

# **UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**El régimen de responsabilidad civil extracontractual aplicable a los  
proveedores de servicios en línea en Ecuador**

**Sebastián Martín Sotelo Medina**  
**Jurisprudencia**

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito  
para la obtención del título de Abogado

Quito, 20 de noviembre de 2020

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Sebastián Martín Sotelo Medina

Código: 00136385

Cédula de identidad: 1718590282

Lugar y fecha: Quito, 20 de noviembre de 2020

## **ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN**

**Nota:** El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics COPE descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

## **UNPUBLISHED DOCUMENT**

**Note:** The following capstone project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. Nonetheless, this project – in whole or in part – should not be considered a publication. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <http://bit.ly/COPETheses>.

**EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL  
APLICABLE A LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS EN LÍNEA EN  
ECUADOR<sup>1</sup>**  
**THE NON-CONTRACTUAL CIVIL LIABILITY REGIME APPLICABLE TO  
ONLINE SERVICE PROVIDERS IN ECUADOR**

Sebastián Martín Sotelo Medina<sup>2</sup>  
ssotelo@estud.usfq.edu.ec

**ABSTRACT**

**RESUMEN**

El trabajo analiza cuál debe ser el régimen de responsabilidad civil extracontractual (objetiva y subjetiva) aplicable a los proveedores de servicios en línea, partiendo de los elementos de cada uno de los regímenes y analizando las dificultades que su aplicación representaría según la doctrina internacional y la jurisprudencia ecuatoriana. El trabajo considera que el régimen más acertado es el subjetivo con inversión de la carga de la prueba. Su justificación yace en la calificación del almacenamiento de contenido sexual como actividad de *riesgo* por cumplir con todos los requisitos que esta institución exige. El contra análisis arrojó que la actividad analizada no es una “de uso común” por lo que la responsabilidad objetiva quedó descartada. Por último, se descartó la responsabilidad por culpa, por resultar insuficiente e ineficaz al tornar dificultoso o imposible para la víctima probar algo que está totalmente en manos del agente que controla el riesgo.

**PALABRAS CLAVE**

Responsabilidad civil extracontractual, objetiva, subjetiva, riesgo, requisitos, proveedores de servicios en línea.

This investigation analyzes the applicable civil liability regime (objective and subjective non-contractual civil liability regimes) in relation to online service providers, starting from the elements of each of the regimes to analyzing the difficulties that their application would represent under international doctrine and Ecuadorian jurisprudence. The essay considers that the most successful regime could be the regime of subjective responsibility with the shift of the burden of proof. The justification lies in the qualification of the storage of sexual content as an activity that entails certain risks the counter-bold analysis shows that the activity that internet providers carry out is a “common use activity”, therefore the objective civil liability regime was ruled out. Finally, liability by guilt was also ruled out, given that it is insufficient and ineffective while it makes it difficult or impossible for the victim to prove something that is entirely in the hands of the risk-controlling agent.

**KEY WORDS**

Subjective non-contractual liability, subjective, objective, risk, requirements, online service providers.

---

<sup>1</sup> Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Andrea Carolina Arroyo Aguirre.

<sup>2</sup> © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Fecha de lectura: 18 de diciembre de 2020

Fecha de publicación: 18 de diciembre de

2020

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. - 2. Antecedentes. - 3. Definición de proveedores en línea. - 4. Régimen regulatorio de los proveedores de almacenamiento en el ámbito internacional y las exenciones aplicables. - 5. Análisis del caso de Rose Kalemba para la determinación del factor de atribución de responsabilidad aplicable.- 6. La responsabilidad civil extracontractual.- 7. El régimen de responsabilidad civil extracontractual y el factor de atribución de los proveedores de servicios de alojamiento en los países sin regulación.- 8. La responsabilidad civil extracontractual subjetiva.- 9. ¿Podría aplicarse el régimen de la responsabilidad subjetiva al caso de Rose Kalemba de haber sucedido en Ecuador? 10. La responsabilidad extracontractual objetiva.- 11. Las actividades de riesgo.- 12. Tipos de riesgos.- 13. ¿Se cumplen los requisitos de la responsabilidad extracontractual para los proveedores de servicios en línea en el caso de Rose Kalemba?14. Conclusiones.

### 1. Introducción

El avance tecnológico en el mundo ha provocado que la causa de los accidentes que producen daños sea desconocida. Esto se debe a que el ser humano utiliza fuerzas de las cuales él mismo desconoce su alcance y poder, y no solo desconoce sus límites, sino que es allí donde precisamente desarrolla sus actividades.

En esta investigación analizaremos cuál es el régimen de responsabilidad civil extracontractual aplicable a los proveedores de servicios en línea. Nos concentraremos en aquellos que almacenan información propia o de terceros en servidores de su dominio. Para ello, abordaremos la falta de regulación, control y normativa en los Estados jurídicamente menos desarrollados o deliberadamente desinteresados, respecto de la llamada responsabilidad civil extracontractual aplicable a dichos proveedores. Nuestro trabajo consistirá en definir si los proveedores de servicios en línea deben regirse bajo el factor de atribución de la responsabilidad objetiva o subjetiva, incertidumbre que ha sido provocada por la antes mencionada falta de regulación. Un lineamiento claro de cómo tratar a estos proveedores es fundamental, debido a que resolver este tipo de casos con falta de técnica jurídica resultaría en una víctima cuyas posibilidades de tener un fallo favorable podrían verse disminuidas ante la falta de legislación y, las fallas del sistema de justicia incluso podrían poner a la víctima en una situación de indefensión. La solución es mucho más complicada que aplicar la normativa internacional disponible, debido a que esta ha sido estructurada en favor del proveedor del servicio, dotándole de exenciones de

responsabilidad fuera de las que se conocen en el derecho común, mismas que han sido expedidas en resguardo de derechos como la libertad de expresión, pero en detrimento de una situación más favorable para la víctima.

Es por esto que nos hemos planteado el analizar el camino que debe tomar el derecho de daños ecuatoriano ante la responsabilidad civil extracontractual de los proveedores de servicios de internet cuando causan un daño indemnizable.

Para lograrlo, usaremos el método deductivo analítico y partiremos de dos casos de análisis: Delfina Torres Vda. De Concha en el ámbito nacional y el de la ciudadana estadounidense Rose Kalemba, una niña de 14 años que en 2009 fue secuestrada y violada, encontrando meses después los videos sobre su abuso subidos al gigante del mundo del entretenimiento para adultos Pornhub<sup>3</sup>, página web que se encuentra en manos de la empresa multimillonaria MindGeek, que, a su vez, es su proveedor de alojamiento de contenidos. Para efectos del análisis se tendrá en cuenta que ambas compañías lucran de los videos subidos a la página web, punto que será importante para definir si es que la demandada toma ventaja de sus actividades y, por lo tanto, debe ser responsable de los riesgos que dimana.

Este artículo definirá a los proveedores de servicios en línea, los clasificará y una vez identificado nuestro sujeto de análisis, realizaremos una revisión de las causales de exención de la responsabilidad a las que podrían sujetarse los proveedores. Asimismo, analizaremos los casos en los que serían responsables por conductas ilícitas a nivel internacional. Posteriormente evaluaremos el régimen en Ecuador, que no cuenta con una regulación específica para los proveedores de servicios en línea, se abordarán los dos regímenes de responsabilidad que pudieren aplicarse, analizando sus elementos, requisitos y dificultades. Por último, nuestro objetivo será determinar la vía aplicable en Ecuador, decisión que se tomará con base en la doctrina, jurisprudencia nacional e internacional y legislación ecuatoriana.

## **2. Antecedentes**

El avance de los procesos tecnológicos ha creado un mundo por un lado en extremo diverso y, por el otro, uno ajeno a lo que el derecho estaba acostumbrado a regular.

---

<sup>3</sup> Ver, Megan Mohan, *Mi violador publicó el video del ataque sexual en un sitio porno* (Reino Unido: British Broadcasting Corporation, 2020). Párr. 8.

El desarrollo del internet y de los proveedores de servicios avanza de manera mucho más rápida que el derecho que debe regularlos, como en el caso ecuatoriano, o no ha transcurrido el tiempo suficiente para que el legislador internacional corrija las falencias de las normas hasta ahora expedidas para controlar y regular a los nuevos sujetos de derecho.

De cualquier modo, comenzaremos nuestra investigación identificando a nuestro sujeto de análisis. Los proveedores de servicios en línea son personas naturales o jurídicas que permiten al usuario final ingresar y desempeñarse en internet. Por ejemplo, prima facie una clase de proveedor de servicios en línea es MindGeek, empresa multinacional con sede en Luxemburgo que se encarga de tomar el contenido que genera o desea guardar su cliente y la almacena en sus servidores.

En Ecuador la legislación sobre proveedores de servicios en línea es nula. Si bien en el año 2002 se expidió la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de datos, en ninguno de sus artículos se incluyó a los proveedores de servicios en línea también conocidos como proveedores “de la sociedad de la información”. El Título V, específicamente entre los artículos 53<sup>4</sup> y 64<sup>5</sup> se prescribieron ciertas conductas en internet como infracciones, algunas que incluso podrían haber sido consideradas delitos, pero todos los artículos mencionados fueron derogados <sup>6</sup>.

El Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales en manos de la Comisión de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral, que se encuentra en primer debate tampoco aborda a nuestro sujeto de análisis, pues se enfoca en los datos personales entendidos como “datos que identifican o hacen identificable a una persona natural, directamente en el presente o futuro<sup>7</sup>”.

Sin embargo, este cuerpo normativo introduce ciertos conceptos sumamente interesantes que podrían servir para la regulación de estos sujetos en un futuro, tales como los conceptos de “responsabilidad proactiva y demostrada” o el famoso “derecho al olvido digital”.

Bajo el primer concepto, el responsable de la información personal deberá demostrar que cuenta con los sistemas de protección de los datos personales que

---

<sup>4</sup> Artículo 53, Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de datos, R.O. Suplemento 557 de 10 de abril de 2002.

<sup>5</sup> Artículo 64, Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de datos.

<sup>6</sup> Disposición Derogatoria Novena de Ley No. 00, publicada en R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>7</sup> Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, (Cod. AN-2019-1701 / 379637), de 19 de septiembre de 2019.

almacena. En el segundo caso, el derecho al olvido digital se entiende como la posibilidad que tiene una persona de solicitar al juez que ordene la supresión de los datos personales al responsable de su tratamiento, en caso de presentarse situaciones de falta de consentimiento o tratamiento ilícito del contenido. Si bien estas figuras no aplican directamente a nuestro caso de análisis podrían dar luces sobre los temas que se deben normar con prontitud en Ecuador.

En el ámbito internacional, en muchos países y regiones se ha avanzado con la regulación de los proveedores de servicios en línea, teniendo como principales exponentes: la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998, su sucesora, la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000 y la Ley 34/2002, de 11 de julio, sobre servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico de España.

### **3. Definición de los proveedores en línea a nivel comparado**

En el ámbito europeo, la Directiva 98/34/CE ha optado por definir al prestador de servicios como cualquier persona natural o jurídica que provea un servicio de la sociedad de la información, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios<sup>8</sup>.

Sus elementos son los siguientes: que el servicio se considere 1) de la sociedad de la información se refiere a que este se realiza a cambio de una contraprestación o remuneración; 2) la distancia se refiera a que las partes no estén presentes simultáneamente; 3) por vía electrónica significa que el servicio ha sido enviado o prestado desde la fuente y recibido por el destinatario, a través de equipos electrónicos, y 4) , por último, que sea a petición del destinatario. Por lo tanto, estos requisitos excluyen a los servicios de radiodifusión y los brindados por compañías de telefonía móvil.

Para los que sí se consideran proveedores, sin clasificarlos todavía, figuran empresas como Google, Yahoo, Netflix, Netlife MindGeek e Idata, etc. Que se diferenciarán en párrafos siguientes.

La profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Delia Lipszyc, en su artículo titulado “Responsabilidad de los Proveedores de Servicios en Línea por las Infracciones del Derecho de Autor y Derechos Conexos en el Entorno Digital” sintetiza los elementos de la Directiva 98/34/CE en una definición única, un proveedor de servicios de internet es una persona natural o jurídica que pone a disposición

---

<sup>8</sup> Ver, Artículo 1, Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998.

del proveedor de contenidos un espacio de memoria en ese servidor (alojamiento de contenidos) o dispone de una parte de su sitio con el objetivo de albergar las páginas de terceros (páginas personales o de abonados al sitio), estos proveedores generalmente también son proveedores de contenidos y de acceso a Internet<sup>9</sup>.

Los proveedores de servicios en línea según David Álvarez son: proveedores de acceso o IAP, por ejemplo Netlife, proveedores de almacenamiento (hosting) como MindGeek, proveedores de contenidos, que suelen ser páginas web como Netflix o en nuestro caso de análisis Pornhub, proveedores de red, actividad que suele ser cubierta por los proveedores de acceso, proveedores de motores de búsqueda donde figuran gigantes del internet como Google, proveedores de enlaces (peer to peer) y proveedores de enlaces (Napster)<sup>10</sup>.

En esta investigación nos centraremos en los proveedores de almacenamiento como Hostinger o MindGeek, que son aquellos proveedores de servicios en línea que brindan un servicio de alojamiento de contenidos en uno o varios de sus servidores, estos corresponden específicamente al caso eje que se ha seleccionado para este trabajo. No obstante, nos referiremos a otra clase de proveedores con el objetivo de que el lector entienda cómo nuestro sujeto de análisis desempeña sus funciones en el mundo del internet.

Los proveedores de acceso o IAP tienen como función permitir que el usuario navegue en la red (entrada a la red) sin tomar en cuenta qué portal utilice o qué información se encuentre buscando. Mientras que los proveedores de almacenamiento, por el contrario, se encargan de alojar contenidos en un servidor específico para que posteriormente los usuarios puedan conectarse a internet mediante un ISP, con el fin de acceder a estos contenidos o recuperarlos.

Finalmente, los proveedores de contenido son aquellos que crean el contenido pero que, según Lipszyc no pueden acceder por su propia cuenta a la red, sino que necesitan de los proveedores de servicios en línea<sup>11</sup>.

Una vez que los proveedores de servicios en línea han sido introducidos, definidos y clasificados, pasaremos a analizar el tratamiento legal que reciben a nivel internacional,

---

<sup>9</sup> Ver, Delia Lipszyc, *Responsabilidad de los Proveedores de Servicios en Línea por las Infracciones del Derecho de Autor y Derechos Conexos en el Entorno Digital: Análisis de la Jurisprudencia Internacional*, XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina (Buenos Aires, 2005), pág. 2.

<sup>10</sup> Ver, David Álvarez, et al., *Proveedores de Servicios de Internet y de contenidos, responsabilidad y derechos de autor*, (Studiositas, 2009), pág. 54

<sup>11</sup> Ibid. pág. 2

pasando principalmente por la Unión Europea, sin olvidar casos particulares como el de España.

#### **4. Régimen regulatorio de los proveedores de almacenamiento en el ámbito internacional y las exenciones aplicables**

##### **4.1. Régimen de la Unión Europea**

Existen algunas leyes a nivel comparado que se han convertido en estándares de la regulación de los proveedores de servicios en línea. Así, en la Unión Europea tenemos la mencionada Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000 que ha regulado a los proveedores de alojamiento en su artículo 14. El citado artículo menciona que dicho proveedor cuenta con una exención de responsabilidad en los casos en que presta un servicio de la sociedad de la información consistente en alojar datos provistos por un tercero. Para que dicha exención tenga lugar, se establecen las siguientes condiciones:

- a) [q]ue el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que,
- b) [e]n cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible<sup>12</sup>.

Se desprende de estas condiciones, que de no cumplirse alguna de ellas, el proveedor de servicios en línea no podrá ampararse en las mismas para eximirse de responsabilidad y, por lo tanto, podrá ser juzgado bajo el régimen que esté establecido en cada país o región.

A continuación de este artículo se agrega algo muy importante para la evaluación de la responsabilidad del proveedor de servicios en línea: el apartado citado no será aplicable en caso de que el destinatario del servicio esté actuando en cualquiera de estos supuestos: 1) bajo la autoridad 2) bajo el control del prestador de servicios de alojamiento<sup>13</sup>.

El diccionario panhispánico del español jurídico define a la autoridad como “la potestad que ejerce una persona sobre otra dentro de sus atribuciones legalmente establecidas”.<sup>14</sup> Lo que implicaría que el proveedor de servicios en línea llevaría a cabo sus actividades subordinado a algún tipo de persona dentro de esta definición.

---

<sup>12</sup> Artículo 14, Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000

<sup>13</sup> Id.

<sup>14</sup> Autoridad, *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*, Real Academia Española, 2020.

Estas condiciones para que sea aplicable una exención, se refieren a que el proveedor de internet no conozca que el contenido pudiera ser ilícito. Por ejemplo, que no exista una obligación de dar seguimiento a los contenidos alojados.

#### **4.2. Régimen en España**

Un cuerpo normativo que ha ayudado a consolidar el régimen de la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea es la Ley 34/2002 de 11 de julio de 2002 de España que trata sobre los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico. El artículo 16 trae una particular diferencia respecto de la Directiva Europea, pues aclara cuándo se considera que un prestador de servicios en línea tiene el “conocimiento efectivo” de una ilegalidad o de la existencia de circunstancias ilícitas: si la autoridad competente declara la ilicitud del contenido, ordena su retirada o que se haga imposible el acceso a este, o que esta autoridad haya declarado la existencia de la lesión y el proveedor conozca la resolución<sup>15</sup>.

Bajo la ley española, se tiene la posibilidad de que la víctima, al probar la ilicitud del contenido, automáticamente se entienda que el proveedor de contenido ha tenido el conocimiento efectivo de la ilicitud de la información almacenada, privándolo de la exención de responsabilidad con la que contaba. Esto también aplica a los proveedores de alojamiento que creen su propio contenido.

Fijados los parámetros generales de la investigación y una vez que se pasó por el régimen internacional, es necesario que se introduzca el caso de análisis, el mismo que nos permitirá no sólo conectar lo que se ha abordado hasta este momento sino que servirá de eje central en el análisis de la parte medular de este ensayo, que es la determinación del régimen de responsabilidad civil extracontractual aplicable en Ecuador a los proveedores de internet, aterrizaremos los conceptos, los requisitos para determinar la existencia de responsabilidad y las dificultades que podrían presentarse al caso mencionado brevemente de la ciudadana estadounidense Rose Kalemba.

#### **5. Análisis del caso de Rose Kalemba para la determinación del factor de atribución de responsabilidad aplicable**

Teniendo en cuenta lo anterior, analizaremos el caso de Rose Kalemba para determinar responsabilidad civil extracontractual de los proveedores de alojamiento. La

---

<sup>15</sup> Artículo 16, Ley 34/2002 sobre servicios de la sociedad de la información, de 11 de julio de 2002.

siguiente información fue extraída de un artículo de Megan Mohan, articulista de la BBC, quien también entrevistó a Rose con el objetivo de obtener la información pertinente<sup>16</sup>.

Rose Kalemba es una mujer originaria de una localidad de Ohio, Estados Unidos. En el verano de 2009 cuando regresaba a su residencia fue secuestrada por un hombre y llevada lejos de donde se encontraba. Fue violada durante 12 horas y filmada por una tercera persona que se encontraba en el lugar. En este lapso de tiempo Rose en ocasiones ni siquiera se encontró consciente. Algunos meses después de ocurridas las terribles circunstancias, mediante su cuenta de MySpace, Rose se enteró que los videos de los abusos sufridos habían sido colgados en la página web de la empresa de entretenimiento para adultos denominada Pornhub.

Rose se comunicó con Pornhub, a través comentarios en la sección de sus videos, envió correos electrónicos haciéndole saber a la empresa que ella era menor de edad cuando la violación ocurrió y que la difusión de esos videos constituía un delito. La compañía no respondió hasta que Rose decidió amenazarlos con tomar medidas legales. Los videos fueron eliminados 48 horas después, pero Rose ha mencionado que en la actualidad los videos de la violación que sufrió siguen en circulación dentro del sitio Pornhub y dentro de otros sitios pornográficos. Para los fines de nuestra investigación debemos aclarar que Pornhub es propiedad de la empresa MindGeek, que al mismo tiempo es su proveedora de alojamiento.

## **6. La responsabilidad civil extracontractual**

Prima facie debemos anticipar que este ensayo jurídico analiza el régimen de la responsabilidad civil que tiene como origen la verificación del daño injusto, en otras palabras, una persona que daña a otra comete un ilícito, violando lo que se conoce como el deber del *neminem laedere*<sup>17</sup>, que significa “no causar daño a nadie”, cuyo fundamento se encuentra en el delito y cuasidelito civil y no en la responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación preexistente estipulada en un contrato<sup>18</sup>. Como, por ejemplo, la que pudiera existir entre un proveedor de contenidos y un proveedor de almacenamiento, como Pornhub y MindGeek respectivamente.

Por lo tanto, es importante que el lector conozca que, incluso al analizarse la responsabilidad de MindGeek (proveedor almacenamiento) frente a Rose Kalemba, la

---

<sup>16</sup> Ver, Megan Mohan, *Mi violador publicó el video del ataque sexual en un sitio porno* (Reino Unido: British Broadcasting Corporation, 2020).

<sup>17</sup> Id, pág. 246.

<sup>18</sup> Ver, Renato Scogniamiglio, *El fundamento de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual*, pág. 248.

responsabilidad civil derivada de la relación entre Pornhub y MindGeek podría ser contractual y sobre esa relación no trata el presente ensayo.

## **7. El régimen de responsabilidad civil extracontractual y el factor de atribución de los proveedores de servicios de alojamiento en los países sin regulación**

A diferencia de lo que se ha venido analizando hasta este punto, por ejemplo, las normas que regulan a los proveedores de internet en la Unión Europea o España existen países como Ecuador que no cuentan con una regulación para los proveedores de servicios en línea. En los próximos párrafos se abordará las implicaciones de no contar con una normativa.

Delia Lipszyc afirma que en los casos en que no existe una regulación definida de los proveedores de servicios en línea se aplicarán las normas de derecho común; del Derecho de Daños.

Esto quiere decir que tomará importancia el factor de atribución, elemento fundamental para identificar el sujeto pasivo, persona a la que se le puede exigir la reparación de un daño sufrido, incluso cuando no haya participado directamente en la perpetración del mismo<sup>19</sup>.

El factor de atribución en palabras de Jorge A. Mazzinghi significa que, "...la obligación de resarcir el daño puede estar fundada o derivar de la configuración de un factor subjetivo u objetivo de la responsabilidad<sup>20</sup>". Si es que el factor de atribución es subjetivo entonces se refiere a culpa o dolo y si es objetivo se trata de riesgo, actividad riesgosa o vicio de la cosa.

El director de la Sociedad Chilena de Derechos de Autor y profesor de Propiedad Intelectual de la Universidad de Chile, Santiago Schuster, sostiene que la responsabilidad recae directamente sobre el prestador de contenido por contenidos ilícitos, incluidos aquellos proporcionados por los destinatarios finales o terceras personas.

Pero no sólo eso, Schuster extiende esta responsabilidad a los proveedores de acceso y alojamiento cuando concurren las circunstancias descritas con anterioridad en

---

<sup>19</sup> Ver, Delia Lipszyc, *Responsabilidad de los Proveedores de Servicios en Línea por las Infracciones del Derecho de Autor y Derechos Conexos en el Entorno Digital: Análisis de la Jurisprudencia Internacional*. pág. 20

<sup>20</sup> Jorge A. Mazzinghi, *Factores de Atribución*, En Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial (Buenos Aires: San Benito Abad, 2012).

este ensayo. Nos referimos a que el proveedor haya sido notificado sobre la existencia de contenidos ilícitos y no proceda a eliminar el contenido o a imposibilitar su acceso<sup>21</sup>.

Por su parte, la Corte de Concepción en el Recurso de Protección “Orlando Fuentes Siade c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones Entel S.A., rol 243-19- 99 (sentencia de 6 de diciembre de 1999)”, presenta con mayor profundidad, las razones por las que un proveedor de alojamiento es responsable. La Corte expresa que, teniendo en cuenta la regla de la “anonimidad”, que es central al hablar del derecho a la libre expresión, los proveedores de acceso son un “eslabón clave para la contención de actividades ilícitas en las redes digitales...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”, concluyendo que el proveedor de acceso es definitivamente el “único vínculo con los usuarios que cometen ilícitos”<sup>22</sup>. La Corte de Concepción recalca que este argumento es perfectamente aplicable a los proveedores de almacenamiento o alojamiento.

Una vez sentadas las bases para nuestro análisis es importante plantearse una serie de preguntas para nuestra investigación: ¿Sería MindGeek responsable por los daños causados a Rose Kalemba de haber sucedido este caso en Ecuador? ¿Existirían causales de exención de responsabilidad, dependiendo del régimen de responsabilidad aplicable? ¿Estarían obligados a llevar un control del contenido que alojan los proveedores en sus servidores? ¿Es el alojamiento de datos una actividad de la que puedan dimanar riesgos? ¿Podría MindGeek deslindarse de la responsabilidad probando su diligencia? ¿Es la inversión de la carga de la prueba la solución más compatible con la doctrina internacional y con la jurisprudencia nacional?

Estas interrogantes serán respondidas gradualmente y conforme vaya avanzando la investigación, comenzaremos por la diferenciación de los factores de atribución de responsabilidad que nos permitirán adentrarnos en cada régimen de responsabilidad en concreto.

#### **7.1.1. Factor de atribución objetivo**

Los proveedores de servicios en línea podrían ser objetiva o subjetivamente responsables, dependiendo del factor de atribución que se considere aplicable a sus actividades.

---

<sup>21</sup> Causa Rol No. 243-99, Corte de Apelaciones de Concepción. 6 de diciembre de 1999, párr. 5.

<sup>22</sup> Causa Rol No. 243-99, párr. 58

Si se tratare de un proveedor que se dedique al almacenamiento y la víctima de los daños, sufridos por la ilicitud del contenido, hubiera notificado dicha ilicitud al proveedor y este último, al encontrarse conocimiento de la naturaleza del contenido no eliminare el mismo o imposibilitare su acceso, entonces de ninguna manera podría excusarse en la ignorancia o buena fe. Incluso tampoco podría hacerlo si es que el proveedor hubiere tenido conocimiento previo de que el usuario o proveedor de contenidos estaba atentando contra algún derecho. En estos casos Lipszyc concluye que el factor de atribución sería el objetivo<sup>23</sup>. Así lo ha reconocido la Corte de Concepción que menciona que, en el caso específico de los proveedores de servicios en línea, a lo que verdaderamente nos enfrentamos como sociedad es a una “manifestación propia del impacto de la era digital en la responsabilidad civil”, y que el mecanismo para estas situaciones jurídicas derivadas de las *cosas o actividades riesgosas* está previsto en las disposiciones legales referentes al factor objetivo<sup>24</sup>.

#### **7.1.2. Factor de atribución subjetivo**

Por el otro lado están aquellos que opinan que el factor de atribución en la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea debería ser el subjetivo. Así lo ha dicho la jurisprudencia brasileña en el caso Google Brasil Ltda. c. Botelho Indústria e Distribuição Cinematográfica Ltda., “(e)n este contexto, aunque consciente de la posibilidad de ajustar la responsabilidad objetiva, que es independiente de la culpa o dolo, debido a su actividad de riesgo, se entiende que en este caso la rendición de cuentas sólo puede ocurrir subjetivamente<sup>25</sup>”.

En esta línea se encasilla el profesor Schuster, quien afirma que el comportamiento (culposo o negligente) de los proveedores de almacenamiento los coloca como cooperadores de la ilicitud y, por lo tanto, son responsables, tanto por la acción de mantener el servicio como por la omisión de proceder a su cese en forma oportuna<sup>26</sup>.

Según la noción restringida de la responsabilidad, es responsable toda persona que tiene que reparar un perjuicio. Esta noción fue rechazada en su tiempo por el maestro Josserand, que sostiene una visión más amplia de la responsabilidad, quien citado por

---

<sup>23</sup> Ver, Delia Lipszyc, *Responsabilidad de los Proveedores de Servicios en Línea por las Infracciones del Derecho de Autor y Derechos Conexos en el Entorno Digital: Análisis de la Jurisprudencia Internacional*, 20-21.

<sup>24</sup> Id. pág. 22

<sup>25</sup> Recurso Especial N.º 1.512.647, Superior Tribunal de Justiça, 17 de diciembre de 2013, párr. 43

<sup>26</sup> Causa Rol No. 243-99, párr. 6

Mazeaud afirma: “Aquel a quien en definitiva haya que cargarse el daño ocasionado, deberá inevitablemente calificarse de responsable<sup>27</sup>”. Mazeaud explica este problema al decir que aquellos que se alineen con la responsabilidad restringida no podrían y no estarían dispuestos a obligar a reparar el daño a una persona, cuya conducta no se considera reprochable. Dicho de otra forma, no sería posible responsabilizarlo de no existir culpa. Josserand para solucionar este problema y para contrarrestar la injusticia que se deriva de tener que probar la culpa, adopta la noción de responsabilidad amplia, estatuyendo una de sus máximas: “el perjuicio, por sí solo, hace nacer la responsabilidad<sup>28</sup>”. Derivando así las dos ramas de la responsabilidad civil extracontractual, una subjetiva y otra objetiva, mismas que analizaremos en lo que viene de esta investigación.

## **8. La responsabilidad civil extracontractual subjetiva**

Debido a que entre Rose Kalemba y MindGeek no existe ningún contrato u obligación preexistente, pero existe un daño, el caso no tiene otro remedio que llevarse mediante la responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad extracontractual subjetiva necesita de la prueba de los siguientes elementos: el daño, la antijuridicidad, la causalidad y por último la culpabilidad. Todos deben verificarse para que se constituya dicha responsabilidad, de lo contrario no será posible determinar la existencia de responsabilidad y condenar al autor del daño a una indemnización de los perjuicios sufridos por la víctima.

El daño que en palabras de Karl Larenz, es “un menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes naturales vitales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio<sup>29</sup>”.

De esta clasificación se desprende el daño material y el daño moral. Un daño es material cuando es susceptible de apreciación pecuniaria directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades.<sup>30</sup> En cambio, el daño moral existe cuando se lesiona el conjunto de facultades del espíritu o aquellas características o condiciones que dan forma a la personalidad<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Henri Mazeaud y León Mazeaud, *Elementos de la Responsabilidad Civil: Perjuicio, culpa y relación de causalidad* (Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2005), 10, citando a Louis Josserand, *Cours de Droit Positif Français*, (Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1939), 413- 414.

<sup>28</sup> Ver, Louis Josserand, *Cours de Droit Positif Français*, (Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1939), 413- 414.

<sup>29</sup> Karl Larenz, *Derecho de las obligaciones*, (Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958), pág. 13.

<sup>30</sup> Ver, Delfina Torres Vda. de Concha c. PETROECUADOR. Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 29 de octubre de 2002, párr. 1.

<sup>31</sup> Id. párr. 24

El daño moral, contrario de lo que la jurisprudencia ecuatoriana sostiene, sí debe probarse, y es esencial que así sea, pues la mala interpretación del principio *In Re Ipsa*, ha ocasionado que en Ecuador esto no suceda. El problema, como afirma Génesis Bermeo, es el señalamiento de que “es notorio que determinadas actuaciones ilícitas producen un daño moral y por ello no es necesario comprobarlo<sup>32</sup>”. De ningún modo un daño moral puede ser considerado “conocido generalmente por las personas de cultura media<sup>33</sup>” (notorio). Aun así, la jurisprudencia ecuatoriana ha dicho “...en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. Para las lesiones del espíritu, rige el principio *in re ipsa*<sup>34</sup>...”

El problema se resuelve al tomar al hecho como contingente y no como notorio, esto significa que se “deberá no solo acreditar objetivamente el hecho ilícito, sino aportar otros indicios para que el juez pueda o no inferir la existencia de este daño<sup>35</sup>”.

Por último, independientemente de si el daño es material o moral deben confluír cuatro requisitos para que se origine: 1) se debe tener un interés sobre el bien que ha sufrido menoscabo o pérdida; 2) el daño debe haber afectado un interés propio; 3) el perjuicio debe ser cierto; y 4) debe subsistir al tiempo del resarcimiento<sup>36</sup>.

El segundo requisito de la responsabilidad extracontractual subjetiva es el hecho ilícito. Nuestro Código Civil diferencia las obligaciones que nacen de una convención, de aquellas que prescinden de esta para constituirse, este último escenario depende de la licitud o ilicitud del hecho voluntario, dando como resultado en el primer caso (lícito) un cuasicontrato y en el segundo (ilícito) un delito si se prueba dolo y un cuasidelito si se prueba culpa.

La causalidad como tercer requisito se refiere específicamente al nexo causal, Arturo Alessandri afirma que es “menester” que “entre el dolo y la culpa, por un lado y

---

<sup>32</sup> Génesis Bermeo, *La aplicación del principio In Re Ipsa en los casos de daño moral en la jurisprudencia ecuatoriana*, (Quito, USFQ, 2019), 8-9.

<sup>33</sup> Hernando Devis Echandía. *Teoría General de la prueba judicial* Tomo I. (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2015), 219.

<sup>34</sup> Causa No. 331-2003, Corte Suprema de Justicia, Primera Sala de lo Civil y Mercantil, 21 de junio de 2005, inc. 7.

<sup>35</sup> Ver, Génesis Bermeo, *La aplicación del principio In Re Ipsa en los casos de daño moral en la jurisprudencia ecuatoriana*, pág. 17.

<sup>36</sup> Eduardo A. Zannoni. *El daño en la responsabilidad civil*, (Buenos Aires: Editorial Astrea y Ricardo de Palma, 1982), pág. 22

el daño por el otro, exista una relación de causalidad<sup>37</sup>”, en otras palabras, que el daño causado debe ser consecuencia o efecto del hecho ilícito perpetrado.

La causalidad cumple dos funciones principales en el derecho civil:

1. [l]a primera función se relaciona con la imputación del hecho dañoso a su autor, o en otras palabras individualizar al responsable, también conocida como “causalidad material”.
2. [l]a segunda en cambio tiene que ver con el contenido de la obligación resarcitoria, también conocida como “causalidad jurídica<sup>38</sup>”.

Carlos Alberto Ghersi, explica (hablando sobre la culpabilidad) que “el reproche a la conducta del agente dañador puede producirse por culpa o dolo<sup>39</sup>”.

Así lo ha entendido nuestro Código Civil en su artículo 2229 que prescribe “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta<sup>40</sup>”.

[e]ntonces, entendemos que cuando el agente obra con culpa realiza una acción u omisión que causa daño sin propósito de hacerlo, el resultado negativo se da porque este agente dañoso ha obrado con imprudencia, negligencia o impericia, o porque no ha tomado las medidas necesarias para impedirlo<sup>41</sup>.

Así, en el mismo orden, el agente actúa con imprudencia cuando “afrenta un riesgo sin haber tomado las debidas precauciones para evitarlo, y procede con apresuramiento innecesario, sin detenerse a pensar los inconvenientes que resultarán de esa acción, con negligencia en cambio cuando incumple principios elementales inherentes a la profesión y con impericia cuando adolece de una falta de conocimientos técnicos para realizar una acción<sup>42</sup>”.

Pero no sólo se resume a esto, existen criterios para saber si existe culpa en una acción. El criterio objetivo abstracto y subjetivo concreto.

---

<sup>37</sup> Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Santiago: Ediar Editores Ltda., 1983), pág. 238.

<sup>38</sup> Juan Manuel Prevot, *El problema de la relación de la causalidad en el derecho de la responsabilidad civil* (Chile: Revista Chilena de Derecho Privado, 2010), pág. 146

<sup>39</sup> Carlos Alberto Ghersi, *Teoría General de la reparación de daños* (Buenos Aires: Editorial Astrea y Ricardo de Palma, 2003). Pág. 146.

<sup>40</sup> Artículo 2229, CC.

<sup>41</sup> Delfina Torres Vda. de Concha c. PETROECUADOR, párr. 24.

<sup>42</sup> Ver, Pablo Bonnet, *Lecciones de medicina legal* (Buenos Aires: Editorial López, 1984), pág. 19.

En el primero no se toma en cuenta a la persona en absoluto, por lo que, en definitiva “si el buen padre de familia se hubiera comportado de manera distinta, eso basta: existe culpa<sup>43</sup>”.

Del otro lado, el criterio subjetivo concreto tiene como elemento principal el sujeto mismo, sin compararlo con ningún estándar. Lo que esto significa es que en el caso de tener que analizar a un profesional de cualquier área, por ejemplo, un ingeniero, no se lo compararía con un ingeniero excepcional, sino que se realizaría un análisis de las características propias de dicho caso.

Se afirma categóricamente que estas posiciones son necesarias en conjunto en la vida práctica, por lo que no son excluyentes, al contrario, se complementan la una de la otra. En el caso de los proveedores de servicios en línea esto es relevante, particularmente porque el estándar de cómo debería haberse comportado el proveedor de servicios en línea dependerá de cómo lo habría hecho otro, lo que no es uniforme, considerando las diferencias legislativas que hemos mencionado.

Cuando el actuar no es culposo sino doloso tenemos frente a nosotros una intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. El artículo 2229 agrega a la “malicia” como un elemento para tener la obligación de reparar un daño. Ya no se trata de un estándar de cuidado para evitar un posible descuido o negligencia, aquí más bien nos encontramos con una voluntad que se dirige efectivamente a causar daño a un tercero.

Tanto la culpa como el dolo en la responsabilidad civil extracontractual tendrán que ser probados por la víctima o demandante, el mismo que alega que ha sufrido un perjuicio y que pretende una indemnización por parte del demandado.

Se han analizado los elementos de la responsabilidad. Sin embargo, como hemos dicho anteriormente, esto no es suficiente para nuestra investigación, pues será necesario analizar si estos se cumplen en el caso de Rose Kalemba, teniendo en cuenta que en este caso interviene un proveedor de servicios en línea.

## **9. ¿Podría aplicarse el régimen de la responsabilidad subjetiva al caso de Rose Kalemba de haber sucedido en Ecuador?**

En el caso de Rose Kalemba es evidente que existe un daño, tanto uno material y patrimonial como, por ejemplo, los gastos que ella o su familia hayan tenido afrontar tanto en su recuperación física y psicológica, y uno extrapatrimonial, ya que al encontrar los

---

<sup>43</sup> Henri Mazeaud, León Mazeaud y André Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual* (Ediciones Jurídicas Europa América, 1961), pág. 74.

videos de su abuso subidos en una página web, el haber tenido que lidiar con el hecho de que casi medio millón de personas los vieron, y como si no fuera suficiente ser acosada por parte de sus compañeros de colegio y por los usuarios de las redes sociales, habrían causado perjuicios morales. El hecho de que los daños sean morales no significa que la víctima no pueda acceder a una compensación pecuniaria. El artículo 2232 de nuestro Código Civil establece que “(e)n cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales...están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior (...) causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra él pudo<sup>44</sup>...”. Su último inciso prescribe que estará a la prudencia del Juez la determinación del monto de la indemnización.

Respecto del requisito de la antijuricidad, el hecho ilícito sería el alojamiento de contenidos evidentemente ilícitos en los servidores de MindGeek. Esto es claro porque, de no haber prestado MindGeek sus servicios, el proveedor de los contenidos ilícitos (ya sea el violador o aquel a quien se le facilitó el material) no habría podido subir los videos a Pornhub en primera instancia, sin la ayuda del proveedor de alojamiento. Por lo tanto, la participación del proveedor de contenidos es esencial dentro de la configuración del hecho ilícito.

Próximos a terminar el análisis entendemos gracias a Alessandri que la causalidad consiste en que el daño sea consecuencia de la culpa o dolo. Ahora, nos parece poco probable y estratégicamente incorrecto en nuestro caso tomar el camino del dolo, debido a la dificultad de la prueba y la naturaleza misma del caso, por lo que se debe probar que el daño fue consecuencia de la falta de diligencia que tuvo MindGeek sobre los contenidos que guarda en sus servidores. Si bien la Directiva de la Unión Europea prohíbe que se establezca la obligación a los proveedores de servicios en línea de supervisar todos los contenidos que almacenan, la Corte de Apelaciones de Versalles ha reconocido que a una sociedad que provee alojamiento en internet, le es aplicable la obligación de vigilancia y prudencia, lo que no significa un examen general y sistemático de lo que se aloja. Sin embargo, en la etapa de formación del contrato con el cliente de la página web, sí consiste en prohibir aspectos como el anonimato y no identificación, del mismo modo que en la

---

<sup>44</sup> Artículo 2232, CC.

etapa de ejecución del contrato se tomen las diligencias debidas para rastrear o detectar el uso de contenido ilegal <sup>45</sup>.

Una vez que se tiene todos los elementos analizados, se debe abordar la culpabilidad. Bajo el régimen de responsabilidad subjetivo obligatoriamente la víctima en este caso Rose Kalemba, tendrá que probar que el actuar de MindGeek no ha sido diligente con respecto al manejo de los contenidos de un tercero y que este actuar impropio, sea producto de negligencia, impericia o imprudencia, ha contribuido a que se le haya causado daños.

#### **10. La responsabilidad civil extracontractual objetiva**

Llegado a este punto es importante aclarar que la responsabilidad extracontractual subjetiva y objetiva comparten ciertos requisitos como son el daño, la antijuridicidad, y la causalidad, y una vez establecido que estos se cumplen, no nos detendremos a analizar lo que ya se ha abordado en capítulos anteriores. Sobre la culpabilidad sí se debe precisar que, al contrario de la corriente opuesta, en la responsabilidad objetiva la culpa se presume por lo que no debe probarse.

Así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en la decisión emitida en el caso de Defina Torres Vda. de Concha c. Petroecuador:

[p]ara el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual no se requiere que haya culpa o dolo, basta que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado. Es la responsabilidad meramente objetiva<sup>46</sup>. Según esta misma Corte la responsabilidad objetiva no cuenta con una gran aceptación en la legislación nacional ni en la jurisprudencia interna, la razón es una necesidad de la culpabilidad como una noción de justicia con el demandado.

Líneas después de rechazar la responsabilidad objetiva la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de Quito introduce una nueva corriente que como vamos a ver más adelante, al igual que la responsabilidad objetiva, respondería a lo que se conoce como “actividades de riesgo”, “riesgo provecho” o “sociedad del riesgo”, nos referimos entonces a una objetivación de la responsabilidad subjetiva, donde la culpa por resultar en la mayoría de los casos casi imposible o muy difícil para la víctima de probar, se presume, dando una ventaja a la víctima que muchas veces se encuentra en una situación adversa.

Ahora, parece ser que no hemos logrado ninguna diferencia al tener una responsabilidad objetiva donde la culpa se presume y una responsabilidad subjetiva con

---

<sup>45</sup> Ver, Lynda L. y otros c. Societé Multimedia Production, *Cour d'appel de Versailles, 12e Chambre*, de 8 de junio de 2000.

<sup>46</sup> Delfina Torres Vda. de Concha c. PETROECUADOR, inc. 20.

inversión de la carga de la prueba donde parecería ser que pasa exactamente lo mismo. Esto ha dado algunos inconvenientes a la hora de comprender la diferencia entre ambas corrientes. Antonio Hernández Gil en un comentario sobre una sentencia del Tribunal Supremo Español que trató un caso de un ciclista que fue atropellado en un cruce de calles afirma lo siguiente:

[e]l Tribunal Supremo, de esta manera, no consagra la responsabilidad objetiva, por riesgo o sin culpa. Tal responsabilidad tampoco viene establecida entonces por la Ley, según la Sentencia. En invertir la carga de la prueba el Alto Tribunal se rige por las razones de justicia. Entendiendo que la responsabilidad objetiva a éstos se ajusta a veces acepta, de manera indirecta y limitada, soluciones que, desde el punto de vista práctico, a ella se aproximan. Se aproximan porque al invertir la carga de la prueba no se prescinde de la prueba de la culpa. Se crea una presunción judicial iuris tantum<sup>47</sup>. (el subrayado es nuestro).

Una presunción *iuris tantum* es en otras palabras una “presunción de hecho” que admite prueba en contrario, esta sería que el demandado pruebe la diligencia de su actuar. Esto no sucede con la responsabilidad objetiva en la cual “...el demandado deberá acreditar una causa extraña para exonerarse de responsabilidad, pues demostrar diligencia y cuidado no le será suficiente para liberarse<sup>48</sup>”. Por causa extraña entendemos lo que en la doctrina se conoce como eximentes de la responsabilidad (fuerza mayor, caso fortuito, el hecho de un tercero o el hecho exclusivo de la víctima). Lo que se está queriendo decir es que, en el caso de la responsabilidad civil extracontractual objetiva, nos encontramos frente a una presunción *iuris et de iure*, mucho más rígida o inflexible.

## 11. Las actividades de riesgo

Históricamente la responsabilidad objetiva responde a un desarrollo tecnológico que tomó lugar en el siglo XIX, este fue de tal magnitud que cambió la realidad de las personas y la sociedad se enfrentaba a un sin número de riesgos frente a los cuales el “estándar de diligencia exigible” característico de la responsabilidad subjetiva era insuficiente para protegerlos adecuadamente. Este es el inicio de lo que se denominó la “sociedad de riesgos” y consecuentemente de la llamada “responsabilidad por riesgo”.

El fundamento de esta responsabilidad es explicado a la perfección por Karl Larenz en su obra “Derecho de Obligaciones” y me permito citar textualmente:

---

<sup>47</sup> Antonio Hernández Gil, *Comentario a la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo II* (España: Editorial Reus, 1944), pág. 251.

<sup>48</sup> Héctor Patiño, *Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración: aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano* (Bogotá: Revista de Derecho Privado, 2008), pág. 194.

[1]La responsabilidad no se funda en que el responsable haya obrado injustamente, sino en que está obligado a soportar en virtud de la ley el riesgo de producir un daño para otro unido a una actividad autorizada. Responsable es, en principio, aquel que conoce y domina en general la fuente u origen del riesgo- aunque no necesariamente el curso del acontecimiento producto del daño- y que no con carácter transitorio obtiene provechos de la misma; (...) Se le impone la responsabilidad por los riesgos unidos generalmente para otros por dicha explotación, por la tenencia de su animal o por la utilización de su vehículo, porque aparece socialmente justificado que cargue con el riesgo del daño, y no aquel a quien “causalmente” se le haya producido un daño de esta clase. Lo cual se funda en el pensamiento de que el que obtiene la ventaja ha de tomar también sobre sí los perjuicios que a ella van unidos para otros. Se puede decir que la persona que emprende una actividad permitida que puede crear o mantener una fuente de peligros para otra carga sobre sí por ello una responsabilidad especial y, como consecuencia, ha de responder del peligro. Así pues, en el supuesto de la responsabilidad por riesgo se trata de una imputación más intensa desde el punto de vista social respecto de una determinada esfera de riesgos, de una distribución del riesgo de daño adherido a una determinada actividad según los patrones o medidas, no de la imputabilidad y de la culpa, sino de la asignación del riesgo a aquel que lo crea o domina, aunque sólo en general<sup>49</sup>.

En otras palabras, una persona que saca provecho o toma ventaja del riesgo que su propia actividad ha creado, está obligada a asumir dicha responsabilidad.

Pero la cuestión no es del todo pacífica ni des complicada, ya que existen ciertos requisitos según la doctrina para que el riesgo y, consecuentemente, la responsabilidad objetiva se configure.

### **11.1. Requisitos del riesgo en la responsabilidad objetiva**

María Lubomira Kubica afirma que para que el uso de la responsabilidad objetiva se justifique debe cumplir los siguientes requisitos: 1) El riesgo debe recaer sobre una persona; 2) El riesgo debe ser abstracto; 3) El riesgo no debe poder eliminarse a través de todas las medidas de precaución razonables; 4) El daño que se produce de una determinada actividad debe ser característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella; 5) La responsabilidad debe derivar de un riesgo excepcional o considerablemente incrementado; 6) Probabilidad y gravedad del daño; 7) La responsabilidad objetiva se vuelve más estricta conforme el riesgo es más elevado

A continuación, se explicarán cada uno de estos requisitos.

---

<sup>49</sup> Karl Larenz, *Derecho de obligaciones II*, (Madrid: Editorial Revista de Derecho privado, 1959), pág. 664.

### **11.1.1. El riesgo debe recaer sobre una persona**

El primer requisito que vamos a abordar tiene tres aristas, primero el riesgo deberá recaer sobre una persona que crea un riesgo a través de la actividad que desempeña, segundo, esta persona debe encontrarse en la posición de minimizar o controlar dicho riesgo y, por último, el riesgo deberá poder valorarse.

Lo que se tiene que entender como elemento fundamental es que la relación entre el riesgo y el responsable no nace ni deriva de su inmediata conducta, sino del control económico y organizacional, esta precisión se realiza tomando en cuenta que muchas veces la persona que provoca el riesgo no es el titular de la empresa, sino uno de sus ayudantes<sup>50</sup>. En otras palabras, por más que un auxiliar, ayudante o trabajador provoque el riesgo, es el titular que tiene que responder por el mismo y por responder nos referimos a responsabilizarse de este.

### **11.1.2. El riesgo debe ser abstracto**

Esto significa que la responsabilidad objetiva debe provenir de una fuente de peligro. Aquí tenemos el clásico ejemplo de la central nuclear o de la empresa petrolera que, si bien no sufren una explosión o un derrame respectivamente todos los días, desarrollan sus actividades tomando en cuenta que existe un peligro de que algo suceda y que por lo tanto no puede ignorarse. Esto es algo lógico si entendemos que se habla de una responsabilidad que se funda bajo la teoría del riesgo.

### **11.1.3. El riesgo no debe poder eliminarse a través de medidas de precaución razonables**

Lo que se ha concluido de la responsabilidad objetiva hasta este punto es que de su fuente provienen daños que se ocasionan incluso cuando su agente o titular no ha obrado de manera negligente.

Por lo tanto, es de especial importancia que el riesgo no pueda eliminarse por cualquier medida de cuidado o diligencia. Esto quiere decir que, de ser el caso de que la persona que está en control del peligro pueda impedir el daño derivado de este peligro, nos encontraremos ante una situación de la que deberá encargarse la responsabilidad extracontractual subjetiva. Así lo ratifica Lubomira al afirmar "...es suficiente que tal supuesto esté sujeto a la responsabilidad por culpa<sup>51</sup>".

---

<sup>50</sup> Ver, María Lubomira Kubica, *El riesgo y la responsabilidad objetiva* (Girona: Repositorio de la Universidad de Girona: 2015), pág. 74.

<sup>51</sup> María Lubomira Kúbica, *El riesgo en la responsabilidad objetiva*, pág. 75.

#### **11.1.4. El daño que se produce de una determinada actividad debe ser característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella**

Este requisito es sumamente lógico, ya que entendemos que el riesgo que debe considerarse de una empresa destinada a crear explosivos o misiles ha de ser que estos causen una explosión y, consecuentemente un daño. Bajo este razonamiento no podrá encuadrarse dentro de la responsabilidad objetiva el riesgo que pueda dimanar de que dicha caja con explosivos caiga de una altura determinada sobre una tercera persona. Se entiende entonces que entre el riesgo y el daño debe haber una relación de causalidad.

#### **11.1.5. La responsabilidad debe derivar de un riesgo excepcional o considerablemente incrementado**

Si el riesgo va a ser el fundamento de la responsabilidad objetiva este no puede ser uno de carácter común, en otras palabras “tiene que sobrepasar de forma perceptible el riesgo al que está expuesta la gente en su vida cotidiana<sup>52</sup>”. Es esta última definición lo que transforma al riesgo en excepcional o incrementado y nos aleja de los conocidos riesgos tolerables que cualquier persona está destinada a soportar.

#### **11.1.6. Probabilidad y gravedad del daño**

Ambos elementos se utilizan con el objetivo de saber si es que efectivamente existe peligrosidad.

Por un lado, está la probabilidad de que si una situación es altamente probable de producir un daño e incluso si es que el mismo no es grave, entonces estamos ante un caso donde se puede justificar la aplicación de la responsabilidad objetiva.

Del mismo modo, si de una situación en específico puede dimanar un daño con un nivel de gravedad sustancial, esta será justificación suficiente para la aplicación del régimen objetivo, incluso si es que la probabilidad de que este daño se produzca es baja.

Se debe aclarar que no se requiere que estos dos elementos funcionen en conjunto ni son excluyentes entre sí, pueden por tanto converger en una situación de riesgo como actuar de manera separada y perfectamente configurar el régimen objetivo.

#### **11.1.7. La responsabilidad objetiva se vuelve más estricta conforme el riesgo es más elevado**

Se dice que mientras más alto es el riesgo en una situación concreta el nivel de protección que se da a las víctimas o a terceros se incrementa. Lo que se quiere decir con que la responsabilidad objetiva se vuelve más “estricta” es que el demandado pierde

---

<sup>52</sup> Ibid. Pág. 77

causas de exoneración. La autora Maria Lubomira Kubica, para explicar este requisito utiliza el ejemplo de la energía nuclear y las sustancias radioactivas, constituyendo situaciones en que el régimen objetivo no concede ninguna exoneración de la obligación de resarcir los daños.

## 12. Tipos de riesgos

Después de haber introducido someramente al riesgo y de haber analizado sus requisitos, es importante mencionar que otro de los elementos que diferencian a las corrientes de las que hemos hablado con anterioridad (responsabilidad objetiva e inversión de la carga de la prueba) es el tipo o clase de riesgo al que la víctima está expuesta. Se dice entonces, y una vez más es Lubomira Kubica en su brillante tesis doctoral la que pone luces en este tema, a la responsabilidad objetiva la caracteriza un riesgo *anormal*, mientras que la inversión de la carga de la prueba encuentra su fundamento o justificación en un riesgo *incrementado de gravedad media*.

Para entender entonces la diferencia entre estos dos conceptos, nos apoyaremos en los “Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil”, documento realizado por el European Group on Tort Law, que constituye un intento de armonización del derecho de daños en Europa.

El artículo 5:101 abarca el régimen objetivo prescribiendo:

Art. 5:101. Actividades anormalmente peligrosas

1. [l]a persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa responde objetivamente por el daño característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella.
2. [u]na actividad es anormalmente peligrosa si: a) crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y b) no es una actividad que sea objeto de uso común.
3. [e]l riesgo de daño puede ser significativo en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo<sup>53</sup>.
4. [e]ste artículo no se aplica a una actividad sujeta específicamente a responsabilidad objetiva por cualquier otra disposición de estos principios o por cualquier legislación nacional o convención internacional.

Este artículo nos ratifica una vez más que al demandado le resulta insuficiente probar su diligencia para deslindarse de responsabilidad, pero también el numeral cuarto excluye su aplicación si existe una norma expresa que reconozca la responsabilidad

---

<sup>53</sup> Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil, *European Group on Tort Law* (Bogotá: Revista de Derecho Privado, 2005). Pág. 227

objetiva. Si bien este documento resulta extraño para nuestra legislación, si se analiza a través de la misma podríamos mencionar un ejemplo emblemático a nivel interno, es el artículo 396 de la Constitución que reconoce el régimen objetivo cuando se trata de daños ambientales “... La responsabilidad por daños ambientales es objetiva. Todo daño al ambiente (...) implicará también la obligación de restaurar integralmente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas<sup>54</sup>”.

De otro lado tenemos el artículo 4:201 y 4:202 que se encargan de la inversión de la carga de la prueba estatuyen lo siguiente:

Art. 4:201. Inversión de la carga de la prueba de la culpa en general

1. [p]uede invertirse la carga de la prueba de la culpa a la luz de la gravedad del peligro que la actividad en cuestión comporta.
2. [l]a gravedad del peligro se determina de acuerdo con la gravedad del daño que en tales casos pueda producirse, así como con la probabilidad de que tal daño llegue a suceder efectivamente<sup>55</sup>.

Este artículo recoge a la gravedad y probabilidad, elementos abordados con anterioridad en los requisitos del riesgo, poniendo en evidencia su no exclusividad, comentada de igual forma.

Art. 4:202. Responsabilidad de la empresa

1. [l]a persona que se dedica de modo permanente a una actividad empresarial con fines económicos o profesionales y que emplea auxiliares o equipamiento técnico es responsable de todo daño causado por un defecto de tal empresa o de lo que en ella se produzca, a no ser que pruebe que ha cumplido con el estándar de conducta exigible.
2. “[d]efecto” es toda desviación con respecto a los estándares que son razonablemente exigibles a la empresa o a sus productos o servicios<sup>56</sup>.

## **12.1. ¿Se cumplen los requisitos de la responsabilidad extracontractual para los proveedores de servicios en línea en el caso de Rose Kalemba?**

Para cumplir con el objetivo de este ensayo jurídico, es decir, llegar al régimen de responsabilidad civil extracontractual bajo el que deberían ser juzgados los proveedores de servicios en línea se debe realizar un análisis de compatibilidad de nuestro caso con los requisitos de cada régimen. Una vez que se ha realizado el análisis respecto de la responsabilidad subjetiva, procederemos con el régimen objetivo.

---

<sup>54</sup> Art. 396, Constitución de la República del Ecuador. R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 40 de 12 de marzo de 2020.

<sup>55</sup> Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil. Pág. 226.

<sup>56</sup> Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil, pág. 226.

El primer requisito trata de que el riesgo deba recaer en su primera faceta sobre una persona que crea un riesgo a través de determinada actividad . Creemos firmemente que el almacenar información de actividades sexuales sin un sistema de identificación de las personas que proveen los contenidos y sin un control del mínimo de edad para acceder y subir contenidos en un servidor es una actividad de la que evidentemente dimana un riesgo. Es claro entonces que, como en nuestro caso de análisis, la actividad de MindGeek, es decir, la prestación de servicios de almacenamiento es una actividad de la cual dimana un riesgo, pues los videos de la violación de Rose Kalembe fueron efectivamente almacenados en los servidores de MindGeek.

En su segunda faceta, el primer requisito exige que el riesgo recaiga sobre una persona que se encuentra en la posición de minimizar o controlar dicho riesgo. MindGeek efectivamente podría haber llevado a cabo muchas actividades para minimizar o controlar este riesgo, comenzando por implementar un sistema de identificación de los usuarios que suben contenidos y un controlador de edad de los mismos, actividades que nacen de la obligación de prudencia y vigilancia que reconoció la Corte de Versalles, que tiene lugar tanto en una etapa precontractual con el cliente (Pornhub), como también durante la ejecución del contrato al establecer ciertas diligencias encaminadas a rastrear contenido evidentemente ilegal o ilícito.

Pasando al segundo requisito, nos referimos a que se pueda valorar o tasar el riesgo. Creemos que en la actualidad MindGeek está en pleno conocimiento de cuál es el número de usuarios de su empresa (Pornhub) que se encuentran en el anonimato, lo que da un panorama del posible riesgo que este anonimato implica. Esta capacidad de valorar o tasar una actividad ha sido recogida también por la Ley 200312 expedida en Río de Janeiro que obliga a los proveedores de alojamiento a informar al Consejo Municipal de los Derechos del Niño en períodos de tres meses las páginas que están alojando y los responsables de las mismas<sup>57</sup>.

Avanzando en los requisitos, anteriormente se aclaró que el alojamiento de contenido de carácter sexual es una actividad de la que puede dimanar riesgos, por lo que se podría concluir que la responsabilidad objetiva en este caso emanaría de una fuente de peligro. Por ello se cumpliría el requisito de que el riesgo deba ser abstracto.

Al tratar del cuarto requisito nos adentramos en un territorio determinante para nuestra investigación: el agente dañoso no debería poder eliminar el riesgo a través de

---

<sup>57</sup> Ver, Juan Carlos Lara y Francisco Vera, *Responsabilidad de los prestadores de servicios de internet* (Paraguay: ONG Derechos Digitales, s/f), pág. 13.

medidas de precaución razonables. Tal como se mencionó previamente, una de las obligaciones que tiene el proveedor de almacenamiento cuando conoce sobre la ilicitud de un contenido o cuando es notificado sobre esto, consiste en eliminar el material o hacer imposible su acceso. Considerando que estas son las medidas de precaución establecidas por la legislación internacional y que ha sido la propia Rose Kalembe en su entrevista con la BBC la que ha dicho que al día de hoy (11 años después) sus videos siguen en la página web (Pornhub)<sup>58</sup>, incluso cuando en su momento se eliminó el contenido, se puede concluir que el riesgo no desaparece o se elimina después de aplicar las medidas correspondientes.

El daño, además, dice la doctrina deberá ser característico del riesgo que tal actividad comporta y resulta de ella. En este punto, se ha llegado a entender que no se trata sobre la violación en sí misma, cuya responsabilidad sería del agresor y sus cómplices, sino más bien sobre el daño patrimonial y extrapatrimonial que se le ha causado a la víctima por colgar sus videos en la web, actividad que no sería capaz de llevarse a cabo por Pornhub sin que MindGeek hubiere puesto a disposición sus servidores. Es por esta razón que creemos que el daño que se produjo resulta de la actividad del almacenamiento y que se caracteriza por su riesgo.

El quinto requisito habla de la “excepcionalidad característica del daño” o que este sea considerablemente incrementado. Es evidente que el riesgo que corre una persona que ha sido violada, de ver la agresión sufrida en una página web no es un tipo de riesgo de carácter común y, por lo tanto, sobrepasa aquel riesgo que la gente está expuesta en su vida diaria.

Llegando al final del análisis, el caso de Rose es uno de los que se evidencia tanto la probabilidad y la gravedad del daño. Creemos que ambos convergen, pues, por un lado, hay una alta probabilidad de que este tipo de situaciones sucedan y no es un problema que ataca individualmente a las mujeres, evidencia de esto es la reciente sentencia que declara culpables a los administradores de la página web Girls Do Porn, de engañar y coaccionar a 22 mujeres de realizar videos de carácter sexual sin estar en conocimiento de que estos se publicarían en internet.

Por último, Lubomira explica que el régimen objetivo se hace más estricto conforme el riesgo es más elevado. Si bien se ha llegado a la conclusión de que efectivamente existe un riesgo que dimana de este tipo de actividades, es difícil establecer

---

<sup>58</sup> Ver, Megan Mohan, *Mi violador publicó el video del ataque sexual en un sitio porno*, párr. 33.

de manera categórica que los riesgos deriven directamente de la actividad del proveedor de servicios en línea, pues es un campo en el que podrían verificarse los eximentes de la responsabilidad mencionados, por ejemplo culpa de un tercero y, en consecuencia, no podríamos comparar la actividad de los proveedores de internet con actividades como la energía nuclear, ni los riesgos de las sustancias radioactivas. Aun cuando las actividades de los proveedores de servicios en línea pueden generar riesgos que causen daños igual de graves que los que podrían causar las sustancias radioactivas, los servicios de internet involucran a varias partes que podrían tener su participación en el cometimiento de un daño, por lo que no se trata de una situación similar a la de otros agentes que son exclusivamente responsables de las actividades de riesgo que realizan.

En síntesis, el caso de Rose cumpliría con todos los requisitos para ser juzgado bajo las reglas de la responsabilidad objetiva excepto por uno, esto es que la actividad que dimana un riesgo anormal característico del régimen objetivo no sea *objeto de uso común*. Esto significa que no sea usado o llevado a cabo por una gran parte de la población. Lo vimos con anterioridad en el artículo 4:201 de los Principios Europeos de Responsabilidad Civil, pero lo dejamos para el final porque va a ser este el elemento diferenciador entre el riesgo que constituye la responsabilidad objetiva y el riesgo que se usa como base para la inversión de la carga de la prueba en la responsabilidad subjetiva.

Por lo tanto, cuando hablamos de actividades nos referimos a aquellas que no son de uso común, como la explotación de pozos petroleros, generación de energía nuclear, incluso el interactuar con elementos radioactivos. Muy por el contrario, el alojar contenidos provenientes de una página web y el colgar contenidos en internet, actualmente se consideran actividades cotidianas que desempeñan una parte considerablemente grande del mundo cibernético. Tomando en cuenta lo que dijimos al arrancar esta investigación, sin los proveedores de alojamiento no existirían las páginas web, ni tampoco todos los usuarios, empresas, corporaciones, fundaciones y cualquier otra denominación que se proponen no sólo a crear una página, sino a manejar contenido en línea, actividades que son posibles gracias a un servidor de internet que lo está haciendo posible.

### **13. Conclusiones**

De nuestro análisis se puede concluir que, en los casos de daños causados por los proveedores de servicios de alojamiento, como en el caso de Rose Kalemba, el régimen de la responsabilidad extracontractual subjetiva previsto en la legislación ecuatoriana parecería insuficiente e ineficaz. Si bien es el régimen general en Ecuador, la dificultad

que representa para la víctima el tener que probar algo que está totalmente en manos de su contraparte, es muchas veces algo imposible, más si se toma en cuenta que estas empresas controlan los mercados donde se han erigido y disponen de recursos casi ilimitados. Estas circunstancias dejarían a la víctima en la indefensión y a la demandada en la impunidad.

Consideramos que el régimen subjetivo con inversión de la carga de la prueba es el que debería aplicarse en el caso de daños causados por los proveedores de alojamiento, ya que se ha probado que el alojar contenido de carácter sexual es una actividad de riesgo *incrementado de gravedad media*, esto significa que constituye aquel riesgo que una persona normal no está obligada a soportar en su vida ordinaria.

La actividad riesgosa en cuestión se cataloga como una de uso común, lo que dejaría fuera la posibilidad de aplicar el régimen objetivo. Sin embargo, al tratarse de cualquier manera de una actividad que genera ciertos riesgos, la inversión de la carga de la prueba sería adecuada. Esto se debe a que al crear una presunción de hecho (que puede ser superada si el demandado prueba que ha actuado con diligencia) se precautelarían los derechos de la víctima del daño, aligerando su carga probatoria. Estas presunciones serán fundamentales para encasillar un caso dentro de un régimen e identificar por ejemplo que no todo lo resuelto en Delfina Torres corresponde a la responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba .

Es necesario que la jurisprudencia ecuatoriana evolucione y empiece a desarrollar los requisitos doctrinarios respecto de las actividades de riesgo, antes de aplicar cualquiera de las dos instituciones abordadas en esta investigación a los proveedores de servicios en línea o a cualquiera de los sujetos de derecho para los cuales el régimen actual podría parecer insuficiente. La realidad jurídica contemporánea exige de los tribunales sentencias más técnicas, que no sólo se amparen en ideales abstractos de justicia.

Creemos imperativamente necesaria la regulación de los proveedores de servicios en línea, cada vez que se hace más difíciles de ignorar su rol en un mundo en su totalidad digitalizado, más aún por la pandemia de la COVID-19. Si bien el derecho podría no seguir el paso al desarrollo tecnológico, no debe permitirse que un segmento considerable de las actividades que se llevan hoy en día, que conllevan riesgos potenciales, estén a la merced del precedente que ha establecido un solo fallo. Debemos reconocer el acierto que ha tenido la ex Corte Suprema en sentar las bases de un tema fundamental y descuidado como ha sido la teoría del riesgo en Ecuador y procurar seguir con su perfeccionamiento mediante el desarrollo de instituciones técnicas y jurídicas.