



Sentencia del Tribunal de Concepción, correspondiente a la protección de la intimidad personal y a la responsabilidad de los proveedores en Internet, de fecha 06.12.1999

CONCEPCION, seis de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

VISTO:

A fojas 5 don Orlando Fuentes Siade, ingeniero, domiciliado en calle Pedro Osoreo de Ulloa N.º 292-B, Lomas de San Andrés, en Concepción, deduce recurso de protección en contra de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A., Entel S.A., representada por su Gerente Zonal don Luis Vargas, ignora apellido y profesión, ambos domiciliados en calle Aníbal Pinto N.º 981, en Concepción.

Manifiesta que a partir del 31 de julio de 1999 apareció en la Sección Productos y Servicios de la red Internet, en la dirección <http://www.entelchile.net>, página 2, un aviso de ofrecimientos sexuales, en la que figura como remitente su hija Paulina Fuentes Almendra, de 17 años, estudiante de Cuarto Año Medio en el Colegio Concepción, Pedro de Valdivia, señalando como teléfono de contacto el fono 480932, correspondiente a su domicilio y que tiene el carácter de privado, cuyos aberrantes términos constan en la copia impresa de la página que acompaña. Que producto del aviso miembros de su familia han recibido innumerables llamadas telefónicas obscenas, insultantes, groseras y pervertidas que los ha obligado a pedir la suspensión del servicio telefónico y que están causando una grave e insostenible crisis emocional a su familia e hija, quien, incluso, ha debido recurrir a la ayuda de especialistas. Que en la red pública de comunicaciones vía Internet su hija figura como una prostituta.

A su juicio la actitud de la recurrida importa absoluta arbitrariedad, pues ha permitido irresponsablemente la publicación del aviso de similar naturaleza por parte de personas anónimas sin verificar la identidad de sus fuentes, contribuyendo a que mentes desquiciadas utilicen el sistema atropellando la integridad física y psíquica de las perso-

nas, derecho garantido en el N.º1 del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile. La recurrida no ha ejercido el debido cuidado en relación con la información que vierte a través del sistema Internet.

Expresa que la acción de Entel S.A. de poner en funcionamiento un sistema que permite la expresión de conceptos dañosos por parte de personas anónimas y la publicidad de ofrecimientos sexuales aberrantes constituye una acción arbitraria como también lo es la omisión de no verificar la identidad de sus fuentes, dejando en la indefensión a las personas que carecen de medios para asegurar el respeto de sus derechos.

Termina solicitando se arbitren todas las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la protección de su familia, en particular de su hija, ordenando al efecto: 1) Que la recurrida elimine de modo inmediato y definitivo cualquier anuncio o publicación relacionada con los recurrentes; 2) Que se asegure, por parte de la recurrida y a favor de los recurrentes, la no inclusión de nuevos avisos sin que previamente se identifique al emisor del mismo; 3) Que se tomen todas aquellas medidas que el Tribunal estime convenientes para el adecuado resguardo de los derechos de los recurrentes.

A fojas 21 el abogado Cristian Maturana Miquel, por la recurrida Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A., informando el recurso formula como cuestión previa al fondo del mismo la falta de legitimación pasiva de ENTEL S.A.. Expresa que la emisión de la comunicación se originó el 31 de agosto de 1999 desde el computador personal de uno de los usuarios de la página Web de Entel Chile, identificado como Carmen Gloria Yáñez Vargas (cgyañez@entelchile.net), domiciliada en Gleyfer N.º1790, en Concepción. Que conforme a la legislación vigente, Entel tiene la calidad de Concesionario de Servicios Públicos de Comunicaciones, y en el contexto de la Ley N.º18.168, por la que se rige, se prohíbe a todos los prestatarios y permisionarios de telecomunicaciones verificar la identidad de quienes emiten mensajes y comunicaciones y, aún, controlar, censurar, interferir o intervenir en el contenido de las mismas, pudiéndose citar al respecto el artículo 36 B, letras b y c, de dicha Ley, lo que constituye una aplicación particular de la garantía del N.º5 del artículo 19 de la Constitución Política de la República de Chile. Como Entel S.A. nada tiene que ver con el origen del mensaje cuestionado, pues sólo se limitó a prestar al causante un acceso a la red virtual Internet, corresponde que el recurrente dirija la acción en contra de doña Carmen Gloria Yáñez Vargas, quien aparece como legítimo contradictor con titularidad pasiva frente a su pretensión.

Expone que el servicio de acceso que presta Entel S.A. a la red Internet configura uno complementario del servicio público de telecomunicaciones conforme al artículo 8, inciso 6, de la Ley N.º18.168, reiterado en el artículo 6 del Decreto Supremo N.º425/96. Además de lo anterior, Entel S.A. facilita una página de comunicación Web, que cuenta con diversas fuentes de información y servicios tanto para usuarios y suscriptores de Entel como para cualquier persona que ingrese a ella a través de la red. Uno de los servicios gratuitos corresponde a la sección denominada “Avisos clasificados” ubicada en el sitio Web <http://www.tribu.cl> administrado por la empresa externa Grupo Web, la que a su vez tiene varias subsecciones como computación, empleos, diversión, espe-

ctáculos, etc. El sistema de avisaje es de responsabilidad de los usuarios, su publicación es muy simple y su contenido y naturaleza es clasificado por éstos. La eliminación de los avisos se realiza cada 4 o 5 días.

Explica que con posterioridad a la publicación del aviso, don Ronald Fritsch el 04 de agosto de 1999 envió un e-mail a la casilla del administrador Grupo Web solicitando la eliminación del aviso. El 05 de agosto concurrió a las oficinas de Entel Chile en Concepción don Orlando Fuentes Siade, quien expuso al Subgerente Zonal la circunstancia que afectaba a su hija, quedando éste de solucionar el problema. Agrega que ese mismo día el administrador de la página Avisos Clasificados confirma a Entel Chile la eliminación del aviso cuestionado tras el requerimiento del padre de la persona afectada. Hace presente que la acción carece de objeto, ya que el 06 de agosto y al momento de decretarse la orden de no innovar ya no existía ningún mensaje en la red que afectara a la persona aludida a su grupo familiar.

Señala que su representada no ha cometido acción u omisión arbitraria o ilegal alguna relacionada con las circunstancias de hecho referidas en el recurso, velando siempre por la estricta observancia del ordenamiento jurídico vigente y enmarcando su accionar a los procedimientos técnicos y reglamentarios usuales y ordinarios para esta clase de situaciones.

Solicita no se dé lugar al recurso de protección interpuesto por don Orlando Fuentes Siade por carecer de fundamentos y no existir actos u omisiones ilegales o arbitrarias imputables a Entel Chile, en los hechos en que se basa el recurso, con costas.

A fojas 41 corre informe de la Subsecretaría de Telecomunicaciones en el cual se señala que el aviso dubitado fue suprimido el 05 de agosto de 1999 debido a los reclamos efectuados los días 01 y 04 de agosto por Javiera Puentes y Ronald Fritsch, igualmente indica que el sistema computacional que soporta el funcionamiento de la página web permite fácilmente borrar los avisos. Acompaña los documentos de fojas 36 a 40.

A fojas 43, 46 y 81 el abogado de la recurrida, don Javier Zehnder Gillibrand, amplía el informe de fojas 21 al tenor de lo solicitado por esta Corte a fojas 33 y 35, relacionado con información y antecedentes del sitio Web Entel y el sitio web “La Tribu”.

A fojas 96 rola informe del Director del Departamento de Ciencias de la Computación de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile. Acompaña los documentos de fojas 98 a 108.

El recurrente acompañó los documentos de fojas 1 a 4 y la recurrida los que rolan de fojas 18 a 20 y de fojas 50 a 80.

A fojas 109 se cumplieron las diligencias ordenadas para un mejor acierto del fallo.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO:

I.- EN CUANTO A LA FALTA DE LEGITIMACIÓN PASIVA DE ENTEL S.A.

1 Que la legitimación procesal es la facultad de poder actuar en el proceso como actor, como demandado o como tercero, o representando a éstos.

Que por legitimación para obrar entiéndese la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida a acción (legitimación pasiva).

2 Que en la acción de protección el sujeto pasivo es la Corte de Apelaciones respectiva, por cuanto se encuentra obligada a dar protección al afectado, velar por el respeto de las garantías constitucionales garantizadas y adoptar “de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”.

“El sujeto pasivo de la acción de protección es la Corte de Apelaciones, tribunal que por mandato de la Constitución debe dar la debida protección al ofendido”. “De este modo, a quien se trata de poner en la obligación de dar, hacer o hacer algo es a la Corte de Apelaciones respectiva, la que por ello pasa a ser sujeto pasivo de la acción” (ERRÁZURIZ GATICA, Juan Manuel y OTERO ALVARADO, Jorge Miguel, *Aspectos Procesales del Recurso de Protección*, Editora Jurídica de Chile, 1989, página 24).

3 Que la persona o personas causantes del acto u omisión arbitraria o ilegal reclamado no tiene la calidad de sujeto pasivo de la acción, toda vez que su actuación se limita a informar, a petición de la Corte de Apelaciones, al tenor de la acción deducida por el recurrente y enviar todos los antecedentes “que existan en su poder sobre el asunto motivo del recurso”.

El causante del acto u omisión arbitraria o ilegal tiene la calidad de informante, y no es parte natural de la acción. Sin embargo, conforme al N.º4 del Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, “las personas, funcionarios u Órganos del Estado afectados o recurridos, podrán hacerse parte en el recurso”.

Que, así las cosas, se rechazará la alegación de falta de legitimación pasiva alegada por Entel S.A., por no tener ésta la calidad de “sujeto pasivo” de la acción de protección.

II. EN CUANTO AL FONDO

4 Que la acción de protección consagrada en el artículo 20 de la Constitución Política de la República de Chile presupone la existencia de actos u omisiones, con carácter de arbitrarios o ilegales, que realmente priven, perturben o amenacen el debido ejercicio de los derechos tutelados, teniendo como objetivo básico reaccionar prontamente contra situaciones de hecho, evidentemente anormales, que lesionan alguna garantía individual determinada, o sea, restablecer el derecho alterado ilegalmente, y mantener y restablecer el status quo existente en cuanto a los derechos de las partes con anterioridad a los actos u omisiones perturbatorias.

5 Que el recurrente hace consistir el acto u omisión arbitrario o ilegal en el hecho que a contar del 31 de julio de 1999 apareció en la sección Productos y Servicios de la red Internet en la dirección <http://www.entelchile.net/> un aviso de ofrecimientos sexu-

ales aberrantes, en que figuraba como remitente su hija Paulina Fuentes Almendra, de 17 años de edad, estudiante, y en el que se indicaba como teléfono de contacto su fono privado, recibiendo en su hogar innumerables llamadas obscenas, insultantes, groseras y pervertidas, por lo que tuvo que suspender el servicio telefónico. Considera que Entel S.A. ha puesto en funcionamiento un sistema que permite la indiscriminada expresión de conceptos dañosos por personas anónimas y la publicación de avisos como el señalado y de otros más de similar naturaleza, sin verificar la identidad de quien aparece como emisor de la publicación. No tiene, por tanto, el debido cuidado en relación a la información que vierte a través del sistema Internet, contribuyendo así a que mentes desquiciadas usen el sistema para destruir la vida, el honor, la dignidad y la integridad moral de personas inocentes e indefensas, como es el caso de su hija menor de edad, que figura en la red pública de comunicaciones vía Internet como una prostituta.

El recurrente solicita que la recurrida elimine de modo inmediato y definitivo cualquier anuncio o publicación relacionada con su familia, que asegure por parte de la recurrida y a su favor la no inclusión de nuevos avisos sin que, previamente, se identifique al emisor del mismo y que se tomen todas las medidas convenientes para el adecuado resguardo de los derechos de los recurrentes.

6 Que el recurrente con los documentos acompañados a fojas 1 a 4 ha acreditado que el día 31 de julio de 1999, a las 21:05, apareció en el sitio Web La Tribu dentro de la página Web de Entel, un aviso cuyo contenido es del tenor siguiente:

“Me ofrezco para todo tipo de servicios masculinos (bailes 1000 pesos/hora), masajes, posiciones exóticas, sexo a la carta (oral, anal, legal, etc), gays y lesbianas bienvenidos. Concepción fono 480932. Discreción asegurada.

LLAMAME!!!

Paulina Fuentes Almendra — pordetras69@hotmail.com

Saturday 31 jul 1999 at 21:05"

7 Que informando el representante de la recurrida ENTEL S.A. señala que ésta tiene la calidad de concesionaria de servicios públicos de Telecomunicaciones, suministrando como servicio complementario de telecomunicaciones uno de acceso a la red mundial Internet. Además facilita una página de comunicación Web, que cuenta con diversas fuentes de información y servicios tanto para usuarios y suscriptores de Entel, como para cualquier persona que ingresa a ella a través de la red, figurando entre los servicios gratuitos una sección denominada “Avisos Clasificados” ubicada en el sitio Web <http://www.tribu.cl/>, sección que consta de varias subsecciones agrupadas de acuerdo al rubro de aviso, entre ellas “Empleo” y “Diversión, espectáculos”, la que es administrada por la empresa “Grupoweb”.

Indica que el aviso cuestionado fue publicado en el sitio Web <http://www.tribu.cl/>, sección “Avisos Clasificados”, subsección “Diversión, espectáculos”, emitiéndose desde el computador personal de uno de los usuarios de la página Web de Entel Chile identificado como Carmen Gloria Yáñez Vergara, casilla e-mail cgyanez@entelchile.net.

8 Que Entel S.A. en su calidad de concesionaria de servicios públicos de telecomunicaciones se rige por la Ley N.º 18.168, de 1982, sobre Ley General de Telecomunicaciones. El inciso 6 del artículo 8 de la ley citada la faculta para dar prestaciones complementarias por medio de las redes públicas, de modo que puede proveer de servicio de acceso a Internet.

El artículo 6 del Decreto Supremo N.º 425, de 1996, que Aprueba el Reglamento del Servicio Público Telefónico, precisa los “servicios complementarios” como servicios adicionales que se suministran por medio de las redes públicas, mediante la conexión de equipos a dichas redes.

A su vez, en la resolución N.º 1483, de 1999, de la Subsecretaría de Telecomunicaciones se define el “Servicio de Acceso a Internet” como el servicio que permite acceder a la información y aplicaciones disponibles en la red Internet, y el “Proveedor de Acceso a Internet, ISP” como la persona natural o jurídica que presta el servicio de acceso a Internet, de conformidad a la ley y su normativa complementaria.

9 Que consta en autos (fojas 46 y 81) que Entel S.A. tiene inscrito a su nombre el dominio <http://www.entelchile.net/> en el cual funciona la “homepage” Web Entel, cuyos sistemas de Hardware y servidores se encuentran materialmente en territorio chileno, lo mismo el servidor que sirve de plataforma al sitio <http://tribu.grupoweb.cl/>.

Igualmente consta que tiene la calidad de proveedor de alojamiento respecto del sitio web La Tribu, cuya dirección es <http://tribu.grupoweb.cl/>, que es administrada por la empresa “Grupo Web”, que corresponde a la persona jurídica “Rosita Perey y Compañía Limitada”, siendo la empresa dueña del nombre de dominio “grupoweb.cl/” y del subdominio “tribu.grupoweb.cl/”.

10 Que cualquier persona puede efectuar la publicación de un aviso en el sitio Web La Tribu, servicio que es gratuito. Sin embargo, a pesar de ser el sistema de avisaje muy simple y automatizado, es necesario que el usuario conozca la clave de acceso a internet, debe tener un “Passaporte” Tribu y un e-mail o correo electrónico, y al momento de redactar el contenido del aviso en el formulario respectivo debe consignar su nombre y su e-mail.

11 Que de los antecedentes acompañados a los autos fluye que el administrador del sitio Web La Tribu revisa la sección “Avisos Clasificados”, subsección “empleo” y “Diversión, espectáculos”, cada 3 a 5 días, o una vez a la semana, eliminando aquéllos inapropiados, las ofertas caducadas, los que se encuentran en secciones equivocadas, los que solicitan los propios interesados, y periódicamente todos aquéllos que llevan más de dos meses de publicados. Sólo el administrador puede eliminar los avisos insertos en las respectivas secciones y subsecciones.

En el informe de la Subsecretaría de Telecomunicaciones de fojas 41 se indica que el sistema computacional que soporta el funcionamiento de la página Web permite fácilmente borrar cualquier aviso.

12 Que con el fin de eliminar el aviso publicado en el sitio Web La Tribu, se iniciaron diversas gestiones ante el administrador del sitio y la recurrida, respectivamente.

El 01 de agosto de 1999, a las 10:24 horas (fojas 36 a 40), doña Javiera Puentes envió un mensaje a sugerencias@entelchile.net, solicitando, como hija del usuario cgyanezv, que borrarán el aviso inserto en las secciones “Empleo” y “Diversión, espectáculos”.

El 04 de agosto de 1999, a las 18:40:58 GMT don Roland Fritsch desde la casilla electrónica rolandfritsch@hotmail.com envía un mensaje a la casilla tribu@entelchile.net pidiendo que suprimieran el aviso por afectar a una amiga menor de edad, reiterando la solicitud el jueves 05 de agosto, a las 00:24:35 GMT.

Finalmente, el 05 de agosto de 1999, alrededor de las 15:30 horas, don Orlando Fuentes Siade concurre a las oficinas de Entel Chile en Concepción, entrevistándose con el Subgerente Zonal a quien expuso la circunstancia que afectaba a su hija, quedando éste de solucionar el problema.

13 Que en Chile no existe un marco jurídico específico sobre regulación de la red Internet.

El marco regulatorio de la Ley N.º18.168, sobre Ley General de Telecomunicaciones, no alcanza a la red Internet que opera en el sector de las comunicaciones.

Que no obstante lo anterior, los problemas originados en la red Internet deben ser resueltos conforme a las normas contenidas en la Constitución Política de la República de Chile y a las reglas generales sobre responsabilidad civil y penal.

14 Que en nuestro país en agosto de 1999 ingresó en la Cámara de Diputados un Proyecto de Ley sobre Regulación de Internet, en el que se sostiene que “en un Estado de derecho los medios de comunicación masiva deben observar deberes y responsabilidades específicas para quienes se desempeñan en estos organismos. Esta situación que es más obvia tratándose de los medios tradicionales, es decir, prensa escrita, radio y televisión, se alteran cuando se trata de defender los derechos en medios electrónicos como la Internet”.

El Proyecto de Ley señala que: “La libertad de informar tiene su límite natural en el respeto a los derechos con reconocimiento constitucional y legal y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

“Por ello su ejercicio entraña deberes y responsabilidades, y podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial” (CÁMARA DE DIPUTADOS. CHILE. Boletín N.º2395-19).

15 Que, de todo lo expuesto, fluye que el aviso publicado en el sitio Web La Tribu vulnera los derechos y garantías constitucionales consagrados en el artículo 19 N.ºs 1 y

4 de la Constitución Política de la República de Chile, esto es, el derecho a la integridad física y psíquica de la persona y el derecho a la honra de la persona y de su familia. Más precisamente, atenta contra el derecho a la integridad psíquica de la menor afectada, entendido éste como el que le asegura el equilibrio mental y espiritual de su ser, toda vez que, como consecuencia de la publicación del aviso, recibió en su hogar numerosas llamadas telefónicas “obscenas, insultantes, groseras y perversas” que alteraron su estado mental y espiritual. Asimismo, vulnera su derecho a la honra, comprendido éste como el que le asegura el buen nombre, prestigio, honor, reputación o buena fama, y la “honra” como la buena opinión y fama adquirida por la virtud y el mérito, por cuanto, conforme al aviso, ésta aparece ante su entorno social como una persona dedicada a actividades sexuales anormales.

16 Que la recurrida ha informado a fojas 29, 47 y 89 que el aviso fue eliminado de la página “Avisos Clasificados” el 05 de agosto de 1999, siendo las 10:11 PM.

La información indicada se encuentra corroborada por los documentos acompañados de fojas 36 a 40 y por el informe de la Subsecretaría de Telecomunicaciones de fojas 41, en el cual se señala que el aviso fue suprimido el 05 de agosto de 1999, no pudiendo determinarse, según ésta, la hora en que se efectuó tal operación.

17 Que la “red” es cualquier sistema que conecta ordenadores, con el fin de permitir el acceso común a los recursos de los demás elementos que integran el sistema.

Que definiendo Internet puede decirse que es la red de redes o una colección de redes entrelazadas. Más concretamente, como una red mundial de computadores interconectada a través de oferentes oficializados a un sistema de redes de computadores que permite el intercambio de información.

Se sostiene que Internet es un “medio de comunicación” basado en la libertad para la circulación de información. En cambio, para otros sólo es un “medio de transporte de información”, porque aquí fluye información de todo tipo, que no se genera en el medio, como en la radio o la televisión, sino que hay información de todo el mundo.

La red Internet se caracteriza por no tener dueño ni gerente ni representante legal, por ser de alcance mundial y de acceso general.

18 Que la conducta de las personas que participan en el “ciberespacio” puede dar origen a hechos ilícitos que deriven en responsabilidades civiles y penales.

La responsabilidad por conductas realizadas en Internet dependerá de las funciones que el “actor de Internet” o usuario de la red se encuentre realizando al momento de producirse el hecho generador de ésta.

Un usuario de la red de Internet puede, simultáneamente, desempeñar varias funciones. Normalmente las responsabilidades se radican en dos o más usuarios. No obstante, delimitarlas y hacerlas efectivas es tarea de suyo compleja.

19 Que en un sitio Web pueden publicarse y divulgarse contenidos ilícitos o nocivos, sean mensajes, avisos o bienes protegidos por propiedad intelectual que no cuenten con autorización, cuya utilización cause daño a la honra y bienes de terceros, invadien-

do su vida privada e intimidad vulnerando su honra o atentando contra su patrimonio o, incluso, tales avisos o mensajes pueden llegar a ser contrarios a la ley, el orden público, a la seguridad nacional o a la moral o a las buenas costumbres.

En la delimitación de las responsabilidades son actores en Internet: el proveedor de acceso a la red, el proveedor de sitio o de almacenamiento, el proveedor de contenido y los usuarios o destinatarios finales del servicio.

El proveedor de acceso permite que un determinado usuario se conecte con la red Internet, que de no existir ese acceso haría imposible la comisión del ilícito; el proveedor de sitio o de almacenamiento, en la medida que permita que un determinado sitio Web en el que se cometan actos ilícitos permanezca almacenado en su propio servidor, que de no contar con este dispositivo técnico haría imposible la existencia o permanencia de ese sitio Web en Internet; y el proveedor de contenido, por ser el que directamente incorpora contenidos ilícitos bajo su tuición en un determinado sitio Web.

20 Que en la situación en estudio tiene la calidad de abonado o suscriptora doña Carmen Gloria Yáñez Vargas y la de usuario final ésta o la persona que publicó el aviso cuestionado.

Ahora bien, Entel S.A. tiene la calidad de proveedor de acceso y de proveedor de alojamiento respecto del sitio <http://tribu.grupoweb.cl/>.

Finalmente, la calidad de proveedor de contenido la tiene la empresa “Grupoweb”.

21 Que en opinión del profesor de Propiedad Intelectual de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Director General de la Sociedad Chilena del Derecho de Autor, abogado señor Santiago Schuster Vergara, la responsabilidad recae directamente en el usuario proveedor de contenido en la red, cuando tal contenido es ilícito o nocivo, y que tal responsabilidad podría incluso extenderse a aquellos contenidos que son incorporados directamente por los destinatarios finales del servicio Internet, cuando el proveedor de sitio (en calidad de los que se llama “proveedor conjunto de contenido”) ha creado un fondo de información con los aportes de los clientes de sus diferentes foros puestos a disposición de cualquier abonado a la red y no ha tomado las providencias mínimas necesarias para la adecuada identificación de los usuarios que publican tales mensajes, a fin de asegurar las eventuales responsabilidades por el posible menoscabo a terceros.

Asimismo, sostiene el profesor Schuster Vergara que en la publicación y divulgación en un sitio Web de un aviso o mensaje con un contenido ilícito o nocivo también cabe responsabilidad al proveedor de acceso y al proveedor de alojamiento de la página Web respectiva, cuando, a sabiendas de la actividad ilícita que se realiza por los abonados a su servicio, no ha retirado los datos o no ha hecho que el acceso a ellos sea imposible, como asimismo cuando, sabiendo la actividad ilícita que se realiza por los abonados de su servicio, o habiendo podido saberla, no ha retirado los datos, no ha hecho que el acceso a ello sea imposible o incluso ha promovido ese acceso. De igual modo, es responsable cuando el mismo realiza transmisiones de datos, con contenidos ilícitos, seleccionando el mismo a los destinatarios, seleccionando los datos o modifi-

cando los datos. En estas situaciones se encuentran también la utilización de bienes protegidos por propiedad intelectual cuyo uso en la red no se encuentra autorizado.

Señala, además, que las razones que explican la responsabilidad de los proveedores de acceso se fundamentan en que, teniendo en cuenta la regla de la “anonimidad” en las transmisiones en Internet (corolario de las libertades de expresión y de información y del derecho a la privacidad), esos proveedores son un eslabón clave para la contención de las actividades ilícitas en las redes digitales.

En consecuencia —agrega— el proveedor de acceso es el único que puede ofrecer la identificación de los infractores. Es el único que tiene las herramientas técnicas para evitar que continúen produciéndose perjuicios a las personas agraviadas en su honra como en sus bienes, caso particular de los bienes protegidos por su propiedad intelectual. El proveedor de acceso es definitivamente el único vínculo existente con los usuarios que cometen ilícitos. De ahí que muchas de las acciones de las personas agraviadas se dirigirán primero a ellos, para notificarles del ilícito y para exigir una acción de cesación del servicio hacia los infractores. Las mismas razones son válidas para los proveedores de sitio o alojamiento de datos, respecto de quienes instalan sitios web en sus servidores.

El profesor Schuster señala que en las infracciones que se producen en las redes digitales es evidente la responsabilidad del proveedor de servicios de alojamiento, cuando éste, conociendo su ilicitud o habiendo podido conocerla, permite que a través de los servicios que presta se cometan hechos ilícitos, puesto que mediante este comportamiento (culposo o negligente) se coloca en situación de cooperador de la ilicitud y de responsable de la misma, por la acción de mantener el servicio o por la omisión de no proceder a su cese en forma oportuna (SCHUSTER VERGARA, Santiago, Conferencia sobre “Responsabilidad Legal en las Redes Digitales”, Santiago de Chile, 1999, no publicada).

22 Que en cuanto a las obligaciones que incumben al proveedor de sitio, aunque no esté personalmente en el origen de un mensaje, el Tribunal de Primera Instancia de París, con fecha 09 de junio de 1998, ha manifestado que el prestatario “tiene la obligación de velar por la buena moralidad de aquéllos que alberga, para que éstos (los proveedores de contenido) respeten las reglas de deontología que rigen el WEB, y por el respeto por ellos de las leyes y reglamentos y de los derechos de terceros. El prestatario tiene la posibilidad material de verificar el contenido del sitio en el que ofrece alojamiento y de tomar, por consiguiente, si es necesario, las medidas susceptibles de hacer cesar el perjuicio que hubiera sido causado a un tercero”. Tiene el deber de informar al que alberga (proveedor de contenido), de su “obligación de respetar los derechos de la personalidad, el derecho de los autores y los derechos de las marcas” (Revue Internationale Du Droit D’Auteur, enero de 1999, N.º179, página 342).

El proveedor de sitio, aún cuando no esté personalmente en un mensaje, que no tiene el carácter de “correspondencia privada”, que perjudica los derechos de un tercero o de la sociedad, tiene la obligación de velar por el respeto de esos derechos.

23 Que, como se dijo en los razonamientos anteriores, consta en autos que el aviso cuestionado fue suprimido de la sección “Avisos Clasificados” en el sitio web La Tribu el 05 de agosto de 1999.

El recurrente Orlando Fuentes Siade dedujo la acción de protección con fecha 06 de agosto de 1999, según consta a fojas 5, y la orden de no innovar que solicitó fue concedida con esa misma fecha (fojas 7 vuelta).

Que cabe concluir que a la fecha de interposición del recurso y de la concesión de la orden de no innovar no existía el aviso cuestionado por el recurrente.

En relación a la identidad del emisor del aviso, ésta queda determinada suficientemente, toda vez que la persona que desee publicar un aviso en el sitio web La Tribu debe consignar la clave de acceso a Internet del suscriptor, tener un “Pasaporte” Tribu y un e-mail y, al redactar el aviso, indicar su nombre y su e-mail. Ahora bien, que los datos y antecedentes entregados por el usuario sean verídicos dependerá únicamente de la buena fe con que éste actúe en la red Internet.

24 Que, en consecuencia, no existiendo el 06 de agosto de 1999 ningún aviso o mensaje en la red Internet que aludiera a la hija del recurrente o a cualquier miembro de su grupo familiar y estimándose posible identificar al emisor de éstos, forzoso es concluir que a la fecha indicada no existía derecho constitucional conculcado que proteger, careciendo la acción de objetivo por haberse restablecido el statu quo vigente a los hechos denunciados, sin intervención de la justicia, por lo que la acción cautelar perdió oportunidad.

25 Que habiendo perdido oportunidad la presente acción constitucional, atendida su finalidad, sólo cabe rechazarla.

Sin perjuicio de lo anterior, la recurrida Entel S.A. en su calidad de proveedor de acceso y de alojamiento deberá adoptar todas las medidas técnicas y tácticas que sean necesarias —que no signifiquen censura— para que en lo sucesivo la empresa “Grupoweb”, en su calidad de proveedor de contenido, se abstenga de publicar avisos que en el país, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, sean contrarios a la Ley, el orden público o a la moral o a las buenas costumbres, y proceda el Administrador de la sección “Avisos Clasificados” subsección “Empleo” y “Diversión, espectáculos” ubicada en el sitio web <http://www.tribu.cl/> a eliminar, a lo menos dos veces a la semana, todos los avisos contrarios a las normas y valores señalados precedentemente.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de la República de Chile y en el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, se declara que SE RECHAZA, sin costas, la acción de protección deducida en lo principal de la presentación de fojas 5 por don Orlando Fuentes Siade en contra de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A., ENTEL S.A., representada por su Gerente Zonal señor Luis Vargas París.

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redacción del Ministro Titular señor Juan Clodomiro Villa Sanhueza.

Rol N.º 243-99.



Comentarios a la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Chile

SANTIAGO SCHUSTER

La sentencia dictada por la Corte de Concepción, Chile, en el denominado caso “ENTEL”, sobre responsabilidades de Proveedores de Servicios en Internet (ISP, según la sigla en idioma inglés, comúnmente empleada), tiene lugar a raíz de la interposición de un Recurso de Protección, en diciembre de 1999, ante la Corte de Apelaciones de Concepción, Chile, recurso presentado para acudir en amparo de la honra de una menor, con motivo de un aviso de servicios sexuales, que aludía a esta persona, publicación realizada en un sitio que se encontraba alojado en el servidor de una importante empresa de telecomunicaciones, ENTEL-Chile¹.

De manera que este recurso, si bien se vincula en su fundamento a los presupuestos establecidos en la legislación comparada sobre responsabilidad de ISP, en el ámbito de la propiedad intelectual, la pretensión del recurso dice relación con la protección que se solicitaba para poner pronto remedio a una conducta lesiva para la garantía constitucional que protege la honra de las personas.

La Corte razona en función de la responsabilidad por daños o delitos, conforme al derecho común, siguiendo los principios generales de la culpa aquiliana, sin considerar aquellas limitaciones de responsabilidad que la aludida legislación contenida en la DMCA ofrece a los ISP, y que se ha traducido en las disposiciones previstas en los Tratados de Libre Comercio (TLC) suscritos por los países andinos (Perú, Colombia, Ecuador) así como los países de Centro América, y Chile, con Estados Unidos, en un texto casi uniforme, las que tendrán aplicación sólo en la medida que los legisladores nacionales las incorporen a sus ordenamientos nacionales.

1. Rol N° 243-99. Corte de Apelaciones de Concepción Chile. Sentencia de 6 de diciembre de 1999. Redacción del Ministro Titular señor Juan Clodomiro Villa Sanhueza.

Es preciso hacer referencia a la naturaleza de este recurso especial de rango constitucional en el sistema legislativo chileno, para una mejor comprensión del alcance de la sentencia que comentamos. La acción de protección, establecida en la Constitución Política de Chile, en el art. 20 en relación con el art. 19, constituye, como lo denomina la doctrina, una “acción cautelar autónoma”. Es una acción cautelar porque su objeto no es dirimir una contienda o establecer derechos en forma permanente, sino sólo poner término a la conducta ilegal o arbitraria cuando ésta prive, perturbe o amenace determinados bienes jurídicos garantizados por la Constitución. Es autónoma, porque a diferencia de las acciones precautorias ordinarias, ésta no requiere acceder a otro procedimiento para su tramitación. El recurso de protección, da origen a un procedimiento de “urgencia”, simplificado e informal de manera de garantizar una respuesta oportuna y efectiva. La Corte de Apelaciones competente se pronuncia respecto de la procedencia de la acción en caso concreto pero “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”. Su finalidad se limita al reestablecimiento del imperio del derecho en forma inmediata, es decir, volver al estado anterior a la acción u omisión arbitraria o ilegal.

Lo señalado, nos permite entender porqué se rechaza la acción de protección en el caso en comento. La Corte de Concepción, si bien reconoce la responsabilidad de ENTEL en la situación específica, e incluso ordena a una serie de medidas protectoras al recurrido, en orden a proteger al agraviado, no acoge el recurso precisamente porque al momento de ser interpuesto, el ilícito en que se fundaba ya había cesado. Al retirarse la publicación atentatoria a la honra e integridad física y psíquica de la menor involucrada, ésta ya no sufría una privación, perturbación o amenaza actual o inminente al ejercicio de sus derechos garantidos, por lo que un pronunciamiento favorable en este sentido carecía de sentido. Una vez resuelta la situación de “emergencia”, reestablecido el status quo previo a la acción u omisión arbitraria, la acción de protección deja paso a las acciones ordinarias contempladas en nuestro ordenamiento jurídico, para ser resueltas en forma definitiva en un procedimiento de lato conocimiento.

Con el rechazo a la acción interpuesta por el recurrente, la Corte de Apelaciones de Concepción no absuelve de manera alguna de responsabilidades tanto civiles como penales a los distintos intervinientes y, de hecho, al ordenar medidas protectoras, está reconociendo la antijuridicidad de la conducta del infractor y tácitamente acepta la existencia de a lo menos responsabilidades civiles.

En el caso ENTEL, el padre de la menor solicitaba a la Corte que arbitrara las medidas necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la protección de su familia, en particular de su hija, ordenando al efecto: 1) Que la recurrida elimine de modo inmediato y definitivo cualquier anuncio o publicación relacionada con los recurrentes; 2) Que se asegure, por parte de la recurrida y a favor de los recurrentes, la no inclusión de nuevos avisos sin que previamente se identifique al emisor del mismo; 3) Que se tomen todas aquellas medidas que el Tribunal estime convenientes para el adecuado resguardo de los derechos de los recurrentes.

A su turno, la empresa de telecomunicaciones requerida de informar, de acuerdo al

procedimiento establecido para el recurso, planteó como cuestión previa al fondo del mismo la falta de legitimación pasiva de ENTEL, señalando que la emisión de la comunicación se había originado desde el computador personal de uno de los usuarios de la página Web de ENTEL Chile, dando a conocer al tribunal la fecha específica en que éste se realizó, y la individualización del infractor, incluido su domicilio.

Respecto de la legitimación pasiva, el proceso de protección conforme procedimiento establecido, tiene un sistema de tramitación simple. El agente requiere al tribunal competente su amparo en el ejercicio de determinados derechos cumpliendo con los demás requisitos establecidos en el auto acordado. El tribunal, antes de resolver solicita informes con el fin de recabar los antecedentes suficientes para poder pronunciarse respecto de la procedencia del recurso. Los informantes, a su vez, no son legitimados pasivos ni contraparte del recurrente, lo que constituye un elemento básico en la tramitación de la acción de protección por lo mismo no cabe discusión respecto de su calidad de tal para el recurso. Por esto la Corte de Concepción considera que la circunstancia de que ENTEL no sea legitimado pasivo de la acción no es fundamento para rechazarlo. Dada la naturaleza de emergencia de la acción, el sujeto pasivo es siempre el tribunal, no se emplaza a la contraparte para que realice sus alegaciones o defensas, sólo se le da un plazo para que elabore un informe respecto de los hechos que la vinculan, sin perjuicio de que pueda intervenir como parte en otra oportunidad procesal. Así se explica que la Corte de Concepción haya denegado la pretensión de ENTEL de rechazar el recurso, por no ser el legitimado pasivo

ENTEL, de esta manera, señaló que teniendo la calidad de Concesionario de Servicios Públicos de Comunicaciones, se encontraba sometida a la prohibición de verificar la identidad de quienes emiten mensajes y comunicaciones, como asimismo restringida de controlar, censurar, interferir o intervenir en el contenido de las mismas. ENTEL S.A. expresó que nada tenía que ver con el origen del mensaje cuestionado, pues sólo se limitó a prestar al causante un acceso a la red virtual Internet, manifestando que correspondía al recurrente dirigir su acción en contra de quien publicó el aviso en cuestión.

En la breve descripción anterior, se encuentran los elementos centrales del debate en relación a la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en línea, también identificados bajo la sigla ISP (Internet Service Provider), que está constituido por un triángulo de responsabilidades que vinculan a la víctima del daño, al causante directo o proveedor del contenido que causa el daño, y al prestador del servicio en línea (ISP) que ofrece alojamiento y acceso a los proveedores de tal contenido. El ISP, a su vez, deslinda su responsabilidad señalando que no tiene capacidad de supervisión, en tanto la víctima reclama haber notificado fehacientemente del hecho delictual al ISP.

Con estas medidas, la Corte tuvo oportunidad de realizar un análisis acabado del ámbito de las responsabilidades legales en Internet, mediante una resolución de alto interés jurisprudencial, que dio un paso de extraordinaria trascendencia al poner en debate la cuestión de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación en línea. En su exposición se tratan aspectos de interés como el reconocimiento del valor probatorio de un correo electrónico, los diferentes actores en el ámbito de

Internet, sus responsabilidades en cuanto a los contenidos ilícitos que se diseminan en la red, y las cuestiones relativas a la responsabilidad subsidiaria de los proveedores de acceso y de alojamiento. Esta sentencia, según nuestros antecedentes es la primera dictada en América Latina en este ámbito, y ha servido de base para un prolongado debate acerca de las responsabilidades de los ISP. La aludida sentencia de la Corte de Concepción tuvo a bien incorporar algunas citas de la presentación que hicieramos en el Simposio académico sobre “Responsabilidades Legales en las Redes Digitales”, organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Embajada de Estados Unidos y Telefónica, (septiembre - 1999), referencias que nos vincularon desde muy temprano a estos debates.

Como fue señalado con anterioridad, el caso en estudio corresponde a una violación de los derechos a la integridad física psíquica y a la honra de las personas y la de sus familias, pero al tratar la Corte de Concepción la materia en forma general respecto de todos los “ilícitos o conductas nocivas que publican avisos que sean contrarios a la ley, el orden público o a la moral o a la buenas costumbres” se refiere a toda infracción a derecho, por lo tanto es plenamente aplicable a las infracciones a la propiedad intelectual en la red.

El responsable directo de los contenidos ilícitos o nocivos es el proveedor de contenido, y tal responsabilidad puede extenderse incluso a aquellos contenidos que son incorporados directamente por los destinatarios finales del servicio Internet o usuarios, cuando el proveedor del sitio ha creado un fondo de información con los aportes de los clientes de sus diferentes foros puestos a disposición de cualquier abonado a la red y en sentido de la sentencia, cuando no ha tomado las providencias mínimas necesarias para la adecuada identificación de los usuarios que publican tales mensajes, a fin de asegurar las eventuales responsabilidades por el posible menoscabo a terceros.

Para comprender la responsabilidad de los diferentes actores en Internet, debemos hacer una serie de distinciones.

En primer lugar, si el contenido nocivo fue incorporado en forma directa por el proveedor de contenido, éste es responsable conforme a los principios generales, dicha acción puede ser dolosa o culposa dependiendo de si esta incorporación fue hecha por descuido o con “malicia”.

En segundo lugar, el ISP se vuelve responsable de la de la no eliminación oportuna de estos contenidos. Esta omisión es dolosa si los mantiene a “sabiendas” o culposa en el caso que sea por mero descuido o negligencia. La incorporación de contenidos ilícitos constituye un estado de antijuridicidad permanente que se prolonga en el tiempo en la medida que estos no sean eliminados o su acceso a ellos sea bloqueado. El ISP no es la causa primera u origen de este estado antijurídico, pero por esta omisión dolosa o negligente contribuye a la permanencia de este estado en el tiempo actuando como causa eficiente del mismo, imputándosele responsabilidad en los perjuicios que se generen como consecuencia de esta conducta contraria a derecho.

Por otro lado, los proveedores de acceso y alojamiento tienen un doble ámbito de responsabilidad, respecto de la conducta del abonado y la del del proveedor de contenido.

Respecto de la conducta de los abonados, el proveedor de acceso puede ser responsable en la medida que, "a sabiendas de la actividad ilícita que realizan los abonados, no ha retirado los datos o no ha hecho que el acceso sea imposible y más aun promueve su acceso. Esta responsabilidad, está fundada en que "teniendo en cuenta la anonimidad en las transmisiones en Internet, esos proveedores son un eslabón clave para la contención de las actividades ilícitas en las redes digitales".

Respecto de la responsabilidad por la conducta del proveedor de sitio, la Corte de Concepción se pronuncia señalando que "deberá adoptar todas la medidas técnicas y tácticas que sean necesarias para que en lo sucesivo la empresa "Grupoweb" se abstenga de publicar avisos que sean contrarios a la ley, el orden público o a la moral o a la buenas costumbres.

Cabe señalar sobre este particular, que en la legislación comparada (DMCA) se ofrece a los ISP una serie de limitaciones de responsabilidad en relación a las infracciones que tienen lugar en el ámbito del servicio que ofrece la red, a fin de obtener su colaboración para evitar el almacenamiento o diseminación de contenidos que afecten derechos de terceros. Cumpliendo con determinados requisitos la ley exime a los ISP de responsabilidad, ofreciéndoles un "Puerto Seguro".

Dentro de tales requisitos generales para un "Puerto Seguro" se debe manifestar la pasividad o neutralidad del proveedor en relación a la infracción; se exige que adopten una política de cancelación del servicio a los infractores reiterados y; finalmente, se les obliga a asegurar la adopción en su servicio de medidas técnicas estándares, que permitan proteger e identificar los contenidos.

Con estos antecedentes se permite a los ISP exonerarse de responsabilidad. En los ordenamientos jurídicos que contemplan este sistema de limitación de responsabilidad es posible afirmar que no existe un deber de supervisión respecto de los proveedores de contenido ni de los usuarios. La obligación de diligencia del proveedor, ya sea de acceso como de alojamiento se limita al cumplimiento de las condiciones establecidas por la ley para el establecimiento del "Puerto Seguro".

Este no fue el criterio adoptado por la Corte de Apelaciones de Concepción, habida consideración que aún no existen normas en el derecho chileno que limiten la responsabilidad de los ISP, y la Corte consideró que existía una responsabilidad del ISP en la supervigilancia de posibles usos nocivos en la red, a riesgo de ser responsable por su conducta negligente en dicho control, de las conductas lesivas de derechos, ejecutadas por los suscriptores de su servicio en la red, sirviéndose de los medios ofrecidos por el ISP. Este criterio es coincidente con lo que había resuelto el Tribunal de Primera Instancia de París, en un mandamiento provisional de fecha 9 de junio de 1998², que la Corte de Concepción citó señalando que el prestatario "tiene la obligación de velar por la buena moralidad de aquéllos que alberga, para que éstos (los proveedores de contenido) respeten las reglas de deontología que rigen el WEB, y por el respeto por ellos de las

2. RIDA, *Revue Internationale Du Droit D'Auteur*, enero de 1999, N°179, página 342

leyes y reglamentos y de los derechos de terceros. El prestatario, aseveró la Corte, tiene la posibilidad material de verificar el contenido del sitio en el que ofrece alojamiento y de tomar, por consiguiente, si es necesario, las medidas susceptibles de hacer cesar el perjuicio que hubiera sido causado a un tercero”, detallando las acciones específicas que debía llevar a cabo.

Cabe agregar que, a fin de evitar esta suerte de obligación de vigilancia de los ISP, la DMCA, y siguiendo a ésta, los TLC recientemente suscritos, antes referidos, se ofrece a los ISP una limitación de responsabilidad en relación a las infracciones que tienen lugar en el ámbito del servicio que ofrece la red,

La sentencia de la Corte de Concepción, pionera en el ámbito de las responsabilidades de ISP, abarcó prácticamente todas las consideraciones posibles y avanzó en definiciones de enorme beneficio para la adecuada comprensión de estas materias por los jueces.