



SUMARIO: I. Introducción. - II. El anonimato: un problema que plantea Internet a la responsabilidad extracontractual. - III. La polémica respecto de los contenidos en Internet. - IV. El servicio de 'hosting' u 'hospedaje de página-web'. Los sitios públicos y sus riesgos. - V. Conclusión.

I. Introducción

Internet —como figura paradigmática de la globalización— trae muchas inquietudes al Derecho, poniéndolo permanentemente en un banco de prueba. ¿Servirán los paradigmas que se elaboraron en estos tiempos para resolver los nuevos desafíos? ¿Serán necesarios nuevos?

Las líneas que siguen intentan discutir si las soluciones que se vienen adoptando en materia de responsabilidad por actuación anónima de los usuarios son coherentes con los desarrollos actuales del Derecho de Daños y resultan tuitivas de los derechos fundamentales de la persona.

Existe una íntima conexión entre el problema de la responsabilidad civil y la posibilidad de operar en la red sin una identificación (1). No se trata de una cuestión menor, pues precisamente se destaca desde el ángulo sociológico que dicha posibilidad es un atractivo de la red, pues permite al usuario enmascarar su personalidad tras el anonimato y la consecuente falta de responsabilidad por su actividad en la Red.

Esa circunstancia ha sido destacada como un atentado a la 'seguridad jurídica' por el Tribunal Supremo de España, en relación a un escrito presentado en un expediente "*si se ignora quién lo presenta, en nombre de quién lo presenta, cuándo lo presenta y para qué lo presenta*" (2). Obviamente, de la misma manera atentan contra la seguridad jurídica los mensajes anónimos que se presentan en Internet.

El usuario de Internet tiene la posibilidad de realizar una serie de actividades, entre ellas las dañosas, sin identificarse: puede integrarse en un espacio de conversación (Chat), enviar e-mails, fijar sus mensajes en un simple tablón de anuncios, etc. Su identificación no es personal, sino técnica, en el sentido que su computadora tiene una dirección IP, pero ella puede ser operada por cualquier persona que tenga acceso al lugar en que ella se encuentra. Pero, además, las IP pueden ser asignadas forma aleatoria por el proveedor del servicio de acceso (3).

Los proveedores de contenido, en cambio, en muchos casos, están identificados pues son titulares de ciertos derechos —licencia o propiedad (4)— que le conceden la posibilidad de tener una página o sitio (web page o site) en la Red para que los usuarios puedan acceder a ella. Esos sitios o páginas pueden ser gratuitas u onerosas e, independientemente, pueden ser abiertos o cerrados, según se pueda ingresar a ella sin ninguna restricción o deba utilizarse una clave (password). En estos casos la identificación se produce a través del nombre de dominio —asociado al de su titular por su registro del Ministerio de Relaciones Exteriores— y la dirección IP en la cual la página está 'alojada'.

También aparecen en la escena del daño los proveedores de servicios de acceso (IAP) que prestan la infraestructura de conexión a través de un server conectado a un nodo y los proveedores de servicio de alojamiento de las páginas web, que pueden ser una única y misma empresa o diversas, y que están perfectamente identificadas.

Por último, otro personaje es quien sólo provee la red, o sea, la infraestructura técnica (network providers), mediante líneas telefónicas, cables coaxiales, fibra óptica, o antenas que lo conectan a un satélite, y que permiten vincular al usuario con el proveedor de acceso. Este rol también puede ser desempeñado por el propio proveedor de acceso que —además del server conectado al nodo— disponga de las vías técnicas de conexión entre la localización del usuario y el server.

En esta estructura y con todos esos personajes en escena es donde pueden aparecer actividades dañosas, a las que es necesario dar respuestas.

II. El anonimato: un problema que plantea Internet a la responsabilidad extracontractual

El problema del anonimato relativo de los usuarios y de los contenidos ilícitos y nocivos que éstos pueden publicar en la Red es la principal preocupación que, nos parece, presenta a la responsabilidad civil la actividad de Internet.

En principio, puede resultar razonable la solución que se propone mayoritariamente por las legislaciones dictadas en el Derecho Comparado, una parte importante de la doctrina y de la jurisprudencia internacional. Ellas postulan la responsabilidad civil del proveedor de contenido frente a la víctima e inmunidad del proveedor de acceso, del proveedor de alojamiento y del proveedor de conexión entre el usuario y el proveedor de acceso.

Los argumentos con los que se apoya este criterio pueden reseñarse en los siguientes:

- a. El punto de partida es que los proveedores de servicios —en tanto no revisten la calidad de autores del contenido— son meros intermediarios y que no tienen el control de los contenidos que los 'proveedores de contenido' incluyen en sus páginas. Se alega que inclusive están técnicamente y fácticamente imposibilitados de efectuar el control, o al menos, aumentaría notablemente los costos del sistema.
- b. Pero, aun si pudieran efectuarlo, se presentaría el problema de 'privatizar' la censura, ya que el proveedor de alojamiento debería juzgar la licitud o ilicitud o la nocividad de los contenidos propuestos. Se razona con la analogía, y se señala que responsabilizar al proveedor equivale a responsabilizar al librero por el contenido de las obras que oferta a la venta.
- c. Se objeta que las normas aplicables a los medios de comunicación sobre Internet es errado, pues la Red sólo ofrece un recurso tecnológico, pero no existe identidad con aquel fenómeno, pues el 'alojador' —proveedor del servicio de alojamiento (hosting)— no es un 'editor' en el mismo sentido que lo es el 'editor responsable' en la prensa.
- d. No resultan ajenas al criterio que postula la inmunidad las consideraciones económicas que entienden que la extensión —que se califica de 'indiscriminada'— de la responsabilidad provocaría el inevitable cierre de empresas (5) o que lleve a una concentración en empresas capaces de soportar los costos de los incidentes (6), ni seguramente la mayor fuerza de convencimiento que ostentan los 'lobbies' de las proveedoras, frente a la debilidad de los consumidores de tales servicios.

Esas razones determinan la aplicación de los principios tradicionales de la responsabilidad por el hecho propio, si el proveedor de contenido es el autor de la incorporación a la red del contenido ilícito o nocivo que daña; resulta razonable —en principio— encuadrar sus conductas en la norma de la responsabilidad por el hecho propio, que es el art. 1109 del Código Civil, y asegurar la inmunidad de quien puso el medio tecnológico a disposición del autor del daño.

Desde otro ángulo, y orientados a sostener que el principio no puede ser el de inmunidad, sino el de responsabilidad de quienes intervienen en la relación causal que termina en el daño sufrido por los terceros, se alega:

- a. Hay que tener en cuenta el carácter de organizador del servicio de quien lo provee y su carácter profesional. En especial el beneficio económico que éste percibe por el desarrollo de su actividad.
- b. La privatización de la censura no es un argumento que se sostenga en materia de responsabilidad por los daños causados por la prensa, y también, existe; ya que los editores pueden disponer la publicación o no según sus criterios de prevención.
- c. Las dificultades técnicas no son una razón determinante para irresponsabilizar, ya que se admite en materia de responsabilidad por el hecho de otro que, en tanto no configuren caso fortuito ajeno, el alojador debe afrontar la responsabilidad, y le queda el recurso de la repetición contra el autor. El principal responde por los hechos de sus dependientes aunque sean atribuibles sólo a éste, en tanto la función haya adquirido una relevancia causal de modo tal que el hecho dañoso —con alta probabilidad— no hubiera ocurrido sin la concurrencia de la función. Precisamente, en estos casos, entre la conducta del

principal y el daño la relación causal no muestra adecuación —en el sentido que no es la conducta del principal la causa adecuada del daño—, sino el carácter de 'conditio sine qua non': si la función no hubiere concurrido, el daño probablemente no se hubiere producido. Podrá objetarse que la responsabilidad del principal se justifica por la dependencia, que no existe en el caso. Pero puede replicarse que también el hotelero responde, sin que exista dependencia, por los hechos de terceros no dependientes, salvo que exista caso fortuito calificado (robo con armas o escalamiento), pues titulariza una empresa que encierra riesgo. El mismo razonamiento justifica la responsabilidad de quien ha puesto a disposición del mundo un medio para dañar; y mayor razonabilidad se encuentra cuando se considera que la organización del medio ha posibilitado la impunidad por medio de la falta de individualización del autor del acto dañoso.

d. El carácter de profesional y/o empresarial del organizador del sistema y beneficiario de los lucros justifica que sobre él pese el riesgo de los daños que resulten de la actividad o la empresa para los terceros inocentes.

e. Cabe recordar que el principio de la reserva de identidad del usuario que ha difamado ha sido descartado en la jurisprudencia de los EE.UU. de Norteamérica. En efecto, hace un tiempo, Nam Tai Electronics exigió a AOL que le facilitara la identidad de la persona que se escondía tras el nick 'scovey2', ya que entendía la había difamado. La empresa AOL (de la que era usuario el supuesto injuriante) se negó invocando la Primera Enmienda de la Const. de los EE.UU. La decisión fue adversa a la reserva de identidad (7).

No puede olvidarse que una parte importante de la doctrina nacional argentina estima que el art. 1113 del Código Civil comprende las actividades riesgosas, o sea, aquéllas que "*por su propia naturaleza (esto es, por sus características propias, ordinarias y normales) o por las circunstancias de su realización —v.gr., por algún accidente de lugar, tiempo o modo—, genera un riesgo o peligro para terceros*" (8).

Veamos algunos supuestos para ver cuáles son los intereses en juego y cuáles son sacrificables en pos de otros.

a. La difamación.

Pensemos en que se organiza una página en la cual los usuarios anónimos pueden 'postear' los mensajes que quieran, en tiempo real. Obviamente, al hacerse en tiempo real, se coloca en la imposibilidad de realizar cualquier prevención. Quien organiza dicha página ciertamente no ignora que encierra un serio riesgo para que a través de ella se difame a terceros, pues una norma de experiencia indica que la impunidad que garantiza el anonimato incentiva la malsana decisión de calumniar o injuriar a terceros. En esas condiciones, no parece razonable que los intereses de las víctimas sean sacrificados a favor de quien ha organizado un servicio de esas características.

Es cierto que él no es autor de la difamación de los terceros, pero ha organizado un medio apto para la difamación impune.

La situación del organizador no parece más tutelable que la de las víctimas. Por tanto, las soluciones jurídicas postulables son dos: la primera, inmunizar al organizador y condenar a la víctima a soportar el daño; o la alternativa, hacer responsable al organizador, pues es el riesgo que asume al organizar un servicio de esas características que posibilitan el daño.

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

¿Cuál sería la solución actual para esa situación dañosa? La aplicación del art. 1113 del Código Civil extendida a las actividades dañosas nos parece una solución razonable (9). El organizador del servicio debe responder por los daños causados por terceros, y no puede alegar la imposibilidad de controlar el contenido ni el hecho del tercero por el cual no deba responder, pues ha organizado el servicio de un modo apto para que terceros no identificables realicen el daño. No interesa que haya pautado la conducta

de los usuarios prohibiendo las conductas dañosas, pues se trata de una relación ajena a la víctima.

En general, en la Red estas páginas se manejan con una declaración de irresponsabilidad del organizador que no es oponible a las víctimas, pues se trata de manifestaciones unilaterales del proveedor del servicio que no pueden enervar el derecho del damnificado.

El deber de identificar a los usuarios es esencial para no convertir a la Red en un espacio para la conducta dañosa impune, y el argumento de la desnaturalización del espacio de expresión no nos convence, ya que el derecho a expresarse, tal como está consagrado por la Convención Americana de Derechos Humanos, está limitado por "*El respeto de los derechos y la reputación de los demás*" y "*La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas*" (art. 13.2). El organizador es quien ha desnaturalizado el derecho de expresión al frustrar la posibilidad de identificación de quien traspasa los límites del derecho. La regla es que tengo el derecho a expresarme, pero dentro de los límites de ese derecho y bajo la responsabilidad de quien ejerce el derecho. El organizador no puede censurar, pero tampoco puede brindar el mecanismo para encubrir el ejercicio abusivo o excesivo del derecho, y del espíritu del ordenamiento jurídico surge la antijuridicidad de su conducta. Una razón que justificaría su responsabilidad es que ha creado el riesgo y ha posibilitado el daño.

No se trata de prohibir las actividades de las páginas que posibilitan el anonimato, sino de imponer la responsabilidad del organizador de ellas sobre el argumento —que nos parece inobjetable— de que crean un riesgo que con frecuencia se actualiza en daño para terceros inocentes. Serán las empresas proveedoras de esos servicios las que juzguen si les resulta conveniente soportar esa responsabilidad o no.

Distinto es el supuesto en que el organizador del servicio identifica a los usuarios, pues entonces sí parece que —en principio— resulta ajeno: no es autor ni facilitador, no puso causa más que una condición para el hecho dañoso pero no para su impunidad. En este caso, efectivamente, sólo ha puesto un medio técnico indiferente.

Ahora, lo que se nos plantea es cuál es el alcance que queremos darle a la evitación de los daños. Descartamos la censura, pues la República Argentina ha declarado su intención de mantenerse al margen de la conversación global, lo que nos lleva a pensar que el Derecho Argentino no propugna ni la censura pública ni la privada (10), pero ello no implica garantizar la elusión de las responsabilidades provenientes de los excesos que desorbitan el derecho de expresión.

Si decidiéramos que la protección de las víctimas es un valor prominente, podríamos imponer una responsabilidad severa —'strict liability' o responsabilidad objetiva— sobre el proveedor de alojamiento o 'hosting' esté o no identificado el autor del contenido, para que sean concurrentemente responsables frente a la víctima y sin perjuicio de su derecho a la repetición.

La solución es razonable, pues el proveedor de alojamiento no es totalmente ajeno al daño provocado sino que coloca una causa adecuada a la difusión de los efectos del acto dañoso; actúa como un repotenciador del daño. Adviértase que mientras la difamación producida por la prensa tiene el limitado alcance de la edición y el ámbito de distribución del periódico, el proveedor de alojamiento amplía la repercusión del hecho al mundo entero. También es cierto, que el alcance de esa difusión no está bajo su control, sino el de quienes busquen la información, y es —en ese sentido— en el que se parece su posición a la del librero por las difamaciones contenidas en los libros que oferta. Pero no puede negarse que el proveedor de alojamiento es quien explota económicamente el medio que posibilita la difusión de la difamación y que esa circunstancia puede ser aprehendida por la Ley para imputar responsabilidad frente a la víctima, sin perjuicio de que luego pueda trasladar la carga sobre el autor del hecho dañoso, como normalmente ocurre en materia de responsabilidad por los hechos de otros.

Es que el nuevo fenómeno de la Red puede exigir nuevos mecanismos de responsabilidad, tal como lo ha hecho la nueva relación de consumo, cuando se trata de responsabilidad por los productos elaborados o servicios. El art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor impone que los integrantes de la cadena de comercialización respondan frente al consumidor por los daños causados por la prestación del servicio.

El interrogante es si el 'alojador' se encuentra en una situación similar al transportista, que sólo responde con motivo o en ocasión del servicio de transporte (art. 40 primera parte *in fine* L.D.C.). La situación que

parece de mayor analogía a la del transportista es la del 'network provider', que sólo presta la infraestructura de transmisión o transporte de los paquetes de datos, pero no la del 'alojador' que coloca el paquete de datos en el mundo virtual a disposición de todos los navegantes.

De modo tal que nos parece que el transportador —network provider— y el proveedor de servicio de acceso sólo deben responder si, a causa de un defecto técnico, información originariamente no nociva aparece como tal, pero si se limitan a transportar información nociva —que ni conocen ni tienen oportunidad de conocer— es posible asimilarlos al caso del Correo que transporta mensajes injuriantes o amenazas o la compañía de teléfonos que presta su línea o servicio para comunicaciones injuriosas o amenazantes.

En cambio, el 'alojador' u 'organizador del sitio' cumple un rol relevante en el daño que provoca su difusión, igual que el medio de comunicación. Ello así, en principio, nos parece razonable que la Ley tome su actividad como relevante para imputarle objetivamente responsabilidad.

Otro es el problema de la eximente, o sea, ¿cuál es la prueba que deberá aportar para que se lo exima de responsabilidad? Si la actuación dañosa del usuario es para él inevitable técnicamente, puede eximirse de la responsabilidad pues nadie está obligado a lo imposible, pero él debería cargar con la prueba de la imposibilidad técnica.

Si ha sido el modo en que organizó el servicio lo que lo imposibilita de evitar el daño, la situación es muy similar a la que analizamos anteriormente y, por lo tanto, la eximente no debería funcionar. Desde la perspectiva de la ley de defensa del consumidor no podría considerarse ajena la causa del daño, si la imposibilidad técnica de evitación del daño es consecuencia de su conducta, pues es la causa que actualiza el riesgo de la organización del servicio. Del mismo modo que la circulación del automóvil actualiza la causa del daño frente a la víctima, cuando dos vehículos que chocan terminan lesionando al peatón, sin que haga falta que éste examine la mecánica del accidente.

Se trata de una decisión de política legislativa: si se decide colocar la víctima en mejor situación dándole un responsable solvente junto al autor o si sólo le dejo frente al autor. En los medios de prensa, hemos elegido darle un 'editor responsable' ¿qué haremos con los proveedores de alojamiento?

A nivel de decisión judicial, podríamos plantear la aplicación de la ley de protección al consumidor, ya que el servicio encierra riesgos que se actualizan en daños que podrían reclamarse por la vía del art. 40 de la Ley No. 24.240.

La norma reza: "*Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o el servicio. ... La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena*".

La causa no es ajena por la simple circunstancia de que el mensaje difamatorio haya sido introducido por un tercero, si el daño proviene de la publicación. Este es el principio que rige para la prensa y no parece razonable abandonarlo para este otro medio de comunicación.

El carácter de no ajeno de la causa puede ser afirmado de las razones que han fundado la resolución en la causa Napster. En efecto, Napster es un software que permite a sus usuarios buscar en el sitio la música que otro usuario del sitio posee en su propio ordenador y bajarla a la PC del que ha emprendido la búsqueda; Napster no reproduce ni ejecuta la música, sino que simplemente permite por su intermedio el intercambio que los usuarios producen entre sí.

El fallo de la Novena Corte de San Francisco [\(11\)](#) establece que "*Napster es un infractor de segundo grado de las violaciones a los derechos de autor, ya que a través de su conducta ha amparado a sabiendas las infracciones por parte de los usuarios del sistema*".

No parece razonable que la protección de los derechos de autor sean más protegibles que los daños

causados por la difamación a las personas.

Una postura intermedia, entre la tendencia mayoritaria que consagra la inmunidad y la responsabilidad objetiva, postula que la responsabilidad del 'alojador' se actualiza sólo cuando advertido de la dañosidad de un mensaje por la víctima no realiza los actos necesarios para evitar que permanezca a disposición del público (12). Esta solución es la que en el Derecho Norteamericano se ha aplicado en algunos casos. Si bien este criterio está fundado en la responsabilidad subjetiva, y la imposibilidad en que se encuentra el 'alojador' por el desconocimiento del carácter dañoso de la conducta. Sin embargo, eso no significa que no dé lugar a diferencias, pues salvo los casos de manifiesta dañosidad del mensaje, el 'alojador' podría alegar su falta de derecho a la censura y la responsabilidad del autor. En cambio, si se consagrara el deber de prevenir daños, como se ha proyectado en el art. 1585 del Proyecto de Código Civil Unificado del año 1998, este criterio adquiriría un aval normativo definido, pues de acuerdo a esa norma proyectada: "*Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa: a. de evitar un daño no justificado. b) De adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño o disminuir su magnitud... c) de no agravar el daño, si ya se ha producido*" (13).

b. La violación de los derechos intelectuales

El instrumento que brinda la llamada 'red de redes' no tiene sino el carácter de ser un 'instrumento', susceptible de utilización para múltiples fines. Nació como un instrumento de educación y, luego, se difundió como un instrumento de guerra, y hoy se perfila como una herramienta para hacer negocios, sin perjuicio de que sus funcionalidades pretéritas subsistan.

No resulta sorprendente que esto ocurra, pues en el mundo postmoderno todo es susceptible de ser utilizado para hacer negocios, y 'business are business', que tiene el significado latente de que 'no está ni bien ni mal'. Internet —como instrumento— es también algo que no está ni bien ni mal, pero que es susceptible de ocasionar mucha satisfacción o mucho dolor.

Internet es la resultante de la combinación de la informática con la telemática; la primera se ocupa del tratamiento automatizado de la información y la segunda de la transmisión de esa información tratada informáticamente a través de redes, que pueden ser abiertas —como lo es Internet— o cerradas. Por su estructura no es una empresa, sino un conjunto de servidores y redes de computadoras entrelazadas a través de los proveedores de conectividad (que brindan la infraestructura) que utilizan un protocolo único de comunicaciones. No es de nadie, no tiene propietario, ni organizador determinado.

Se trata de un maravilloso instrumento socializador a un nuevo nivel que trasciende lo local o nacional, para ser un 'socializador global'. Pero, además, al menos en estos días, se trata de un socializador descentralizado y mínimamente sujeto a controles, en su mayoría autoimpuestos. En principio, se pretende —por un lado— que por su naturaleza misma, no es susceptible de regulación, pero también —otros sectores— piensan que debe sujetarse a normas y responsabilidades.

Algunos sostienen que el llamado 'espacio cibernético' al no estar sujeto a una jurisdicción determinada, conforma un símil 'alta mar' del pasado (posiblemente por esa razón los sistemas de acceso se llamen 'navegadores'). Se interpreta que como en épocas pasadas el mar no estaba sujeto a normas y, por tanto, los 'piratas' hacían de las suyas en 'alta mar' y se refugiaban en puertos determinados donde recibían el amparo de las autoridades a cambio de las riquezas que aportaban a esos reinos. Quizás la sala Décimo Cuarta de la Corte de Apelaciones de París no esté lejos de aquella concepción, pues parece pensar que Francia no debe ser un protectorado de 'piratas' que mediante el aporte de unos 'dinerillos' consienta que desde sus puertos partan las expediciones dañosas. (14)

III. La polémica respecto de los contenidos en Internet

Sin embargo, el problema —simplificado como lo presento precedentemente— no es tan sencillo, pues los contenidos de Internet son 'información' y, por tanto, se hace necesario analizarlo con los criterios inspiradores de su régimen jurídico (15).

Es sabido que la sociedad moderna tiene como una de las fuentes más importantes del poder a la información (16). Por lo tanto, sabido como resulta que 'Poder' y 'Derecho' tienen una dialéctica tensión,

resulta lógico que exista una tendencia natural a que se presenten opiniones en pro de la desregulación — que facultan a la expansión del poder— y a la regulación —que tiendan a encauzarlo—.

Los actores del proceso informativo a través de Internet son generalmente: a) los *proveedores de acceso* que son quienes brindan la infraestructura de telecomunicación y/o de cabledistribución que permiten el transporte '*material*' de los impulsos eléctricos o lumínicos conductores de la información digitalizada. Ellos son, en principio, meros intervinientes técnicos (17), pero no pueden excluirse en forma absoluta su responsabilidad cuando tiene conocimiento de la ilicitud del material transmitido (18). A favor de la irresponsabilidad se argumenta que eso sería similar a condenar a las empresas telefónicas por las conversaciones eróticas o pornográficas (19); y b) el proveedor del *servicio de hospedaje* es aquel que ofrece el lugar en que la página-web es introducida (en el servidor) para ser dejada a disposición del público; según el fallo comentado, éste no puede ser considerado un simple transmisor de la información que pueda invocar la 'irresponsabilidad del mensajero'.

IV. El servicio de 'hosting' u 'hospedaje de página-web'. Los sitios públicos y sus riesgos

El 'hosting' es un contrato por el cual el prestador del servicio concede a su co-contratante, gratuitamente o por el pago de un precio en dinero, el derecho al alojamiento de archivos informáticos en un servidor (que puede ser propio del prestador o sólo gozar de un derecho de uso sobre él), que quedan a disposición del público (20). Existen, por tanto, dos relaciones diversas: la del alojamiento del archivo (entre el prestador y el introductor de la página) y la de acceso a la información (del público al servidor), conectadas, pues al introductor le interesa la amplitud del público. A su vez, el prestador puede hacerlo sobre hardware propio o ajeno, con software propio o ajeno y con combinaciones de esas modalidades como sobre el hardware propio y con software ajeno o a la inversa.

El acceso puede ser libre, o sea, que cualquier usuario de la red podrá disponer de esa información, imágenes, sonidos, etc.; o limitado sólo para el grupo de usuarios que estén habilitados.

También el derecho de alojamiento puede ser libre o limitado. Libre, cuando cualquier persona puede dejar un archivo —identificándose o no—, o limitado, cuando el 'prestador' sólo permite que dejen un archivo determinadas personas autorizadas a ese efecto. Algunos sitios públicos tienen como fuente de financiamiento un ingreso por publicidad, lo que les permite —por su amplia difusión— no cobrar nada por el alojamiento.

Una interpretación postulada es que el organizador o prestador del servicio es un simple locatario de un espacio en el disco del servidor en el cual se grabará el archivo HTML conteniendo la página web que se desplegará o transmitirá a requerimiento del público. Su intervención sería puramente técnica y no tendría que responder por el contenido del archivo alojado. Es más, hasta podría ignorar el contenido de esa página, y de hecho, ésa fue la alegación del accionado en el caso comentado, ya que sostuvo que era imposible controlar, por la cantidad, la información que se alojaba en el servidor.

Desde otro ángulo, se lo compara con el editor de una publicación, y como tal sería responsable, solidariamente, con el autor por la edición dañina a los derechos de los terceros a quien se refiere la información (21). En esta concepción suele plantearse el problema de la censura, o sea, si el editor responsable debe censurar la publicación y no autorizar el alojamiento de páginas de las cuales puedan resultar daños a terceros (22). También se compara la situación con la de las llamadas 'cartas de lector' a través de las cuales el público ejerce su derecho de informar, emitiendo opiniones que pueden ser dañosas para el honor, la intimidad u otros derechos de la persona.

En los EE.UU. de Norteamérica la tendencia es la irresponsabilidad de los prestadores del servicio de hospedaje (23) excluyendo su consideración como impresor o editor, respondiendo a la tradición de que se trata de un simple servicio de carácter técnico, salvo que su conducta revelara que actúa como editor, como ocurre cuando fija políticas editoriales tendientes a determinar el contenido de las informaciones (24). Cabe recordar que la Suprema Corte de EE.UU. en la causa "*Reno, Attorney General of the United States v. American Civil Liberties Union*", tratando un tema muy diverso —la protección de los menores contra los contenidos inadecuados—, sostuvo que la red es 'unique new medium in and itself' en el cual cada usuario es publicista y queda al amparo de la Primera Enmienda (25) (26).

La tendencia europea, en cambio, inicialmente fue divergente en este aspecto, y ha tendido a responsabilizar al proveedor del servicio de hospedaje cuando ha podido razonablemente valorar la ilegalidad del contenido de la información o su dañosidad para terceros (27).

Sin embargo, esa tendencia ha sido revertida por la Directiva sobre comercio electrónico del 4 de mayo de 2000 al regular la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios. Según tal Directiva los Estados Europeos garantizarán que cuando se preste un servicio consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador no pueda ser considerado responsable salvo que tenga conocimiento de la ilicitud o que no actúa con prontitud a retirar los datos, cuando tenga ese conocimiento (28).

Ahora bien, si la decisión es ser tolerante con los proveedores de hosting, al menos creemos —con Cavanillas Mujica— que se hace necesario consagrar la obligación de identificar a los almacenantes, pues de lo contrario se vuelve demasiado gravosa la situación de las víctimas de los daños (29).

El sentido del fallo 'Halliday' que comentamos *es que el prestador del servicio es responsable por el contenido dañoso, si permite que un usuario anónimo —sin identificarse— aloje información dañina para terceros* (30). En efecto, el fallo de la Cámara de París sostiene la responsabilidad del prestador del servicio por el daño causado por la difusión de fotografías privadas de una modelo —que la presentaban desnuda— en un 'hosting' en el cual se puede incorporar 'información' o 'imágenes' anónimamente.

El pronunciamiento ha despertado críticas y adhesiones, según los ángulos de los doctrinarios desde que ha sido comentado. En verdad, el fallo —que ha preocupado hondamente a los proveedores de sitios públicos (31)— no puede considerarse que pueda ser extendido a cualquier situación de 'hosting'. El Tribunal ha valorado, especialmente, el anonimato del introductor (32) de la página en que se encontraban las fotografías publicadas que resultan lesivas al derecho sobre la imagen de terceros. Si el introductor hubiera sido identificado, posiblemente la decisión judicial hubiera podido ser distinta.

Lo que la jurisdicción francesa ha considerado es que la organización de un 'hosting' en que *anónimamente* pueda incluirse información hace responsable a su organizador que lucra con ello por las lesiones que se provoquen a terceros. Aunque el Tribunal fue muy parco, parece haberse estimado que el proveedor del hospedaje debía solicitar el consentimiento de la fotografiada para la publicación y, habiéndola publicado sin aquél, fue considerada como una actitud indiferente frente a la posibilidad de la lesión del derecho a la imagen y la intromisión en la vida privada de la accionante, en particular, para su imagen profesional. Se interpreta que el prestador del 'hosting' no es un simple locatario de espacio en un disco —en el que ha de alojarse el archivo— y prestador de un servicio de emisión a través del software, sino alguien que ha encarado lucrativamente una actividad que ha sido organizada de manera que puede resultar dañosa para terceros, y que la creación de ese riesgo de empresa compromete su responsabilidad. Tal responsabilidad parece radicar, a criterio del Tribunal, en el defecto de la organización cuando otorga la posibilidad del anonimato a quien tiene derecho al hospedaje de la página.

V. Conclusión

Estamos en medio del proceso de formación de la sociedad global. Todavía la conciencia colectiva de esta sociedad *in fieri* no está perfilada en sus trazos finos. En este tema, como en otros, las conciencias continentales de América del Norte y Europa discrepan sobre las precisiones de los principios a adoptar, pero parece claro —al menos— que va cayendo la utopía de pensar que Internet es el espacio de la libertad de expresión sin responsabilidad.

Por ello, ratificamos —una vez más— nuestra convicción: ¡Libertad de expresión! pero también ¡responsabilidad por lo que se expresa! Tales consignas no presentan incompatibilidad lógica.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) GALINDO, Fernando, "La regulación de Internet" en www.e-global.es/libros/html

(2) T.S.España, sala 3ª, julio 17-1987, ponente Sr. Martín Herrero.

(3) GALINDO, Fernando, "La regulación de Internet" cit., dice "es muy fácil suplantar al auténtico emisor o receptor".

(4) Sobre la cuestión véase FERNÁNDEZ DELPECH, Horacio, "Internet: su problemática jurídica", Bs.As., Abeledo Perrot, 2001, pág. 50/51, cap. IV ap. I.

- (5) RISTUCCIA, Renzo y TUFARELLI, Luca, "La natura giurica di Internet e la responsabilità del provider" en www.interlex.it/regole/ristufa.htm
- (6) RICCIO, Giovanni María, "La responsabilidad civil de los proveedores de Internet", RCyS, 2002-273.
- (7) Sup.Corte Virginia, noviembre 1-2002, "America Online, Inc. v. Nam Tai Electronics, Inc." Record No. 012761, http://www.phillipsnizer.com/library/cases/lib_case306.cfm
- (8) PIZARRO, Ramón Daniel en Bueres, A. J (Dir.) - Highthon, E. I. (Coord.), "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Bs.As., Hammurabi, 1999, To. 3-A, pág. 556, glosa al art. 1113 del Cód.Civil.
- (9) Sobre el carácter riesgoso de la actividad informática en general y especialmente de los bancos de datos, véase ALTMARK, Daniel R. y MOLINA QUIROGA, Eduardo, "Régimen jurídico de los bancos de datos" en Informática y Derecho, Bs.As., Depalma, 1998, pág.
- (10) El Estado Argentino ha reconocido el valor de la Red en orden al lugar ideal para el derecho de informar y ser informado y ese reconocimiento -lamentablemente por decreto- en lugar de haber sido una expresión del Congreso de la Nación, está contenido en el Decreto No. 1279/97 (Adla, LVII-E, 5667), que declara: "el servicio de INTERNET, se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión, correspondiéndole en tal sentido las mismas consideraciones que a los demás medios de comunicación social". En ese mismo decreto, entre sus considerandos, ha recordado la decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América al decir: "... no se debería sancionar ninguna ley que abrevie la libertad de expresión... INTERNET puede ser vista como una conversación mundial sin barreras. Es por ello que el gobierno no puede a través de ningún medio interrumpir esa conversación... como es la forma más participativa de discursos en masa que se hayan desarrollado, INTERNET se merece la mayor protección ante cualquier intromisión gubernamental." (C.S.J. EE.UU, junio 26-1997 in re "Reno Attorney General of United States et al. v. American Civil Liberties et al.", N° 96-511)
- (11) Novena Corte San Francisco, febrero 2001, "Recording Industry Association of America c. Napster".
- (12) de CARA CORREA, Gustavo A. "Responsabilidad e Informática" en www.forodeagogadossanjuan.org.ar/Doctrina_Provincial/articulo_doctrina_declara.htm Es también la solución que se ha conciliado en materia de derechos de autor la Digital Millennium Copyright Act, ya que el principio es la irresponsabilidad del Proveedor del Servicio que tenga conocimiento de la infracción y no renueva la obra reproducida sin autorización; ver al respecto WEGBRAIT, Pablo, "La responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet por violaciones al derecho de autor", LA LEY, 2000-F, 1143.
- (13) PARELLADA, Carlos A., "Causalidad y actos omisivos (o conducta inerte)", en Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal y Culzoni, To. 2003-2 pág. 103.
- (14) Corte de Apelaciones de París, sala 14, "Halliday, Estelle c. Lacambre, Valentin") RCyS, 1999-1392.
- (15) MALLET-POUJOL, Nathalie, nota al fallo bajo comentario, en Recueil Dalloz 1999-26 Jurisprudence pág. 390.
- (16) TOFFLER, Alvin, "El cambio del Poder", Barcelona, Plaza & Janes Ed., 1990, pág. 118.
- (17) VERBIEST, Thibault, "Quelle responsabilité pour les acteurs de l'Internet? La diffusion d'informations sur le réseau peut-elle engager la responsabilité des partenaires techniques?" en <http://www.chez.com/lthoumyre/espace2/resp.htm>
- (18) VERBIEST, Thibault, informa sobre una sentencia de un Tribunal Federal suizo, del 17 de febrero de 1995, que condenó a los funcionarios responsables de un PTT por entender que existía complicidad en las publicaciones obscenas difundidas en la red. Véase "Quelle responsabilité..." cit. en <http://www.chez.com/lthoumyre/espace2/resp.htm>.
- (19) JIJENA LEIVA, Renato J. "Informe legal: sobre la improcedencia de censurar legalmente los contenidos de Internet" en R.E.D.I. No. 15 - octubre 1999 en <http://publicaciones.derecho.org>
- (20) Los prestadores de estos servicios los ofrecen de ese modo, así, por ejemplo en las páginas publicitarias del servicio dice: "Hosting (hospedaje) se refiere a la renta de espacio en el disco de un servidor (computadora de alto desempeño) con conexión rápida a la columna vertebral de Internet. En ese espacio se colocan los archivos en lenguaje HTML de sus páginas, y al asignarle a ese espacio o directorio un nombre de dominio único, tipo www.su-empresa.com, pueden ser accedidas por cualquiera que tenga acceso a Internet" (en el caso, la fuente es <http://hosting.otavola-web.com/hosting.htm>).
- (21) Así resulta de la polémica norma del art. 65.2 de la Ley de Prensa Española del 18 de marzo de 1966, que ha sido declarada constitucional por el Tribunal Constitucional Español.
- (22) Se recuerda el caso de la GreenNet, cuyos administradores fueron denunciados por censura por el retiro de una página web en la que se podía observar a Lady Diana moribunda (véase VILLATE, "Censura privatizada: ¿quiénes son los editores en Internet?" R.E.D.I. No. 3 octubre 1998, en <http://publicaciones.derecho.org>). La cuestión nos evoca el caso nacional de "Ponzetti de Balbín, Idalina c. Editorial Atlántida S.A.", LA LEY, 1986-C, 411; JA, 1985-I-513. Véase también: COLAUTTI, Carlos E. "La libertad de expresión y el espacio cibernético", LA LEY, 1999-E, 1329.
- (23) 47 U.S.C. 230 Supp. II, 1996.
- (24) C.S.New York, 24-V-95, "Stratton Oakmont Inc. v. Prodigy Services Co." Cit. por COLAUTTI, Carlos E., LA LEY, 1999-E, 1329.
- (25) 521 U.S. 844-1997. La declaración de ser 'único nuevo medio en sí mismo' lo apartaría del tratamiento asimilable a los demás medios de comunicación social, pero no excluiría, en sí mismo, su trato según el régimen de la información a cuyo amparo lo coloca en definitiva la decisión.
- (26) Sobre la argumentación del fallo citado en nota anterior véase ORTIZ, Tulio, "La libertad de expresión en el ciberespacio" en Sandler, Héctor R. (Coord.), "El Cuarto Poder. Expresión, información y comunicación social", Bs.As., EDIAR, 1999, pág. 263.
- (27) MALLET-POUJOL, Nathalie, nota al fallo bajo comentario, en Recueil Dalloz 1999-26 Jurisprudence pág. 390.
- (28) Art. 14 de la Directiva sobre Comercio Electrónico del 4 de mayo de 2000.
- (29) CAVANILLAS MUJICA, Santiago, "La responsabilidad civil de los intermediarios en Internet" en Ameal, O. (Dir.) - Gesualdi, Dora M. (Coord.) "Derecho Privado. Libro homenaje a Alberto J. Bueres", Bs.As., Hammurabi, 2001, pág. 1719 y sgtes.
- (30) Ver ut supra fallo citado en nota 14.
- (31) HESLAUT, Joël. "A propos de l'arrêt du 10 février 1999 de la Cour d'appel de Paris" en http://www.legalis.net/legalnet/judiciaire/commentaires/estelle_heslaut.htm; Thoumyre, Lyonel, "Les hébergeurs en danger" en <http://www.juriscom.net>
- (32) Se considera 'introducción' de la página a quien la ha alojado en el servidor, o sea, el acreedor del 'hosting' u 'hospedaje de la página', con independencia del autor (diseñador) que ostenta, en principio, la propiedad intelectual de la página.
-