decidirían que información podría circular virtualmente.

A diferencia de lo que piensan algunos autores del tema, respecto al uso de filtros por terceras personas, como los vendedores de software, que seleccionarían de acuerdo a sus propios principios morales, lo que llevaría a una censura previa y arbitraria del contenido, consideramos, sin embargo, que ésta censura sería en grado mínimo, de alguna manera tolerable y útil, frente a los millones de contenidos nocivos e ilícitos que minuto a minuto aumentan en la red y que pueden ser vistos en todos los cinco continentes, por cualquier clase de personas. Lo que sí es preciso anotar, es que estos mecanismos de autorregulación serán realmente adecuados y eficaces en el control de los contenidos en Internet, en la medida en que sean usuarios finales quienes puedan acceder a ellos y manipularlos directamente, determinando ellos mismos que contenidos estarán restringidos para los menores o cuales serán del gusto de sus preferencias.

El otro mecanismo tecnológico que existe para controlar la difusión o trasmisión de determinados contenidos en la red, es el de la codificación o encriptación. Esta técnica puede ser definida de la siguiente forma: "...asignar o anexar códigos de caracteres secretos y cifrados -denominado "stream"- para proteger la información mediante técnicas de criptografía, de manera tal que el mensaje no tenga sentido mientras se está transmitiendo y sólo puede ser codificado o descifrado cuando llegue a su destino. En este ámbito, el de la seguridad de la información, existe un concepto fundamental que se denomina "Valor de Integridad", esto es, el determinar cual será ese específico stream que adicionado a un documento le otorga seguridad y un valor adicional o un status diferente, de "documento seguro", precisamente

ante la presencia o debido a la aplicación de un determinado algoritmo. Cuando un documento pierde vigencia o su autenticidad se dice que se ha afectado su Valor de Integridad."⁹⁶ Se ha considerado por quienes han estudiado esta alternativa, que a diferencia de los filtros la encriptación implica "encarecer los costos del uso de Internet -por la necesidad de encriptar y desencriptar o decodificar los mensajes, con un mismo programa que deben poseer emisores y receptores y mediante complejos cálculos matemáticos (algoritmos)-."⁹⁷

Luego de presentar las posibles soluciones técnicas, creemos que si bien éstas pueden contribuir al control de los contenidos que circulan en la red, jamás pueden ofrecer soluciones satisfactorias a quienes ven vulnerados sus derechos a través en el más grande medio de comunicación que ha existido: La Internet.

4.2. Regulación a través de Tratados Internacionales

Finalmente, consideramos que por el momento, en materia de contenidos, los pronunciamientos jurisprudenciales, las leyes existentes en el Derecho Comparado y los principios generales del Derecho nos permiten aplicar a los casos concretos de difusión y transmisión de contenidos, la responsabilidad de los actores que participan en la misma.

Sin embargo, nos encontramos en una aldea global y la globalización de las comunicaciones y la economía reclaman con urgencia una globalización de derecho.

⁹⁶ RENATO JAVIER JIJENA LEIVA. "Informe legal: sobre la improcedencia de censurar legalmente los contenidos de Internet. Análisis del Boletín N° 2395-19. Dirección en Internet: [http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 15 - Octubre de 1999/1](http://publicaciones.derecho.org/redi/No.15-10-1999/1)

⁹⁷ RENATO JAVIER JIJENA LEIVA. "Informe legal: sobre la improcedencia de censurar legalmente los contenidos de Internet. Análisis del Boletín N° 2395-19. Dirección en Internet: [http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 15 - Octubre de 1999/1](http://publicaciones.derecho.org/redi/No.15-10-1999/1)

Es por esta razón que proponemos que todos los estados y comunidades internacionales se comprometan a participar y aprobar una legislación universal aplicable a todos los casos cuyo ámbito espacial trasciendan el territorio nacional, como si todos los estados constituyeran una federación con legislación particular de cada estado.

Sin embargo, advertimos que la adopción de una legislación en forma precipitada podría ocasionar dificultades en la prestación de los servicios y obstaculizar el desarrollo tecnológico de la red, más aún cuando se requiere por parte de todos los Estados un trabajo arduo, que implica el consenso de políticas casi irreconciliables. A pesar de ello, sabemos que existen valores supremos, que exigen sensatez por parte de la comunidad internacional para la protección de los más fundamentales derechos como el buen nombre, la integridad, la información veraz y, en fin todos aquellos que la experiencia nos ha presentado frágiles frente a las nuevas tecnologías

Para finalizar, compartimos la opinión de Omar Rodríguez Turriago expuesta en su escrito "Aproximación a la problemática de los derechos de autor en el Internet", de Febrero de 2001, al considerar: *"... que con el Internet el derecho no se convierte en obsoleto sino que debe amoldarse a estas nuevas circunstancias. Por eso, es de apreciar que se equivoca quien piense que el Derecho de Internet existe y que se consolida como una rama novedosa del derecho. Lo que es cierto es que con el Internet aparece el Derecho de Propiedad Intelectual en el Internet, el Derecho Financiero en el Internet, y así sucede respectivamente con cada una de las ramas tradicionales del derecho."*⁹⁸ Como este autor, creemos que el Internet no crea un derecho nuevo, lo que éste fenómeno permite, es trasladar las relaciones jurídicas

⁹⁸ OMAR RODRÍGUEZ TURRIAGO. "Aproximación a la Problemática de los Derechos de Autor en el Internet". Febrero de 2001

enmarcadas en el campo aplicativo del derecho, del escenario físico, tangible, a un escenario virtual, intangible.

BIBLIOGRAFIA

BALLESTEROS, Jorge Santos. Revista Universitas. “La responsabilidad civil derivada de los medios de comunicación social.” No. 64, 1984.

CAHER, John. New York Journal. “Proveedor de Internet: Inocente por Difamación.” Diciembre 3 de 1999.

CARRASCO BLANC, Humberto. “Algunos aspectos de la responsabilidad de los proveedores de servicios y contenidos en el Internet. El caso ENTEL.” Dirección en Internet: <http://www.publicaciones.derecho.org/redi>

COMMERCE DIRECTIVE, 2000/31/CE.

CRUMLISH, Christian. Diccionario de Internet Bilingüe. La guía esencial para comunicarse en la red. McGraw – Hill. 1996.

DIGITAL MILLENIUM COPYRIGHT ACT, (1988).

DIRECCIONES en Internet: <http://www.lector.net/verfeb99/gates4.htm> y <http://www.isocanda.org/pioneros/licklider>

GARCIA-PELAYO Y GROSS, Ramón, "Larousse ilustrado", Ediciones Larousse, 1992.

GUTIERREZ, Fernando / ISLAS CARMONA, Octavio. Revista Mexicana de Comunicación, "La comprensión de Internet como extensión de los medios." Vol. 10, N°. 50, agosto –septiembre de 1997

JIJENA LEIVA, Renato Javier. "Informe legal: sobre la improcedencia de censurar legalmente los contenidos de Internet. Análisis del Boletín N° 2395-19." Dirección en Internet: [http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 15 - Octubre de 1999/1](http://publicaciones.derecho.org/redi/No.15-10-1999/1)

LIPSYC, Delia. "La Responsabilidad del Proveedor de Servicios y del Proveedor de Acceso." Séptimo Curso Académico Regional de la OMPI sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina. 22 de agosto de 2000.

LIPSYC, Delia. Revista Uniandes. "Internet: La Responsabilidad del proveedor de contenidos, del proveedor de servicios y del proveedor de acceso." Bogotá 2001.

MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel. "Argentina: Propiedad intelectual en Internet. Aspectos del derecho de autor en el ciberespacio. Responsabilidad de los proveedores de Internet por infracciones al derecho de autor cometidos por usuarios." Sumarios de Redi. Dirección en Internet: <http://publicaciones.derecho.org/redi>

MARTINEZ RAVE, Gilberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. Aspectos sustanciales y procesales. 9º edición, 1996. Biblioteca Jurídica. Dike.

MAZEAUD, Henri y MAZEAUD, León. Compendio del Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictuosa y Contractual. Tomo I. Editorial Colmex. Edison 114. Departamento 1. México, D.F.

PEÑA VALENZUELA, Daniel. Los Aspectos Legales de Internet y del Comercio Electrónico. Dupre Editores Ltda., 2001.

Publicaciones del periódico El Tiempo: Fascículo Internet N°. 1. Bogotá, 28 de julio de 1999. Artículos: "Agarrando música de Internet". Lunes 31 de julio de 2000. Pág. 3-4., "Napster, El Hereje Musical". Miércoles 21 de junio de 2000. Pág. 2-5., "Napster sufre aplastante derrota legal. Cronología de una Disputa."

Revue Internationale Du Droit D`autor. RIDA. No. 171, enero de 1997.

RODRÍGUEZ PEREDA, Karitza. "Perú: Tratamiento jurídico de los contenidos nocivos e ilícitos que circulan en Internet". Dirección en Internet: <http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 29 - Diciembre del 2000/14>

RODRÍGUEZ TURRIAGO, Omar. Aproximación a la Problemática de los Derechos de Autor en el Internet. Febrero de 2001.

SANCHEZ ALMEIDA, Carlos. "España: Libertad a secas". Dirección en Internet: <http://www.publicaciones.derecho.org/redi/No. 29 - Diciembre del 2000/7>

SENTENCIA del Tribunal de Apelaciones de EEUU para el Circuito Noveno. A&M RECORDS Vs. NAPSTER. 02/12/2001.

SENTENCIAS: Godfrey vs. Demond Internet y Lunney vs. Prodigy. Dirección en Internet: <http://www.lawnewsnetwork.com/stories>

SOBRINO, Waldo Augusto Roberto. "Argentina: "Responsabilidad de las Empresas Proveedoras de Servicios de Internet (`Information Providers´; `Internet Service Providers´; `Hosting Service Providers´ y `Access Internet Providers´) con especial referencia a los casos de difamación de terceros". Dirección en Internet: <http://publicaciones.derecho.org/redi/No. 25 - Agosto del 2000/4>

TAMAYO, Javier, "Responsabilidad Civil Extracontractual", Tomo I.

THE FEDERAL ACT ESTABLISHING THE GENERAL CONDITIONS FOR INFORMATION AND COMMUNICATIONS SERVICES.

THE GERMAN MULTIMEDIA LAW. FEDERAL LAW TO REGULATE THE CONDITIONS FOR INFORMATION AND COMMUNICATION SERVICE (1997).

VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo III, Pág. 202.

VALLEPUGA GONZÁLEZ, Paula. "Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de la Sociedad de la Información." Sumarios de Redi. Dirección en Internet: <http://publicaciones.derecho.org/redi>

ⁱⁱ Revue Internationale Du Droit D`autor. RIDA. No. 171, enero de 1997. Págs. 361 a 369.