

## ***El factor de atribución en los daños de Internet: ¿riesgo de empresa o principio de conocimiento efectivo?\****

Por Osvaldo R. Burgos

*“Es necesario que Internet entre en el campo de los debates políticos y, consecuentemente, que salga del unanimismo actual que impide cualquier reflexión crítica”.*  
Dominique Wolton

*“El Leviatán contemporáneo es estadístico”.*  
Jean-Claude Milner

### **1. Introducción. Determinación del marco teórico**

Las coordenadas que habrán de enmarcar el desarrollo de este trabajo suponen el reconocimiento de dos de las afirmaciones básicas sobre las que intentamos asentar nuestra particular visión del fenómeno jurídico. A saber:

a) *La ley es un principio de libertad.* Aunque no suficiente, la vigencia de una regulación es condición necesaria para pensar la existencia autonómica de seres singulares –los seres humanos– que afirman su subjetividad en la pertenencia a un orden intersubjetivo determinado. Es decir, que no pueden pensarse a sí mismos sin referencia a una coexistencia social, a un *nosotros* cualquiera –pero insustituible– en el que su yo se inscribe y al que, en esa inscripción, modifica.

Decir que *sin ley todo es posible*<sup>1</sup> implica aceptar, al menos como posibilidad, la negación de aquello mismo que parece querer expresarse en esa afirmación: si *todo es posible*, es también *posible la esclavitud*. Siendo posible la *esclavitud*, es igualmente posible que, al menos para quienes realizan esa posibilidad, *nada* –o *casi nada*– sea posible. Y ello porque la libertad no es un derecho entre tantos, sino precisamente la *razón de ser del derecho*, que opera como un principio suyo, como una condición necesaria para garantizar su respeto.

b) *La persistencia de una sociedad cualquiera importa, necesariamente, el reconocimiento de una cierta noción común de justicia*<sup>2</sup>. Así como cada hombre es,

\* [Bibliografía recomendada.](#)

<sup>1</sup> Camus es quien se ocupa de advertir que cuando Iván Karamazov (personaje fundamental de Fedor Dostoievsky) observa que “*Todo está permitido*”, “*no se trata de un grito de liberación y de alegría sino de una comprobación amarga*” (Camus, Albert, *El mito de Sísifo*, p. 86).

<sup>2</sup> Ello no implica, desde luego, que se actúe siempre en respeto de esa mínima noción común subyacente; valga esta aclaración obvia. Aún sin intentar ingresar en análisis psicológicos profundos que exceden nuestra competencia, tenemos la obligación de advertir que la cuestión es algo más compleja que eso: los seres humanos no actúan comunicativamente en todo momento –a veces siguen impulsos de reacción a estímulos, propios de una *bestialidad* condicionada y prelingüística– e incluso limitándonos al universo de las conductas que pueden ser racionalmente fundadas, es claro que la *racionalidad* supone sólo la adopción de comportamientos susceptibles de ser *explicados*, lo que no necesariamente importa una *explicación aceptable* y mucho menos, la necesidad de referir a *comportamientos de valoración positiva para el conjunto social*: las sociedades no pueden despojarse del egoísmo, de la desidia, de las perversiones y de otras formas varias de *goce negatorio* sobre las que sería inapropiado extenderse ahora. Lo que aquí queremos señalar significa, muy por el contrario, que aún quienes actúan en opuesto sentido a la noción común de justicia de la que participan, no

para sí mismo, *toda la humanidad* –es más, es su propia idea de la *universal humanidad* que lo involucra– cada sociedad considera a su modo de entender la justicia, como el modo natural en que la justicia se expresa.

Tales modos de concebir aquello que se entiende colectivamente por justo, mutan en periodos históricos, en el traspaso de un tiempo a otro y en el trayecto de una sociedad a su vecina. Sin embargo, algo permanece: cuanto más se adecue el derecho vigente a la noción de justicia imperante en la sociedad en la que intenta regir, mayor será su credibilidad y el consecuente compromiso de los *justiciables* a su respeto; es decir, su eficacia.

Por definición lingüística, un *compromiso* es una *promesa compartida*. Esta simple constatación, que se nos antoja inobjetable, en relación con nuestras dos coordenadas precedentemente trazadas, supone lo siguiente:

1) Jurídicamente, *libertad es autonomía*, o sea, *reconocimiento del otro*.

Comprometerse es, en definitiva, asumir la relatividad de la libertad propia para exigir, igualmente, la relatividad de la libertad ajena.

2) El sistema jurídico<sup>3</sup> tiene, como característica distintiva, la de presumirse optimizado en cada momento de su vigencia: la promesa compartida de respetarlo implica aceptar que el derecho vigente resulta ser (en todo momento mientras esa promesa se mantiene) la mejor de las manifestaciones posibles de la noción común de justicia. Paralelamente, implica también aceptar que no hay espacios fuera del derecho y que nadie puede vivir al margen de él.

---

pueden negarla como referencia más allá del exacto momento en el que su *acción u omisión tiene lugar* y asumen, en el siguiente momento de *representación de lo actuado*, la articulación de un relato justificatorio para ella. En esa asunción, es imprescindible aclararlo, la posible decisión de negar toda necesidad de justificación –el *porque sí*– resulta doblemente justificatoria: en cuanto decisión, ella misma acaba siendo también una justificación pero, además, no permitiendo en su sentido la continuidad de la razón comunicativa, constituye una intención vana de reafirmación de la *bestialidad* –expresada ya desde una *singularidad* claramente afirmada en *lo humano* y en *lo intersubjetivo*–, que a su turno deberá también ser justificada. Nadie es *perverso, sádico, bestial o absolutamente egoísta de manera continuada*: en los espacios entre uno y otro accionar *negatorio*, por más habituales que éstos fueran, la pertenencia a la humanidad impone una cierta forma de representar lo justo, inscribiéndolo en el *lenguaje* (sea a través de una estrategia de justificación o de desprecio) que es lo que nos identifica como seres humanos.

<sup>3</sup> Utilizaremos, en lo sucesivo, la fórmula *sistema jurídico* para designar a *un objeto de la realidad*, a un *ente materialmente existente y al que se puede acudir cuando es necesario*, porque así lo perciben los justiciables y porque así lo requiere, además, la temática que aquí estamos abordando. Sin embargo, dejamos expresamente a salvo nuestra coincidencia, a este respecto, con el profesor londinense Peter Fitzpatrick, quien en su monumental obra *La mitología del derecho moderno*, subraya que: “*El estudio doctrinario del derecho –o, en términos semejantes, los principios básicos o generalmente aceptados del derecho, el formalismo o positivismo jurídico– considera como su universo las reglas jurídicas y los informes de casos. Este enfoque sigue siendo predominante en la educación y en la investigación jurídica. Es evidente que esto presenta al derecho como algo distinto, unificado o interiormente coherente (Sugarman 1991:34-35). En su aspecto de jurisprudencia analítica o positivista ha protegido asiduamente la autonomía del derecho. Muchos ataques aparentemente devastadores a esta posición, no han podido modificarla de manera fundamental. La observación despiadada de su divergencia respecto de la práctica del derecho no ha socavado la percepción común de su lugar como fundamento de esa práctica*” (p. 3). Por el contrario, para Fitzpatrick, como para nosotros, la existencia de un “*sistema*” jurídico es una necesidad de la creencia compartida en una forma de justicia y entonces “*fuera del mito* (el relato que convoca al compromiso colectivo) *el derecho* (como ‘sistema jurídico’) *no existe*” (p. 225).

Esto supone la concesión de una doble gracia de optimización (*tenemos el mejor derecho que podemos tener*) y completitud (*el orden funciona porque siempre hay una manera de llenar los vacíos –o sea que los vacíos no existen como tales– y porque, de todas las interpretaciones posibles siempre habrá una que sea la correcta. A ella tienen derecho quienes se acuden al derecho*) que los seres humanos conceden al *sistema jurídico* que habrá de regirlos –durante todo momento en el que le reconocen vigencia material–.

Necesitamos creer que hay un sistema que funciona y en esa creencia empeñamos nuestras promesas de respeto.

Como oportunamente sostuvo Ronald Dworkin, vivimos convencidos, por necesidad, de la incolumidad de ciertas verdades jurídicas que, si pretendiéramos ponerlas en práctica a todas a la vez, acabarían demostrándonos su ficcionalidad o, en el mejor de los casos, su inconsistencia o insuficiencia sistémica.

Sin embargo, toda promesa –por más compartida y necesaria que fuere– tiene un límite: la distribución de los sacrificios que la regulación impone debe percibirse, sino como equitativa, al menos como *no absolutamente arbitraria*, esto es, *debe respetar un mínimo de adecuación a la noción común de justicia*. Y esa noción de justicia pasa actualmente, al menos en las sociedades occidentales, por la evitación del daño y, luego, por la minimización de sus consecuencias desvaliosas.

En otras palabras, también hay una *promesa de resarcimiento* con la que el orden jurídico corresponde a quienes se comprometen a creer en él y respetarlo.

El derecho no es para los héroes; los comportamientos heroicos niegan el derecho –en su exacerbación de la individualidad que asume sacrificios exagerados–, y, por definición, no resultan jurídicamente exigibles a las *personas normales* –esto es, aquellas que circunscriben sus comportamientos y su capacidad sacrificial al promedio sin estridencias de las normas–.

A partir de esta observación, será insoslayable aceptar que aquellos a quienes se imponen *sacrificios exagerados*, condenándolos a la construcción de su singularidad en la condición de *víctimas* –que no son sino las personas respecto de las cuales la *promesa de resarcimiento* ha fracasado, total o parcialmente– se entiendan con derecho a negar el derecho que los niega<sup>4</sup>; esto es, retacean su promesa, minusvalorando el compromiso de cumplimiento colectivo y abriendo, peligrosamente, un espacio de incumplimiento o desidia.

Claramente, así, cuanto más difundida sea la percepción de injusticia de un sistema normativo formalmente vigente, menos vigente será ese sistema en el orden material, ya que será mayor el número de quienes lo nieguen y sólo se presenten ante él cuando son obligados por las circunstancias –con resignación y por despecho, en ciertos casos; en búsqueda de venganza, en otros–.

---

<sup>4</sup> El mayor sacrificio impuesto a algunos –*aún cuando fuera en un hipotético “beneficio de todos”*– supone una negación de la común noción de justicia y, en razón de ello, ningún derecho puede sustentarse en él. Por propia definición, tal *arbitrariedad sacrificial sistémica* es una *victimización* que excluye, a aquel a quien se le impone, del *compromiso colectivo de creencia en la optimización del derecho*. Dice Richard Rorty: “*Lo primero que pierden las víctimas es la voz*”; nadie les consultó si aceptaban, o no, el mayor sacrificio que se les impuso. Desde esta perspectiva, su exclusión de la construcción colectiva y permanente de la juridicidad deviene arbitraria y, para ellos, inaceptable.

Perdida la doble concesión de *optimización y completitud*, la *desactualización* de las herramientas jurídicas disponibles para representar dignamente la noción común de justicia imperante deviene, entre otros males, en la generalización de un uso extorsivo de los derechos propios, frente a las obligaciones ajenas.

Lo decíamos precedentemente: *sin ley todo es posible. Pero cuando todo es posible; que nada sea posible es también una posibilidad.*

Los espacios sin ley no pueden garantizar adecuadamente la libertad autonómica. Pese al creciente número de intentos acotados de regulación, Internet sigue siendo aún un espacio sin ley.

Así se reconoce, expresamente y entre tantos otros, la sentencia en autos “Da Cunha, Virginia c/Yahoo de Argentina SRL y otro s/daños y perjuicios”<sup>5</sup>, con las siguientes consideraciones:

*“Debo analizar aquí si las ISP accionadas deben responder civilmente por los daños y perjuicios sufridos por la actora a consecuencia de los contenidos ilegales, ya sea por resultar injuriosos, deshonrosos (o) difamatorios, publicados por terceros.*

*Ninguna norma legal ha sido dictada en nuestro país tendiente a regular específicamente la responsabilidad de los ISP (Proveedores de Servicios de Internet) existiendo a la fecha alguno que otro proyecto de ley...*

*Sí se encuentra vigente el decr. 1279/97 que declara que el servicio de Internet se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión, correspondiéndole las mismas consideraciones que a los demás medios de comunicación social. Esto significa que resultan aplicables a los servicios de Internet las disposiciones de los arts. 14, 32 y 42 de la Const. nacional que establecen la libertad de expresión y prohíben la censura previa. A su vez, la ley 26.032 establece que la búsqueda, recepción y difusión de información e ideas por medio del servicio de Internet se considera comprendida dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión.*

*Dicha disposición en concordancia con las normas constitucionales que a su vez encuentran correspondencia en tratados internacionales de igual jerarquía (tal la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 13) deben armonizarse a la luz de distintas disposiciones legales contenidas en el ordenamiento común como son el art. 1071 bis del Cód. Civil y el art. 31 de la ley 11.723 de propiedad intelectual, que amparan el derecho a la intimidad personal y el derecho a la imagen, y que por otro lado también gozan de protección constitucional a través del art. 19 de nuestra Carta Magna”.*

Es decir, al no existir una normativa especial que regule la responsabilidad de los ISP, dentro de los cuales las demandadas representan una de las distintas categorías existentes, corresponde aplicar al caso las normas que regulan a la *responsabilidad civil*.

Sin embargo, según nos ocuparemos de ampliar en el punto siguiente, el *derecho a la imagen y el derecho a la intimidad personal* comienzan desde la perspectiva del derecho civil y sus presupuestos de *responsabilidad*, en el atributo personal por

---

<sup>5</sup> CNCiv, Sala D, 11/8/10, “Da Cunha Virginia c/Yahoo de Argentina y otro s/daños y perjuicios”, elDial.com - AA61D9, voto de la mayoría.

excelencia: el nombre. Y tratándose de Internet, nunca está demasiado claro *quién es el que hace qué*.

## 2. ¿Quién hace qué, en Internet? (el nombre como inicio del derecho)

La *personalidad* no es un proceso natural sino jurídico. A poco que consideremos eso, la clasificación entre *personas físicas* y *personas jurídicas* que nos hemos acostumbrado a repetir en nuestras clases de facultad, se exhibe como vacía de contenido.

Todas las personas son jurídicas; algunas, además, son “*físicas*” —o sea tienen una existencia visible, independiente de su personalidad— y otras no. En términos correctos, entonces, la clasificación debiera separar *personas con existencia visible* y *personas sin existencia visible* (o *de existencia ideal*).

El derecho —sustentado por una noción común de justicia determinada, a la que más o menos adecuadamente representa y que actúa como una especie de software de base, que garantiza la continuidad de la coexistencia social, según ya hemos dicho— comienza por la imposición de un nombre para aquellas *personas* que están obligadas a cumplirlo.

La formalización del *nombre* (y su correlación necesaria con otros *atributos de la personalidad* no tradicionalmente reconocidos, como el número de documento nacional o de inscripción en el registro de sociedades; la clave fiscal, el código único de identificación laboral o tributaria) es el elemento que, en definitiva, termina por identificar singularmente, a las personas —sean de existencia visible o ideal—.

De este modo, es dable aceptar que —en el proceso de construcción de la personalidad— el derecho es, antes que nada, nominación.

Empero, no es *cualquier nominación* o, al menos, no es una *nominación cualquiera*, distribuida al azar, pues los portadores del nombre jurídico importan para el derecho al que deben obligación, desde los vínculos de pertenencia y situación a los que el nombre alude<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Puede suceder, sin embargo, que el *nombre jurídico* responda a la pertenencia, a una coexistencia social distinta de aquella en la que la persona —sea de existencia visible o no— ejerce sus derechos y contrae sus obligaciones: es el caso de los inmigrantes y, en menor grado, de las sociedades extranjeras (aún cuando la imposición del nombre para una persona *de existencia ideal* resulta ser un proceso mucho menos impregnado de subjetividad que la atribución del nombre para una *persona de existencia visible*, en cuanto su situación en la intersubjetividad social no expresa vínculos de parentesco ni se mide por ellos). Frente al supuesto paradigmático del inmigrante, por ejemplo, siempre habrá un resto, una diferencia, un espacio de ajenidad más o menos amplio entre la justicia que se comparte y el derecho al que se debe respeto. Cuanto mayor sea ese espacio, y más evidente sea la ajenidad del nombre, el sistema jurídico estará más alerta frente a las posibles extrañezas de la singularidad que el nombre identifica y potenciará sus elementos de control sobre la personalidad siempre provisoria que se concede al extranjero. Es en el extremo de este razonamiento que los nombres jurídicamente reconocidos pero no socialmente reconocibles (por caso, los que suelen portar los descendientes de ciudadanos chinos o coreanos, nacidos en nuestro país) imponen a las personas a las que se atribuyen, una carga de desconfianza, suscitada únicamente por la ajenidad, que suele estar reservada al extranjero —aun en las sociedades más abiertas— y que, impropriamente, es expresada sobre estos conciudadanos, en razón de la particularidad de su nombre como atributo inescindible y preponderante de la construcción jurídica de su personalidad.

De todos los *atributos de la personalidad*, el *nombre* es, sin dudas, aquel que porta la mayor carga “*identitaria*” del ser humano al que designa.

El *patrimonio* se forja –y puede válidamente prescindirse de él, sin abdicar por ello de la *personalidad*–, el *domicilio* se constituye –y, por definición, resulta siempre provisorio, aun cuando sea el mismo durante toda la existencia– la *capacidad* se adquiere –y una *persona incapaz* es, también, *una persona*– y la *nacionalidad* puede, tanto ser modificada por razones políticas –ajenas a la intención del ser humano que la yergue como atributo de su *personalidad*– como pluralizarse.

En oposición a todo ello, el *nombre jurídico* presenta las siguientes características:

a) No impone una exigencia de forjamiento. Por el contrario, puede ser válidamente reconocido como una *dación gratuita* que *señala la pertenencia intersubjetiva a un determinado entorno social amplio* (la coexistencia social en la que el nombre jurídico se inscribe) señalando, en su imposición, una cierta y determinada *situación dentro de él* (en atención a los *vínculos de familia* que la sola portación del nombre expresa).

b) No se constituye ni es provisorio. Siendo una *dación gratuita que señala la pertenencia y la situación intersubjetiva* en una cierta *coexistencia social*, no exige ninguna manifestación de voluntad de parte de quien habrá de portarlo y, dados los vínculos familiares que expresa, su imposición se realiza con el afán de acompañar a la persona que designa durante toda su existencia como tal.

c) No se adquiere. Se lleva desde el mismo momento del nacimiento y se formaliza en el acto de su toma de razón jurídica.

d) No puede modificarse por decisiones ajenas a la propia *persona nombrada* ni es susceptible de pluralización. Nadie puede tener más de un nombre jurídico.

Frente a esto, sabemos sobradamente que el principio y la razón de existencia de la web, son el anonimato y la acumulación cuantitativa, el disimulo, la ocultación y la opacidad del sujeto.

Espontáneos, espasmódicos y múltiples, los internautas no tienen historia. No pueden tenerla, además, en cuanto su afán de simple dato numérico –en el mejor de los casos, pensado por algunos teóricos como contribución a una difusa inteligencia colectiva– les impide recibir la donación del nombre jurídico y asumir, en esa recepción, las graves consecuencias del cargo que éste implica.

La pregunta es: ¿cómo pudieran tener derecho? o, en términos tal vez más claros, ¿qué derecho debieran tener?

### **3. El problema de la realidad mediada**

Más que *virtual* –porque exigiendo un *recorte* y una *interpretación del mundo*, la humanidad no habita en la realidad del acontecimiento sino en su representación y entonces, *toda realidad es virtual*– *Internet es una realidad mediada*.

No accedemos a la red sino por medio de dispositivos –y así será mientras existamos los humanos, aun cuando llegue el momento de que tales dispositivos

puedan introducirse inocuamente bajo nuestra epidermis—. De tal modo, aun cuando resulta perfectamente posible identificar a estos dispositivos de mediación del acceso (por medio, en principio, de las direcciones IP) es, cuanto menos, mucho más complejo afirmar un juicio categórico sobre quién es la persona que los utiliza, en un momento dado, o realiza, por su intermedio, una determinada acción.

No siempre alguien es quien dice ser, las contraseñas de acceso pueden ser hackeadas —e incluso, a veces se comparten— hay quien deja despreocupadamente abiertas sus sesiones en dispositivos de uso no individual y, entre otras cuestiones más o menos problemáticas, las máquinas de uso público proliferan, la pregunta de *quién hace qué en Internet* podría válidamente ser considerada, en estos tiempos, como una de las primeras cuestiones jurídicas.

#### 4. Causalidad material y causalidad jurídica

En el estudio de los dos presupuestos de la obligación de responder por un daño, que nosotros consideramos válidos, entre los cuatro que habitualmente se citan como una letanía<sup>7</sup>, observamos que la *causalidad* ha trazado su evolución como *presupuesto del factor de atribución* (y no directamente de la obligación de reparar), *escindiendo la causalidad material de la causalidad jurídica* y centrándose en esta última: el afán de la reparación plena de los daños se logra más acabadamente en aquellos sistemas jurídicos en los que la *causalidad jurídica* se presenta como distinta y preponderante a la *causalidad material* frente al mayor número de supuestos de reparación<sup>8</sup>.

El *factor de atribución* —que constituye, en sí, un presupuesto ineludible y directo del deber de reparar— supone siempre una *causalidad jurídica* —que puede coincidir, o no, con la *causalidad material*— en carácter de condición necesaria y suficiente.

No obstante, aun distinta y preponderante a ella como ha quedado dicho, la *causalidad jurídica* refiere, con mayor o menor intensidad pero siempre necesariamente —aunque no de modo suficiente—, a la *causalidad material* en la que se justifica, aun en los supuestos de reparación en los que decide apartarse expresamente de ella<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> De los consabidos requisitos habituales de *antijuridicidad*, *daño*, *nexo causal* y *factor de atribución*; consideramos como *presupuestos del deber de responder sólo al daño y al factor de atribución* —con la salvedad, de que el nexo causal opera como un antecedente necesario de este último—. En un sistema de reparación integral —que incluye responsabilidades objetivas, responsabilidad por acto ilícito, indemnizaciones de equidad y desplazamiento de la causalidad material a la causalidad jurídica— sostenemos que la *antijuridicidad ya no resulta ser un presupuesto necesario* de la obligación de reparar. Para mayor abundamiento ver Burgos, Osvaldo R., *El daño al proyecto de vida*, Bs. As., Astrea, 2012 (en prensa).

<sup>8</sup> Ello así, en cuanto la preponderancia de la *causalidad jurídica* supone la previsión de las consecuencias dañosas y el desplazamiento de la obligación de reparar hacia quien está en mejores condiciones de asumirla (el ejemplo típico de este planteo es dado, claro está, por la generalización de las coberturas de seguro, que responderán de las consecuencias del daño en virtud de un supuesto estrictamente jurídico —la existencia de un contrato— y no antijurídico).

<sup>9</sup> Para seguir con el ejemplo de la nota anterior: la causalidad jurídica que obliga a responder a la empresa aseguradora supone el antecedente de una causalidad material, es decir, la ocurrencia del hecho que realiza el riesgo asumido sobre el interés asegurado.

Para concluir, *sin la referencia de una causalidad material en donde anclarse, la causalidad jurídica no se configura y, ante esta situación, el factor de atribución deviene –cuando se insiste en él– como notoriamente arbitrario. Hay un daño –o la amenaza de un daño, que es un daño en sí mismo, ella también– pero no puede atribuirse válidamente a nadie el deber de repararlo, sin incurrir en la negación del derecho.*

## 5. Los sujetos (más) visibles: los prestadores de la web en el centro del juicio de reproche

Ninguna opacidad es absoluta y –aun dentro del monumental esfuerzo filosófico de Leibniz, que partía de la consideración del sistema *autoabastecido* y *autolegitimado* al que llamaba *mónada desnuda*<sup>10</sup>– no existen mundos que puedan fundarse a sí mismos.

Paradójicamente, o no tanto, el territorio de la red donde toda *sustitución, suplantación e hipóstasis de la personalidad* es posible; necesita de sujetos identificables –y fehacientemente identificados– que permitan, primero, *la posibilidad de su existencia* y, luego, su funcionamiento y continuidad, es decir, los prestadores.

De manera previsible, ante la *incertidumbre* respecto de a quién dirigir el *juicio de reproche por los daños en la web*, la búsqueda de la reparación integral para tales daños se dirigió hacia estos sujetos.

Sea que su tarea se focalice en la prestación del servicio técnico –tanto cuando posibilitan la existencia misma de la red a nivel general como cuando proveen la posibilidad de acceso de cada internauta a ella–, sea, por el contrario, que su participación comience una vez que la conexión se ha realizado –focalizándose, entonces, tanto en la facilitación de los espacios de navegación como en la generación y tráfico de contenidos que hacen, en última instancia, a la razón misma de existencia de la web– los *prestadores* resultan ser los sujetos visibles que, en su existencia como tales, hacen posible –prestadores de conexión y de servicio– o justifican –proveedores de contenido– el territorio de opacidad en el que transitan los usuarios.

---

<sup>10</sup> A grandes rasgos, podríamos explicarlo así: la *mónada* leibniziana es la *unidad* completa en sí misma, o *sustancia simple*. En este esquema, la *mónada desnuda* es la unidad *no creada* y, en tanto tal, autosuficiente y autolegitimada (que, como previsiblemente puede advertirse, en su condición de *no creada y completa*, ha sabido dar lugar para innumerables y fáciles interpretaciones teológicas). Sin embargo, en el mundo existente como tal –sobre el que Leibniz postula el convencimiento de que *es necesario creer que es el mejor de los mundos posibles*– habitan las *mónadas* o *unidades creadas*, y aquí se incluirían, tanto los seres vivos como las sociedades humanas.

Estas *mónadas creadas* contienen una *representación del universo* que, a nivel de *percepción*, las sitúa en relación necesaria con las otras unidades, lo que implicaría su división, el *reconocimiento* del otro, y la consecuente relativización de su autosuficiencia a los escuetos límites de aquello que hoy conoceríamos como *dominio privado e inalienable de la persona* (o también, siguiendo el esquema lógico, de las sociedades, en cuanto *unidades soberanas*).

En términos jurídicos: todo lo que no trasciende los límites de la subjetividad (o de la propia percepción de justicia) escapa a cualquier intento de ser regulado por una imposición externa –y en ese dominio, la *autolegitimación* subsiste–; pero, en cuanto existe y actúa en el mundo, ningún *sistema creado* puede considerarse a sí mismo como eximido de una intersubjetividad en la que su *pretensión de autosuficiencia* se desvanece. Para mayor abundamiento, ver Leibniz, Gottfried von, *Monadología*.

Internet, *reino de la realidad mediada*, es un territorio altamente tecnologizado y extraño, al que no podemos llegar solos: alguien debe llevarnos hasta él.

Es, también, un vasto continente a recorrer en el que, además, es perfectamente posible dejar nuestras propias señales y huellas. En ese continente, la noción del espacio vacío no existe; cada sitio está convenientemente preparado para atraer al visitante.

Paradójicamente, o quizás no, tampoco existen los sitios sin dueños; en cuanto existe para ser visitado, cada sitio es propiedad de alguien que lo ha registrado a su nombre, sea con sus datos de identidad ciertos o invocando una inverificable *personalidad ad hoc*.

Aunque la ley no protege los registros especulativos, y así se ha dicho expresamente: “*Toda vez que a los derechos registrales de los sitios de dominio de Internet se les aplican analógicamente los mismos principios que a los demás derechos intelectuales, el derecho de quien ni siquiera ha utilizado el nombre de dominio no puede prevalecer sobre quien tiene registrada una marca que efectivamente utiliza, ya que la ley no protege los registros especulativos*”<sup>11</sup>.

La percepción de libertad que fluye en este reino no tiene que ver con abolir la propiedad sino con reafirmarla; aquel que lo desee puede, sin demasiado esfuerzo, ser propietario de un sitio en el que –como en un país– instaurará sus propias normas: determinará el acceso público o no, permitirá la utilización de sus contenidos, o no, decidirá hasta qué grado y de qué maneras habrá de relacionarse, tanto con sus vecinos de la web como con los navegantes en tránsito.

Además de la posible opacidad de los datos personales, la *libertad* con la que suele asociarse a Internet tiene que ver, esencialmente, con el número y el movimiento: millones de internautas confluyendo simultáneamente en la *realidad mediada* y, previsiblemente, gran parte de ellos con el afán de instaurar sus marcas personales –que pueden, o no, coincidir con los *atributos de la personalidad* que los identifican fuera de este territorio, según ya nos hemos ocupado en señalar–.

En semejante escenario, la profusión –en crecimiento exponencial, complejo y continuo–, la superposición y la infinitud teórica del número de sitios que es posible recorrer en la *navegación por el océano de la web* supone, desde hace años, la necesidad de una guía que nos permita discernir en función de las prioridades o intereses con las que, cada vez, hayamos iniciado nuestro viaje.

Los prestadores de acceso, conexión, tráfico y almacenamiento, y los proveedores de servicios en la navegación de la web, se hallan convenientemente registrados en organismos de control, sin admitir la posibilidad de *identidades falseadas*.

Según sea el modo de su intervención asumen, lógicamente, diferentes grados de responsabilidad.

---

<sup>11</sup> CNCivComFed, Sala 1ª, 2/9/10, “Terra Networks SA c/Iglesias, Sergio O.”, JA, 2011-I-577.

## 6. Distintos tipos de intermediación en la red

Según la clasificación de Rolero<sup>12</sup>, entre los *intermediarios necesarios de la realidad mediada*, podemos distinguir:

1) Proveedores de red (*network providers*). Son aquellos que brindan una estructura técnica (líneas telefónicas, de cable o por antena) a fin de que el usuario se conecte a través del *proveedor de acceso*, con la página o sitio almacenada por el *proveedor de alojamiento*.

2) Proveedores de servicios de la información (*Internet Service Providers- ISP*). Su actividad se dirige a posibilitar la conexión entre el usuario y un proveedor de contenidos.

Entre ellos, es necesario diferenciar:

a) Proveedores de conexión o acceso (*Internet access providers- IAP*). Proveen un servicio técnico de comunicación o de acceso a Internet.

b) Proveedores de servicios de almacenamiento permanente o alojamiento de datos (*Hosting serviced providers- HSP*). Ofrecen un espacio –en su propio servidor– para el alojamiento de páginas web u otros servicios.

c) Proveedores de servicio de almacenamiento temporario para la transmisión (*caching*).

Reconocidos por la directiva 2000/31 de la Unión Europea como aquellos prestadores de servicios de transmisión, que sólo realizan un almacenamiento automático, intermedio y temporario de la información, efectuado apenas con el objeto de tornar eficaz su tarea.

3) Proveedores de contenidos (*Information content providers*). Son los autores, editores y demás titulares de derechos que posean una página web (*web page*) o un sitio (*site*) en la red, en la cual publican una determinada información con el fin de que sea leída por cualquier usuario; sea en forma gratuita u onerosa, sea en forma libre o exigiendo la acreditación de una clave de ingreso (*password*).

Los proveedores de contenidos pueden generar su propia información o difundir contenidos generados por terceros. En ambos casos, son quienes deciden la información a incluir en su *sitio* y los enlaces (*links*) con otras páginas.

En este poder de decisión y en el grado de manipulación con el que intervengan la información difundida, radica la responsabilidad de los proveedores de contenidos respecto al daño que pudiera resultar de la información generada por terceros y que es publicada en su sitio.

Un caso paradigmático, a estos efectos, es el de las redes sociales (*social networks*) que, según se ocupa de observar Tomeo<sup>13</sup>, *actúan como plataformas que sustentan nuevas relaciones interpersonales, acompañadas de contenidos de todo tipo (opiniones, comentarios, fotos y videos)* permitiendo a sus usuarios “mostrar su

<sup>12</sup> Rolero, Graciela L., *Proveedores de los servicios de Internet. Responsabilidades civiles emergentes*, VII Congreso Internacional de Derecho de Daños. Responsabilidades en el siglo XXI, Bs. As., Facultad de Derecho, UBA, 2 al 4 de octubre de 2002, ponencia n° 37.

<sup>13</sup> Tomeo, Fernando, *Las redes sociales y su régimen de responsabilidad civil*, LLonline.

*perfil, subir fotos, contar experiencias personales, chatear con amigos y, en general, compartir e intercambiar contenidos”.*

¿Hasta qué punto una red social como proveedora de contenidos, deberá entenderse civilmente responsable por los datos que no genera y sobre los que no realiza intervención alguna?

Aun cuando los lógicos límites de este trabajo nos impiden profundizar en la muy específica situación de estos particulares *proveedores de contenido*, queremos, al menos, dejar planteado este interrogante.

En el dominio del *Leviatán estadístico* del que habla Milner, las *plataformas de intercambio social* son sitios privados de uso público.

En la tensión entre la *publicidad del uso* y la *privacidad del dominio*, la extensión de su responsabilidad guardará estrecha relación con los *actos posesorios* que asuman o reivindiquen como propios.

## **7. Diferenciación de los intermediarios de Internet en el derecho comparado (referencia a la ley española 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico)**

Retomando la temática que en esta instancia nos ocupa (diferenciación entre los sujetos identificables de la web) e inscribiendo nuestro desarrollo, ahora, en el marco del derecho comparado, observamos que desde el año 1996 en Estados Unidos de América (“ley de decencia en las comunicaciones” o “*Communications Decency Act*”, sección 230) y desde el año 2000 en el ámbito de la Comunidad Europea (directiva europea 2000/31 del Parlamento Europeo) la cuestión ha sido objeto de atención y definiciones legislativas.

Siguiendo la perspectiva comunitaria y refiriéndonos concretamente, en este punto a la normativa española vigente (ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico) –entre otras similares promulgadas en referencia a la directiva europea citada– podemos distinguir:

a) Operadores de redes y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones. Definidos como quienes “*presten un servicio de intermediación que consista en transmitir por una red de telecomunicaciones, datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar (el) acceso a éste*”.

Por definición su intervención como proveedores de acceso es estrictamente técnica, aunque nada impide que las mismas personas jurídicas puedan también cumplir, luego, la función de proveedores de contenidos (art. 14).

b) Prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios. Definidos legalmente como “*prestadores de un servicio de intermediación que transmitan por una red de telecomunicaciones datos facilitados por un destinatario del servicio y, con la única finalidad de hacer más eficaz su transmisión ulterior a otros destinatarios que los solicitan, los almacenen en sus sistemas de forma automática, provisional y temporal*” (art. 15).

El límite de su actividad estará dado, justamente, por el carácter *automático, provisional, temporal y necesario* del almacenamiento de datos que realicen.

c) Prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos. Identificado como aquellos “*prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de éste*” (art. 16).

En su tarea de almacenamiento, la ley española recepta el *principio de conocimiento efectivo*.

Según este *nuevo instituto legal* (fundado en el concepto de “*estado del derecho*”, que a grandes rasgos significa “*es todo lo que podemos hacer con las herramientas que tenemos*”) los intermediarios de la red son eximidos del deber de responder por la ilicitud o contenido lesivo de los contenidos que alojen.

Esta exención de responsabilidad rige en cuanto los prestadores no tengan *conocimiento efectivo* de tal ilicitud o lesión y, aun en el supuesto en que lo tuvieran; cuando “*actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos*”.

d) Prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda. Identificados como los “*prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos, directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos*”.

Son los conocidos como *proveedores de contenido*, es decir, aquellos intermediarios cuya existencia concede a la red, en definitiva, una razón de ser (su intervención no se inscribe en el “*qué*” ni en el “*cómo*” de la web, sino en el “*para qué*”, desde que sólo se navega *para acceder* a los contenidos –con el fin que fuere– y *porque éstos existen*).

## 8. Responsabilidad en la prestación de servicios

De las tres categorías de prestadores de la web, propuestas por Rolero<sup>14</sup> (*proveedores de red, prestadores de servicios de la información* –en sus tres variantes– y *proveedores de contenido*); el *juicio de reproche* proyectado sobre los *sujetos de derecho* incluidos en la primera y en cualquiera de las dos iniciales variantes de la segunda (*proveedores de conexión o acceso y proveedores del servicio de hosting*) resulta plenamente aprehensible con las herramientas jurídicas disponibles. Veamos.

a) Aquellos sujetos que Rolero identifica como *proveedores de red* (*network providers*) resultan ser tan necesarios como preexistentes y ajenos a la *realidad mediada*.

Ellos son quienes hacen posible la existencia de la red y, en cuanto su razón de existencia consiste en fundar tal condición de posibilidad, desarrollan su tarea *of line* y no *on line*.

Esto es, instauran la *virtualidad de Internet* en la realidad material en la que actúan.

Actuando en la *realidad material*, entonces –aun cuando su objetivo fuera intervenir sobre ella para posibilitar el advenimiento de la *realidad mediada*– no cabe

<sup>14</sup> Rolero, *Proveedores de los servicios de Internet. Responsabilidades civiles emergentes*.

ninguna duda de que serán alcanzados por un *juicio de reproche idéntico al* que se proyecta sobre cualquier otro sujeto de derecho que desarrolle actividades similares sin relación alguna con la red –empresas instaladoras de telefonía o televisión satelital, por ejemplo–.

b) Los *prestadores de servicio de la información (Internet service providers- ISP)* que sólo se limitan a proveer conexión o acceso (*Internet access provider- IAP*) desarrollan una actividad eminentemente técnica que, aún cuando tiene en la web su espacio de concreción, ninguna relación tiene con las particularidades de ésta.

Así como los *proveedores de red* son necesarios para que la existencia de Internet sea posible a nivel general, los *prestadores de acceso* son quienes singularizan esa posibilidad, respecto de un usuario determinado, con quien se vinculan por una relación contractual.

Su actividad se desarrolla ya en la red –no es *of line*, como la de los *network providers*, sino *on line*– pero, también, resulta notoriamente anterior a cualquier actividad de su cocontratante dentro de ésta y opera como una ineludible condición de posibilidad para que la navegación del usuario por Internet resulte posible.

De tal modo, el *Internet access provider*, en cuanto tal, no puede ser alcanzado por el juicio de reproche derivado de la actividad de los internautas, que utilizan su servicio para fines imprevisibles al momento de la contratación del servicio de acceso.

*Su responsabilidad se acota al servicio técnico comprometido.*

Entender otra cosa sería convalidar, por caso, el argumento que permite responsabilizar a la empresa telefónica por el carácter *ilícito o dañoso* que pudieran tener las conversaciones que los usuarios de la línea realizaran y que no hubieran podido realizarse sin contar con la previa habilitación de la línea en cuestión.

c) Los proveedores de servicios de almacenamiento o alojamiento de datos (*hosting serviced providers*), en cuanto no intervengan en la transmisión de información, se limitan a ofrecer un *servidor* –un espacio propio– en el que los distintos usuarios pueden alojar sus *sitios o páginas web*.

Ellos también desarrollan una actividad estrictamente técnica y su *responsabilidad*, agotada en la esfera *contractual*, se limita a la eficacia del servicio de alojamiento comprometido.

Entender otra cosa significaría, por ejemplo, convalidar la responsabilidad de un hotel, por la conducta potencialmente ilícita o lesiva que un huésped realice dentro de alguna de sus habitaciones, utilizando su propio teléfono celular.

La cuestión se torna mucho más compleja cuando entramos al dominio de la transmisión de datos.

Allí, según se ocupa de detallar la autora que venimos citando, la directiva 2000/31 de la Unión Europea se refiere explícitamente a aquellos sujetos que sólo realizan un *almacenamiento automático, intermedio y temporario de la información, efectuado apenas con el objeto de tornar eficaz la transmisión posterior, a pedido de otros destinatarios del servicio*, y los incluye aun, como *prestadores de servicio de la*

*información (ISP)*, separándolos de los *information content providers* o proveedores de contenidos.

Sin embargo, determinar cuánto de manipulación de la información es necesaria para la *transmisión eficaz*, qué sistema garantiza que el almacenamiento sea *automático* y cuál es el tiempo máximo para que pueda ser entendido como *temporario* suponen cuestiones que han abierto un gran debate doctrinal y jurisprudencial, aún no zanjado.

## **9. Las responsabilidades según la normativa española (generalización del principio de conocimiento efectivo)**

Decíamos, en el punto precedente, que la legislación española (haciéndose eco de la directiva europea en el mismo sentido) recepta en su normativa de *servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*, el *principio de conocimiento efectivo* para los *prestadores del servicio de hosting* y para los *proveedores de contenido* que no generen ni manipulen los contenidos que almacenan o proveen, más allá de lo estrictamente necesario para su transmisión.

Así lo dispone en su Título II, sección 2ª (Régimen de responsabilidad) que (comenzando por excluir a los *operadores de redes y prestadores del servicio de acceso y transmisión* de toda responsabilidad ajena a su carácter de tales) expresa:

1) Los *operadores de redes y proveedores de acceso (incluyendo el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos, siempre que sirva exclusivamente para permitir su transmisión por la red de telecomunicaciones y su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para ella)* no serán responsables por la información transmitida, “*salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos*”, situación que, claro está, no los responsabilizaría como operadores de redes o proveedores de acceso sino, de manera notoria y evidente, como generadores o proveedores de contenidos.

2) Los *prestadores de servicios que realicen copia temporal de los datos solicitados por los usuarios*, tampoco asumirán ninguna responsabilidad excedente al servicio comprometido, en tanto y en cuanto: a) no modifiquen la información; b) permitan el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin, por el usuario cuya información se solicita; c) respeten las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información; d) no interfieran en la utilización lícita de tecnología, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, y e) retiren la información que hayan almacenado o hagan imposible el acceso a ella, en cuanto tengan conocimiento efectivo de que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente; que se ha imposibilitado el acceso a ella, o que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que a ella pueda accederse.

Como se observará de una simple lectura a estas condiciones para el límite de responsabilidad fijado, la realización de cualquiera de estas acciones desnaturalizaría la actividad propia de este tipo de prestadores y, en consecuencia, el *juicio de*

*reproche* se proyectaría sobre ellos en razón del desarrollo de una actividad de manipulación de datos y no en su condición de *prestadores de servicios*.

Ello así, entonces, la mera actividad de *prestador de servicio que realiza copia temporal de los datos solicitados por los usuarios*, se halla razonablemente eximida –como la operación de redes o la prestación del servicio de acceso– del régimen específico de responsabilidades previsto para regir las relaciones de la web.

3) Para los *prestadores de hosting* y para quienes *facilitan enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda*, la ley establece –ahora sí– el llamado *principio de conocimiento efectivo*, receptando la normativa comunitaria al respecto.

A grandes rasgos –y siguiendo los términos de la ley española sobre la que estamos trabajando aquí– el *principio de conocimiento efectivo*, supone que los *prestadores del servicio de hosting* y los *proveedores de contenido no serán responsables por los daños ocasionados por los contenidos que transmiten o alojan*, siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero, susceptibles de indemnización, y en caso de tenerlo, que actúen con diligencia para retirar los datos en cuestión, o hacer imposible el acceso a ellos.

Antes de internarnos directamente en el desarrollo del *principio de conocimiento efectivo* como límite del *juicio de reproche para los proveedores de contenido*, queremos dejar plenamente sentada nuestra disidencia respecto a la equiparación a ellos –que proponen, tanto la normativa española como la directiva europea– de los *prestadores del servicio de alojamiento o hosting*.

En este sentido, reafirmamos expresamente nuestro criterio de que éstos (al igual que los prestadores de conexión y acceso) deben asumir la responsabilidad por el riesgo de empresa que su actividad genera. No observamos ninguna razón para equiparar dos situaciones tan evidentemente distintas y proyectar sobre ellas idéntico parámetro de responsabilidad.

Ello aclarado, habremos de referirnos, ahora sí, a la particular situación de los *proveedores de contenidos* –categoría que evidentemente incluye, también, a las *redes sociales*– y a la problemática propia del particular parámetro de responsabilidad adoptado respecto de estos sujetos de la web.

## **10. ¿Cuándo debe entenderse que un proveedor de contenido tiene conocimiento efectivo de que los datos que manipula o almacena son ilícitos o lesionan bienes o derechos de un tercero?**

La pregunta surge ante la primera formulación de este principio y las respuestas posibles son tres:

- a) Cuando se lo hace saber cualquier persona, en forma fehaciente y en instancia extrajudicial.
- b) Cuando se lo notifica la propia víctima, extrajudicial o judicialmente.
- c) Cuando así se lo hace saber un juez, por resolución –cautelar o de fondo–.

El derecho argentino, según se ocupa de adelantar el pronunciamiento mayoritario del fallo “Da Cunha” que ya hemos citado, carece de toda regulación específica sobre las responsabilidades de la web.

Por su parte, la ley española escoge la última de estas opciones<sup>15</sup>, delimitándola en los siguientes términos: “*Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse*”.

Es decir, salvo excepciones muy puntuales –cuando ellos mismos hubieran generado los datos que proveen, o conocieran su ilicitud o aptitud dañosa–, la responsabilidad de estos prestadores comienza cuando un juez les ordena fehacientemente la retirada de ciertos contenidos y ellos se demoran en el cumplimiento de dicha orden judicial.

## 11. El conocimiento efectivo exige la colaboración activa de la víctima

Desde una perspectiva estrictamente lógica, resulta notorio y evidente que el *principio de conocimiento efectivo* –al menos como lo entiende la normativa europea y, en su respeto, la legislación española que venimos citando aquí–, requiere tan implícita como necesariamente la exigencia de *colaboración de la víctima*.

Así ha tenido expresa ocasión de decidirlo, además, nuestra jurisprudencia al considerar que “*sobre el damnificado recae la carga de individualizar las páginas cuyo contenido le es perjudicial. En otros términos, es el damnificado quien debe correr con la carga de denunciar puntualmente los sitios que estima violatorios de sus derechos personalísimos*”<sup>16</sup>.

También la jurisprudencia española ha tenido oportunidad de expresarse sobre esta cuestión, en el publicitado fallo “Telecinco c/Youtube”, haciéndolo del siguiente modo: “*Lo que esto significa en el caso concreto es que, partiendo del principio general, firmemente establecido de que la demandada no tiene obligación alguna de monitorizar o controlar con carácter previo los contenidos alojados en su sitio web, corresponde a la actora poner en conocimiento efectivo de Youtube aquellos contenidos que puedan lesionar e infringir la titularidad de sus derechos de propiedad intelectual. Y debe hacerlo no de una forma masiva e incondicionada, sino individualizada y concreta porque, como bien dice la demandada, es posible que muchos de los videos que los usuarios han subido al sitio web de Youtube sean fragmentos de información no protegidos por la ley de propiedad intelectual o meras parodias de pro-*

<sup>15</sup> En realidad, la norma refiere al pronunciamiento de un “*órgano competente*” dando lugar a la interpretación que recepta la posibilidad de un anoticiamiento administrativo. Aún así, ante la inexistencia de tal organismo; en la práctica sólo el pronunciamiento judicial surte efecto a los fines de tener por configurado el *conocimiento efectivo*.

<sup>16</sup> CNCiv, 24/6/11, “Krum, Andrea P. c/Yahoo de Argentina SRL y otro s/daños y perjuicios”, sentencia no firme, elDial.com - AA6E14.

gramas, titularidad de Telecinco que tampoco se encuentran amparadas por esa protección”<sup>17</sup>.

Ya tendremos oportunidad de referirnos a un fallo importante sobre el *avassamiento de la propiedad intelectual que la realidad mediada de la red permite*, dictado en el marco del derecho argentino<sup>18</sup>.

Por el momento, nos parece necesario detenernos sobre una distinción que se nos antoja no suficientemente considerada: el *deber de colaboración efectiva de la víctima* configura, en todo caso y desde la perspectiva del *principio de conocimiento efectivo, una carga jurídica y nunca una obligación*<sup>19</sup>.

La consecuencia más obvia de esta condición *de carga y no de obligación*, se exhibe, al fin, coherente con la exigencia de judicialización que se impone a la *notificación de retirada o prohibición de acceso: no resulta jurídicamente válida la sustitución de la persona en el cumplimiento de este deber*.

Solamente quien se juzga afectado personalmente por *datos lesivos o ilícitos* puede llevar ante los estrados judiciales la impugnación sobre ellos. Así, cualquier otra persona carecería, en principio, de un *interés jurídicamente receptado* (desnaturalizándose, con el cumplimiento de un tercero, la fundamentación jurídica de la carga en cuestión) y carecería, también, de la *legitimación activa* indispensable para *judicializar* el conflicto de intereses y obtener, proceso mediante, la orden judicial que el *principio de conocimiento efectivo*, entendido al modo español –y de la comunidad europea–, requiere.

Aun cuando, en ocasiones en que el registro de nombre de dominio resulte manifiestamente difamatorio, el Tribunal Supremo español estableció una interpretación más flexible, admitiendo la posibilidad de que un “*órgano competente no jurisdiccional*” o, incluso “*otras fuentes de conocimiento*” reconozcan y notifiquen la ilicitud<sup>20</sup>; lo cierto es que la regla para la gran mayoría de los casos (en los que, tratándose de supuestos distintos al registro de un dominio, no existe ningún organismo con competencia administrativa) sigue siendo el requerimiento de la notificación judicial.

Ante una situación semejante, algunas de las preguntas que se imponen frente a este tipo de regímenes de responsabilidad, resultan ser:

1) Desde una mirada constitucional. Si el principio de conocimiento efectivo excluye a los prestadores de contenidos de la web del principio fundamental de *no da-*

<sup>17</sup> Juzg. de lo Mercantil n° 7 de Madrid, procedimiento ordinario 150/2008, 20/9/10, no firme.

<sup>18</sup> Nos referimos al muy conocido caso “Taringa” en el que el Juzgado de Instrucción n° 44 de la ciudad de Buenos Aires dictara el procesamiento de los hermanos M... y H...B., responsables de esta plataforma, trabando un embargo de \$200.000 sobre sus bienes. Habiendo sido materia de apelación, este procesamiento fue confirmado por la CNCrimCorr, Sala VI, el 29/4/11. En fecha reciente, la misma Sala dispuso el pronunciamiento del también co-titular del sitio, A... N., trabándole un embargo de \$130.000, dentro del mismo expediente. Ver, CNCrimCorr, Sala VI, 7/10/11, “Nakayama, Alberto s/procesamiento”, eDial.com - AA70A7.

<sup>19</sup> Como sabemos, la carga –a diferencia de la obligación– se establece en beneficio de aquella misma persona que debe cumplirla. Su inejecución hace directamente a la pérdida del derecho y su responsable no puede ser intimado al cumplimiento ni sustituido en el mismo.

<sup>20</sup> Tribunal Supremo español, 9/12/09 citada en el fallo del Tribunal de lo Mercantil n° 7 de Madrid, “Telecinco c/Youtube”.

ñar relevándolos, en esta exclusión, del respeto al *principio precautorio* (volveremos oportunamente sobre este punto, en un análisis más detallado).

¿Puede sostenerse en nuestro sistema jurídico, sin afectar con ello el más básico principio de *igualdad* ante la ley?

2) Desde una mirada procesal. Si es la víctima quien, en el cumplimiento de su *deber de colaboración* debe identificar acabadamente la *página* o el *sitio* donde se encuentran los datos que la dañan, ¿no se estaría afectando con esta exigencia el principio de gratuidad de la justicia, imponiendo a quien ha sido dañado, una erogación necesaria para acceder a la reparación de su propio daño?

¿Qué sucede si, una vez obtenido y cumplido el mandato judicial que ordena el retiro de los datos agraviantes; los mismos vuelven a ser *subidos* a la red? ¿Resulta procesalmente aceptable imponer a quien ha sido dañado, un deber exhaustivo de control sobre las *páginas* o *sitios* que lo *victimizan* y requerirle el inicio de un proceso judicial por cada uno de ellos? ¿No estaría el demandado, en todo caso, en mejores condiciones para cumplir con esta tarea, y a él le sería exigible en mérito a la teoría de las *cargas probatorias dinámicas*?<sup>21</sup>

3) Desde una mirada civil. Si, como venimos detallando hasta aquí, los *prestadores de servicios de conexión, acceso y transmisión de datos no manipulados* –más allá del mínimo necesario que requiere la eficacia de la transmisión– responden en función del *riesgo de empresa, riesgo de actividad o riesgo creado*, y los proveedores de contenido adecuan su deber de responder al *principio de conocimiento efectivo*.

¿No constituye esta limitación del deber de responder a un *factor de atribución subjetivo mediatizado* –en cuanto sólo nace a partir del fehaciente anoticiamiento emanado de autoridad competente (judicial)– la legitimación de una ilicitud –tal vez pública y notoria, acaso grave– hasta el momento en que la *víctima* obtenga el pronunciamiento judicial que se le requiere para el *retiro de los datos*?

Si los daños que tienen lugar en la web son, por definición, *daños continuados*<sup>22</sup> que pueden renacer, además, como *daños nuevos* inmediatamente después de haber sido ordenada su retirada, ¿no terminaría por abolir, la adopción del *principio de conocimiento efectivo*, el derecho a la intimidad consagrado en el art. 1071 bis, por ejemplo?

*El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena* bien puede ser, en este caso, un sujeto no identificable; pero aquel *en cuya vida se han entrometido* es una persona con todos sus atributos, ¿es lícito que sea él, quien deba asumir un *sacrificio inequitativo y exagerado* porque el estado del derecho no permite regular de otro modo?

<sup>21</sup> De acuerdo con esta teoría procesal, fundada en el *deber de buena fe* que ambas partes deben empeñar en el proceso –y que rige toda la tramitación como principio supremo–; la carga de la prueba recae sobre *aquel que está en mejores condiciones de probar*.

<sup>22</sup> Según nuestra singular percepción de esta temática, *todo daño que no es percibido por la víctima como plenamente resarcido, es un daño continuado*. No obstante, atendiendo específicamente a la cuestión que hoy nos ocupa, es claro que *no existiendo el olvido en las interrelaciones de la web* –donde el concepto de *espacio vacío* es inexistente– los *daños en Internet configuran daños continuados*, aún desde la más tradicional utilización de esta categoría jurídica.

Así parecen decirlo algunos fallos recientes, al menos respecto de algunas personas que asumen un mayor riesgo de exposición, aunque no sean necesariamente figuras públicas.

*“Es improcedente la medida cautelar solicitada a fin de que los responsables de los buscadores de Internet bloqueen toda información e imágenes referidas a la persona de la magistrado peticionante que no contasen con su autorización, por cuanto, además de que el ejercicio de la libre crítica de los funcionarios por razón de los actos de gobierno es una manifestación esencial de la libertad de prensa, aquélla ejerce la competencia electoral, por lo que sus actos en ejercicio de sus funciones despiertan interés en los medios de difusión y en la sociedad en general, se encuentra voluntariamente más expuesta a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias difamatorias y, por tanto, no recibe aplicación en este estado de la causa la protección brindada en el art. 50, acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio –ADPIC–”<sup>23</sup>.*

Entre muchos pronunciamientos similares –y otros tantos más, en sentido opuesto– llaman poderosamente la atención algunos de los argumentos utilizados por la Cámara en este pronunciamiento en particular. A saber:

a) Se consolida como posicionamiento jurisdiccional incólume la decisión de no obligar a la retirada de datos que refieran a una persona, de manera general y no identificada. *Si pretende obtener una orden judicial que haga lugar a su derecho, la víctima no puede eludir su deber de colaborar*, identificando exactamente cuáles son las páginas o sitios en las que se la daña y que, consecuentemente, solicita se retiren. Incumplido el deber de colaboración de la víctima, el principio de conocimiento efectivo no se perfecciona y la obligación de hacer del proveedor de contenidos (retirar o imposibilitar el acceso al sitio o página dañosa) no alcanza a nacer.

b) Fundándose en que *el ejercicio de la libre crítica de los funcionarios por razón de los actos de gobierno es una manifestación esencial de la libertad de prensa* –supuesto con el que, desde luego, acordamos plenamente– la Cámara olvida en que la ley no ampara el ejercicio abusivo de ningún derecho y que, por su propia enunciación, la libre crítica debiera limitarse a los actos de gobierno, de los cuales el funcionario está obligado a dar razón y cuenta, pero no extenderse hacia otras cuestiones personales, ni devenir en agravio.

c) Al decir que la reclamante *se encuentra voluntariamente más expuesta a un mayor riesgo de sufrir perjuicio por noticias difamatorias*, se produce la legitimación, por vía procesal, de un acto ilícito –las noticias difamatorias–. El pretendido *riesgo de difamación* no puede ser objeto de aceptación voluntaria ni presenta un carácter de accesoriedad a ningún cargo o función.

Más allá de las enormes diferencias de criterio que tenemos con la actora en la medida cautelar cuyo pronunciamiento denegatorio estamos citando –y más allá también de que, por su condición de magistrada, la doctora Servini de Cubría debió saber que no era procesalmente viable la exigencia de una *retirada masiva e indiscriminada* de cualquier dato referido a ella– es claro que no se puede aceptar a In-

<sup>23</sup> CNCivComFed, Sala 2ª, 3/6/09, “Servini de Cubría, María R. c/Yahoo de Argentina SRL y otro”, JA, 2010-I-497.

ternet como un territorio en el que el daño sobre ciertos sujetos, *no sea daño resarcible para el derecho*.

Ello, por una elemental noción de justicia (la promesa de resarcimiento que corresponde al compromiso colectivo de credibilidad en el sistema jurídico) y, también, por una obvia razón de derecho: la *legitimización* del daño sobre ciertas personas –que importa una merma en el reconocimiento de los derechos elementales que les asisten, en mérito a su calidad de tales– (artistas, políticos, funcionarios y otros personajes públicos) devendrá necesariamente en la pérdida de esos mismos derechos para todas las personas (docentes, profesionales, empresarios, trabajadores que atienden al público, y demás).

A largo plazo, todos los sistemas tienden a estabilizarse y la *igualdad jurídica* es la ficción fundante del sistema jurídico occidental: aceptar este tipo de pronunciamientos –y sus consecuencias necesarias– significaría, ni más ni menos, que *igualar para abajo, privando a todos de los derechos que comenzamos por negarle a algunos*.

## 12. La responsabilidad de los proveedores de contenido y su factor de atribución

Consideramos que el *riesgo de empresa, explotación o actividad o el riesgo creado* resultan argumentos teóricos adecuados y suficientes para sostener la *responsabilidad de los prestadores de servicio de Internet* (sea de operación de redes, de acceso e incluso de hosting) según los mecanismos de atribución de la obligación de reparar en el sistema *tradicional de responsabilidad civil*.

No obstante, aceptamos que mantener el mismo criterio en relación con los *proveedores de contenido* significaría desplazar *la causalidad jurídica*, desde *la causalización del daño hacia la posibilidad de su instrumentalización*: de acuerdo con un razonamiento semejante, prescindiríamos de preguntarnos “*quién hizo qué*” para dirigir el juicio de reproche hacia *quién permitió* realmente (más allá de aquel que haya sido el que instrumentó, de manera previa, las condiciones técnicas que posibilitaron a la red como escenario del daño) que *un daño en particular se hiciera*.

Se trata, desde luego, de una perspectiva posible, pero que pronto reveló algunas inconsistencias preocupantes: el supuesto de *la víctima que se autoagrede anónimamente para lograr reparación integral de sus daños por parte del prestador de contenido elegido para perpetrar esa autoagresión*, tal vez sea la más clara de las inconsistencias argumentales aludidas.

En oposición a ello, *las teorías del conocimiento efectivo y del estado del derecho* (señalado esto, en expresa distinción respecto al sistema de Estado de derecho) que se proponen para medir el *juicio de reproche* respecto de los *proveedores de contenido*, retoman el cauce de la necesidad de una referencia a la *causalidad material* para la invocación de toda *causalidad jurídica* y sitúan a este tipo de prestadores, en un régimen de responsabilidad que sólo reconoce un *factor de atribución subjetivo mediatizado*, según anticipamos y que oportunamente profundizaremos.

Este inesperado desplazamiento de retorno hacia el *factor de atribución subjetivo* –y su mediatización– requiere, además, *la participación directa de la víctima en la identificación de su propio daño* y exime a estos proveedores de contenidos, del

cumplimiento de la obligación de no dañar, signada por el principio de *reparación integral* y del general *principio precautorio*.

Lo inconmensurable tiende hacia lo arbitrario –en cuanto impone la subjetividad de un recorte interpretativo para su aprehensión conceptual–; lo anónimo y lo mediado suponen dificultades en la aprehensión de las autorías, tan ineludibles como evidentes.

La red es un territorio inconmensurable, anónimo y de acceso mediado, por tanto sus tendencias a la arbitrariedad y a la elusión de la *causalidad material* se exhiben como insalvables y notoriamente congénitas.

¿Podría aplicarse un mismo *factor de atribución* para *prestadores de servicio* y *proveedores de contenido*?

Más concretamente, ¿resulta adecuado a derecho –y, más aún, a nuestra noción común de justicia– someter a los *proveedores de contenido* al régimen de *responsabilidad por riesgo de empresa, riesgo de actividad o riesgo creado*, según ha pretendido hacer parte de nuestra doctrina y jurisprudencia actual?

Tal es la intención, por ejemplo, del voto minoritario en el mismo fallo “Da Cunha”<sup>24</sup>, por el cual el doctor Diego Sánchez expresa que “*cabe acotar la existencia de lo que la doctrina y la jurisprudencia han dado en llamar ‘la teoría del riesgo empresarial’, entendiendo que su factor de atribución reside en el provecho obtenido con la actividad dañosa producida.*”

*En este marco, toda empresa está destinada a producir, por un lado, bienes o servicios que prestan una utilidad social, pero por otro, genera riesgos que pueden eventualmente dañar a terceras personas. Se suele decir que la sociedad moderna y la tecnología son fuente inevitable de daños.*

*Está socialmente justificado vincular el riesgo que las empresas generan con los beneficios extraídos de la misma actividad que lo organiza y obligar a las empresas a reparar el daño que causan (aun sin mediar culpa de su parte)”.*

El *riesgo de empresa, el riesgo de actividad o el riesgo creado* pretenden exigir la adecuación de quienes actúan en este territorio mediado, a los parámetros jurídicos de responsabilidad pensados para regir fuera de él.

El *principio de conocimiento efectivo* y su convalidación por el argumento del *estado del derecho* suponen negar los parámetros jurídicos imperantes para la atribución de responsabilidad, frente a la novedad del territorio mediado, sosteniendo su imposibilidad de adecuación como presupuesto.

De acuerdo con el sentido del desplazamiento que se acepte como válido en la determinación del *factor de atribución* habrá de resultar una situación de privilegio o de inequitativo sacrificio.

<sup>24</sup> De la lectura de este fallo resulta que las demandadas habrían incumplido el mandato de retirar y/o prohibir el acceso a los datos agraviantes, para con la actora, que oportunamente les dictara el juez de primera instancia: es decir, aun aplicando la teoría del *conocimiento efectivo* era posible, para el juez disidente, fundar su disconformidad con el voto mayoritario y dejar sentada su posición respecto a que los agravios presentados por aquellas debían rechazarse. Incluso el doctor Sánchez alude a este incumplimiento en algunos párrafos de su voto, pero después decide cambiar el sentido de la fundamentación de su posicionamiento, hacia la argumentación que surge de la cita transcripta.

*“La justicia tiene el desafío de amalgamar el orden jurídico con esta avalancha de novedades tecnológicas que desatan tempestades de consecuencias jurídicas. Sin duda, lo ‘conflictivo’ de Internet abre las puertas a un derecho en gestación, que por ahora, debe instrumentarse sólo con el derecho conocido”<sup>25</sup>.*

*“¿Puede el buscador ser responsabilizado por los resultados que muestra? ¿Cuáles son los límites de dicha responsabilidad?”*

*Ante la falta de estándares claros en nuestro derecho, ¿cómo han sido encarados y cómo deben ser resueltos los casos judiciales en curso sobre estas cuestiones?*

*En principio, no hay una solución obvia. El abanico de posibilidades va desde que no hay que regular lo que hay en Internet, por lo tanto los buscadores no serían responsables de nada de lo que muestren hasta exigirles el monitoreo constante, las 24 hs., en tiempo real sobre cualquier contenido que se indexe.*

*Entre estas dos posturas extremas hay un arco iris de soluciones posibles, que lejos de ser coloridas, todavía están bastante borrosas e indefinidas.*

*Mientras tanto, las causas judiciales sobre daños en Internet se siguen presentando y los jueces están obligados a expedirse”<sup>26</sup>.*

En los distintos modos de su intervención, los proveedores de contenido son, al fin y al cabo, los *sujetos de derecho* más expuestos en este territorio anónimo: *sabemos quienes son y qué es lo que intentan hacer.*

Sin embargo, paradójicamente, ellos también necesitan gozar de una doble presunción de *optimización* y de *completitud* para justificar su *misma existencia como sujetos singulares de derecho* (y aquí, otra vez, la *percepción monádica* de la que hablaba Leibniz<sup>27</sup>: en Internet “*está todo*” y todo está en “*tiempo real*”).

La cuestión pasa, entonces, por determinar hasta qué límites el sistema jurídico debe compartir las ficciones que le son propias. *Compartirlas, justamente, con los únicos sujetos a los que puede alcanzar, de manera segura, en su intención de regular las relaciones de la red, y sin abdicar completamente de ellas.*

Si, como supo sostener Foucault, *el poder es la capacidad de imponer las propias ficciones a los demás*; la oposición entre dos sistemas que necesitan reivindicar como propias ficciones idénticas es, en última instancia, una puja entre afirmaciones de poder.

Reclamando las percepciones de *optimización* y *completitud* sin sujetarse a fronteras geográficas, Internet amenaza a los sistemas jurídicos nacionales, que sólo

<sup>25</sup> Aginsky, Nicolás, *La responsabilidad de los buscadores y sitios de Internet por contenidos de terceros. Google, paredón y después*, “Diario Judicial”.

<sup>26</sup> Aginsky, *La responsabilidad de los buscadores y sitios de Internet por contenidos de terceros. Google, paredón y después*. El autor culmina su exposición señalando como problemas acuciantes que dificultan la resolución judicial de demandas por daños en Internet: 1) el desconocimiento técnico de los magistrados de todas las instancias, respecto al funcionamiento de la web; 2) el escaso uso del derecho constitucional que hacen los magistrados del fuero civil, quienes “*tratan de solucionar todo con el Código de Vélez Sarsfield*”. Sobre este último punto, en particular, se articula un tercer problema, instaurado por la falta de jurisprudencia de la CSJN sobre el tema.

<sup>27</sup> Remitimos al lector a la nota 10.

pretenden el reconocimiento de esas mismas ficciones dentro del marco acotado de sus límites.

Siendo la *resignación de las ficciones jurídicas fundantes* una opción imposible –precisamente porque para que exista la *libertad* en la que la web funda su filosofía, es necesaria siempre la vigencia de una ley– las opciones del sistema jurídico frente a la irrupción de la web, se restringen sólo a dos: *sujeción o adecuación*.

Sin contar con la gracia de las ficciones de *completitud y optimización*, los *proveedores de contenido* dejan de ser creíbles y, en cuanto tales, pierden el sentido en el que sustentan su misma existencia.

La imposición, hacia ellos, de una *obligación paternalista de prevención de daños* supone despojarlos de esas ficciones y –además de atentar contra la intimidad de todas las personas que navegan lealmente por la red– termina por hacer inviable a la misma red.

Por el contrario, *el principio de conocimiento efectivo* despoja de una gran parte de las ficciones de *optimización y completitud* al sistema jurídico que lo concede, situando a estos sujetos por fuera de la exigencia de respeto al principio precautorio de *no dañar* y aceptando implícitamente, además, que la web es un medio para dañar de manera continua a cualquier persona, sin que ello irroque ninguna consecuencia, más que la obligación siempre provisoria de retirar el contenido dañoso; es como si alguien se ocupara en agraviar a otro en todas las paredes de la ciudad –y peor aún, en cuanto Internet es un mundo, no una ciudad– y la ley exigiera al agraviado la realización de una demanda judicial por cada una de las pintadas, que pueden volver a aparecer a medida que se borran.

Sea cual fuere el *factor de atribución* que se escoja para extender el *juicio de reproche* hacia los *proveedores de contenido*, el *derecho a la intimidad* se verá notoriamente afectado en uno u otro sentido.

La pregunta es si sigue plenamente vigente el art. 1071 bis tras el advenimiento de la web.

Según lo advierten los epígrafes elegidos para estas líneas, sólo la *posibilidad de una reflexión crítica* que sitúe al *Leviatán estadístico* de la *realidad mediada* en el centro del debate político, nos permitirá comenzar a pensar una respuesta aceptable –y, a la vez, mínimamente creíble– para semejante interrogante.

© Editorial Astrea, 2012. Todos los derechos reservados.