

# “Libertad de Expresión en Internet y el control de Contenidos Ilícitos y Nocivos”

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Realizada en el marco del Taller de Tesis sobre Garantías Constitucionales y el Derecho de las Nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

**Daniel Álvarez Valenzuela**

Profesora Guía: Lorena Donoso Abarca

**Santiago de Chile - 2004**

Esta obra es publicada bajo Licencia Creative Commons. Atribución - No Comercial Chile 2.0. Para ver una copia de esta licencia, visite <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.0/cl/>



Epígrafe . .	1
INTRODUCCIÓN .	3
II. ASPECTOS GENERALES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN <sup>2</sup> . .	7
II.1 Concepto .	7
II.2 Fuentes del derecho a la Libertad de Expresión .	8
II.3 Contenido de la Libertad de Expresión .	10
II.4 Doble dimensión de la Libertad de Expresión . .	13
II.5 Manifestaciones de la Libertad de Expresión .	14
II.6 Prohibición de Censura Previa .	15
II.7 Restricciones al ejercicio de la Libertad de Expresión . .	17
a. El derecho al honor y a la vida privada como límites al ejercicio de la libertad de expresión. .	19
b. Otras restricciones al ejercicio de la libertad de expresión. . .	21
c. Interpretación de las restricciones al libre ejercicio de la libertad de expresión. . .	22
III. ASPECTOS GENERALES DE INTERNET .	25
III.1 ¿Qué es Internet? . .	25
III.2 ¿Cuál es el origen de Internet? . .	26
III.3 Las herramientas de Internet .	27
III.4 Características de Internet .	29
III.5 Los actores de Internet <sup>64</sup> .	31
III.6 Internet y Derecho .	34
IV. LOS CONTENIDOS ILÍCITOS Y NOCIVOS . .	39
IV.1 Los contenidos ilícitos .	40

<sup>2</sup> En la elaboración de este capítulo nos hemos basado fundamentalmente en el informe inédito de los profesores José Zalaquett y Nicole Nehme sobre libertad de expresión y transmisiones especiales de televisión por cable. A ambos agradecemos enormemente su generosa colaboración.

<sup>64</sup> En nuestra investigación, utilizamos mayormente la expresión “Operadores de Internet”, para referirnos a aquellas personas o entidades que participan en la Red y que no tiene la calidad de usuarios.

IV.2 Los contenidos nocivos .	42
V. REGULACIÓN DE LOS CONTENIDOS ILÍCITOS Y NOCIVOS .	47
V.1 La experiencia norteamericana . .	48
a. Communications Decency Act . .	49
b. Child Online Protection Act .	51
c. Children’s Internet Protection Act .	52
d. Child Pornography Prevention Act .	53
e. Digital Millennium Copyright Act . .	53
V.2 La experiencia europea .	54
a. Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico . .	57
V.3 La regulación en Chile .	63
a. Boletín N°2395-19 sobre regulación de Internet . .	63
b. Boletín N°2512-07 sobre comunicaciones electrónicas .	64
c. Boletín N°3004-17 sobre Responsabilidad en Internet .	64
d. Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos <sup>144</sup> .	71
VI. CONCLUSIONES . .	81
VII. BIBLIOGRAFÍA . .	83
Tratados Internacionales, legislación y jurisprudencia nacional y extranjera .	85
VIII. ANEXO .	89

<sup>144</sup> En la elaboración de este subcapítulo hemos trabajado en base al texto en español disponible en el sitio Internet de la Dirección de Relaciones Económicas del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, cuya dirección web es <http://www.direcon.cl>

## Epígrafe

*"Quien recibe una idea de mí, recibe instrucción sin disminuir la mía; al igual que quien enciende su vela con la mía, recibe luz sin que yo quede a oscuras".*

Thomas Jefferson



# INTRODUCCIÓN

Internet nos sorprende. Desde hace sólo un par de años que la conocemos y ha provocado importantes cambios en la manera de construir relaciones sociales, de hacer negocios e incluso en la manera de gobernar.<sup>1</sup> Existen generaciones completas que se comunican esencialmente por correo electrónico o mensajería instantánea; existen muchos negocios donde las transacciones se realizan íntegramente de manera virtual o electrónica; y por último, el gobierno ha desplegado importantes esfuerzos para modernizar su estructura burocrática, siendo el más destacado, la promoción del uso de Internet en las operaciones tributarias, realizado por el Servicio de Impuestos Internos.

Pero, si bien los cambios tecnológicos son neutros, los usos que de ellos puede hacerse no tienen por qué serlo -y éste es un asunto inherente a cualquier creación humana-, razón por la cual el avance y desarrollo tecnológico siempre trae aparejado nuevos problemas. Esto no es un fenómeno nuevo ni de poca importancia, sucedió ya con la invención del automóvil y del teléfono, nos sucede ahora con los computadores e Internet.

Dentro de los múltiples desafíos que las nuevas tecnologías representan en el ámbito

---

<sup>1</sup> Si bien estos cambios se evidencian con mayor fuerza en ciertos y determinados grupos etarios y económicos (no olvidemos que en nuestro país tan sólo el 10% de la población tiene acceso a Internet) el alcance del uso intensivo de tecnologías de la información y comunicación llegan incluso a quienes no están conectados a Internet ni tienen posibilidades algunas de hacerlo. Sobre el punto existe una interesante obra de Manuel Castells, en la cual se desarrolla y explicita este particular suceso y muchos otros más. Vid. "La era de la Información: la sociedad red", *passim*.

jurídico existe uno muy particular, el cual es potenciado por el crecimiento explosivo de Internet, su naturaleza propia (que permite el tráfico ilimitado de información de manera inmediata y casi sin control) y como consecuencia de su ingobernabilidad fáctica, convirtiéndose en el medio de intercambio de información ilícita y nociva más utilizado de todos los tiempos. Esta realidad ha obligado a muchos países a realizar esfuerzos concretos y específicos con el objeto de controlar el tráfico de dicha información.

Ante este problema, ha surgido un intenso debate acerca de: i) cómo controlar los contenidos ilícitos y nocivos que circulan en Internet; y, ii) determinar qué grado de responsabilidad tienen los operadores de Internet por el tráfico de estos contenidos.

Las soluciones que hasta el momento se han desarrollado en la experiencia comparada, van desde legislaciones en las cuales se han establecido marcos regulatorios de Internet para efectos de controlar tanto los contenidos ilícitos como aquéllos calificados de nocivos, hasta ordenamientos donde, junto con soluciones normativas específicas de acuerdo al tipo de contenidos de que se trate, se han adoptado políticas que promueven la autorregulación por parte de los operadores de Internet como mecanismo efectivo de control de contenidos. En lo que respecta a la responsabilidad que cabe a éstos por el tráfico de dicha información, existe cierta uniformidad en las legislaciones analizadas, las que generalmente establecen regímenes especiales de exención de responsabilidad de los operadores, condicionadas al cumplimiento por su parte, de requisitos específicos establecidos en atención a la naturaleza del servicio que prestan.

Estas respuestas establecidas en el derecho comparado, nos obligan necesariamente a analizar su apego o no a principios constitucionales vigentes en una sociedad democrática. En especial nos interesa examinar la relación entre las medidas adoptadas y el derecho fundamental a la libertad de expresión y sus derechos relacionados, consagrados en los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos y reconocidos expresamente por nuestra Constitución Política (en adelante “Constitución” o “CPR”).

De esta manera, en la primera parte de nuestra investigación describiremos el conjunto de disposiciones que conforman el sistema normativo de garantía y protección de la libertad de expresión, y así delimitar su contenido y alcance; para luego revisar y analizar las restricciones a su libre ejercicio, reconocidas como legítimas por el propio sistema de protección, el alcance de dichas éstas y los criterios de la interpretación que de ellas debe hacerse.

Luego, en un segundo capítulo nos referiremos genéricamente a Internet; describiremos brevemente su naturaleza, origen y estructura, para luego analizar las características que le han dado la relevancia social que nos motiva a estudiarla desde nuestra disciplina. A continuación, identificaremos a los actores de Internet y la forma en que intervienen en el proceso de comunicación y, finalmente, enunciaremos algunos aspectos de la aparentemente conflictiva relación entre Derecho e Internet.

Enseguida, nos ocuparemos de determinar y precisar el alcance de los conceptos “contenidos ilícitos” y “contenidos nocivos”, para luego examinar las soluciones normativas y extranormativas existentes respecto del control este tipo de contenidos y



respecto de la determinación de responsabilidad de los operadores de Internet. Para ello, hemos analizado principalmente las políticas norteamericanas sobre ambas materias, por cuanto en ellas se han desarrollado y aplicado las principales soluciones que pretenden controlar los efectos indeseados de una red como Internet, y que nuestro país reproduce en sus intentos legislativos. En este último punto, analizaremos especialmente el último proyecto de ley sobre la materia y las normas pertinentes contenidas en el Tratado de Libre Comercio recientemente firmado por los gobiernos de Chile y Estados Unidos.

Como ya hemos dicho, nuestro análisis lo realizaremos desde las normas de nuestro ordenamiento constitucional, incluidas por cierto las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos, que conforman el sistema normativo de garantía y protección de la libertad de expresión.

Debemos precisar que -sin afán de desmerecer su importancia- no será materia de esta investigación los conflictos relacionados con el derecho a la vida privada y la honra de las personas, derechos frecuentemente amagados a través de Internet, no obstante, igual abordaremos estas materias en cuanto fuere necesario para la correcta comprensión de los temas que nos ocupan. Lo mismo debemos decir respecto de otros derechos involucrados, los que esencialmente se vinculan con al comercio electrónico. Asimismo, no abordaremos en profundidad el régimen jurídico que en la materia ha elaborado la Unión Europea, por estimar que en este entorno ha sido tan amplio el desarrollo que sería menester realizar una investigación complementaria que se refiera exclusivamente a ella.

Finalmente, concluiremos esta investigación con nuestras consideraciones personales sobre la materia, donde se esbozan ciertas recomendaciones al debate legislativo actualmente en desarrollo en Chile.



## II. ASPECTOS GENERALES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN <sup>2</sup>

### II.1 Concepto

En opinión del profesor Nogueira, la libertad de expresión “*es la facultad de que disponen las personas para expresar por cualquier medio, sin censura previa, su universo moral, cognitivo y simbólico; lo que creen, piensan, saben o sienten, a través de ideas, juicios de valor, los que son, por su naturaleza, de carácter subjetivo, pudiendo además difundir e intercambiar dichas ideas y debatirlas con otras personas*”.<sup>3</sup>

2

En la elaboración de este capítulo nos hemos basado fundamentalmente en el informe inédito de los profesores José

Zalaquett y Nicole Nehme sobre libertad de expresión y transmisiones especiales de televisión por cable. A ambos

agradecemos enormemente su generosa colaboración.

## II.2 Fuentes del derecho a la Libertad de Expresión

En nuestro ordenamiento jurídico, las normas que conforman el sistema normativo de garantía y protección de la libertad de expresión -llamada también libertad de opinión o de pensamiento-<sup>4</sup> son normas de la más alta jerarquía. Entre ellas se encuentran, principalmente, las siguientes:

a) **El Artículo 19 N°12 de la Constitución**, que asegura a todas las personas “*la libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado*”.

b) **El Artículo 1° de la Ley N°19.733** sobre libertad de expresión y ejercicio del periodismo (“Ley de Prensa”), que establece: “*La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, constituyen un derecho fundamental de todas las personas. Su ejercicio incluye no ser perseguido ni discriminado a causa de las propias opiniones, buscar y recibir informaciones, y difundirlas por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se comentan, en conformidad a la ley*”.

c) **El inciso 2° del artículo 5 de la Constitución**, que dispone: “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”.

d) **La Convención Americana sobre Derechos Humanos**, (“CADH”) o Pacto de San José de Costa Rica. El artículo 13, sobre libertad de pensamiento y de expresión, establece:

*“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

*2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:*

---

<sup>3</sup> Nogueira Alcalá, Humberto. “El derecho a la libertad de opinión e información y sus límites: Honra y vida privada”, página 18. El subrayado es nuestro.

<sup>4</sup> La Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (“CENC”), identificó como sinónimos las expresiones libertad de opinión y libertad de expresión. Revista Chilena de Derecho, volumen 8, página 202. Al respecto, Eduardo Novoa Monreal acusa el uso confuso y ambiguo que se hace de estas nociones, tanto en la doctrina internacional de los derechos humanos como en los ordenamientos jurídicos internos, vid. “Derecho a la vida privada y libertad de información”, página 142 y ss.

## II. ASPECTOS GENERALES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN En la elaboración de este capítulo nos hemos basado fundamentalmente en el informe inédito de los profesores José Zalaquett y

*el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o*

*la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.*

3. *No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones .*

4. *Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2.*

5. *Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, religión, idioma u origen nacional”.*

**e) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** . Los artículos 19 y 20 se refieren específicamente a la libertad de expresión:

*“Artículo 19: 1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones .*

*2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión ; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras , ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.*

*3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:*

*a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;*

*b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.*

*“Artículo 20: 1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley.*

*2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”.*

Este conjunto de normas conforman en nuestro ordenamiento jurídico un verdadero bloque constitucional de derechos fundamentales <sup>5</sup> integrado por los derechos asegurados tanto en la Constitución Política, como en los tratados internacionales sobre derechos humanos, suscritos y ratificados por Chile, derechos que en su conjunto tienen

<sup>5</sup> Un interesante y extensivo desarrollo jurisprudencial del concepto de bloque constitucional de derechos humanos ha sido realizado por la Corte Constitucional de Colombia. El máximo órgano de la judicatura colombiana ha incorporado de manera expresa en sus sentencias las normas de contenido sustantivo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, acogiendo asimismo la interpretación que de ellas se ha hecho por parte de los organismos internacionales del sistema de protección de los derechos fundamentales.

la fuerza normativa de límites a la soberanía del Estado. En efecto, resulta fundamental tener presente la especial jerarquía que la Constitución asigna “a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” en la medida en que los coloca como límites al ejercicio de la soberanía del Estado.

En palabras de Nogueira Alcalá “es necesario precisar que los derechos asegurados y garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, constituyen un límite a la potestad estatal que el Estado chileno ratificante asume y se autoimpone, (...) límite que de no ser respetado se incurriría en una inconstitucionalidad por violación del artículo 5° inciso 2° de la Constitución”.<sup>6</sup>

En lo que respecta al rango de las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos, suscritos y ratificados por Chile, si bien existen discrepancias en el medio jurídico nacional, la opinión mayoritaria se inclina por sostener que tales normas son de rango constitucional.<sup>7</sup> En todo caso, quienes no compartan esta conclusión deben aceptar que la CPR impone, en el inciso 2° del artículo 5, un deber especial a todos los órganos del Estado de respetar y promover tales derechos fundamentales. Sobre este punto, nos referiremos más adelante.

Finalmente, no debemos olvidar que si las normas de los tratados internacionales tienen la forma de un derecho subjetivo, estas normas son autoaplicables o de ejecución directa (“self-executing”), es decir, se incorporan plenamente al ordenamiento interno por el acto mismo de ratificación o adhesión.<sup>8 9</sup>

## II.3 Contenido de la Libertad de Expresión

Numerosos organismos y tribunales internacionales han afirmado categóricamente que la libertad de expresión tiene una especial importancia y relevancia como núcleo del sistema de libertades civiles y pilar fundamental de una democracia moderna. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte Interamericana”) ha

<sup>6</sup> Nogueira Alcalá. Op. cit., página 9.

<sup>7</sup> Al respecto, Tomás Vial en “El derecho a la vida privada y la libertad de expresión en las constituciones de Chile y España: una propuesta de criterios para el análisis”, página 86, nota al pie N°19, identifica a aquellos autores que comparten este criterio.

<sup>8</sup> Si bien no compartimos plenamente las conclusiones a que llega la autora, un interesante artículo sobre el carácter “self-executing” de las normas de derecho internacional de los derechos humanos encontramos en “La Convención Americana de Derechos Humanos como Derecho interno chileno”, de Jeannette Irigoien Barrene, publicado en <http://www.derechoshumanos.cl/ddhh/irigoien.html> [fecha de consulta: 01 marzo de 2004]

<sup>9</sup> La jurisprudencia de nuestros tribunales ha aceptado excepcionalmente esta característica, por ejemplo, en fallos en que se han aplicado el artículo 7° numeral 7 de la CADH, que dispone que “nadie será detenido por deudas”. En efecto, la Corte Suprema ha fallado reiteradamente que el artículo 44 del Decreto con Fuerza de Ley N°707, sobre cuentas corrientes bancarias y cheques, se encuentra tácitamente derogado por la CADH. Ver, por ejemplo, Revista Gaceta Jurídica, N°132, 1991, páginas 67 y 87.

## II. ASPECTOS GENERALES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN En la elaboración de este capítulo nos hemos basado fundamentalmente en el informe inédito de los profesores José Zalaquett y

resuelto que “La libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Resulta indispensable para la formación de la opinión pública. También constituye una **conditio sine qua non** para el desarrollo de los partidos políticos, los gremios, las sociedades científicas y culturales y, en general, de todos los que desean influir al público. En resumen, representa la forma de permitir que la comunidad, en el ejercicio de sus opciones, esté suficientemente informada. En consecuencia, puede decirse que una sociedad que no está bien informada no es verdaderamente libre”.<sup>10</sup>

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (“la Comisión”) en respaldo a la acción de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, adoptó la “Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión”, expresando en su numeral 1° que “La libertad de expresión, en todas sus formas y manifestaciones, es un derecho fundamental e inalienable, inherente a todas las personas. Es, además, un requisito indispensable para la existencia misma de una sociedad democrática”.<sup>11</sup>

A similares conclusiones llega el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al considerar que la libertad de expresión es “una de las condiciones de base para el progreso de las sociedades democráticas y para el desarrollo de los individuos”.<sup>12</sup>

Esta esencial asociación entre el derecho a la libertad de expresión y las bases fundamentales del sistema democrático ha sido reconocida incluso por nuestros tribunales superiores de justicia. En efecto, en un fallo de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, se ha dicho que “la libertad de opinión o expresión es, dentro de los derechos esenciales del individuo amparados por la Constitución, uno de los principales o de máxima jerarquía, puesto que constituye un verdadero presupuesto o condición normal que posibilita el ejercicio de casi la totalidad de los restantes derechos y el disfrute de las libertades fundamentales reconocidas en cualquiera sociedad que se estime organizada de acuerdo a un régimen democrático”.<sup>13</sup>

En lo que nos interesa, esta asociación resulta fundamental para el deseado desarrollo de Internet en nuestro país, por cuanto las tecnologías de la información (de donde Internet es la piedra angular) penetran en todos los ámbitos de la actividad

<sup>10</sup> Opinión Consultiva. OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985, párrafo 70.

<sup>11</sup> Sobre este principio, la Declaración consigna las pautas interpretativas que deben aplicarse. Así, establece respecto al principio N°1 que “el respeto y protección de la libertad de expresión adquiere una función primordial, ya que sin ella es imposible que se desarrollen todos los fortalecimientos para el fortalecimiento democrático y el respeto a los derechos humanos. El derecho y respeto de la libertad de expresión se erige como instrumento que permite el intercambio libre de ideas y funciona como ente fortalecedor de los procesos democráticos, a la vez que otorga a la ciudadanía una herramienta básica de participación. Asimismo, a través de los comunicadores sociales, la ciudadanía adquiere el poder de participar y /o controlar el desempeño de las acciones de los funcionarios públicos.” La declaración se encuentra disponible en: <http://www.cidh.org/basicos/declaracion.htm> [fecha de consulta: 08 enero de 2004]

<sup>12</sup> Citada por Nogueira Alcalá. Op. cit., página 19.

<sup>13</sup> Revista Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXVI, página 195.

humana, en especial en las relaciones que se construyen a partir de la comunicación. Siendo Internet un medio que facilita la comunicación entre las personas, a un costo muy bajo, la protección de las múltiples expresiones que en ella pueden realizarse (mediante la utilización del correo electrónico o la publicación de páginas web) resulta fundamental.

En conclusión, podemos sostener que la transmisión en Internet, de todo tipo de información (incluso aquella que siendo lícita pueda eventualmente ser calificada como nociva) se encuentra bajo el amparo de un derecho que se vincula estrechamente con las bases mismas de la democracia, como acabamos de explicar. De ello se deriva que los órganos del Estado están obligados a otorgar protección especial a la libertad de expresión y, en consecuencia, al tráfico de información lícita en Internet.

Debemos recordar que de acuerdo a las normas del derecho internacional, el Estado chileno se encuentra obligado en materias de derechos civiles y políticos, a: **i) respetar** : que consiste en no hacer nada que viole o transgreda tales derechos; **ii) garantizar** , esto es, propender a que efectivamente el Estado y los particulares respeten estos derechos; y, **iii) promover** , mediante medidas de difusión y educación, su respeto y aceptación por parte de la sociedad.<sup>14</sup> La Constitución también contempla expresamente dichas obligaciones, en su artículo 5, inciso 2º, que se refiere a los deberes de los órganos del Estado en relación a los derechos esenciales de la persona, utilizando exactamente los tres conceptos: respetar, garantizar y promover.

En el caso del derecho a la libertad de expresión, estas obligaciones internacionales adquieren especial relevancia debido a la estrecha vinculación entre esta garantía y el sistema democrático, ya que, como reiteradamente se ha opinado, la libre difusión de las ideas es uno de los elementos esenciales para el desarrollo el debate público democrático. Este es, a nuestro juicio, un asunto fundamental para el deseado desarrollo de Internet en nuestro país.

Por otra parte, podemos sostener entonces que es propio del sistema democrático reconocer la facultad de toda persona de emitir juicios valorativos, ideas y concepciones, por cualquier medio, de manera libre, sin censura previa, ni coacciones ni temores, aun cuando no se esté de acuerdo con el contenido de sus expresiones, en ello descansa la esencia de la libertad de expresión como condición básica de la democracia. La fortaleza de un sistema de protección de la libertad de expresión se comprueba frente a las opiniones minoritarias o ampliamente rechazadas, así lo ha resuelto también la jurisprudencia nacional.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Zalaquett Daher, José, en la introducción de Human Rights Watch. “Los Límites de la Tolerancia. Libertad de Expresión y debate público en Chile”, páginas 27 y 28.

<sup>15</sup> En sentencia de fecha 12 de septiembre de 1980, considerando 18º, la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago expreso que el derecho “garantizaba la libertad de emitir opiniones y las críticas en cuanto no caigan en el campo de lo delictual, son simplemente manifestaciones permitidas lícitas de esa libertad de opinar, que abarca y protege no sólo las loas, elogios, alabanzas y adulaciones, sino que también, y con igual derecho, las censuras, reproches, y reprobaciones vertidas ya sea en el terreno político, económico o cualquiera otro propio de la actividad de un Gobierno”. Revista Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXVII, página 202 (el subrayado es nuestro). En similar sentido, véase Revista Gaceta Jurídica, abril de 1999, página 95 y Revista Derecho y Jurisprudencia, tomo XXX, páginas 85-91.



## II.4 Doble dimensión de la Libertad de Expresión

Tanto la Comisión como la Corte Interamericana han sostenido de manera constante y permanente que la libertad de expresión tiene una doble dimensión: una individual y otra colectiva, señalando que si se restringe la libertad de expresión de un individuo no es sólo su derecho el que se está violando, sino que también el derecho de todas las personas a recibir informaciones e ideas, fruto de la expresión del otro. En consecuencia, existen dos dimensiones de la libertad de expresión: el derecho individual a no ser molestado o impedido de manifestar el propio pensamiento, y también el derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

16

Este derecho a recibir informaciones, aun cuando no se encuentra expresamente consagrado en nuestra Constitución, ha sido unánimemente considerado como parte natural y esencial de la libertad de expresión, tanto en la historia fidedigna de la CPR como por la doctrina y la jurisprudencia.<sup>17</sup>

En efecto, el Tribunal Constitucional (“TC”) después de efectuar un análisis del contenido de las actas de la Comisión, confirmó que *“si bien en la letra de la Ley Fundamental no aparece consagrado expresamente el derecho a recibir las informaciones, éste forma parte natural y se encuentra implícito en la libertad de opinión y de informar, porque de nada sirve estas libertades si ellas no tienen destinatarios reales”*.<sup>18</sup> Asimismo, expresó que este derecho a recibir información *“tiene carácter colectivo, porque son todos los integrantes de la comunidad nacional los interesados en que*

<sup>16</sup> “(...) cuando la libertad de expresión de una persona es restringida ilegalmente, no es sólo el derecho de esa persona el que se está violando, sino también el derecho de los demás de “recibir” información e ideas. En consecuencia, el derecho protegido por el artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales, que se evidencian por el doble aspecto de la libertad de expresión. Por una parte, requiere que nadie se vea limitado o impedido arbitrariamente de expresar sus propios pensamientos. En ese sentido, es un derecho que pertenece a cada persona. En su segundo aspecto, por otra parte, implica un derecho colectivo de recibir cualquier información y de tener acceso a los pensamientos expresados por los demás.” OC-5/85, párrafo 30. Este criterio ha sido reiteradamente utilizado por la Comisión, en sus informes sobre libertad de expresión.

<sup>17</sup> Cea Egaña incluso analiza la libertad de expresión desde una triple perspectiva: “la libertad de expresión carece de sentido en donde no existe, con carácter previo, el libre acceso a las fuentes de la información, la libertad de difundir la información y la homónima para ser receptor de ella. Es decir, la información con la triple dimensión señalada, desempeña el papel de supuesto de la libertad de expresión”. Cea Egaña, José Luis. “Teoría de la Libertad de Expresión”, página 66. En un sentido similar se manifiesta Nogueira Alcalá, op. cit., página 49. En un sentido similar se pronuncia Medina Quiroga, al señalar que “(...) la Libertad de Expresión, puede, en realidad, ser dividido en varios subderechos: (i) la libertad de pensamiento; (ii) la libertad de buscar información o ideas; (iii) la libertad de difundir información e ideas, y, (iv) la libertad de recibir información, que es la otra cara de la moneda de la libertad anterior, ya que si yo tengo derecho a proveer información, otros tienen derecho a recibirla. Estos subderechos están íntimamente ligados, de modo tal que la violación de uno de ellos a una persona implica necesariamente la violación del derecho correlativo de los demás.” “Sistema Jurídico y Derechos Humanos” en Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 6, 1996, Universidad Diego Portales, página 147.

*lleguen a ellos las opiniones que se emitan sin censura previa, sin desvirtuarlas, sin discriminación, sin intervención arbitraria de la autoridad, sin interferencia indebida, etc”.*

19

En consecuencia, existe unánime consenso en estimar que la libertad de expresión debe ser amparada en su doble dimensión: el derecho individual de expresión y el derecho colectivo de recibir las informaciones que resulten del libre ejercicio de la libertad de expresión. Así lo entendió también la CENC al afirmar que *“hemos estimado que en la garantía constitucional de que se trata hay dos bienes jurídicos en juego: uno de carácter personal o individual, que es el derecho de emitir opinión y de informar, y otro de carácter social, que es el derecho a recibir información, opiniones y expresiones que los demás quieren transmitir, derecho este último que corresponde a la comunidad toda”*.<sup>20</sup>

De todo lo anterior se desprende, que nuestro ordenamiento jurídico constitucional no sólo protege la actividad de los proveedores de acceso y de servicios de Internet, en el sentido de su derecho a transmitir toda clase de información lícita, sino que también el derecho de los usuarios (clientes, en último caso) de Internet a buscar y recibir libremente la información que sea de su interés y, que, a su vez, es la razón esencial por la cual han contratado un servicio de acceso a Internet. Este último derecho se apoya también en otras garantías fundamentales, tales como el derecho a la contratación de toda clase de bienes, al libre emprendimiento de actividades económicas y a la propiedad.

## II.5 Manifestaciones de la Libertad de Expresión

El artículo 13 N°1 de la CADH establece que la libertad de pensamiento y de expresión *“comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”*.

Sobre el alcance conceptual de esta norma, el profesor Zalaquett ha dicho: *“‘Informaciones’ comprende noticias y otros datos cuya veracidad es en principio susceptible de confirmación. ‘Ideas’ debe entenderse en el sentido más lato posible, incluyendo creencias, opiniones, proposiciones, peticiones, juicios valorativos, críticas o expresiones artísticas. Aún cuando algunas de estas modalidades de expresión puedan incluir elementos propiamente de ‘información’, en su conjunto no son susceptibles de verificación. La publicidad o propaganda comercial es otra modalidad de expresión y*

<sup>18</sup> Considerando 19°. Sentencia TC Rol N°226, de 30 de octubre de 1995, que se pronunció acerca de la constitucionalidad del proyecto de ley sobre Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo. La jurisprudencia completa del Tribunal Constitucional se encuentra disponible en el sitio web <http://www.tribunalconstitucional.cl> [fecha de consulta: 03 de diciembre de 2004]

<sup>19</sup> Considerando 17°. Sentencia TC Rol N°226

<sup>20</sup> Comisión de Estudio de la Nueva Constitución. Op. cit., pág. 202

## II. ASPECTOS GENERALES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN En la elaboración de este capítulo nos hemos basado fundamentalmente en el informe inédito de los profesores José Zalaquett y

*tiene, por lo general, un carácter mixto. (...) La libertad de expresión protege, [por tanto] no solamente el discurso explícito, inteligible por medio de palabras, sino también el de carácter simbólico, que puede consistir no sólo en las expresiones artísticas mencionadas en el artículo 13 N°1, sino en una variedad de actos u omisiones, cuyo significado depende muchas veces de las circunstancias”.*<sup>21</sup>

En este mismo sentido, se ha afirmado que la libertad de expresión se concibe como *“la más amplia de las libertades intelectuales, consistente en la facultad que tiene toda persona de exteriorizar, por cualquier medio y sin coacción, lo que piensa o cree”*<sup>22</sup>; lo que implica necesariamente que la libertad de expresión abarque incluso aquellos aspectos de la personalidad humana que exceden la opinión (verbal o escrita), tales como los sentimientos, la expresión artística, simbólica, corporal; y, que no tiene relevancia jurídica para el otorgamiento de protección constitucional que el mensaje emitido y difundido lo sea a través de diarios, periódicos, revistas, libros, radio, cine, televisión, video, Internet, correo electrónico o cualquier otro medio de comunicación.<sup>23</sup>

Por ello, resulta indudable que las garantías a la libertad de expresión que contempla el bloque constitucional de derechos humanos protegen, sin lugar a dudas, las formas de expresión manifestadas en la transmisión o difusión en Internet de cualquier tipo de contenidos lícitos, incluso aquéllos que puedan eventualmente ser calificados como nocivos, no importando la aplicación o herramienta utilizada en su difusión. Así, la publicación de una página web, el envío de un correo a una lista de distribución, la publicación de un comentario en un foro web o chat, son sin duda alguna expresiones amparadas por este importantísimo derecho.

### II.6 Prohibición de Censura Previa

Un aspecto esencial de la libertad de expresión e información es que no acepta censura previa de ningún tipo.

El concepto de censura previa se refiere básicamente al control, examen o permiso a que se somete cualquier texto o expresión artística, con anterioridad a su comunicación al público, de carácter preventivo, realizada por cualquier órgano del Estado, o incluso por particulares, y cuyo objeto es acallar las críticas a las diversas manifestaciones del poder temporal o religioso.<sup>24</sup>

Sobre este concepto, el Tribunal Constitucional, máximo interprete de la Ley

<sup>21</sup> Zalaquett Daher. Op. cit., página 30.

<sup>22</sup> Cea Egaña, José Luis. “Tratado de la Constitución” Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1988, página 97. En el mismo sentido se pronuncia la mayor parte de la doctrina chilena, citada por este autor.

<sup>23</sup> Nogueira Alcalá. Op. cit., página 90.

<sup>24</sup> Nogueira Alcalá. Op. cit., página 53.

Fundamental, ha expresado que *“ha sido invariablemente reconocido por la doctrina constitucional que el núcleo esencial del derecho consagrado en el artículo 19, N°12, sobre libertad de opinar y de informar reside en que estas libertades se pueden ejercer sin censura previa, (...) la esencia del derecho que nos preocupa está en que éste se ejerza libremente y que no exista censura previa que lo afecte”*.<sup>25</sup> Para luego sentenciar de manera categórica que *“tan sensible es esta libertad, que su reconocimiento desde antiguo en nuestro régimen republicano se ha expresado con fórmula lapidaria: ‘sin censura previa’, término cuyo quid conceptual hoy no es otro que ‘sin interferencias’ de nadie”*.<sup>26</sup>

En consecuencia, es un principio constitucional y doctrinario básico el que nadie pueda decidir anticipadamente sobre qué puede o no opinarse, ni sobre cuáles opiniones o informaciones deben difundirse a la sociedad.<sup>27</sup>

Lamentablemente, nuestros tribunales superiores de justicia han adoptado en variadas ocasiones posiciones contrarias al citado criterio del Tribunal Constitucional, las que en nuestra opinión resultan abiertamente inconstitucionales y que incluso han generado responsabilidad internacional del Estado chileno, por transgresión del derecho a la libertad de expresión consagrado en la CADH.

Existen varios ejemplos de nuestra afirmación<sup>28</sup> siendo uno de los más destacados el que sucedió a propósito de la censura previa del libro “Impunidad Diplomática”, conocido como “Caso Martorell”. En esa ocasión, la Corte de Apelaciones de Santiago definió la censura como *“el procedimiento impeditivo que forma parte de una política de Estado no democrático, practicada por agentes administrativos que operan como vigilantes, respecto de ideas –no sobre conductas- religiosas, políticas o morales, que se reputan peligrosas, impidiendo que lleguen al público por estimarse contrarias a los intereses de los gobernantes, o para el control que éstos ejercen sobre la sociedad”*,<sup>29</sup> argumentación que llevaría a sostener que en democracia no podrían existir actos calificables de censura, lo que es un absurdo.<sup>30</sup>

Si consideramos la integridad de las normas contenidas en el bloque constitucional

<sup>25</sup> Considerandos 9° y 10°. Sentencia TC Rol N°226. El subrayado es nuestro.

<sup>26</sup> Considerando 31°. Sentencia TC Rol N°226. El énfasis y subrayado de la cita son nuestros.

<sup>27</sup> Véase por ejemplo las opiniones de los profesores Enrique Ortúzar, Enrique Evans de la Cuadra y José Luis Cea citadas por Nogueira Alcalá. Op. cit., páginas 51 y ss.

<sup>28</sup> A modo de referencia, podemos identificar los cinco casos más significativos de la incorrecta interpretación que han hecho nuestros tribunales superiores de justicia sobre el derecho fundamental a la libertad de expresión y que han significado, en la práctica, actos inaceptables de censura judicial. Nos referimos a los libros “Impunidad Diplomática” de Francisco Martorell; “Ética y servicios de Inteligencia” de Humberto Palamara; “El Libro Negro de la Justicia Chilena” de Alejandra Matus; “Los secretos del Fra Fra” de María Irene Soto; y, “Cecilia, la vida en llamas” de Cristóbal Peña. Similar situación ha ocurrido con la película “La Última Tentación de Cristo” de Martín Scorsese. En todos estos casos, se ha prohibido la circulación de las obras en nuestro país, lo que ha obligado a los afectados con dichas medidas a recurrir ante los organismos internacionales del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, por violación de su derecho a la libertad de expresión e información.

## II. ASPECTOS GENERALES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN En la elaboración de este capítulo nos hemos basado fundamentalmente en el informe inédito de los profesores José Zalaquett y

de derechos humanos resulta indudable que todos los órganos del Estado -incluidos por cierto los órganos jurisdiccionales- están impedidos absolutamente de restringir o limitar previamente el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.<sup>31</sup> En efecto, si concordamos las normas de la CADH, especialmente lo dispuesto en sus artículos 1°, 2°, 13° y 29°, con las normas contenidas en los artículos 5 inciso 2°, 6 y 19 N°12 de la Constitución, es posible establecer, sin lugar a dudas, la especial obligación de todos los poderes del Estado, de respetar, garantizar y promover el libre ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Como ya hemos dicho, esta obligación reviste especial importancia en el caso de los tribunales de justicia; debemos entonces ser categóricos al afirmar que los órganos jurisdiccionales también se encuentran impedidos de restringir previamente el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, no estando facultados para examinar preventivamente los mensajes, opiniones o informaciones, con el pretexto de determinar su legitimidad o licitud, ya sea a través de medidas cautelares en procedimientos civiles y penales, o acciones constitucionales de protección de derechos, sin perjuicio de hacer efectivas las responsabilidades ulteriores que establece la ley.<sup>32</sup>

La prohibición de la previa censura no obsta a que en virtud del principio de responsabilidad que establece la Constitución, si una persona incurre en delitos o abusos al exteriorizar o difundir opiniones e informaciones, enfrente las consecuencias civiles y penales que establezca la ley, tal como veremos a continuación.

En atención a lo anteriormente expuesto, podemos concluir que la transmisión de información lícita en Internet -incluida por cierto la transmisión de contenidos nocivos- no puede ser objeto de censura previa, bajo ninguna circunstancia.

### II.7 Restricciones al ejercicio de la Libertad de

<sup>29</sup> Sentencia de la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago "Luksic con Martorell", de fecha 30 de mayo de 1993, confirmada por la Excma. Corte Suprema con fecha 15 de junio de 1993. Revista Derecho y Jurisprudencia, tomo XC, página 170. Esta inaceptable definición de censura encuentra su fuente en la definición de Henry J. Abraham, citada por Cea Egaña en su artículo "Misión Cautelar de la Justicia Constitucional", publicado en la Revista Chilena de Derecho, volumen 20, páginas 395 y ss.

<sup>30</sup> Con motivo de la dictación de esta sentencia, el Estado chileno fue denunciado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, organismo que, en su pronunciamiento de fecha 3 de mayo de 1996, declaró: "(...) el Estado de Chile, mediante resolución de la Corte Suprema de Justicia, de 15 de junio de 1993, que prohibió el ingreso, distribución y circulación del libro "Impunidad diplomática", cuyo autor es el señor Francisco Martorell, ha violado el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos." Informe N°11/96, de 3 de mayo de 1996, caso N°11.230. Martorell v. Chile. El texto íntegro del informe se encuentra publicado en <http://www.derechoshumanos.cl/cidhmartorell.htm> [fecha de consulta: 01 diciembre de 2004]

<sup>31</sup> Salvo lo dispuesto en artículo 13 N°4 de la CADH, que se refiere a la calificación de espectáculos públicos para regular el acceso a ellos de menores de edad.

<sup>32</sup> Nogueira Alcalá. Op. cit., página 90.

## Expresión

La prohibición de la previa censura no es óbice a que en virtud del principio de responsabilidad que establece la Constitución, si una persona incurre en delitos o abusos al exteriorizar o difundir opiniones e informaciones, enfrente las consecuencias civiles y penales que establezca la ley.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional, ha afirmado que *“nuestra Constitución ha consagrado en esta materia un sistema que importa resguardar el principio de libertad, ya establecido en el artículo 1º, inciso primero, de la Carta Fundamental, el que implica igualmente que el ejercicio de tales libertades significa una responsabilidad para quienes las ejercen. De esta manera, aquellos que al hacer uso de estas libertades cometan delitos o incurran en abusos, deben afrontar las consecuencias penales y civiles que la ley establezca”*.<sup>33</sup>

Incluso, la Corte Interamericana ha reservado expresamente el término “restricción” para la conducta definida legalmente como generadora de responsabilidad ex-post por el abuso de la libertad de expresión.<sup>34</sup>

Específicamente, las restricciones: **i)** deben ser establecidas por ley; **ii)** deben perseguir uno de los objetivos mencionados en el artículo 13 N°2 de la CADH; **iii)** deben ser necesarias para la consecución de tales objetivos, esto es, debe demostrarse que no existen medios menos restrictivos; y, **iv)** deben ser proporcionales al fin buscado, esto es, no deben ir más allá de lo estrictamente requerido para la protección de los derechos de otros o del interés público involucrado.<sup>35</sup>

Por su parte, de acuerdo al artículo 13 N°2 de la CADH, tales responsabilidades ulteriores deben *“estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”*.<sup>36</sup> En cambio, el artículo 19 N°12 de la Constitución, es menos preciso, limitándose a señalar que se debe *“responder de los delitos y abusos que se cometen en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley”*. Debemos entender que la CADH limita la norma constitucional, acotando las responsabilidades ulteriores que la ley puede fijar, las que deben necesariamente

<sup>33</sup> Considerando 9°. Sentencia TC Rol N°226. En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina nacional. Evans de la Cuadra, por ejemplo, opina que “(...) el necesario equilibrio entre el derecho que se ejerce y los deberes correlativos que dignifican a aquel, hace indispensable que el ordenamiento jurídico, cautelando otros bienes jurídicos, haya establecido que la práctica de estas libertades lleva consigo la exigencia de responsabilidad. Por ello, quienes al opinar, informar, comunicar, difundir ideas, noticias, imágenes, en cualquier forma, por cualquier medio, actual o futuro, cometan delitos o incurran en abusos, deben afrontar las consecuencias penales y civiles que una ley especial establezca.” Citado por Nogueira Alcalá. Op. cit., página 52.

<sup>34</sup> OC-5/85, párrafo 35.

<sup>35</sup> Zalaquett Daher, op. cit., página 41.

<sup>36</sup> Sobre los conceptos de orden y moral pública como limitaciones al ejercicio del derecho a la libertad de expresión nos referiremos en específico cuando analicemos las hipótesis de contenidos nocivos que circulan en Internet.

enmarcarse dentro de los términos expresados en el mencionado artículo 13 N°2.

En nuestro ordenamiento jurídico, en virtud del principio de responsabilidad que establece la Constitución, si una persona incurre en delitos o abusos al expresar o difundir sus opiniones o informaciones, debe eventualmente enfrentar las consecuencias civiles por daños producidos a la honra o privacidad de terceros, y/o penales por los delitos de injurias y calumnias que establece la ley. A esto nos referiremos a continuación.

### **a. El derecho al honor y a la vida privada como límites al ejercicio de la libertad de expresión.**

---

Al igual que el sistema normativo de garantía y protección de la libertad de expresión e información, las normas sobre protección del honor y la vida privada son de la más alta jerarquía. En efecto, tanto la Constitución como los tratados internacionales sobre derechos humanos, suscritos y ratificados por Chile, establecen normas específicas que consagran el derecho a la honra y a la vida privada.

Así, por ejemplo, el artículo 19 N°4 de la Ley Fundamental asegura a todas las personas el *“respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia por la ley”*.

La CADH, por su parte, dispone en el artículo 11 que:

*“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.*

*2. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.*

*3. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.*

El derecho al honor prohíbe, en una perspectiva negativa, la violación del buen nombre de una persona o de su familia. El concepto de honor tiene dos caracteres esenciales: un carácter objetivo que se refiere a la buena fama, reputación o buen nombre adquirido por la virtud y el mérito; y otro subjetivo que se refiere al autoestima y respeto de la dignidad humana. Así también lo ha reconocido la jurisprudencia.<sup>37</sup>

El honor, en su sentido objetivo, se encuentra protegido tanto a nivel constitucional, a través de la acción de protección contemplada en el artículo 20 CPR, como a nivel legal, a través de los tipos legales de injurias y calumnias de los artículos 416 y 412 del Código Penal, respectivamente.

---

<sup>37</sup> En opinión de la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de 31 de mayo de 1993, “el término honra tiene dos puntos de vista: a) subjetivo: es el aprecio que cada uno siente por sí mismo; y b) objetivo: es la reputación o buena fama que los terceros tienen de uno. La Constitución ampara este segundo aspecto, pues el subjetivo queda en el plano interno de la persona, en cambio, el objetivo forma parte de la convivencia social y ésta es la que regula el derecho, toda vez que constituye la protección de la dignidad del ser humano.”Revista Derecho y Jurisprudencia, tomo XC, página 164.

El Código Penal define a la injuria como “*toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona*”<sup>38</sup> y en opinión unánime de la doctrina y la jurisprudencia, debe agregarse a esta definición un elemento no escrito del tipo: el *animus injuriandi*, es decir, el ánimo del sujeto de deshonrar, desacreditar o menospreciar el honor de una persona. En este sentido, la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores ha establecido que “*los sentenciadores han llegado a la convicción que las expresiones proferidas por el enjuiciado [X.X.] no constituyen injurias de ninguna índole, toda vez que falta el animus injuriandi (...) siendo tanto su propósito como el contenido de su libelo el de informar y criticar, no de menospreciar, difamar y desacreditar (...)*”.<sup>39</sup>

Respecto al delito de calumnia, que según el artículo 412 del Código Penal consiste en “*la imputación de un delito determinado pero falso y que pueda actualmente perseguirse de oficio*” la doctrina ha identificado los siguientes elementos del tipo: **i)** la atribución de un delito; **ii)** hecha con conocimiento de su falsedad; y, **iii)** con dolo o negligencia de quien imputa el delito. Además, la jurisprudencia ha establecido que “*para que exista un delito de calumnia no es suficiente que se emitan frases y denominaciones vagas, imprecisas y genéricas, sino que es necesario que el ofensor haga la imputación de un delito a una persona determinada, sea en su calidad de autor, cómplice o encubridor, atribuyéndole para ello un hecho determinado, claro y preciso, falso, y que además sea actualmente perseguible de oficio*”.<sup>40</sup>

Hay que destacar que ambas figuras penales son delitos de acción privada,<sup>41</sup> característica que resulta de suyo relevante a la hora de analizar las condiciones exigidas a los prestadores de servicios Internet<sup>42</sup> para eximirse de responsabilidad por contenidos ilícitos que circulen o se alojen en sus redes o sistemas, por cuanto, en términos generales, se les impone la obligación de denunciar con prontitud los hechos delictivos cuando tengan conocimiento efectivo de la ilicitud de la información o de circunstancias que revelen tal carácter. No vemos cómo, en el caso de información injuriosa o calumniantes, pueda el proveedor de Internet movilizar el aparato judicial del Estado en circunstancia que, según las leyes procesales, sólo el ofendido o la víctima puede realizar dicha acción. Sobre esto volveremos más adelante, cuando analicemos las propuestas normativas en la materia.

Y para concluir, el último y no por eso menos importante elemento, tanto la injuria como la calumnia son delitos que requieren para su materialización de un acto de expresión o manifestación, el cual puede adoptar las más diversas formas: gráfica, oral,

<sup>38</sup> Artículo 416 del Código Penal.

<sup>39</sup> Revista Gaceta Jurídica, N°110, 1988, página 72.

<sup>40</sup> Revista Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXIII, N°2, mayo – agosto.

<sup>41</sup> De conformidad a lo dispuesto en los artículos 428 del Código Penal, 18 N°8 del Código de Procedimiento Penal y 55, letra a) del Código Procesal Penal.

<sup>42</sup> Sobre estos conceptos, ver explicación detallada en el capítulo III.5.



## II. ASPECTOS GENERALES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN En la elaboración de este capítulo nos hemos basado fundamentalmente en el informe inédito de los profesores José Zalaquett y

escrita, etc. Esta expresión o manifestación resulta ilegítima contra la honra de una persona cuando con ella se lesiona de cualquier forma su reputación o consideración social. Pero, determinar si esa manifestación puede ser considerada como límite del libre ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información -por vulnerar el derecho a la honra de una persona- es tarea de competencia exclusiva de los tribunales de justicia, quienes deberán resolver mediando una adecuada ponderación de los derechos en aparente conflicto o colisión, realizando para ello una interpretación basada en criterios objetivos, razonables y compatibles con el bloque constitucional de derechos humanos, siendo de vital importancia que los tribunales no cedan ante la presión de aniquilar un derecho en beneficio de otro, como tantas veces ha ocurrido en nuestro país, resultando prioritario concentrarse en la búsqueda de soluciones que armonicen o compatibilicen adecuadamente los distintos derechos fundamentales asegurados. Esta labor resulta esencial e imprescindible en un estado democrático de derecho como el nuestro.<sup>43</sup>

### b. Otras restricciones al ejercicio de la libertad de expresión.

El artículo 13 N°5 de la CADH establece una restricción específica al derecho a la libertad de expresión e información: la prohibición de *“toda propaganda en favor de la guerra y la apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”*.

Esta norma, incorporada en nuestro derecho interno, nos permite aseverar que cualquier expresión en Internet que implique la manifestaciones de estas acciones no se encuentra amparada por el derecho a la libertad de expresión, de manera que si nos encontramos en presencia de un sitio web con información de esta naturaleza y éste se encuentra alojado en un servidor en nuestro país, se pueden iniciar acciones en su contra por vulnerar lo dispuesto en la CADH, por vía de la acción de protección contemplada en el artículo 20 de la Constitución Política.<sup>44</sup>

Por otra parte, el artículo 13 N°4 de la CADH permite que los *“Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia (...)”*. Sobre esta norma ya nos hemos referido, al identificarla como excepción a la regla que establece la prohibición absoluta de la censura previa en la CADH.

Finalmente, sólo mencionaremos el último límite legítimo al libre ejercicio de la

<sup>43</sup> Una interesante análisis realiza Nogueira Alcalá sobre el real o aparente conflicto entre los derechos al honor y a la vida privada y el derecho a la libertad de expresión e información, fijando los puntos de conflicto, precisando una adecuada delimitación de ellos y entregando incluso elaborados criterios para la solución de los diversos conflictos que pueden suscitarse, vid. Nogueira Alcalá, op. cit., páginas 157 a 194.

<sup>44</sup> En este mismo sentido cabe destacar la norma contenida en el artículo 31 de la Ley de Prensa la que dispone: “El que por cualquier medio de comunicación social, realizare publicaciones o transmisiones destinadas a promover odio u hostilidad respecto de personas o colectividades en razón de su raza, sexo, religión o nacionalidad, será penado con multa de veinticinco a cien unidades tributarias mensuales.”

libertad de expresión, el cual lo encontramos en los artículos 39 a 41 de la Constitución, y que se refiere a los estados de excepción constitucional.<sup>45</sup>

### **c. Interpretación de las restricciones al libre ejercicio de la libertad de expresión.**

---

Frente a la duda entre favorecer la libertad de expresión o restringirla, el intérprete siempre deberá inclinarse por la primera alternativa, y ello en virtud múltiples razones.

Por una parte, en virtud de la interpretación armónica que debe realizarse de las normas que conforman el bloque constitucional de derechos fundamentales (aplicando el principio “pro cives” o “favor homines”) y de la importancia de la libertad de expresión e información para la vida democrática; y, por otra parte, como consecuencia de la aplicación de las bases fundamentales de la institucionalidad del Estado, consagradas en el inciso 3° del artículo 1° de la Constitución, que le exige al Estado chileno reconocer y amparar a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y garantizarles la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos. De esta manera lo han resuelto los tribunales de justicia.<sup>46</sup>

Asimismo, resulta indudable que la interpretación de los límites y restricciones al derecho a la libertad de expresión debe ser siempre de carácter restrictiva; y siendo, además, especialmente importante para determinar el alcance de las disposiciones legales que la regulan o complementan, sobre todo si consideramos que las restricciones generalmente se traducen en conceptos jurídicos indeterminados, tales como el orden público, la moral o las buenas costumbres. En caso contrario, se atentaría contra el más completo ejercicio posible de los derechos asegurados por el bloque constitucional de derechos humanos, ejercicio que se encuentra específicamente resguardado tanto por el artículo 19 N°26 de la Constitución<sup>47</sup> como por el artículo 29 de la CADH<sup>48</sup>.

Al respecto, la Comisión Interamericana ha establecido que los *“los puntos relevantes en materia de restricción del derecho [a la libertad de expresión] son el momento legítimo y válido de aplicación de las restricciones, que por regla general es a posteriori, salvo los casos de restricciones preventivas o de censura expresamente autorizados que constituyen la excepción a la regla general; si la finalidad es legítima*

<sup>45</sup> En general sobre los estados de excepción constitucional, vid. Nogueira Alcalá, Humberto. “Dogmática Constitucional”, páginas 295 a 368.

<sup>46</sup> “La Constitución Política (...) garantiza la libertad de información sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, razón por la cual toda preceptiva que implique limitación a este derecho debe ser interpretada restrictivamente”. Voto de minoría de sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 23 de noviembre de 1990, confirmado por la Corte Suprema. Revista Chilena del Derecho, volumen 18, página 475. En exactamente el mismo sentido, se pronuncia la sentencia de la Corte Suprema de 1991, publicada en la Revista Gaceta Jurídica N°132, 1991, página 30.

<sup>47</sup> El artículo 19 N°26 de la Constitución otorga “La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

## II. ASPECTOS GENERALES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN En la elaboración de este capítulo nos hemos basado fundamentalmente en el informe inédito de los profesores José Zalaquett y

*dentro del contexto de una sociedad democrática, pluralista, crítica, tolerante; si existe razonabilidad y proporcionalidad de la restricción, todo ello con el objeto de armonizarlo con los otros derechos de la persona”.*<sup>49</sup>

En conclusión, la importancia de la libertad de expresión como base de la democracia y como protección de la autonomía de las personas y de los grupos intermedios, unido al mandato del bloque constitucional de derechos humanos deben llevar a prohibir cualquier interpretación que, en palabras del Tribunal Constitucional, “[signifique] imponer condiciones que impiden su libre ejercicio; y es que se afecta su esencia desde el mismo instante en que su ejercicio deja de ser libre”.<sup>50</sup>

En consecuencia, cualquier regulación o medida que se pretenda establecer con la finalidad legítima de controlar los contenidos ilícitos y nocivos que circulan en Internet, deberá necesariamente adecuarse al bloque constitucional de derechos fundamentales, específicamente al sistema normativo de protección de la libertad de expresión. Esto cobra especial relevancia en el caso de los contenidos nocivos, por cuanto expresiones tales como la pornografía para adultos se encuentran mayormente expuestas a ser objeto de ataques que impidan el pleno ejercicio del derecho a la libertad de expresión, debido a la falta de aprobación general explícita de la comunidad, constituyéndose en expresiones minoritarias. Sobre esto tratará, el capítulo IV de esta investigación.

<sup>48</sup> “Artículo 29. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.” El subrayado es nuestro.

<sup>49</sup> OC-5/85 . L os corchetes de la cita son nuestros.

<sup>50</sup> Considerando 31°. Sentencia TC Rol N°226



## III. ASPECTOS GENERALES DE INTERNET

### III.1 ¿Qué es Internet?

Básicamente, Internet es una red de redes. Así de simple, así de complejo. Cuando hablamos de Internet estamos hablando de una serie finita de computadores conectados entre sí a través de múltiples redes de telecomunicaciones, de diversa naturaleza, y que utilizan un mismo protocolo o lenguaje de comunicación (TCP/IP)<sup>51</sup>. Este lenguaje logra que los computadores “hablen entre sí” permitiendo el tráfico de información desde un punto cualquiera de la red hasta otro punto, de cualquier otra red, ambas interconectadas por Internet.

Podemos conceptualizar a Internet como una superestructura de sistemas de telecomunicaciones que conforman una red global de redes informáticas, de carácter masiva, omnipresente y esencialmente descentralizada, donde la información,

---

<sup>51</sup> Que corresponden a las siglas de Transmission Control Protocol/Internet Protocol. El TCP/IP es un conjunto de normas de transporte y direccionamiento de paquetes de información establecido y estandarizado para Internet e incorporado por otras redes de comunicaciones.

transformada en impulsos eléctricos, fluye en las más diversas y variadas direcciones.

Pero Internet no es sólo eso, es mucho más, es el equivalente histórico de la electricidad para la era industrial. Es la base tecnológica que caracteriza a nuestra era, la era de la información; y como tal ha provocado (y seguirá haciéndolo por mucho tiempo más) profundas transformaciones en las relaciones sociales, económicas y jurídicas de nuestra sociedad.<sup>52</sup>

En lo que nos interesa, Internet ha sido objeto de intensos debates en los foros jurídicos mundiales, existiendo incluso algunas brillantes aproximaciones respecto de lo que significa la red en un ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, una corte federal estadounidense, al momento de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley del Congreso de ese país, se refirió a Internet de la siguiente manera: “(...) *dejando aparte las siglas y el argot que han sembrado la vista, Internet puede muy bien ser descrita **como una conversación universal sin fin** . (...) Como la forma participativa de expresión de masas más desarrollada jamás conocida, Internet merece la más estricta protección frente a la intrusión gubernamental. (...) La ausencia de regulación gubernativa de los contenidos de Internet ha producido, incuestionablemente, una especie de caos, pero, como uno de los expertos propuestos por los demandantes indicó en el curso de la vista, lo que ha hecho de Internet un éxito es el caos que representa. **La fuerza de Internet es ese caos** ”.*<sup>53</sup> Esta declaración judicial se ha convertido, con el paso del tiempo, en un verdadero manifiesto para los amantes de una red libre. Además, ha marcado una línea profunda en el derecho norteamericano respecto de la naturaleza jurídica de las comunicaciones que se realizan en ella.

## III.2 ¿Cuál es el origen de Internet?

La idea de Internet nació, en plena Guerra Fría en los laboratorios de la Agencia para Proyectos de Investigación Avanzada (“ARPA”, por sus siglas en inglés) creada por el Departamento de Defensa de los Estados Unidos, con el objetivo de desarrollar un sistema de comunicaciones seguro, que pudiera funcionar incluso en caso de ataques nucleares.

Para lograr su fin, utilizaron y desarrollaron una técnica de transmisión de datos por conmutación de paquetes –creada por Paul Baran– que permite desglosar una información en diferentes unidades las que luego puedan reunirse de manera integral en

<sup>52</sup> En general, sobre el impacto de las nuevas tecnologías en la sociedad contemporánea recomendamos la excelente y basta obra de Manuel Castells, especialmente la trilogía “La era de la Información: la sociedad red” y “La Galaxia Internet”. En nuestro país, sobre el impacto económico de Internet, vid. Departamento de Ingeniería Industrial. Universidad de Chile. “Revista Perspectivas. Distintas visiones sobre Tecnologías de Información e Internet en Chile”, *passim*.

<sup>53</sup> Sentencia de la Corte del Distrito Este de Pensilvania recaída en *American Civil Liberties Union et al. v/s Janet Reno, Attorney General of the United States*, confirmada por la *Supreme Court of Justice*, en Slip Opinión 521 U.S.(96-511). Los subrayados y el énfasis son nuestros.

cualquier parte de la red, aunque hayan seguido rutas distintas hasta el punto de encuentro. Esta técnica, ensamblada con la idea de Baran -quien además había diseñado una arquitectura de comunicaciones cuya estructura se asemejara a una malla de componentes descentralizados- se constituyeron en la base esencial sobre la cual se construyó y desarrolló aquello que hoy denominamos Internet.<sup>54</sup>

La primera aplicación práctica de este modelo, correspondió a la red Arpanet que en 1969 logró conectar cuatro grandes computadores pertenecientes a las universidades de California, Utah, Santa Bárbara y Stanford. Durante los años siguientes se sumaron más centros de investigación a esta incipiente red y se desarrollaron los principales protocolos Internet que permitieron el uso de un lenguaje común entre los computadores conectados. Así, se fueron desarrollando aplicaciones y protocolos tales como Telnet, FTP (*"File Transfer Protocol"*) y TCP (*"Transmisión Control Protocol"*). Luego, en 1980, se unifican los lenguajes de comunicación y se consolida el protocolo TCP/IP, el que, como ya dijimos, se ha convertido en el principal lenguaje de intercomunicación utilizado por quienes se conectan a la Red.<sup>55</sup>

Hasta fines de la década de los ochenta, Internet era utilizada esencialmente por científicos, estudiantes universitarios y profesionales informáticos quienes se comunicaban entre sí a través del correo electrónico. Esto se mantuvo así hasta que a principios de los noventa, Tim Berners-Lee, programador del *Centre Européen pour la Recherche Nucléaire*,<sup>56</sup> desarrolló un formato o protocolo de visualización compatible con cualquiera de los sistemas operativos con que funcionaban los computadores conectados a la Red. Así nació la World Wide Web (*"WWW"* o *"Web"*) la principal y más importante herramienta de Internet, la cual facilitó su exitosa masificación.

La Web funciona, básicamente, mediante la utilización de un formato especial denominado HTTP (*Hiper Text Transfer Protocol*) que permite la visualización de la información de manera gráfica y la construcción de enlaces en la información a través del hipertexto. En términos simples, el hipertexto es un concepto que designa información interconectada en red: imágenes, gráficos, sonido, animación, etc. Una página de hipertexto puede contener variados elementos, como enlaces a otras páginas

## III.3 Las herramientas de Internet

<sup>54</sup> Existen discrepancias respecto a si las creaciones de Paul Baran fueron realmente utilizadas en la implementación de ARPANET. En efecto, Lawrence Roberts -ex director de ARPA- ha llegado a afirmar que la idea de que la motivación de Arpanet fue la creación de una red a prueba de ataques nucleares era sólo un falso rumor. Citado en Castells, M. y Himanen, P., "El Estado del Bienestar y la Sociedad de la Información. El modelo finlandés". página 77.

<sup>55</sup> Para mayor información sobre el origen de Internet, véase Castells, Manuel. "La Galaxia Internet", páginas 23 y ss. En inglés, recomendamos el completo sitio web <http://www.livinginternet.com> [fecha de consulta: 01 de diciembre de 2004]

<sup>56</sup> Centro Europeo de Investigación Nuclear, ubicado en Ginebra, Suiza.

Para acceder a la información que transita por la Red es necesario utilizar algunas de las herramientas actualmente disponibles, dependiendo del tipo de material de que se trate o del tipo de comunicación que se desee establecer.

A continuación, haremos una breve referencia a las herramientas más importantes que actualmente se utilizan en Internet.

**WEB:** es, junto con el correo electrónico, la herramienta más utilizada por los usuarios de Internet. La Web está conformada por millones de páginas o documentos hipertextuales, alojadas en equipos conectados a la Red. Sobre sus principales características ya nos hemos referido anteriormente. Para acceder a la información Web es necesario contar con una aplicación computacional llamada Navegador (Browser), siendo Mozilla, Internet Explorer y Netscape Navigator los más populares entre los usuarios;

**Correo electrónico (“E-MAIL”):** corresponde a la versión electrónica del tradicional correo postal con las ventajas de una llamada telefónica. Es una forma de comunicación persona a persona, instantánea, de muy bajo costo y que permite la comunicación privada entre el remitente y el destinatario de la información. Las aplicaciones computacionales más utilizadas son Outlook Express, Eudora, CompoSer, etc. Existen, además, servicios de correo electrónico que permiten su visualización en ambiente Web, siendo Hotmail el servicio de esta naturaleza más utilizado en el mundo;

**Transferencia de archivos (“FTP”):** se trata de un sistema no gráfico de intercambio de archivos. Es utilizado principalmente por usuarios avanzados de Internet para intercambiar grandes volúmenes de información. La aplicación más popular corresponde al software WS-FTP;

**Transferencia de archivos persona a persona (“P2P”):** se trata de sistemas de intercambio de información, utilizados masivamente en los últimos años para compartir archivos multimediales (principalmente música en formato MP3 y videos). El sistema opera de manera muy simple: un software especial convierte el computador personal de un usuario en un servidor, el cual puede ser visto y accesado por todos los usuarios que también tengan instalado el software, lo que crea una red particular dentro de Internet. Napster, Kazaa y Gnutella, son o han sido, los sistemas P2P más utilizados.

**Listas de distribución (“MAIL LISTING”):** es un sistema de distribución de información que utiliza el correo electrónico como medio y que consiste básicamente en una herramienta que permite el envío masivo de mensajes a una pluralidad de destinatarios acerca de un tema específico. Los destinatarios reciben la información en la casilla de correo electrónico que hayan indicado al momento de inscribirse en la lista de distribución;

**Grupos de Noticias (“NEWSGROUP o NEWS”):** corresponden a grupos abiertos de debates, organizados principalmente por áreas temáticas y cuyos contenidos son aportados por los mismos usuarios del Grupo de Noticias. A diferencia de las listas de distribución, no se utiliza el correo electrónico sino que se crea un “Tablon de Anuncios” donde quedan registrados los mensajes enviados y pueden ser consultados por cualquier persona. Generalmente no son moderados y para acceder a ellos se necesitan de ciertas aplicaciones especiales, aunque también existen sitios que permiten su visualización



Web;

**Foros:** corresponden a una versión particular de los grupos de noticias, y generalmente se encuentran dentro de los servicios que presta un sitio web determinado. Por esta razón, en teoría se encuentran sujetos a control de contenidos por parte de aquél que presta el servicio. Como veremos más adelante, en Chile los pocos casos sobre Internet que han llegado a los tribunales de justicia se refieren a situaciones ocurridas en este tipo de herramientas;

**Mensajería instantánea o conversación en Tiempo Real (“CHAT”):** es una herramienta que permite la comunicación persona a persona, en tiempo real, muy similar a una conversación telefónica y que generalmente utiliza aplicaciones computacionales específicas tales como IRC, ICQ, Messenger, etc, aunque también existen algunos que se ejecutan desde una página Web y que forman parte de los servicios que ofrecen los portales web;

**Buscadores (“SEARCH ENGINES”):** son herramientas Web que permiten la búsqueda de información en Internet mediante la utilización de descriptores o palabras claves. La búsqueda se realiza en bases de datos que los propios buscadores construyen día a día, utilizando para ellos Motores de Búsquedas que analizan automáticamente las páginas web, las clasifican y retienen parte de su contenido. Los buscadores más utilizados son [Google.com](http://Google.com) , [Alltheweb.com](http://Alltheweb.com) , etc.

Este conjunto de herramientas técnicas, junto a muchas que se van creando día a día, conforme avanza el desarrollo tecnológico, permiten configurar aquello que hoy conocemos como Internet, la cual no sólo es una gran superestructura de sistemas de telecomunicaciones, como hemos dicho, sino que es ante todo un sistema polifacético de comunicación, donde convergen los tradicionales medios de comunicación unipersonales y los medios masivos de información.<sup>57</sup> De esta convergencia resulta un aspecto muy interesante y novedoso: el intercambio de papeles entre los productores y los receptores de la información que circula en la sociedad. Con Internet no sólo los grandes conglomerados de la comunicación son los productores de la información que circula, sino que además cualquier ciudadano puede hacerlo, a muy bajo costo.<sup>58</sup>

## III.4 Características de Internet

Las especiales características de Internet, la convierten en un fenómeno muy difícil de clasificar, y por consiguiente de regular sus efectos jurídicos, que podrían ser en algunos casos benéficos y en otros negativos, que son los que nos ocupan en nuestra investigación.

<sup>57</sup> Para una aproximación al concepto de convergencia, véase Llana González, Paloma. “Internet y Comunicaciones Digitales”, *passim*.

<sup>58</sup> La idea es desarrollada con mayor profundidad en Fernández Esteban, María Luisa. “Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet”, página 290 y ss.

Así, entre muchas otras características que la diferencian de cualquier otro medio de comunicación, existen algunas que provocan intensos debates acerca de cómo el derecho se adecua a los avances de las tecnologías de la información y comunicación. A continuación brevemente señalaremos estas características:

**El carácter transnacional y el alcance global de la Red**, convierten a Internet en el principal medio de difusión de información en todo el mundo. Por ejemplo, cualquier persona en cualquier parte del mundo puede leer los diarios electrónicos que se publican en Chile, tan sólo requiere para ello contar con acceso a Internet.<sup>59</sup> Por otra parte, tal como explicáramos cuando nos referimos a la génesis de Internet, **la descentralización** de la ella, permite que ésta goce de cierta autarquía, al no encontrarse sometida a un régimen de control centralizado, ni nada parecido, lo que naturalmente dificulta cualquier intento soberano de regular sus efectos indeseados. Es común afirmar que Internet no tiene dueño, representante legal, ni nada parecido que la gobierne o administre.

Por su parte, **Internet permite expresar y difundir ideas y opiniones de manera amplia, inmediata y a muy bajo costo**. En Estados Unidos, incluso se ha afirmado que Internet tiene un efecto democratizador muy importante, al conferir a *“los ciudadanos «de a pie» las mismas posibilidades de ejercer su derecho a la libertad de expresión que los grandes magnates de las empresas de comunicación”*, argumentación que influyó de manera decisiva en el fallo de la Corte Suprema de ese país que declaró inconstitucional la Ley de Decencia de las Comunicaciones.<sup>60 61</sup>

En el mismo sentido, la Subsecretaría de Telecomunicaciones (“SUBTEL”) ha declarado que *“Internet no tiene que ver con tecnología. Internet tiene que ver básicamente con la distribución democrática del capital informacional y con el acceso a la cultura y el saber”*.<sup>62</sup>

Otra característica muy importante de Internet dice relación con su **enorme capacidad de crecimiento** y la aún mayor **capacidad de innovación tecnológica** que

<sup>59</sup> A modo de referencia, según las últimas estadísticas de IDC Chile, en nuestro país alrededor de 3 millones de personas tienen acceso a Internet. Información publicada en <http://www.idclatin.com> [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2004]

<sup>60</sup> Sentencia Reno v/s American Civil Liberties Union et al., Op. cit.. Un interesante comentario de esta sentencia encontramos en “Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet” de Fernández Esteban, María Luisa, publicado en la Revista Española de Derecho Constitucional. Año 18. N°53, páginas 283- 311.

<sup>61</sup> En relación con el efecto democratizador de Internet es posible encontrar otras opiniones que relativizan esta característica altamente valorada por los jueces norteamericanos. En este sentido, Boix Palop afirma que, efectivamente Internet ofrece la posibilidad a cualquier ciudadano de llegar potencialmente a tantos cientos de miles de personas como pueden hacerlo las grandes corporaciones que cuentan con mayores recursos económicos y tecnológicos, sin embargo, agrega que no es lo mismo ser “visible” a ser “efectivamente visible” en la Red. Señala que para ser “efectivamente visible” no basta con la sola presencia en Internet sino que también es necesario dar a conocer al potencial público la existencia de dicha presencia y para ello es imprescindible realizar grandes inversiones publicitarias, las que -obviamente- sólo son accesibles a corporaciones económicamente fuertes. En: “Libertad de Expresión y pluralismo en la Red.” Revista Española de Derecho Constitucional. Año 22. N°65, páginas 133-180.

<sup>62</sup> Subsecretaría de Telecomunicaciones. “Internet en Chile”. s.a.

esto trae aparejado. Tan sólo debemos recordar que hasta hace un par de años atrás la única forma de acceder a Internet desde el hogar era a través de la línea telefónica tradicional y un módem cuya velocidad máxima de comunicación alcanzaba apenas los 56 Kbps. En cambio, en la actualidad mediante la utilización de tecnologías de acceso banda ancha, una conexión domiciliaria puede fácilmente alcanzar velocidades cercanas a los 300 Kbps. Este crecimiento ha provocado, obviamente, el aumento de los usuarios y el volumen de tráfico de información en Internet.

Por último, **el anonimato de los usuarios de la Red** es otra de las características relevantes para nuestros fines. Internet es un medio en sí opaco, donde el anonimato queda más resguardado que en cualquier otro medio de comunicación. Si bien la identificación de un computador por medio del cual se han introducido a la Red contenidos que pueden ser calificados de ilícitos es relativamente fácil, no sucede lo mismo al momento de intentar identificar a la persona que introdujo ese contenido, menos aun si se trata de personas que acceden a Internet desde lugares de acceso público o compartido, tales como cibercafes, bibliotecas o telecentros comunitarios.<sup>63</sup>

Todas estas características son de suyo relevante para la cuestión que nos convoca: el tráfico de información ilícita y nociva se ha vuelto mucho más exitoso en un medio con las características de Internet. La ausencia de regulación eficaz ha permitido que cualquier persona difunda información ilícita o nociva, sin temor a ser inculgado o perseguido, aunque en realidad no es la ausencia de regulación el problema sino que éste radica en las ineficaces técnicas de persecución de los ilícitos existentes, las cuales no han sabido adecuarse al cambio tecnológico.

## III.5 Los actores de Internet<sup>64</sup>

Como cuestión previa y fundamental, resulta necesario identificar a todas aquellas personas o entidades que participan o intervienen en Internet, con el objeto de delimitar posteriormente los alcances de la responsabilidad por contenidos ilícitos o nocivos que circulan en la Red.

Para ello, seguiremos lo establecido por la Resolución Exenta N° 1.483 de SUBTEL<sup>65</sup>

<sup>63</sup> Sobre la identificación de un usuario, siempre es posible –a lo menos- determinar desde que computador se emitió el contenido ilícito. Esto, a través de la identificación del número IP de la conexión a Internet, dato conocido como “dirección IP”. Esta información debiera ser respaldada permanentemente por los proveedores de acceso a Internet por cuanto constituye el único medio posible y medianamente eficaz para determinar la identificación del autor de contenidos ilícitos, de manera tal que es altamente recomendable legislar sobre este punto, estableciendo la obligación de respaldar esta información, por un tiempo determinado, resguardando eso sí, los derechos a la vida privada y a la inviolabilidad de las comunicaciones de los usuarios de Internet. Sobre este asunto nos referiremos más adelante.

<sup>64</sup> **En nuestra investigación, utilizamos mayormente la expresión “Operadores de Internet”, para referirnos a aquellas personas o entidades que participan en la Red y que no tiene la calidad de usuarios.**

que fija el procedimiento y plazo para establecer y aceptar conexiones entre ISP, por ser ésta la única norma de nuestro ordenamiento jurídico que se refiere a este aspecto de Internet.<sup>66</sup>

**Proveedor de Acceso a Internet** (“PAI” o “ISP” por sus siglas en inglés) que es la persona natural o jurídica que presta el servicio de acceso a Internet. Este servicio consiste básicamente en el ofrecimiento de los medios técnicos necesarios para conectarse a la Red. Los medios técnicos ofrecidos pueden ser propios o de terceros, en este último caso nos referimos a los denominados ISP virtuales.<sup>67</sup>

En la actualidad existen en nuestro país diversas formas de conectarse a Internet, las cuales clasificaremos según si trata de conexiones alámbricas o inalámbricas:

i.- Servicios de acceso por medios alámbricos: en esta categoría encontramos a aquellos servicios que utilizan las tradicionales redes de telefonía fija para conectarse a Internet. Entre ellos destacan, principalmente, el servicio de acceso telefónico conmutado, los servicios de acceso dedicados de tecnología DSL, ADSL y/o RDSI, redes coaxiales HFC (TV Cable) y redes de fibra óptica. Aunque todavía se encuentra en etapa de desarrollo y evaluación, existe un servicio de acceso que utiliza las redes de distribución de energía eléctrica, denominado PowerLine Connection “PLC”.

ii.- Servicios de acceso por medios inalámbricos: en esta categoría encontramos servicios de acceso móviles WAP, servicios de acceso que utilizan la nueva red de telefonía fija inalámbrica (“WILL”) y aquellos que utilizan tecnologías de conexión satelital.

Respecto a la naturaleza jurídica del servicio de acceso a Internet, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley N°18.168, General de Telecomunicaciones<sup>68</sup> (“LGT”) éste tipo de servicio se corresponde a los denominados servicios complementarios de telecomunicaciones, de esta manera todos los PAI se encuentran sujetos a las obligaciones que establece la LGT a quienes prestan este tipo de servicio, en especial aquéllas que regulan la interconexión entre operadores y el establecimiento de indicadores de calidad del servicio. Por otra parte, debemos recordar que la Constitución establece en el artículo 19 N°5, la inviolabilidad de toda forma de comunicación privada, norma que encuentra su corolario en lo dispuesto en el artículo 36

<sup>65</sup> Publicada en el Diario Oficial con fecha 27 de octubre de 1999.

<sup>66</sup> Otras normas que ha dictado SUBTEL sobre Internet son: i) Resolución Exenta N°669 de 1 de junio de 2001, modificada por la Resolución Exenta N°1.493 de 12 de noviembre del mismo año y que fija indicadores de calidad de servicio de acceso a Internet y sistema de publicidad de los mismos; ii) Resolución Exenta N°698 de 30 de junio de 2000, que fija los indicadores de calidad de los enlaces de conexión para cursar el tráfico nacional de Internet y sistema de publicidad de los mismos. Citadas por Maturana Miquel en “Responsabilidad de los Proveedores de Acceso y de Contenido en Internet”. En: Revista Chilena de Derecho Informático. N°1. Año 2002.

<sup>67</sup> La distinción resulta relevante para determinar quién, en última medida, deberá cumplir con las obligaciones que establecen los proyectos de ley sobre responsabilidad en Internet (Boletín N°3004-19), sobre pornografía infantil (Boletín N°2906-07) y el Capítulo XVII del Tratado de Libre Comercio firmado por Chile y Estados Unidos, los cuales analizaremos más adelante.

<sup>68</sup> Publicada en el Diario Oficial de 02 de octubre de 1982.

b) de la LGT, que tipifica como delito la interferencia, interceptación, o interrupción de un servicio de telecomunicaciones, entre los cuales, indudablemente se encuentra el servicio de acceso a Internet. No obstante lo anterior, la norma constitucional en comento tiene un alcance mucho mayor al señalado, sobre el cual nos referiremos más adelante.

**Proveedor de Servicios Internet** (“PSI”) que es la persona natural o jurídica que ofrece servicios específicos tales como alojamiento de sitios web (hosting), correo electrónico (mailhosting), servidores de news, etc;

**Proveedor de Contenido Internet** (“PCI”) que es la persona natural o jurídica que pone a disposición de los usuarios contenido y/o aplicaciones en Internet a través de medios propios o de terceros;

**Usuario:** Persona natural o jurídica que a través de los servicios de un Proveedor de acceso a Internet accede a la red de Internet;

**Titular de nombre de dominio**, que es la persona natural o jurídica a cuyo nombre se encuentra inscrito un nombre de dominio Internet.<sup>69</sup>

**Compañía de Telecomunicaciones**, que es la concesionaria de servicio público telefónico o de servicio intermedio de telecomunicaciones propietaria de los medios de transmisión de señales, pudiéndose prestar a través de ellas un servicio de acceso a Internet conmutado o por otros medios directos alámbricos o inalámbricos.

Como hemos dicho, Internet es una red de computadores interconectados entre sí, que se comunican utilizando el protocolo TCP/IP. Cada uno de estos computadores (generalmente denominados “servidores”) actúa como emisor/receptor de información. Para que un usuario pueda conectarse a estos servidores, primero debe contratar un servicio de acceso con un PAI, el cual proveerá el servicio a través de las redes de una compañía de telecomunicaciones. Los servidores donde se encuentra la información son operados generalmente por un PSI. La información alojada puede ser propia o de terceros, en este último caso estamos ante un Proveedor de Contenidos.

En muchas ocasiones una misma empresa presta todos los servicios asociados al funcionamiento de Internet. Es el caso, por ejemplo, de las dos principales compañías de telecomunicaciones de nuestro país: Telefónica y Entel, quienes directamente o a través de sus filiales, prestan todos los servicios enumerados anteriormente. En el caso de Entel, indudablemente estamos ante una compañía de telecomunicaciones<sup>70</sup> que presta servicios de acceso a Internet por medios alámbricos e inalámbricos, que tiene a su cargo un gran portal de información (123.cl) donde ofrece contenidos propios y aloja datos ajenos (PCI y PSI, respectivamente). Algo similar sucede con Telefónica, que a través de su filial Terra Networks Chile S.A., presta los mismos servicios que Entel.

---

<sup>69</sup> Un nombre de dominio es la denominación alfanumérica de una dirección IP, de manera tal que cuando digitamos en el navegador la dirección [www.derechoshumanos.cl](http://www.derechoshumanos.cl) en realidad estamos visitando la dirección IP 200.24.235.130

<sup>70</sup> De hecho, Entel S.A. es concesionaria de servicio público telefónico local y concesionaria de servicios intermedios de telecomunicaciones, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 3° y ss de la LGT.

## III.6 Internet y Derecho

Tal como hemos adelantado, como consecuencia de las especiales características de este fenómeno comunicacional y social que es Internet, existe una constante preocupación respecto a la urgente necesidad de adaptación jurídica que exigen las nuevas tecnologías de la información, en razón de la existencia de diversos conflictos insolutos. Entre otras, podemos identificar las siguientes áreas de conflicto:

- Contenidos ilícitos y nocivos: sobre ellos nos referiremos en el siguiente capítulo.

- Propiedad Intelectual: los titulares de derechos de autor son uno de los principales afectados con el desarrollo de Internet, por cuanto las obras sobre las cuales tienen derechos se han vuelto muy fáciles de reproducir o comunicar indebidamente a través de las distintas herramientas disponibles en la Red. El caso paradigmático lo constituye la tecnología de compresión MP3, que permite el intercambio de música en archivos de bajo tamaño. Esta tecnología ha sido fuertemente perseguida por la industria discográfica mundial, quienes luchan constantemente contra los servicios de intercambio que se van desarrollando en el mercado, tal y como sucedió en su momento con el cierre de los dos principales servicios P2P de intercambio de archivos MP3: Napster y Audiogalaxy.

A fines de julio de 2003, la industria discográfica norteamericana (conocida por sus siglas inglesas “RIAA”) ha comenzado una nueva batalla en contra de quienes comparten sus archivos musicales en Internet, iniciando acciones legales reparatorias en contra de usuarios particulares que utilizan plataformas *P2P* como Kazaa, al verse imposibilitada de entablar acciones en contra de las compañías productoras de software *P2P*.<sup>71</sup>

En nuestro país, esta materia se encuentra regulada por la Ley N°19.336 sobre Propiedad Intelectual y es uno de los puntos importantes del Tratado de Libre Comercio acordado recientemente por Chile y Estados Unidos, cuya implementación requerirá de importantes modificaciones al sistema legal de protección de la propiedad intelectual en nuestro país, tal como veremos en el capítulo V.III de esta investigación.

- Nombres de Dominio: existe un conflicto permanente entre los procedimientos de asignación de dominios Internet y el derecho marcario. Estos conflictos se generan a partir de la existencia de un sólo nombre de dominio disponible por nivel y de múltiples marcas registradas, cuyos titulares son distintos y se encuentran inscritas en clases distintas, lo que puede impedir a titulares legítimos de una marca comercial a hacer un uso idéntico de ella en Internet.

En nuestro país, el sistema de asignación de dominios del nivel .CL, administrado por NIC CHILE<sup>72</sup>, establece un sistema arbitral de solución de conflictos, de carácter contractual y obligatorio, en caso de controversia en la asignación de un dominio. Un reglamento, aceptado por las partes al momento de solicitar la asignación del dominio,

---

<sup>71</sup> Mayor información sobre estas acciones legales, se encuentra disponible en el sitio de Electronic Frontier Foundation (EFF) <http://www.eff.org> [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2004]

establece los lineamientos en base a los cuales se designa el árbitro dentro de una nómina preestablecida y los criterios en base a los cuales el árbitro designado debe zanjar el conflicto, sin perjuicio que se trata de un árbitro arbitrador. Este sistema de resolución de conflictos ha resultado altamente eficiente, siendo reconocido por ello.

- Protección de la Vida Privada: el derecho a la vida privada y a la libertad de expresión han sido desde los orígenes de Internet, los derechos más enarbolados por los usuarios de la Red, debido a los múltiples intentos (algunos fallidos, otros no tanto) de conculcación que han sido objetos.

Los derechos a la vida privada y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas están amparados en los numerales 4° y 5°, respectivamente, del artículo 19 de nuestra Constitución. Además, de ciertas normas legales específicas sobre la materia, entre ellas: **i)** la Ley N°19.628 y sus modificaciones posteriores, que regula (con muchas deficiencias) el tratamiento de datos personales; **ii)** la Ley N°19.223 sobre delitos informáticos que en su artículo 2° tipifica como delito la interferencia, interceptación o acceso no autorizado a un sistema de tratamiento de información, hecho con el ánimo de apoderarse, usar o conocer indebidamente los datos contenidos. Asimismo, el artículo 4° penaliza la difusión o revelación maliciosa de los datos contenidos un sistema de información; **iii)** los artículos 144 y 146 del Código Penal que tipifican los delitos de violación de morada y apertura de correspondencia, respectivamente; **iv)** el artículo 161 a del mismo cuerpo legal, que tipifica como delito las conductas de captar, interceptar, grabar o reproducir comunicaciones de carácter privado, sin autorización del afectado; y, **v)** la ya citada norma del artículo 36 b) de la LGT, que tipifica como delito la interferencia, interceptación, o interrupción de un servicio de telecomunicaciones.

Resulta de particular importancia analizar el alcance de la garantía constitucional a la inviolabilidad de las comunicaciones, establecida en el numeral 5° del artículo 19 de Ley Fundamental.<sup>72</sup> La inviolabilidad de las comunicaciones, esencialmente, busca impedir cualquier forma de registro, interceptación o apoderamiento de las comunicaciones personales.

Como se estableció en las actas de la CENC *“la redacción del texto tiende a cubrir toda forma de correspondencia, o sea, toda forma de comunicación espiritual y material entre dos individuos proyectado el uno hacia el otro, por cualquier medio que esté dentro de las posibilidades técnicas del país y de la sociedad de que se trata”*<sup>74</sup>. Los redactores de la Constitución, al referirse al alcance del término “privada” establecen que una comunicación tiene este carácter cuando *“el remitente escoge singularizadamente a la persona que la recibe”*<sup>75</sup> lo cual ha sido interpretado de manera extensiva, aplicando la

<sup>72</sup> Organismo dependiente de la Universidad de Chile y delegado de *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (“ICANN”). Más información disponible en el sitio web de NIC CHILE, cuya dirección es <http://www.nic.cl>

<sup>73</sup> “Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: (...) N°5. La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos o formas determinados por la ley.” El subrayado es nuestro.

<sup>74</sup> Actas de la CENC. Sesión N°129, página 4.

garantía constitucional aún cuando el destinatario no sea determinado individualmente, pero sea determinable por otros medios.<sup>76</sup>

En nuestra opinión, se encuentran al amparo de la protección constitucional todas las actividades que se realizan a través de Internet, especialmente aquellas en que se establece una comunicación entre personas, como por ejemplo, el correo electrónico, las aplicaciones persona a persona (P2P), los sistemas de mensajería instantánea, etc. De esta manera, se debe concluir, con base en la interpretación extensiva que debe darse a los derechos constitucionales, que estos servicios o actividades están protegidos por la garantía constitucional antes mencionada, de manera tal que el registro, interceptación o apoderamiento de los datos de comunicación son ilícitos constitucionales.

Lo anterior resulta de vital importancia si consideramos que la vida privada es una de las principales garantías que protegen al individuo frente a intromisiones ilegítimas del Estado o incluso de otros particulares. Además, como apunta Castells, el uso intensivo de las nuevas tecnologías trae aparejado *el fin de la intimidad* en el ambiente social más importante de nuestras vidas: el lugar de trabajo.<sup>77</sup> En efecto, el ejercicio indiscriminado de las facultades de control que otorga la legislación laboral al empresario, en ambientes de trabajo donde el uso de herramientas informáticas es fundamental para la prestación de los servicios, puede ocasionar importantes lesiones a la garantía constitucional antes mencionada.

Esto ocurre, por ejemplo, en el control de la correspondencia electrónica de los trabajadores por parte de su empleador. Al respecto, en nuestro país la Dirección del Trabajo emitió un Dictamen<sup>78</sup> donde establece que un empleador podrá regular y controlar legítimamente el uso que hagan del correo electrónico sus dependientes, pero en ningún caso podrá tener acceso a la correspondencia electrónica privada enviada y recibida por el trabajador. En nuestra opinión, esta posición se encuentra fundamentada no sólo por las normas constitucionales que amparan las comunicaciones privadas sino que también por las tipos penales que establecen los delitos interceptación, interferencia e interrupción de servicios de telecomunicaciones contenidas en el artículo 36 B de la Ley General de Telecomunicaciones, por cuanto, como hemos dicho, el correo electrónico es una herramienta que se sustenta en un servicio complementario de telecomunicaciones.

<sup>79</sup>

---

<sup>75</sup> Actas de la CENC. Sesión N°129, página 23.

<sup>76</sup> Vial, Tomás. Op. cit., página 135 y ss.

<sup>77</sup> Castells, Manuel. Op. cit., página 198.

<sup>78</sup> Dictamen N°0260/19, de 24 de enero de 2002.

<sup>79</sup> Sobre el problema del control tecnológico de las relaciones laborales, existe un excelente artículo de Carlos Sanchez Almeida, titulado “Derecho a la Intimidad: del gran hermano a la mayor oreja. La empresa como nuevo estado”, publicado en Kriptopolis. Revista sobre Intimidad y Seguridad en Internet, publicada en <http://www.kriptopolis.com> . [fecha de consulta: 20 de noviembre de 2004]







## IV. LOS CONTENIDOS ILÍCITOS Y NOCIVOS

Si bien, parte importante de la información que actualmente es posible encontrar en Internet es inofensiva y resulta, en mayor o menor grado, útil o aprovechable, no es menos cierto que existe una cantidad no despreciable de información que derechamente es ilegal en cualquier Estado o en la mayoría de ellos, o que por lo menos resulta inapropiada su masiva difusión, especialmente si consideramos que muchos de los usuarios de Internet son menores de edad. Estos son los denominados contenidos ilícitos y nocivos.

Ante este problema, ha surgido un intenso debate acerca de: **i)** cómo controlar los contenidos ilícitos y nocivos que circulan en Internet; y, **ii)** determinar qué grado de responsabilidad tienen los operadores de Internet por el tráfico de estos contenidos. López Ortega agrega un tercer conflicto a esta discusión: *“la solución al problema de la tensión entre los distintos intereses en juego, en concreto la eficacia en la persecución de los contenidos ilícitos y la tutela de la intimidad”*.<sup>80</sup>

Respecto al primero de los problemas planteados, los redactores del “Libro Verde de la Comisión Europea acerca de la Protección de Menores y la Dignidad Humana en los Nuevos Servicios Audiovisuales y de Información”<sup>81</sup> (“Libro Verde”), afirmaron que: “(...)

---

<sup>80</sup> López Ortega. Juan José. “Libertad de Expresión y Responsabilidad por los contenidos en Internet” en “Internet y Derecho Penal. Cuadernos de Derecho Judicial X”. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2002. Página 92.

*es importante distinguir dos tipos de problemas relacionados con el contenido: en primer lugar, el acceso a determinados tipos de material puede ser prohibido para todos, independientemente de la edad, de la audiencia potencial o del medio utilizado. Aquí es posible, al margen de las diferencias en las legislaciones nacionales, identificar una categoría general de material que viola la dignidad humana, que consiste principalmente en pornografía infantil, violencia extrema y gratuita e incitación al odio, a la discriminación racial o de cualquier otro tipo. En segundo lugar, el acceso a determinados materiales que pueden afectar al desarrollo físico y mental de los menores está permitido sólo a los adultos (...). El objetivo está limitado, por tanto, a evitar que los menores encuentren, por accidente o por otras razones, materiales que puedan afectar a su desarrollo físico y/o mental. Estos temas se confunden a veces por una u otra razón, pero es esencial mantener la distinción entre ambas cuestiones: **son objetivos diferentes que plantean problemas diferentes y exigen soluciones diferentes**. Claramente, las medidas necesarias para imponer una prohibición total son diferentes de las que se necesitan para restringir el acceso de los menores o para evitar el acceso casual de los adultos”.*<sup>82</sup>

Como veremos, esta distinción es fundamental.

## IV.1 Los contenidos ilícitos

Entendemos por *contenidos ilícitos* aquellos contenidos susceptibles de entrar bajo el ámbito de aplicación de las normas penales y/o civiles de un ordenamiento jurídico determinado. Como vemos, la calificación de ilícito dependerá de la legislación vigente en cada país. Un ejemplo muy utilizado por la doctrina internacional se refiere al delito de negación del Holocausto Judío, tipificado como tal únicamente en las legislaciones de Alemania y Francia.<sup>83</sup> Este no es un asunto menor, atendido el carácter transnacional y el alcance global de Internet.

Como bien señala López Ortega, esta diversidad en la calificación penal “*está llamada a provocar grandes lagunas en la persecución de las infracciones, cuando, por el carácter global de la red, no ha de limitarse al entorno cerrado de las fronteras nacionales, sino que trasciende al territorio de otros Estados*”.<sup>84</sup>

Las discrepancias existentes entre las distintas legislaciones aplicables en caso de conflicto plantean un serio inconveniente al momento de decidir cómo se deben regular

<sup>81</sup> COM(96)0483. Publicada en <http://www.europroa.com> [fecha de consulta: 01 de marzo de 2004]

<sup>82</sup> Citado por López Ortega. Op. cit., página 100.

<sup>83</sup> Aunque, como bien apunta Marín Peidro, en países como España es posible sancionar como delito la negación del holocausto subsumiendo el hecho en la figura penal de difamación injuriosa cometida en contra de grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, vid. Marín Peidro, Lucia. "Los contenidos ilícitos y nocivos en Internet". página 37 y ss.

<sup>84</sup> López Ortega. Op. cit., página 96.

los contenidos ilícitos en Internet. En este sentido, la experiencia ha demostrado que las regulaciones nacionales no son suficientes ni recomendables, especialmente si consideramos la falta de eficacia en la persecución de estos ilícitos. Climent Barberá expresa que atendida la extensión “*de Internet a la práctica totalidad del planeta hace (...) difícil establecer normas jurídicas que la ordenen; de una parte, porque ningún poder legislativo nacional alcanza a la extensión de la propia red y, de otra, porque su regulación a través de reglas del Derecho Internacional, exigiría la constitución de un poder o autoridad centralizada de carácter internacional, solución esta que de momento no se ve necesaria por los propios operadores, ni parece alcanzable materialmente a corto plazo*”.<sup>85</sup>

Asimismo, Muñoz Machado expresa que no es aconsejable trasladar a Internet modelos de control sobre los contenidos excesivamente estrictos, ya que la posibilidad de que estos contenidos sean producidos y publicados en la Red desde cualquier parte del mundo, incluso “*desde un paraíso difícil de localizar*”, reduce considerablemente su eficacia.<sup>86</sup>

No obstante lo anterior, podemos identificar a las siguientes actividades -factibles de realizar a través de Internet- como actividades ilícitas o delictivas, en nuestro país:<sup>87</sup>

- la difusión de instrucciones sobre preparación de bombas, las actividades terroristas;
- la publicación de informaciones que inciten al odio y la discriminación racial o religiosa;
- los diversos delitos informáticos tipificados en la Ley N°19.223;
- la reproducción ilegal de creaciones protegidas por el derecho de autor;
- las estafas o defraudaciones cometidos en redes informáticas;
- la recolección, procesamiento y transmisión no autorizada de datos personales;
- la publicación de información injuriantes o calumniantes; y,
- la pornografía infantil y la oferta de servicios sexuales en que participen menores de edad.<sup>88</sup>

Además, no debemos olvidar que todos los delitos o infracciones que se pueden cometer en un medio de comunicación tradicional pueden ser también cometidos por Internet.

<sup>85</sup> Sobre los problemas de jurisdicción territorial que plantea Internet, Vid. Climent Barberá, Juan. “La justicia penal en Internet. Territorialidad y competencias penales”, en “Internet y Derecho Penal. Cuadernos de Derecho Judicial X”. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2002. Páginas 647-663.

<sup>86</sup> Muñoz Machado, Santiago. “La Regulación de la Red. Poder y Derecho en Internet”, página 157.

<sup>87</sup> Lamentablemente, desconocemos la existencia de análisis pormenorizados de los contenidos de Internet que podrían ser calificados como ilícitos de conformidad a la legislación vigente en nuestro país. De hecho, los recientes casos en que se han descubierto redes que traficaban y producían pornografía infantil en Chile -que operaban a través en Internet- puso en evidencia la falta de tipificación específica de estas acciones reprochables, lo que motivó la aprobación de la Ley N°19.927 que modificó el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil.

Es preciso destacar una cuestión muy importante: respecto de los contenidos ilícitos no existe relación alguna con la garantía constitucional a la libertad de expresión. La pornografía infantil, los fraudes informáticos, las injurias o calumnias cometidas en Internet, son materias exclusivas del derecho penal y no pueden considerarse jamás como un ejercicio legítimo de la libertad de expresión.

En esto compartimos el criterio de Boix Palop quien al respecto señala que *“han de diferenciarse claramente aquellos empleos de Internet o, en general, cualquier manifestación expresiva que pretenda la comunicación a otras personas de un concreto mensaje, (...) de todas aquellas manifestaciones que no son sino instrumento de una acción dañina (que es la que debe ser tenida en cuenta y provoca por ello que el ordenamiento prohíba la expresión instrumental en que se apoya). Sirva esta aclaración para dejar en claro que la libertad de expresión, tampoco en la Red, ampara la comisión de delitos ni puede entenderse exenta de respetar los límites jurídicos a las manifestaciones constitucionalmente protegidas”*.<sup>89</sup>

No obstante lo anterior, también es necesario destacar que la determinación del carácter ilícito de un contenido emanado de un particular es materia que debe recaer siempre en los tribunales de justicia, nunca de una autoridad administrativa ni muchos menos de un particular, por cuanto los tribunales de justicia son los únicos órganos competentes para ello, en conformidad con la regulación de las potestades del poder judicial a que se refieren los artículos 73 y siguientes de la Constitución en relación con el principio de legalidad contenido en sus artículos 6 y 7.

## IV.2 Los contenidos nocivos

Cuando hablamos de contenidos nocivos nos estamos refiriendo a aquellos materiales que sin ser ilícitos pueden resultar perjudiciales u ofensivos para ciertos grupos o categorías de personas. Puede referirse a contenidos sobre creencias políticas, religiosas, culturales, sexuales, etc., que eventualmente pueden ser considerados ofensivos respecto de terceros. Claramente, la calificación de un contenido como nocivo depende de diversos factores culturales. El ejemplo más universal de este tipo de

<sup>88</sup> Según el mensaje de la Moción que dio origen a la Ley N°19.927, la iniciativa parlamentaria tuvo por objeto: i) incluir un concepto legal de pornografía infantil; ii) establecer en 18 años la edad de protección legal de las víctimas en los delitos de pornografía infantil; iii) sancionar como delito la distribución, difusión, transmisión, importación, exportación, con o sin fines de lucro de pornografía infantil; iv) sancionar la posesión de pornografía infantil; v) aumentar las penas aplicables a los que participan en delitos de pornografía infantil; vi) establecer una sanción penal especial para quienes integren organizaciones criminales dedicadas a prácticas relacionadas con pornografía infantil; vii) establecer el comiso de los bienes que provengan de las actividades relacionadas con la pornografía infantil; viii) establecer normas de procedimiento que otorguen facultades especiales a fiscales del ministerio público, jueces y agentes policiales para investigar y acreditar los delitos relacionados con la pornografía infantil; y, ix) establecer normas que permitan juzgar a nacionales y residentes que cometan delitos de pornografía infantil en el extranjero.”

<sup>89</sup> Op. cit., página 148.

contenidos corresponde a la pornografía, ampliamente difundida a través en Internet.

El principal problema que plantea la calificación de nocivo de un contenido, se refiere a la posibilidad real de vulnerar el derecho fundamental a la libertad de expresión.<sup>90</sup>

En nuestro país, el problema de los contenidos nocivos no ha sido objeto de atención en el ámbito jurídico. De hecho en el proyecto de ley actualmente en trámite, a pesar de que en el mensaje de la moción los autores se refieren al problema de los contenidos nocivos, las normas propuestas sólo se refieren a datos o informaciones de carácter ilícito.<sup>91</sup>

Centraremos esta parte de nuestro trabajo en un tipo específico de contenido nocivo, la pornografía, por ser el principal contenido cuestionado por aquéllos que desean limitar el libre ejercicio de la libertad de expresión en Internet.

Antes de continuar debemos hacer una precisión obvia pero necesaria. Cuando nos referimos genéricamente al problema de la pornografía se confunden dos situaciones absolutamente distintas y que merecen soluciones jurídicas diferentes: por una parte nos enfrentamos al problema de la pornografía infantil, el cual claramente y sin lugar a dudas requiere de tipificación legal expresa que tenga por objeto central sancionar la utilización o explotación sexual de menores de edad en la producción de material pornográfico (lo cual ha sido logrado recientemente con la aprobación y promulgación del proyecto de ley que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal, en materias de delitos de pornografía infantil sobre pedofilia); y, por otra parte, se refiere a la pornografía legal para consumo de adultos, en la que resulta necesario prevenir que los menores de edad accedan o se vean expuestos a contenidos sexuales inconvenientes para su edad. La nocividad de un contenido se refiere solamente a esta última hipótesis.

El tema del acceso de menores a pornografía legal para consumo de adultos, no es un asunto menor, especialmente si se estima que dicho material puede resultar nocivo para su normal y adecuado desarrollo, y que por las especiales características de Internet, resulta más difícil de controlar su acceso en comparación con cualquier otro medio de comunicación. En efecto, actualmente resulta mucho más simple controlar que un menor no vea películas pornográficas en la televisión por cable o satelital (a través de los sistemas de control parental) a que no visite sitios web con fotografías o videos pornográficos, debido principalmente a la ineficacia de los sistemas automáticos de exclusión de contenidos y a la falta de capacitación de los padres en la utilización de los mismos.

El marco jurídico de la pornografía para adultos en nuestro país se vuelto un tanto difuso en el último tiempo. En efecto, hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley de

---

<sup>90</sup> Como bien señala Marín Peidro, la regulación de los contenidos nocivos exige “una respuesta global que compatibilice dos intereses contrapuestos: por un lado, la necesidad de proteger a las personas respecto de material ofensivo; y de otro la protección del derecho fundamental a la libertad de expresión de las personas que introducen contenidos en la Red.” Marín Peidro. Op. cit., página 43.

<sup>91</sup> Proyecto de ley sobre responsabilidad en Internet. Boletín N°3004-19, el cual analizaremos posteriormente.

Prensa que derogó el artículo 20 de la Ley N°16.643 sobre Abusos de Publicidad (“Ley de Abusos”) la difusión de material pornográfico u obsceno sólo estaba sancionada cuando se hiciera a través de las siguientes formas: **i)** públicamente; **ii)** a menores de edad; **iii)** a domicilio; o **iv)** por correo abierto. Cualquier otra forma de difusión no estaba sancionada. La doctrina nacional coincidía en entender que este tipo especial había absorbido en los hechos al tipo penal del artículo 374 del Código Penal.<sup>92</sup>

Una vez derogada la norma del artículo 20, subsiste el artículo 374 del Código Penal que tipifica el delito de difusión de pornografía de la siguiente manera: *“El que vendiere, distribuyere o exhibiere canciones, folletos u otros escritos, impresos o no, figuras o estampas contrarios a las buenas costumbres, será condenado a las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. En las mismas penas incurrirá el autor del manuscrito, de la figura o de la estampa o el que los hubiere reproducido por un procedimiento cualquiera que no sea la imprenta”*. El tipo se enmarca dentro de los denominados delitos de ultrajes públicos a las buenas costumbres.

Como vemos, al desaparecer la figura de la Ley de Abusos vuelve a ser relevante para el análisis dogmático y jurisprudencial el olvidado y criticado tipo del artículo 374 del Código Penal.

En este sentido, hay que destacar la desaparición del concepto de obsceno utilizado en la Ley de Abusos, limitándose el código a utilizar la difusa expresión *contrarios a las buenas costumbres*. Esto, si bien no fue producto de la intención positiva del legislador, altera sustancialmente la aproximación al fenómeno de la pornografía para adultos, por cuanto la obscenidad ha sido determinante en la doctrina nacional e internacional para fijar los límites a la pornografía tolerada por una legislación específica.<sup>93</sup>

El citado artículo 374 del Código Penal ha sido objeto de críticas sustanciales; su aparente inconstitucionalidad por ser un tipo penal extremadamente abierto y difuso, cuyo bien jurídico tutelado es la moralidad pública es un concepto jurídico indeterminado, de compleja interpretación.

Sobre el concepto de *buenas costumbres* utilizado por la ley, Garrido Montt ha escrito que se refiere *“a la observancia de las normas de conductas que el común de los ciudadanos exige en cuanto al ejercicio público de actividades relacionadas con las funciones sexuales”*.<sup>94</sup>

<sup>92</sup> En este sentido se pronuncia unánimemente la doctrina nacional. Vid. Etcheberry, Alfredo. “Derecho Penal, Tomo III”, página 81; Labatut, Gustavo “Derecho Penal, Tomo II”, página 150; Garrido Montt, Mario. “Derecho Penal. Parte Especial”, página 334.

<sup>93</sup> Por una parte, la doctrina nacional señalaba que el concepto valorativo de obsceno significaba algo impúdico, ofensivo al pudor, pero no meramente ofensivo, sino groseramente y, en especial, torpe o repugnantemente; esto es lo que constituye la pornografía. De modo que lo obsceno conlleva siempre una ofensa al pudor, pero para que esa ofensa se califique de obscena, debe hacerlo de manera intensa y grave. En tanto, en la doctrina internacional destaca la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, que ha establecido el Test de Miller con el objeto de determinar el carácter de obsceno de ciertas expresiones sexuales. El Test ayuda a decidir si estas expresiones se encuentran o no bajo el amparo de la garantía a la libre expresión, contemplada en la Primera Enmienda a la Constitución Federal de ese país.

<sup>94</sup> Garrido Montt, Mario. “Derecho Penal. Parte Especial”, página 334.



Haciendo cargos de esta definición, actualmente en nuestra sociedad es posible apreciar a simple vista la apertura que ha sufrido la moral sexual vigente en los últimos quince años. En efecto, hoy cualquier ciudadano que lo desee puede contratar señales de televisión por cable dedicadas exclusivamente a la difusión de programas de contenido erótico y sexual; en la televisión abierta es posible observar películas y programas de corte erótico en horario para adultos; en radiodifusión sonora existen programas dedicados exclusivamente a relatar las experiencias sexuales de sus auditores; en Santiago existen salas de cines autorizadas para proyectar películas eróticas y pornográficas para adultos, etc., siendo esta apertura una muestra clara y patente de las *normas de conducta que el común de los ciudadanos exige en cuanto al ejercicio público de las actividades relacionadas con las funciones sexuales*, como diría Garrido Montt.

Entonces, tomando en cuenta lo anterior debemos responder la siguiente pregunta: ¿debemos imponer en Internet reglas diferentes de las que tenemos en el mundo real? En nuestra opinión, no.



## V. REGULACIÓN DE LOS CONTENIDOS ILÍCITOS Y NOCIVOS

Ante las preguntas acerca de cómo controlar los contenidos ilícitos y nocivos que circulan en Internet, y qué responsabilidad tienen los operadores de Internet por el tráfico de ellos, los diversos Estados han intentado desde marcos regulatorios puros de Internet (cuyo modelo no sólo ha fracasado en Estados Unidos, como veremos más adelante, sino que también en países europeos como Francia y el Reino Unido) hasta países donde se han combinado marcos legislativos específicos -que sancionan o reprimen ciertas conductas indeseables, como la pornografía infantil, la xenofobia, etc.- junto con políticas de autorregulación respecto de las conductas de los operadores de Internet, a fin de controlar, de manera más eficiente, los contenidos ilícitos y nocivos que circulan en Internet, sin pasar a llevar otros derechos fundamentales como la intimidad, la libertad de expresión o el derecho al debido proceso.<sup>95</sup>

En términos generales, la mayoría de las legislaciones analizadas prevén regímenes de exención de responsabilidad de los operadores de Internet por los contenidos ilícitos que transiten o se alojen en sus redes y sistemas, condicionado al cumplimiento de ciertos y determinados requisitos, en atención al tipo de servicios que preste o la naturaleza de la función de que se trate. La estructura de los regímenes de exención es

---

<sup>95</sup> El mayor esfuerzo en el desarrollo e implementación de esta última opción, ha sido realizado por la Unión Europea, como veremos más adelante.

bastante similar entre las legislaciones comparadas.

Es imprescindible destacar que el no cumplimiento por parte de los operadores de Internet de los requisitos exigidos tiene como único efecto la imposibilidad de acogerse al régimen de exención previsto, pero en caso alguno ello significa la atribución directa de responsabilidades para dicho operador. En otras palabras, si un operador de Internet no cumple con las condiciones exigidas para acogerse a la exención legal, no será *a priori* considerado responsable, sino que deberá un juez, en un proceso legalmente tramitado, apreciar si concurren o no en el caso, todas y cada una de las condiciones que en el derecho común se exigen para atribuir responsabilidad a una persona.

Por otra parte, debemos tener presente que el único punto que se encuentra fuera del debate jurídico dice relación con la responsabilidad de los Proveedores de Contenidos Internet y de los usuarios que introduzcan o mantengan en la red contenidos ilegales, sobre esto la cuestión no ha sido controvertida: a su respecto se aplican plenamente las reglas generales de responsabilidad, ya sea civil o penal, correspondientes al territorio donde se realice físicamente la acción.

A continuación, analizaremos las experiencias regulatorias norteamericanas y europeas en la materia, para luego examinar las propuestas que actualmente se discuten en nuestro país.

## V.1 La experiencia norteamericana

Estados Unidos ha realizado numerosos intentos de regular el tráfico de información en Internet. El primero de ellos corresponde a la *Communications Decency Act* (“CDA”) o Ley de Decencia de la Comunicaciones de 1996, que pretendió regular el acceso de los menores de edad a material considerados como “indecentes”, esencialmente pornografía, estableciendo tipos penales a quienes facilitaran ese acceso.

Posteriormente, en 1998 fueron promulgadas la *Children’s Internet Protection Act* (“CIPA”) que establecía la obligación de implantar sistema de filtración de contenidos en bibliotecas y escuelas públicas, y la *Child Online Protection Act*, (“COPA”) que penaba el ofrecimiento comercial en Internet de cualquier material considerado dañino para los menores de 17 años. Ambas iniciativas gubernamentales han sido objeto de fuertes acusaciones de inconstitucionalidad por parte de asociaciones de defensa de derechos civiles norteamericanas y empresas relacionadas a los mercados de Internet y la producción de material pornográfico. Lo mismo ha ocurrido con la *Child Pornography Prevention Act* (“CPPA”) de 2002, texto que pretendió modificar la definición legal de pornografía infantil.

Finalmente, también en 1998 fue aprobada la *Digital Millenium Copyright Act* (“DMCA”) destinada a proteger los derechos de autor en ambientes multimediales. En ella, se establece un régimen optativo y voluntario para los operadores de Internet, más favorable que la legislación común sobre derecho de autor, en virtud del cual gozarán de exención de responsabilidad, previo cumplimiento de determinados requisitos que los

libera de la obligación de controlar los contenidos que transitan por sus sistemas.

Sobre cada una de estas legislaciones nos referiremos a continuación:

### a. Communications Decency Act

---

En 1996, el Congreso norteamericano hizo el primer intento de regular la circulación de información en Internet cuando aprobó la Ley de Decencia de las Comunicaciones, la que formaba parte de la *Telecommunication Act*. Sin embargo, la CDA fue declarada inconstitucional “*on its face*”, es decir, para todo caso y no sólo en el caso concreto por la Corte del Distrito Este de Pensilvania, decisión que fue ratificada y profundizada el 26 de junio de 1997 por la Corte Suprema de Justicia de ese país, en un contundente fallo unánime.<sup>96</sup>

Esta ley regulaba la utilización “*obscena, acosadora e incorrecta*” de las telecomunicaciones. La sección 223 (a)(1)(B) establecía que el que “*a sabiendas o por medio de un dispositivo de telecomunicaciones: 1) haga, cree o solicite, y 2) inicie la transmisión de cualquier comentario, petición, sugerencia, propuesta, imagen u otra comunicación que sea obscena o indecente, sabiendo que el receptor de la comunicación tiene menos de 18 años (...) será multado o puesto en prisión un máximo de dos años o castigado con ambas penas*”.

En el mismo sentido, la sección 223 (d)(1) agrega que cualquiera que, a sabiendas “*en comunicaciones interestatales o extranjeras: a) use un servicio interactivo de ordenador para mandar a una persona o personas en concreto menores de 18 años de edad, o b) use un servicio interactivo de ordenador para mostrar de una manera accesible a una persona menor de 18 años de edad, cualquier comentario, petición, sugerencia, propuesta, imagen u otra comunicación que, en el contexto, dibuje o describa, en términos claramente ofensivos, de acuerdo con los estándares contemporáneos de la comunidad, actividades sexuales u órganos (...) será multado o puesto en prisión o castigado con ambas penas*”.

El mismo día de su promulgación, la CDA fue impugnada en Filadelfia por la *American Civil Liberties Union* y por empresas proveedoras de acceso y de contenido, quienes consideraban que esta ley vulneraba su derecho a la libertad de expresión, consagrado en la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. El Tribunal del Distrito Este de Pensilvania acogió la demanda y, tal como hemos señalado, declaró inconstitucional las secciones impugnadas por cuanto establecían tipos penales para un tipo de discurso: el discurso “*indecente*”, el que se encuentra protegido por la Primera Enmienda. El Tribunal argumentó que atendida la naturaleza de Internet, resulta muy difícil clasificar los contenidos que circulan en la Red y conocer con certeza la edad de los receptores de la información. Asimismo, consideraron que la CDA no cumplía con la regla que establece que cualquier restricción a la libertad de expresión impuesta por razones de interés público, debe necesariamente ajustarse a la finalidad que persigue, situación que no ocurría en el caso porque los medios que se habían elegido, sobrepasaban lo necesario y afectaban a la libertad de expresión de los adultos.

---

<sup>96</sup> Sentencia *Reno v/s American Civil Liberties Union et al.*, Op. cit..

Finalmente, los jueces consideraron que resultaba muy difícil precisar el contenido de los conceptos de “*indecente*”, o “*estándar comunitario vigente*” que utilizaba la ley y que su aplicación podría implicar, además, una vulneración de la Quinta Enmienda a la Constitución, la que establece el principio de no discriminación arbitraria.

Esta sentencia fue ratificada en 1997 por la Corte Suprema Federal, órgano que además profundizó la crítica a la CDA por la imprecisión de los conceptos utilizados y enfatizó sobre la existencia de alternativas menos limitativas de la libertad de expresión de los adultos. Al respecto, la sentencia de la Corte Suprema señala que la ley “*suprime una gran cantidad de expresiones que los adultos tienen el derecho constitucional a recibir y a comunicar a otros*”.<sup>97</sup>

Un aspecto muy interesante de este fallo, se refiere al análisis de los distintos estándares que la jurisprudencia norteamericana considera para restringir el ejercicio de la libertad de expresión en atención al medio de comunicación utilizado. Así, históricamente ha tolerado mayores restricciones en los medios de comunicación radiodifundidos que en los medios escritos o que en las comunicaciones telefónicas. Las razones que ha utilizado la Corte Suprema para tolerar estas restricciones, las encontramos en cuatro características propias de la radiodifusión que son aplicables al resto de los medios, a saber: **i)** la titularidad sobre un bien de dominio público (el espectro radioeléctrico); **ii)** la escasez del medio (el espectro radioeléctrico); **iii)** la mayor penetración del medio; y, **iv)** la diferente percepción del medio.<sup>98</sup>

La Corte consideró que Internet se asemeja más a la comunicación por teléfono y a la prensa escrita que a los medios de comunicación radiodifundidos, ya que la Red carece de las características propias de este tipo de medios que han permitido una mayor regulación. En palabras de Fernández Esteban, “*en Internet no se verifican las circunstancias especiales que sí concurren en la radiodifusión, como son la escasez, la diferente percepción del medio y su mayor penetración. (...) En primer lugar, ni antes ni después de la promulgación de la CDA se ha sometido a Internet a un control estricto por parte del Gobierno, como ocurre en la radiodifusión. En segundo lugar, no tiene sentido la noción de escasez. Los proveedores de acceso a Internet, al contrario de lo que sucede en la radiodifusión, no detentan el control del acceso. Debido a la singular configuración de la comunicación en Internet de “muchos a muchos” no existe la posibilidad de concentración de la información en unos pocos. Finalmente, tampoco se verifica la mayor penetración que se da en la radiodifusión, pues para acceder a la información el particular debe buscar la información, es decir, debe “navegar” por Internet. En otras palabras las comunicaciones a través de Internet no “invaden” la casa del individuo o aparecen en la pantalla del usuario si este no las busca en la Red*”.<sup>99</sup>

De esta manera, los tribunales norteamericanos dieron un enorme respaldo a la libertad de expresión en Internet, otorgándole a la Red un estándar de protección similar

---

<sup>97</sup> Ídem.

<sup>98</sup> Fernández Esteban. Op. cit., página 300 y ss.

<sup>99</sup> Fernández Esteban. Op. cit., página 304.

al que gozan los tradicionales medios de comunicación escritos en soporte papel, jugando un papel fundamental en la promoción y desarrollo de las nuevas tecnologías de la información.

Por otra parte, la sentencia alerta acerca de la inaplicabilidad de los modelos tradicionales de regulación de medios de comunicación a Internet, por cuanto éstos están concebidos en atención a una característica común de los medios tradicionales: la distinción absoluta entre emisores y receptores de la información, cuestión que como hemos dicho tiende a diluirse en Internet, al ser un medio esencialmente bidireccional. Al respecto, Fernández Esteban opina que atendida “*las posibilidades que ofrece la comunicación a través de Internet requieren la elaboración doctrinal de nuevos conceptos jurídicos que comprendan la variedad de tipos de comunicación que son posibles en el ciberespacio*”.<sup>100</sup>

Esto no es un asunto menor, especialmente si consideramos necesario limitar el acceso de menores de edad a material que puede resultar nocivo para su normal desarrollo y que, por las características de Internet, les resulta más fácil de acceder en comparación con cualquier otro medio de comunicación, como ya hemos señalado.

### b. Child Online Protection Act

---

Una vez declarada la inconstitucionalidad de la CDA, el Congreso norteamericano aprobó la *Child Online Protection Act* (COPA). Esta ley considera como delito el hecho de que los operadores comerciales de Internet ofrezcan cualquier material considerado “*dañino para los menores de 17 años*”. Afecta por tanto, a los proveedores de contenidos, a los proveedores de servicios de alojamiento de sitios web, a los servidores de NEWS y a los servidores de listas de distribución. Esta medida se aplicaba a cualquier tipo de comunicación (texto, imágenes, sonidos) que contuviera desnudos, sexo, o en la que se detectase “*una falta de valores morales, científicos, literarios, artísticos y políticos*”. Las sanciones que estableció son penas de prisión hasta por 6 meses y multas hasta por US\$150.000.- por cada día de incumplimiento.

Al igual que la CDA, la COPA fue impugnada por la *American Civil Liberties Union* y por empresas proveedoras de acceso y de contenido, quienes consideraban que la ley vulneraba su derecho a la libertad de expresión. En febrero de 1999, la Corte Federal de Distrito de Filadelfia accedió a una petición de prohibición de aplicación de la COPA. Además, sostuvo que la COPA era inválida porque no hay forma en que se pueda restringir el acceso de menores a material dañino sin que restrinja, a la vez, el acceso a material protegido por la Primera Enmienda constitucional. La Corte de Apelación del Tercer Circuito confirmó lo resuelto y agregó que la COPA es inconstitucional por su referencia a “*estándares de la comunidad contemporánea*”, concepto amplio y difuso, en opinión de la Corte.

Sin embargo, en mayo de 2002, la Corte Suprema de Estados Unidos revirtió esta última decisión pero no se pronunció acerca de la constitucionalidad de la COPA,

---

<sup>100</sup> Fernández Esteban. Op. cit., página 309.

encontrando solamente que la dependencia de la COPA de “los estándares de la comunidad contemporánea” no hacen por sí misma a la ley inconstitucional.<sup>101</sup> De esta manera, la Corte Suprema devolvió el asunto al competente tribunal de Apelación para una consideración más completa de las cuestiones relativas a la Primera Enmienda, objetadas por las restricciones que establece la COPA al ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Internet.

No obstante lo anterior, los nueve jueces del máximo tribunal norteamericano acordaron mantener la prohibición de aplicación decretada contra la COPA, mientras las Cortes inferiores profundizan su examen de constitucionalidad.

### c. Children’s Internet Protection Act

---

En octubre de 1998, el Congreso norteamericano hizo un segundo intento de regular la circulación de información en Internet cuando aprobó la *Children’s Internet Protection Act* (CIPA) o Ley de Protección de los Menores en Internet. Esta ley exigió a las bibliotecas y a los establecimientos educacionales instalar filtros de contenidos en sus computadores conectados a Internet, si deseaban obtener fondos federales y descuentos para la adquisición de nuevos equipos y contratación de acceso a Internet.

Ante este nuevo intento por restringir la libertad de expresión en Internet, la *American Library Association* en conjunto con la *Freedom to Read Foundation* y otras organizaciones de defensa de derechos civiles, interpusieron ante la Corte de Distrito Este de Pensilvania una demanda de inconstitucionalidad con el objeto de revertir la CIPA, por cuanto consideraron que esta imposición legal de instalar filtros iba a reducir necesariamente la cantidad de información que dispusieran sus clientes en sus acceso a Internet, información que mayoritariamente se encuentra protegida por la Primera Enmienda constitucional.

La Corte de Pensilvania, con fecha 31 de mayo de 2002, en opinión unánime, acogió la demanda y declaró inconstitucional la CIPA<sup>102</sup>, por cuanto ésta le exige a las bibliotecas y escuelas que violen el derecho a la libertad de expresión que tienen sus usuarios. La Corte sostuvo que “de acuerdo a las limitaciones inherentes a la tecnología de filtración, las bibliotecas públicas no pueden cumplir con la CIPA sin bloquear el acceso a importantes cantidades del discurso que está protegido constitucionalmente”.<sup>103</sup> Asimismo, sostuvo que mientras existan alternativas menos restrictivas que permitan a

<sup>101</sup> Ashcroft, Attorney General v/s American Civil Liberties Union, et al. Slip Opinión U.S.(00-1293), publicada en <http://www.supremecourt.us/opinions/01pdf/00-1293.pdf>. Para mayor información sobre este caso ver: [http://www.epic.org/free\\_speech/copa/](http://www.epic.org/free_speech/copa/)

<sup>102</sup> American Library Associations, et al. v/s United States, et al. N°01-1303. La sentencia íntegra se encuentra publicada en <http://www.paed.uscourts.gov/documents/opinions/02D0414P.HTM>

<sup>103</sup> “Because of the inherent limitations in filtering technology, public libraries can never comply with CIPA without blocking access to a substantial amount of speech that is both constitutionally protected and fails to meet even the filtering companies own blocking criteria.”



las bibliotecas públicas proteger a los menores del material ilegal al que puedan tener acceso, la imposición legal del uso de filtros es inconstitucional. Finalmente, la Corte ordenó a las agencias gubernamentales competentes que provean los fondos destinados a las bibliotecas y escuelas que hayan decidido no instalar los filtros en sus computadores.

El Departamento de Justicia, actuando en nombre de la Comisión Federal de Comunicaciones y el Instituto Americano de Museos y Bibliotecología, apeló a lo resuelto y presentó el caso ante la Corte Suprema Federal, el cual fue recientemente fallado por ésta, revocando la sentencia del tribunal de Pensilvania, declarando que la ley cuestionada no atentaba contra la primera enmienda constitucional, por cuanto la norma establece la posibilidad de que un usuario adulto solicite al bibliotecario que desactive el programa de filtrado instalado con la finalidad de proteger a los menores, argumento usado por 6 de los 9 jueces del máximo tribunal estadounidense.<sup>104</sup>

### d. Child Pornography Prevention Act

---

En 1996, el Congreso Norteamericano aprobó la *Child Pornography Prevention Act* (CPPA), texto que modificó la definición legal de pornografía infantil. La CPPA criminalizó la creación de lo que es llamado “pornografía infantil virtual”. Esto se refiere a imágenes que aparentemente representan a menores de edad pero no lo hacen. Se incluyen en esta definición las imágenes de adultos con apariencia de adolescentes o imágenes creadas por computador. Frente a esto, la *Free Speech Coalition* interpuso una demanda de inconstitucionalidad para anular las disposiciones de la CPPA que vulneraran la Primera Enmienda constitucional.

Luego de largos procedimientos judiciales ante distintos tribunales norteamericanos, la Corte Suprema Federal, el 15 de abril de 2002, confirmó lo resuelto por los tribunales de instancia y declaró que las disposiciones sobre “*pornografía infantil virtual*” eran inconstitucionales, principalmente en dos aspectos importantes: **i)** la CPPA, en los términos que está redactada, es extremadamente amplia, extendiéndose sobre imágenes absolutamente legales, como por ejemplo, imágenes no obscenas de adolescentes en actividades sexuales, como ocurre con algunas escenas de las películas “Romeo y Julieta” o “Lolita”; y, **ii)** la prohibición de la pornografía infantil se basa en la relación entre la creación de una imagen y el abuso sexual del menor mostrado en esa imagen; si una imagen es creada a través del uso de tecnología computacional o fotografiando adultos que pretenden ser niños, no hay razón para que la CPPA prohíba dichas imágenes.<sup>105</sup>

### e. Digital Millennium Copyright Act

---

Esta ley fue aprobada por el Congreso Norteamericano, el 28 de octubre de 1998 y fue creada para incorporar al derecho interno norteamericano, los tratados firmados por

<sup>104</sup> United States vs American Library Associations. Slip Opinion U.S. (02-361), de 23 de junio de 2003.

<sup>105</sup> Ashcroft, Attorney General, et al. vs Free Speech Coalition, et al. Slip Opinion U.S. (00-795).

Estados Unidos en la Conferencia de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, conteniendo además numerosas disposiciones complementarias. En ella, se establece un régimen optativo y voluntario para los operadores de Internet, más favorable que la legislación común sobre *copyright*, en virtud del cual gozarán de exención de responsabilidad, previo cumplimiento de ciertos y determinados requisitos, lo que los libera de la obligación de controlar los contenidos que transitan por sus sistemas.

La DMCA establece lo siguiente:

Penaliza la acción de violar las medidas antipiratería incorporadas en la mayoría de los programas computacionales de carácter comercial;

Sanciona la fabricación, venta o distribución de dispositivos de *code-cracking* usados para la copia ilegal de programas computacionales; no obstante, permite el *cracking* de dispositivos de protección que tengan por objeto la investigación en técnicas de encriptación, o que evalúen el funcionamiento de los productos y/o prueben sistemas de seguridad computacional;

Se estipulan exenciones a las normas impuestas, bajo el cumplimiento de ciertas circunstancias, que beneficien a bibliotecas no lucrativas, archivos e instituciones de educación;

Limita la responsabilidad de instituciones de educación superior -cuando sirven como proveedores de servicios en línea- bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, por la infracción del *copyright* que realicen los académicos o estudiantes de sus facultades;

Exige al Registro del Derecho de Autor que presente ante el Congreso norteamericano recomendaciones relativas a cómo promover la educación a distancia a través de tecnologías digitales, manteniendo un equilibrio apropiado entre los derechos de los titulares de derechos de autor y las necesidades de los usuarios.

Como hemos visto, el gobierno norteamericano ha intentado en numerosas ocasiones regular la circulación de contenidos ilícitos y nocivos en Internet, por medio de la promulgación de cuerpos legales específicos al tipo de contenidos que desea controlar. En este sentido, las limitaciones que ha intentado imponer al ejercicio de la libertad de expresión han sido sistemáticamente rechazadas por la Corte Suprema Federal, debido a la amplitud con la que el Congreso ha planteado esas restricciones. Con todo, la única regulación norteamericana que a la fecha ha surtido algún grado de efecto, ha sido la DMCA.

## V.2 La experiencia europea

En una posición más liberal que la adoptada por Estados Unidos, la Unión Europea (“UE”) ha diseñado políticas de control de los contenidos ilícitos y nocivos, en las cuales fomenta y promueve entre sus Estados miembros la implementación de sistemas de autorregulación de Internet, evitando, de esta manera, la excesiva regulación normativa -generalmente de carácter represivo- teniendo especialmente en cuenta que decisiones

de esa naturaleza perjudicarían gravemente el desarrollo de Internet y de la sociedad.<sup>106</sup>

Para ello, ha dictado diversas recomendaciones<sup>107</sup> a sus Estados miembros, desde el año 1996 a la fecha, en las cuales se combinan medidas específicas y diferenciadas para el control de contenidos ilícitos y nocivos, además de establecer un sistema de exención de responsabilidad para los operadores de Internet. Esto, unido a las regulaciones de sus Estados miembros, que penalizan y persiguen los contenidos calificados como ilícitos han resultado hasta el momento en una eficaz herramienta de control de este tipo de información. Respecto a los contenidos calificados como nocivos, la Comunidad Europea ha promovido intensivamente la utilización de sistemas de control parental, basados en la tecnología de filtros y en la clasificación de los contenidos que circulan en Internet. Sobre ambas materias nos referiremos a continuación.

Los sistemas desarrollados y propuestos por la Unión Europea respecto del control de contenidos ilícitos y nocivos consisten básicamente en: **i)** la creación de organismos de autorregulación representativos de los operadores, consumidores y usuarios de servicios Internet, en colaboración con las autoridades policiales y judiciales de cada Estado<sup>108</sup>; **ii)** la implementación de Líneas Telefónicas Directas (HotLine), a cargo de estos organismos de autorregulación, en las cuales se reciben denuncias sobre contenidos ilícitos que circulen en las redes o servidores ubicados en países miembros de la UE, denuncias que son comunicadas a los operadores y las autoridades competentes, a fin de que ellos tomen las medidas técnicas y legales correspondientes para eliminar o hacer imposible el acceso a dichos contenidos y hacer efectivas las responsabilidades de los operadores; **iii)** la implementación de sistemas de control parental, basados en la tecnología de filtros y en la clasificación de los contenidos que circulan en Internet; y, **iv)** la implementación de campañas de sensibilización dirigidas a los ciudadanos de los países miembros de la UE.<sup>109</sup>

Es preciso destacar que en el Libro Verde se establece que todos los Estados

<sup>106</sup> Declaración contenida en la Resolución sobre la Comunicación de la Comisión relativa a los contenidos ilícitos y nocivos en Internet. (COM(96)0487 C4-0592/96). DOCE C 150 de 19 de mayo de 1997, página 38. Además, existen una serie de documentos de trabajo sobre la materia emanados de los distintos órganos de la Unión Europea.

<sup>107</sup> Decisión N°276/1999/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de enero de 1999 por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet. DOCE L 33 de 06 de febrero de 1999, página 1.

<sup>108</sup> Al respecto, la Comisión de las Comunidades Europeas firmó un contrato con la Universidad de Oxford para la elaboración de un estudio multidisciplinario donde se investigarán los esfuerzos autorreguladores realizados en diversos medios europeos y se prestará asistencia a organismos autorreguladores en la elaboración y aplicación de sus códigos de conducta. Además, el estudio servirá para elaborar modelos de autorregulación y códigos de planteamientos autorreguladores transnacionales en consulta con los representantes de la industria, los usuarios y consumidores, y los organismos reguladores oficiales. Más información sobre este estudio en <http://www.selfregulation.info> [fecha de consulta: 01 de marzo de 2004]

<sup>109</sup> Todas estas medidas han sido propuestas en diversos documentos de los distintos órganos de la Unión Europea y se encuentran recogidas en la Decisión N°276/1999/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo.

miembros deben disponer en sus legislaciones nacionales de toda la normativa necesaria para que sea tipificado como delito la pornografía infantil, pero, deja claro, que las normas nacionales no ofrecen por sí solas una respuesta satisfactoria a los problemas jurídicos planteados por la universalización y el carácter transfronterizo de Internet. Asimismo, insta a la cooperación de los Estados miembros en los asuntos de justicia e interior y el intercambio de datos que favorezcan las investigaciones, pesquisas para facilitar así la persecución de las infracciones.

Posteriormente, en la Resolución del Consejo sobre contenidos ilícitos y nocivos en Internet<sup>110</sup> se insta a los Estados miembros a que *“fomenten y faciliten sistemas de autorregulación, que incluyan instancias representativas de los suministradores y usuarios de los servicios de Internet, Códigos de conductas eficaces y, eventualmente, mecanismos de información de emergencia accesibles al público, así como la posibilidad de suministrar a los usuarios mecanismos de filtrado de información”*.<sup>111</sup>

Como hemos señalado, la Decisión 276/1999/CE por la que se aprueba un plan de acción que tiene por objeto *“propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet y fomentar a nivel europeo la creación de un entorno favorable para el desarrollo de la industria vinculada a Internet,”* promueve, entre otras medidas ya mencionadas, el uso de sistemas de filtrado y clasificación de contenidos, que permitan a los padres y profesores seleccionar los contenidos apropiados para la educación de los menores a su cargo.<sup>112</sup>

Según la UE, la limitación de acceso a través del bloqueo desde el propio computador del usuario constituye la forma más eficaz, y menos lesiva para otros derechos como la libertad de expresión, de proteger a los menores respecto de los contenidos ilícitos y nocivos. Estos sistemas de control, exclusivamente a cargo del usuario, consisten básicamente en programas de filtrado y bloqueo de los contenidos de Internet, que le permiten decidir a que sitios es posible acceder y a cuáles no. En este sentido no sólo son los más eficaces para garantizar la protección de la juventud y de la infancia, sino que además, son los más respetuosos con la libertad de expresión en Internet.

Actualmente, existen varios sistemas de filtrado. Algunos se basan en las llamadas *“listas negras”* que no permiten el acceso a los sitios calificados previamente, los cuales son bloqueados. Es el caso, por ejemplo, del programa *“CyberPatrol”*, que se centra en los sitios con contenidos sexuales.<sup>113</sup> Otros sistemas se basan en *“listas blancas”*, que permiten el acceso sólo a determinadas direcciones, previamente agregadas. Esta técnica es extraordinariamente limitativa atendida la velocidad constante de crecimiento y mutabilidad de la red, pero resulta altamente eficaz y por ello ha sido adoptada por algunos centros educativos norteamericanos.

---

<sup>110</sup> Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 17 de febrero de 1997, sobre contenidos ilícitos y nocivos en Internet. DOCE C 70 de 6 de marzo de 1997, página 1.

<sup>111</sup> Citado por López Ortega. Op. cit., página 101.

<sup>112</sup> El plan de acción, cuyo plazo de aplicación finalizó en diciembre de 2002, fue ampliado por el Parlamento Europeo hasta diciembre de 2004, mediante la Decisión N°1151/2003/CE, de 16 de junio de 2003.

Asimismo, existe un sistema de clasificación y etiquetado de contenidos que ha sido ampliamente promovido por la UE. Es el sistema denominado PICS (*“Plataform for Internet Content Selection”*), el que consiste en un sistema en que los propios proveedores de contenidos insertan “etiquetas” en sus páginas web, las que permiten una mejor clasificación de sus contenidos.<sup>114</sup>

Respecto de la responsabilidad de los operadores de Internet, la Comunidad Europea ha propuesto a sus Estados miembros un sistema de responsabilidad similar al establecido por la DCMA estadounidense, en la Directiva 2000/31/CE<sup>115</sup> (en adelante indistintamente la “Directiva” o la “Directiva sobre Comercio Electrónico”) basado en la exención de responsabilidad de los operadores de Internet sujeta a la condición de cumplir con ciertos y determinados requisitos en atención a la naturaleza del servicio que prestan.

A continuación revisaremos los principales aspectos que propone la normativa comunitaria.

### a. Directiva 2000/31/CE sobre Comercio Electrónico

---

La Directiva establece la exención de responsabilidad de los operadores de Internet que desarrollen las actividades de: i) mera transmisión (ISP); ii) caching o memoria tampón (PSI); y, iii) alojamiento de datos (PSI). A diferencia de la DCMA, la Directiva establece expresamente que los Estados no pueden obligar a los operadores de Internet a supervisar los contenidos que transmiten o almacenen sus usuarios. Además, la Directiva se aplica no importando la naturaleza del contenido ilícito, en cambio, la DCMA sólo se aplica respecto de contenidos que infrinjan el derecho de autor.

Analizaremos estas tres hipótesis de exención de responsabilidad y los requisitos y condiciones que exige la normativa comunitaria para acogerse a ellas:

- Actividades de Mera Transmisión: El artículo 12 de la Directiva<sup>116</sup>, establece que aquellos operadores de Internet que presten servicios de transmisión de información o de acceso a redes de comunicación no serán responsables de la información transmitida, siempre y cuando no hayan originado ellos mismo la transmisión, no seleccionen el

<sup>113</sup> Según el informe del Proyecto CensorWare esta aplicación ha bloqueado más de cinco mil páginas totalmente inofensivas. Entre las páginas bloqueadas se encuentran algunas con información sobre el SIDA, la defensa de la libertad de expresión, publicaciones científicas y algunos grupos de discusión dedicados a debates sobre ateísmo y feminismo. Mayor información sobre el Proyecto CensorWare disponible en <http://censorware.org> [fecha de consulta: 01 de febrero de 2004]

<sup>114</sup> Para mayor información sobre el sistema PICS y las aplicaciones de filtrado, recomendamos el excelente artículo de Javier Villate, publicado en <http://cibersociedad.rediris.es/villate/libertad.html>. Asimismo, el sitio web <http://www.w3.org> y el FAQ sobre filtrado elaborado por Harry Hochheiser de Computer Professionals for Social Responsibility, cuya dirección electrónica es <http://cyf.derecho.org/02/FAQ-filtros.html> [fecha de consulta: 01 de agosto de 2004]

<sup>115</sup> Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior. (Directiva sobre el Comercio Electrónico). DOCE L 178 de 17 de julio de 2000, página 1.

destinatario de la transmisión y no seleccionen ni modifiquen los datos transmitidos.

La Directiva expresa en sus considerandos, que esta exención de responsabilidad se refiere sólo a aquellos casos en que la actividad del operador de Internet se limita “al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada”.<sup>117</sup>

Sobre el conocimiento y/o control de la información transmitida, la Directiva declara que los Estados miembros no pueden imponer a los operadores de Internet una “obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas (...)”<sup>118</sup>. No obstante, reconoce el derecho de los Estados miembros a exigir a los operadores de Internet que “comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de su servicio (...)”.

De esta manera, la Directiva desincentiva que las legislaciones nacionales de los países miembros adopten soluciones normativas que impliquen el control previo y no jurisdiccional de la información que circula en Internet, por parte de los operadores de la red, por cuanto podría provocar la vulneración de garantías fundamentales tales como la libertad de expresión y el derecho a la información.

Respecto del requisito establecido en la letra c) del número 1 del Artículo 12, esto es, la no selección ni modificación de los datos transmitidos, se excluyen expresamente aquellas manipulaciones de carácter técnico que tienen lugar en el transcurso de la transmisión, puesto que ellas no alteran la integridad de los datos contenidos en la misma.<sup>119</sup>

<sup>116</sup> “Artículo 12. Mera Transmisión. 1. Los Estados miembros garantizarán que, en el caso de un servicio de la sociedad de la información que consista en transmitir en una red de comunicaciones, datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones, no se pueda considerar al prestador de servicios de este tipo responsable de los datos transmitidos, a condición de que el prestador de servicios: a) no haya originado él mismo la transmisión; b) no seleccione al destinatario de la transmisión; y, c) no seleccione ni modifique los datos transmitidos. 2. Las actividades de transmisión y concesión de acceso enumeradas en el apartado 1 engloban el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos siempre que dicho almacenamiento sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión. 3. El presente artículo no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios que ponga fin a una infracción o que la impida.

<sup>117</sup> Considerando 42 de la Directiva 2000/31/CE.

<sup>118</sup> Artículo 15° N°1 de la Directiva 2000/31/CE.

<sup>119</sup> Considerando 43 de la Directiva 2000/31/CE.

Las normas contenidas en el artículo 12 de la Directiva, han sido recogidas por las normativas nacionales de los países miembros de la Unión Europea de manera muy completa y con pocas variaciones.

A modo de ejemplo, España ha publicado el 12 de julio de 2002 la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico <sup>120</sup> (“LSSICE”) que tiene por objeto incorporar al ordenamiento jurídico español las normas de la Directiva citada y de la Directiva 98/27/CE sobre acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores.

El artículo 14 N°1 de la LSSICE establece que:

*“1. Los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones que presten un servicio de intermediación que consista en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a ésta no serán responsables por la información transmitida , salvo que ellos mismos hayan originado la transmisión, modificado los datos o seleccionado éstos o a los destinatarios de dichos datos.*

*No se entenderá por modificación la manipulación estrictamente técnica de los archivos que alberguen los datos, que tiene lugar durante su transmisión.*

*2. Las actividades de transmisión y provisión de acceso a que se refiere el apartado anterior incluyen el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos, siempre que sirva exclusivamente para permitir su transmisión por la red de telecomunicaciones y su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para ello”.*

De esta manera, se han recogido íntegramente las directrices de la UE en este punto. Sin embargo, dentro de las críticas generales que ha recibido la LSSICE en España y que incluso la tiene ad portas de una acusación de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional español, se ha criticado el contexto limitativo en que se ha exonerado de responsabilidad a los operadores de Internet, por cuanto, *“supone una excepción no justificada de la regulación general de la responsabilidad civil lo cual, además de ser técnicamente desacertado, crea una desigualdad de trato contraria a la Constitución(...).”* <sup>121</sup>

- Actividades de caching o memoria tampón: El artículo 13 de la Directiva <sup>122</sup> , establece que aquellos operadores de Internet que presten servicios de transmisión de datos y que almacenen información de manera automática, provisional y temporal, con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión posterior de la misma a otros destinatarios del servicio, no serán responsables de dicha información, siempre y cuando se cumplan con ciertas condiciones naturales al tipo de servicio que prestan.

---

<sup>120</sup> Boletín Oficial del Estado N°166, de 12 de julio de 2002, páginas 25388 y ss. Disponible en <http://www.boe.es> [fecha de consulta: 01 de marzo de 2004]

<sup>121</sup> Fajardo López, Luis. “LSSI: Análisis legal”. Para mayores antecedentes sobre la Campaña por la declaración de inconstitucionalidad de la LSSICE, visitar el sitio web <http://www.kriptopolis.com> [fecha de consulta: 08 de diciembre de 2002]

El “caching” o “memoria tampón”, actividad que técnicamente recibe el nombre “servidor proxy”, consiste básicamente en la copia o respaldo temporal y automático que realizan los PAI, en sus propios servidores, de información que circula en Internet, ya sean páginas web u otros servicios como NEWS o FTP, con el objeto de proporcionar a sus clientes un acceso más rápido y expedito a dichos contenidos, los que regularmente tienen una alta demanda de tráfico.

La Directiva exige -además de los requisitos que detallaremos más adelante- a los operadores de Internet que quieran beneficiarse de la exención de responsabilidad que “no tenga participación alguna en el contenido de los datos transmitidos”.<sup>123</sup>

Los requisitos específicos que exige la Directiva, son los siguientes:

Que el ISP no modifique la información;

Que el ISP cumpla con las condiciones de acceso a la información;

Que el ISP cumpla con las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector;

Que el ISP no interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información; y,

Que el ISP actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso a ella será imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

Sobre estos requisitos, cabe detenerse en el último de ellos, por cuanto es la primera vez que la Directiva impone una obligación de hacer a los PAI: retirar o bloquear

<sup>122</sup> “Artículo 13. Memoria tampón (Caching). 1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en transmitir por una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador del servicio no pueda ser considerado responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, realizado con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio, a petición de éstos, a condición de que: a) el prestador de servicios no modifique la información; b) el prestador de servicios cumpla las condiciones de acceso a la información; c) el prestador de servicios cumpla las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector; d) el prestador de servicios no interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información; y e) el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso a ella será imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella. 2. El presente artículo no afectará a la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios poner fin a una infracción o impedirarla.”

<sup>123</sup> Considerando 43 de la Directiva 2000/31/CE.



información en caso de tener conocimiento efectivo acerca de: i) el hecho de que la información haya sido retirada del sitio original de publicación; ii) el hecho que se ha impedido el acceso a dicha información; o iii) el hecho que un tribunal o autoridad administrativa haya ordenado retirarla o impedir el acceso.

Esta obligación de hacer, vincula directamente las políticas comunitarias de control de contenidos ilícitos y nocivos, con aquellas políticas relativas al desarrollo de la sociedad de la información, contenidas en la Decisión N°276/1999/CE y en la Directiva sobre Comercio Electrónico, respectivamente, y, en las cuales se exige cierto deber de colaboración de todos los actores del sector, teniendo en cuenta que Internet *“ofrece claras ventajas, sobre todo en el campo de la educación, por cuanto mejora las posibilidades de los consumidores, reduce los obstáculos para la creación y distribución de contenidos y ofrece un amplio acceso a fuentes de información digital cada vez más ricas (...)”*<sup>124</sup> y, considerando que *“la cooperación del sector (...) puede contribuir eficazmente a limitar el flujo de contenidos ilícitos en Internet”*.<sup>125</sup>

Este deber de colaboración se traduce imperativamente en la Directiva, como el derecho que se le reconoce a los Estados miembros a exigir a los operadores de Internet que presten servicios de alojamiento de datos (se incluye a los que realizan actividades de caching) a aplicar un deber de diligencia, que razonablemente cabe esperar de ellos, *“a fin de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales”*.<sup>126</sup>

La imposición del deber de diligencia a aquellos operadores de Internet que almacenen o alojen datos en sus sistemas puede llevar a que estos adopten o establezcan mecanismos preventivos, automatizados o no, de detección y retiro de contenidos que puedan ser considerados como ilícitos, lo que necesariamente conlleva el riesgo de censura previa de la información que circula en Internet, situación que escapa y vulnera los presupuestos de la política europea sobre la materia.

Al igual que lo sucedido con las normas relativas al mero acceso, las normas sobre actividades de caching han sido reproducidas por las normativas nacionales de los países miembros de la Unión Europea de manera íntegra, sólo con simples variaciones semánticas.

- Actividades de Alojamiento de Datos: El artículo 14 de la Directiva<sup>127</sup> establece que aquellos operadores de Internet que presten servicios de alojamiento de datos podrán acogerse a los regímenes de exención de responsabilidad siempre y cuando éstos no tengan conocimiento de que la actividad desarrollada por el destinatario del servicio es ilícita, y, que, en caso de tener conocimiento efectivo de la ilicitud, actúen con prontitud para retirar la información o hagan imposible el acceso a ella.

La exigencia de “conocimiento efectivo” es difusa y vaga, por cuanto no es definida en la Directiva ni en las legislaciones que han reproducido la hipótesis, de esta manera,

---

<sup>124</sup> Considerando 1° de la Decisión 276/1999/CE.

<sup>125</sup> Considerando 12° de la Decisión 276/1999/CE.

<sup>126</sup> Considerando 49° de la Directiva 2000/31/CE.

debemos primero identificar, cuándo un operador de Internet tiene “conocimiento efectivo” de la ilicitud de la información alojada en sus servidores, por cuanto ello determina el momento en que éste, actuando con prontitud, deba retirar o hacer imposible el acceso a la información.

El diccionario de la Real Academia (“RAE”) define efectivo como “real y verdadero, en oposición a quimérico, dudoso o nominal”, de manera tal que sólo se tiene conocimiento efectivo cuando no se tiene dudas acerca de la existencia de la información ilícita. ¿Esto se refiere al conocimiento efectivo de la “existencia de la información ilícita” o al conocimiento efectivo de la “ilicitud de la información”? Nos inclinamos a pensar a que se refiere a la segunda hipótesis, por cuanto si optamos por la primera, estaríamos nuevamente entregando un poder discrecional a particulares, quienes con la legítima aspiración de exonerarse de responsabilidad, podrían adoptar mecanismo preventivos, automatizados o no, de detección y retiro de contenidos que puedan ser considerados como ilícitos, lo que necesariamente conlleva el riesgo de censura previa de información que circule en Internet, situación que escapa y vulnera los presupuestos de la política europea sobre la materia, tal como hemos dicho.

Por otra parte, es preciso destacar que la Directiva reconoce expresamente la posibilidad de que un organismo administrativo, no jurisdiccional, tenga facultades suficientes para exigir “*al prestador de servicios (...) poner fin a una infracción o impedirlo*”.<sup>128</sup> A nuestro parecer, de acuerdo con el ordenamiento constitucional chileno, el único antecedente que permitiría la realización de acciones de esta naturaleza, es una resolución judicial anterior, en la que se declare que una persona ha cometido una infracción y que ordene el cese de dicha acción. Esto porque, de lo contrario, nos encontraríamos frente a situaciones en las que un proveedor de servicios, con la finalidad legítima de salvaguardar su responsabilidad, se sienta con la potestad de retirar o bloquear arbitrariamente contenidos sospechosos de ser ilícitos –sin previa declaración judicial de ilicitud-, con los riesgos que ello supone de vulnerar las garantías constitucionales procesales y de libertad de expresión de los proveedores de dichos contenidos.

<sup>127</sup> “Artículo 14. Alojamiento de datos. 1. Los Estados miembros garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que: a) el prestador de servicios no tenga conocimiento efectivo de que la actividad a 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) en 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. 2. El apartado 1 no se aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios. 3. El presente artículo no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exijan al prestador de servicios de poner fin a una infracción o impedirlo, ni a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan procedimientos por los que se rijan la retirada de datos o impida el acceso a ellos.”

<sup>128</sup> Considerando 45° y artículos 12 N°3; 13 N°2 y 14 N°3 de la Directiva 2000/31/CE.

## V.3 La regulación en Chile

Nuestro país no ha estado ajeno a esta discusión. Desde 1999 han existido a lo menos 8 proyectos de ley que han pretendido -de manera directa o indirecta- regular Internet. La mayoría de estos proyectos han correspondido ha mociones presentadas por los parlamentarios, de insuficiente desarrollo, y que afortunadamente no han avanzado mayormente en el proceso de formación de la ley.<sup>129</sup> A continuación analizaremos brevemente algunas piezas de esta azarosa historia legislativa

Previamente, debemos anticipar que en el recientemente acordado Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos, se incluye una sección específica sobre el régimen de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios Internet por contenidos que infrinjan el derecho de propiedad intelectual, sobre el cual profundizaremos más adelante.

### a. Boletín N°2395-19 sobre regulación de Internet

---

El primer intento de regular Internet en nuestro país, ocurrió en agosto de 1999 cuando un grupo de diputados ingresó a tramitación legislativa una moción que “establece un sistema de regulación de Internet”.

Este proyecto parte de un error básico y fundamental: el considerar a Internet como un medio de comunicación social. No profundizaremos en este punto, tan sólo señalaremos que esta confusión obedece a un desconocimiento básico de las distintas herramientas que se pueden utilizar en Internet, de las cuales la Web sólo es una y la única que de alguna manera podría asimilarse al concepto de medio de comunicación social al que se refiere el artículo 2 de la Ley de Prensa.<sup>130</sup>

No tenemos intenciones de analizar en profundidad este proyecto, por el contrario sólo nos referiremos a unos de sus artículos, el artículo 1°, el cual establecía que *“el que difunda o propale a través de los sistemas, redes y procedimientos de Internet, o de otros servicios de igual naturaleza, informaciones, contenidos o noticias contrarias a la moral, el orden público, o las buenas costumbres será sancionado con una multa de 15 Unidades Tributarias Mensuales. Igual sanción se aplicará a quienes usen dolosamente tales servicios y redes con el propósito de incitar al odio y la discriminación contra grupo de*

<sup>129</sup> De hecho, la mayoría de ellos se encuentran desde hace años en Primer Trámite constitucional, salvo dos proyectos cuya tramitación ha sido bastante expedita y que ya se encuentran en Segundo Trámite Constitucional: aquellos relativos a la pornografía infantil (que fue recientemente aprobado por el Congreso y promulgado por el Presidente de la República) y al establecimiento de responsabilidad de los prestadores de servicios Internet (Boletín N°3004-17).

<sup>130</sup> El cual dispone que “para todos los efectos legales, son medios de comunicación social aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público, cualesquiera sea el soporte o instrumento utilizado”

*personas en razón de su raza, nacionalidad, sexo o religión; y a los que utilicen esos servicios o redes para difundir pornografía o efectuar una apología de la violencia”.* (Los subrayados son nuestros)

La norma propuesta no resiste análisis alguno. Podemos afirmar que ella es inconstitucional por cuanto propone restringir el ejercicio del derecho a la libertad de expresión no cumpliendo con ninguno de los requisitos que nuestro ordenamiento constitucional exige a una ley de esta naturaleza. En efecto, debemos recordar que si el legislador desea limitar el ejercicio de esta garantía fundamental, las restricciones: **i)** deben ser establecidas por ley; **ii)** deben perseguir uno de los objetivos mencionados en el artículo 13 N°2 de la CADH; **iii)** deben ser necesarias para la consecución de tales objetivos; y, **iv)** deben ser proporcionales al fin buscado, esto es, no deben ir más allá de lo estrictamente requerido para la protección de los derechos de otros o del interés público involucrado.

Afortunadamente, este proyecto de ley fue abandonado a pocos meses de su ingreso a tramitación legislativa y en abril de 2002 fue archivado por la Cámara de Diputados.

## **b. Boletín N°2512-07 sobre comunicaciones electrónicas**

---

Este proyecto fue ingresado a tramitación legislativa el 13 de junio de 2000, por una moción de los diputados Alberto Espina y Patricio Walker. Entre los múltiples tópicos que regulaba este proyecto, el artículo 19° establecía un régimen legal de determinación de responsabilidad de los prestadores de servicios Internet, similar al régimen establecido por la Directiva sobre Comercio Electrónico. La única diferencia importante consistía en la imposición a los PAI de la obligación de ofrecer a sus clientes sistemas de filtros de contenidos como condición para prestar el servicio de acceso a Internet.

El proyecto no prosperó en la tramitación legislativa debido al hecho que se privilegió legislar sobre aquellas cuestiones que promovieran y facilitaran el comercio electrónico en nuestro país. Sólo se recogieron algunas de sus normas, las que fueron agregadas en el proyecto de ley sobre firma electrónica y certificación de firma electrónica, que culminó en la aprobación de la Ley N°19.799, publicada en el Diario Oficial con fecha 12 de abril de 2002. Las normas no incorporadas, entre ellas el mencionado artículo 19, fueron archivadas a los pocos meses de su ingreso a tramitación legislativa.

## **c. Boletín N°3004-17 sobre Responsabilidad en Internet**

---

El 18 de julio de 2002 fue ingresado a tramitación legislativa una moción parlamentaria, que, según sus autores, *“establece las responsabilidades y obligaciones de los prestadores de servicios de transmisión o de servicios de acceso a la red de comunicaciones”.*

Originalmente, el texto propuesto establecía un régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios Internet similar al propuesto por la Directiva sobre Comercio Electrónico, el cual adolecía de serias falencias y omisiones, las que fueron en gran medida salvadas por la Comisión de Ciencia y Tecnología de la Cámara de Diputados <sup>131</sup>

luego de lo cual el proyecto fue aprobado unánimemente por la Sala de la Cámara.

A continuación, analizaremos en particular el texto que actualmente se discute en el Senado.<sup>132</sup>

*- “Artículo 1º.- Cualquier persona podrá publicar en o por medio de un sistema de información toda clase de datos, en cualquier forma, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley N°19.628 sobre protección de la vida privada”.*

Este artículo no pasa de ser una mera declaración de principios. El sentido práctico de esta norma es nulo y su redacción es confusa. Por ejemplo, no hay antecedentes en la historia de tramitación legislativa que expliquen el alcance de la expresión “sistema de información” utilizada. Podríamos entonces afirmar que se refiere tanto a sistemas abiertos como Internet como a sistemas cerrados, por ejemplo, redes privadas de información. Asimismo, podríamos establecer que no sólo se refiere a sistemas de información electrónicos sino que también a cualquier otro, no importando la naturaleza del soporte que utilice. Creemos que es necesario precisar el concepto utilizado ya sea definiéndolo en el texto legal o dejando constancia de su alcance en la historia de tramitación legislativa.<sup>133</sup>

*- “Artículo 2º.- El prestador de servicios de transmisión de datos o de acceso a redes de comunicaciones no será responsable de los datos transmitidos, a condición de que no haya originado él mismo la transmisión, no seleccione al destinatario de la transmisión y no seleccione ni modifique los datos transmitidos.*

*Los servicios de transmisión y acceso antes referidos incluyen los de almacenamiento automático, provisional y temporal de datos transmitidos, siempre que dicho almacenamiento:*

*sea necesario para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo técnicamente necesario para ello, o*

*tenga la finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a petición de terceros, a condición de que el prestador de servicios*

*no modifique la información,*

*cumpla las condiciones contractuales de acceso y actualización de la información,*

*actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso a ella sea imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, y*

---

<sup>131</sup> Aunque es necesario precisar que fueron los propios autores de la moción quienes propusieron las nuevas normas mejoradas.

<sup>132</sup> Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Sesión 6º de 10 de octubre de 2002, páginas 15 y ss.

<sup>133</sup> A este respecto, la Directiva 2000/31/CE utiliza un concepto mucho más preciso y acotado: “Servicios de la sociedad de la información” el cual se encuentra delimitado en el artículo 1.2 de la Directiva 98/48/CE de 20 de julio de 1998 que modificó la Directiva 98/34/CE de 22 de junio de 1998, donde se entiende por “servicio de la sociedad de la información todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”.

*acate en el plazo de 24 horas la orden judicial que ordene retirar o impedir el acceso a información determinada, so pena de incurrir en el delito de desacato al que se refiere el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil”.*

El proyecto establece un régimen de exención de responsabilidad en atención a la naturaleza del servicio que preste el operador, idéntico al régimen establecido por la Directiva. Quienes presten servicios de mera transmisión (Compañías de Telecomunicaciones y PAI, según nuestra clasificación) no serán responsable de la información ilícita que transite por sus redes o sistemas siempre y cuando cumplan con las condiciones específicas exigidas por la ley. Esta exención de responsabilidad alcanza incluso al proveedor que almacene información ilícita en sus sistemas de manera automática, provisional y temporal (caching). A continuación revisaremos las condiciones exigidas según el tipo de servicio de que se trate:

- Actividades de Mera Transmisión. De acuerdo al texto del proyecto, los prestadores de servicios de transmisión de datos o de acceso de redes de comunicaciones no serán responsables de los datos transmitidos, siempre y cuando:

no hayan originado ellos mismos la transmisión,

no seleccionen al destinatario de la transmisión,

no seleccionen los datos transmitidos, y

no modifiquen los datos transmitidos.

Como vemos, esta norma es idéntica al artículo 12 de la Directiva y recoge de manera acertada la concepción de que los prestadores de servicios de mera transmisión de datos no deben ser considerados responsables por contenidos ajenos a ellos y que simplemente transitan por sus redes.<sup>134</sup> Mientras los prestadores no interfieran ni intervengan en la transmisión de los datos, gozarán de la exención de responsabilidad que establece el proyecto.<sup>135</sup>

- Actividades de caching.<sup>136</sup> El inciso 2° del artículo en comento, establece que los prestadores de servicios de transmisión y acceso que almacenen información de manera

<sup>134</sup> En palabras del autor de la moción, el diputado Dario Paya “Quien da el servicio de transportar la información, de almacenar temporalmente información ajena, no es responsable de su contenido. (...) ¿Podría pretenderse castigar al cartero, porque la carta que entrega contiene una amenaza? ¿Puede sancionarse al cartero porque el diario que lleva contiene injurias?. Evidentemente, la respuesta es no. Obviamente, el mismo principio tiene aplicación en relación con la difusión, publicación comunicación de información a través de un medio electrónico como Internet.” Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Sesión 6° de 10 de octubre de 2002, página 20.

<sup>135</sup> Debemos recordar que en el considerando N°43 de la Directiva 2000/31/CE se establece expresamente que se excluyen aquellas manipulaciones de carácter técnico que tienen lugar en el transcurso de la transmisión, puesto que ellas no alteran la integridad de los datos contenidos en la misma.

<sup>136</sup> El “caching”, actividad que técnicamente recibe el nombre “servidor proxy” o “técnica caché” consiste básicamente en la copia o respaldo temporal y automático que realizan los PAI, en sus propios servidores, de información que circula en Internet, ya sean páginas web u otros servicios como NEWS o FTP, con el objeto de proporcionar a sus clientes un acceso más rápido y expedito a dichos contenidos, los que regularmente tienen una alta demanda de tráfico.

automática, provisional y temporal, no serán responsables de los contenidos así almacenados siempre y cuando dicho almacenamiento: **i)** sea necesario para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo técnicamente necesario para ello, o **ii)** tenga la finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a petición de terceros.

Respecto de esta última hipótesis, conocida como “técnica caché”, el proyecto exige a los prestadores de servicios de transmisión o acceso que:

no modifique la información,

cumpla las condiciones contractuales de acceso y actualización de la información,

actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso a ella sea imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, y

acate en el plazo de 24 horas la orden judicial que ordene retirar o impedir el acceso a información determinada, so pena de incurrir en el delito de desacato al que se refiere el artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre estos requisitos, cabe detenerse en los últimos dos, por cuanto el proyecto se aleja bastante de su fuente, el artículo 13 de la Directiva, el que impone una obligación de hacer a los PAI: retirar o bloquear información en el caso de tener conocimiento efectivo acerca de: i) el hecho de que la información haya sido retirada del sitio original de publicación; ii) el hecho que se ha impedido el acceso a dicha información; o, iii) el hecho que un tribunal o autoridad administrativa haya ordenado retirarla o impedir el acceso.

Como hemos dicho, la imposición de esta obligación a los PAI puede llevar a que éstos adopten o establezcan mecanismos preventivos, automatizados o no, de detección y retiro de contenidos que puedan ser considerados como ilícitos, lo que necesariamente conlleva el riesgo de censura de la información que circula en Internet, situación que afortunadamente ha sido salvada en el proyecto que analizamos.

*- “Artículo 3º.- El prestador del servicio de almacenamiento de datos no será responsable del contenido de los mismos a condición de que no tenga conocimiento efectivo del carácter ilícito de ellos, ni de hechos o circunstancias que revelen su carácter ilícito, o de que, en cuanto tenga dicho conocimiento actúe con prontitud para denunciar los hechos delictivos y de que en caso de una orden judicial que así lo ordene, proceda dentro de 24 horas a retirar los datos respectivos o hacer que el acceso a ellos sea imposible, so pena de incurrir en el delito de desacato al que se refiere el artículo 240 de Código de Procedimiento Civil”.*

Este artículo establece la exención de responsabilidad de aquéllos que presten servicios de alojamiento de datos (PSI y PAI, según nuestra clasificación). De conformidad con la redacción del texto, podemos afirmar que no sólo se refiere al tradicional servicio de alojamiento de sitios web, conocido como Web Hosting, sino que también es aplicable a otros servicios tales como el Mail Hosting, que consisten en el almacenamiento en un servidor del correo electrónico recibido y eventualmente el enviado por un usuario; el servicio de alojamiento de aplicaciones ASP (Application Service Provider) que necesariamente requiere del almacenamiento de datos en el

servidor del prestador ASP; el servicio de respaldo en línea, cyberstorage, en el que se ofrece espacio en el servidor de un PSI para alojar datos que sólo pueden ser revisados por el usuario. De esta manera, las hipótesis que se encuentran cubiertas por la exención de responsabilidad son varias y bastante amplias y no se refieren exclusivamente a datos o información abiertos a cualquier usuario de Internet, sino que también a aquéllos que estén alojados en sistemas cerrados o de acceso restringido.

Otro punto muy importante de analizar, se refiere a la situación de la información que pudiendo ser calificada judicialmente de ilícita, por ejemplo el caso de las ofensas, se encuentra alojada en el servidor de un PSI y ha sido publicada aparentemente de manera anónima en foros o sistemas de publicación automática (tales como Chat, NEWS, foros, etc.), sistemas donde por su naturaleza resulta más fácil realizar este tipo de acciones que afectan garantías constitucionales tales como el derecho al honor y a la vida privada, situación que ya ha ocurrido en nuestro país y en la cual han intervenido los tribunales de justicia.<sup>137</sup> Siguiendo lo prescrito en el artículo, el PSI deberá denunciar con prontitud los hechos delictivos, cuando tenga conocimiento efectivo de la ilicitud de la información o de circunstancias que revelen tal carácter. En otras palabras, el PSI deberá denunciar a los tribunales la existencia de, siguiendo con nuestro ejemplo, información ofensiva contra una persona determinada apenas sepa del carácter ilícito de ellos o de hechos que revelen dicho carácter.

Como vemos, no se exige el mero conocimiento de la información ofensiva sino que se exige el “*conocimiento efectivo del carácter ilícito de ellos*”. ¿Cómo alguien puede saber cuándo una información tiene tal carácter?. La respuesta correcta, según las razones que vimos al momento de analizar el artículo 14 de la Directiva, debiera ser: cuando los tribunales competentes así lo hayan declarado. Pero, parece ser que los autores del proyecto no opinan lo mismo, por cuanto a continuación exigen que los prestadores de servicios ni siquiera tengan conocimiento de hechos o circunstancias que revelen su carácter ilícito, situación ambigua que no ocurre cuando existe de por medio una resolución judicial que declara la ilicitud del hecho.<sup>138</sup>

Desde otra perspectiva, el artículo establece específicamente una obligación al PSI: deberá denunciar con prontitud los hechos delictivos, cuando tenga conocimiento efectivo

<sup>137</sup> Ver, por ejemplo, la sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Concepción que rechaza la Acción de Protección interpuesta por Orlando Fuentes Siade en contra de Entel S.A., por vulneración de la garantías constitucionales consagradas en el artículo 19° N°1 y 4 de la Constitución Política, al publicar en la Sección Avisos del portal de esta empresa, avisos de carácter ofensivos e injuriosos en contra de la hija del recurrente. Rol Ingreso N°243-99. Asimismo, la sentencia de la Itma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt que acogió la Acción de Protección interpuesta por Patricio Navarro Silva en contra de Kapsula.cl, por la publicación de información ofensiva e injuriosa en contra de profesores del Instituto Alemán de Puerto Montt. Rol Ingreso N°3.718

<sup>138</sup> En similar sentido, Maturana Miquel opina que “determinar que contenido emanado de un tercero reviste el carácter de ilícito o indebido es materia que debe ser de la competencia siempre de un tribunal y no de una autoridad administrativa y menos de un particular. Creemos que un derecho tan trascendente como la libertad de expresión es merecedor a que su conculcación se efectúe por parte de un juez y jamás por parte de una autoridad administrativa o particular, a quienes deberíamos calificar como mero censores digitales.” Op. cit., página 26.



de la ilicitud de la información o de circunstancias que revelen tal carácter. Siguiendo con el ejemplo de las ofensas o injurias proferidas en foros o sistemas de publicación automática, debemos tener presente lo que mencionamos a propósito de las restricciones legítimas al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, autorizadas por el bloque constitucional de derechos humanos. En efecto, cuando analizamos los delitos de injurias y calumnias dejamos constancia de que ambas figuras penales son delitos de acción privada, y que no veíamos cómo pueda un operador de Internet movilizar el aparato judicial del Estado en circunstancia que, según las leyes procesales vigentes, ésta es una facultad privativa del ofendido o de la víctima.<sup>139</sup>

Resulta evidente que existe confusión en el legislador. Para evitar esta situación y teniendo en consideración que nuestro ordenamiento jurídico ofrece medios expeditos para proteger a quienes se sientan afectados u ofendidos por la información publicada, ya sea mediante el ejercicio de la acción constitucional de protección contemplada en el artículo 20 de la CPR, o bien mediante la interposición de medidas cautelares contempladas en los procedimientos civiles y penales<sup>140</sup>, creemos necesario modificar la norma en comento en el sentido de eliminar la obligación expresa de denuncia que ceñiría a los PSI y recalcando, en cambio, que se aplicarán plenamente las normas generales sobre denuncia de hechos que revistan el carácter de delito, establecidas en los artículos 82 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, y 173 y siguientes del Código Procesal Penal. No debemos olvidar que, bajo el texto actual, si el PSI no procede a denunciar con prontitud los datos cuestionados no podrá acogerse a la exención legal de responsabilidad que establece el proyecto y podría, eventualmente, responder penal y civilmente por datos o informaciones que son absolutamente ajenos a él, no siendo esto justo bajo ninguna circunstancia y constituyéndose en un impedimento arbitrario al ejercicio libre de la actividad económica.

No obstante todo lo anterior, a nuestro juicio la norma propuesta fue mejorada en relación a su fuente directa, el artículo 14 de la Directiva, por cuanto no obliga a los PSI a retirar ellos mismos información que pueda ser calificada de ilícita, situación que como hemos dicho, conlleva el riesgo de censura previa de la información que circula en Internet.

<sup>139</sup> En idéntico sentido, Maturana Miquel declara que “el honor siempre ha sido considerado como un bien jurídico digno de ser protegido, pero sólo a iniciativa de la persona ofendida por medio de una acción penal privada, siendo por ello renunciable. Si el órgano jurisdiccional debe ponerse en movimiento a iniciativa de la parte ofendida para proteger el honor, no se aprecia como puede requerirse a un ISP que realice de oficio acciones que ni siquiera el propio juez puede realizar sin que exista el requerimiento del afectado” Op. cit., página 26.

<sup>140</sup> Debemos precisar que, en nuestra opinión, estas medidas precautorias sólo deben ser adoptadas una vez que la información haya sido publicada. Esto, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 13 N°2 de la CADH que establece que las restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, entre las cuales se encuentran indudablemente las medidas judiciales, sólo pueden ser ulteriores y nunca preventivas. La aclaración es necesaria en el entendido que las medidas precautorias y cautelares generalmente se adoptan de manera unilateral, sin audiencia de la parte afectada, dejando al imputado o demandado en la indefensión, violando la garantía del debido proceso. Por ello, estimamos que las restricciones al ejercicio de la libertad de expresión deben concretarse siempre luego de un proceso judicial legalmente tramitado.

Otra diferencia muy importante entre el proyecto de ley y la Directiva radica en el reconocimiento expreso por parte del primero de que sólo un órgano jurisdiccional y no administrativo pueda ordenar a un PSI el retiro de los datos respectivos o que haga imposible el acceso a ellos. A nuestro parecer, esta decisión se compeadece más con nuestro ordenamiento constitucional, porque de lo contrario, nos encontraríamos frente a situaciones en las que un proveedor de servicios, con la finalidad legítima de salvaguardar su responsabilidad y de obedecer a un mandato de la autoridad administrativa, se vea obligado de retirar o bloquear arbitrariamente contenidos sospechosos de ser ilícitos –sin previa declaración judicial de ilicitud-, con los riesgos que ello supone de vulnerar las garantías constitucionales procesales y de libertad de expresión de los proveedores de dichos contenidos e incluso de los usuarios de Internet atendida la doble dimensión de esta última garantía.<sup>141</sup>

*“Artículo 4º.- Los prestadores de servicios de transmisión, acceso y almacenamiento referidos en los artículos anteriores no tendrán obligación de supervisar los datos que transmitan, ni la obligación de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, sin perjuicio de cualquier actividad de supervisión, específica y transitoria, que las autoridades judiciales soliciten para prevenir, investigar, detectar y perseguir delitos y abusos en conformidad a la ley”.*

Este artículo exime a los prestadores de servicios de transmisión, acceso y almacenamiento de supervisar la información que transite o se aloje en sus sistemas o redes y, además, establece expresamente que no tendrán obligación de realizar búsquedas activas de actividades ilícitas, sin perjuicio del cumplimiento de órdenes jurisdiccionales dictadas en particular. A nuestro juicio, esta norma también fue mejorada en relación a su fuente directa, el artículo 15 de la Directiva, por cuanto no otorga facultades algunas a los PAI, PSI o compañías de telecomunicaciones que le permitan actuar de censores de la información que transite o alojen en sus redes o sistemas.

En nuestra opinión, el régimen de exención de responsabilidad propuesto por el proyecto de ley en comento, con las observaciones ya planteadas, es adecuado y constituye un avance en la materia en nuestro país, lo que redundará en un fomento de las actividades económicas ligadas a Internet y en promover la libre circulación de la ideas, condición necesaria y esencial en un estado democrático.

Finalmente y en otro orden de ideas, consideramos necesario incluir en el proyecto en discusión algún artículo que establezca la obligación de los PAI y/o PSI de respaldar, durante un lapso de tiempo prudente, la información sobre conexión de sus clientes (dirección IP), por cuanto estos datos constituyen el único medio posible para identificar el origen de los contenidos ilícitos introducidos en la Red. Al respecto, en las sesiones de la Comisión de Ciencia y Tecnología de la Cámara de Diputados, varios asistentes pusieron énfasis en la necesidad de una medida de esta naturaleza, pero, lamentablemente y por razones que desconocemos no fue propuesta una indicación de este tipo.<sup>142</sup>

No obstante lo anterior, en el proyecto de ley que modifica el Código Penal, el Código

---

<sup>141</sup> Recordemos que el derecho a la libertad de expresión, en su dimensión colectiva, ampara el derecho de todas las personas a recibir informaciones e ideas.

de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal, en materias de delitos de pornografía infantil, se establece esta obligación en los siguientes términos: *“Las empresas o establecimientos que presten los servicios de comunicación a que se refiere el inciso primero deberán, en el menor plazo posible, poner a disposición de los funcionarios encargados de la diligencia todos los recursos necesarios para llevarla a cabo. Con este objetivo los proveedores de tales servicios deberán mantener, en carácter reservado, a disposición del tribunal, un listado actualizado de sus rangos autorizados de direcciones IP y un registro, no inferior a seis meses, de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados . La negativa o el entorpecimiento en la práctica de la medida decretada será constitutiva del delito de desacato, conforme al artículo 240 del Código de Procedimiento Civil. Asimismo, los encargados de realizar la diligencia y los empleados de las empresas o de los establecimientos deberán guardar secreto acerca de la misma, salvo que se les citare como testigos al procedimiento”*.<sup>143</sup>

En el derecho comparado, es posible encontrar normas que establecen la obligación de los prestadores de servicios de la sociedad de la información de respaldar los registros de IP de sus usuarios, que establecen límites precisos respecto de la información que debe ser resguardada. En efecto, el artículo 12° de la LSSICE española dispone que los prestadores de servicios *“deberán retener los datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información por un período máximo de doce meses”*. Los datos que deben ser registrados *“serán únicamente los necesarios para facilitar la localización del equipo terminal empleado por el usuario para la transmisión de la información. (...) En ningún caso, la obligación de retención de datos afectará al secreto de las comunicaciones”*.

La única finalidad legítima de resguardar esta información consiste en la utilidad del registro de direcciones IP para identificar el lugar desde donde se introdujeron contenidos en Internet, información de cuya existencia dependerá el éxito o el fracaso de las investigaciones que se inicien para determinar la identidad y eventual responsabilidad de los autores de contenidos ilícitos.

### **d. Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos**<sup>144</sup>

---

<sup>142</sup> Según consta en el Informe de la Comisión, representantes tanto de las empresas invitadas como de la Policía de Investigaciones ahondaron en la necesidad de establecer una obligación de respaldo de la información de conexión de los usuarios.

<sup>143</sup> Artículo 2 N°2, que introduce el artículo 113 ter en el Código de Procedimiento Penal, norma que se repite en el Artículo 3 letra a) que modifica el Código Procesal Penal. Este proyecto (boletín N°2906-07) fue despachado por el Congreso Nacional con fecha 21 de noviembre de 2003 y actualmente se encuentra a la espera de ser publicado en el Diario Oficial.

<sup>144</sup> En la elaboración de este subcapítulo hemos trabajado en base al texto en español disponible en el sitio Internet de la Dirección de Relaciones Económicas del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, cuya dirección web es <http://www.direcon.cl>

Tal como adelantáramos, el Tratado de Libre Comercio (en adelante indistintamente “TLC”, “Tratado” o “Acuerdo”) contiene una sección específica (el artículo 17.11.23) sobre el régimen de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios Internet por contenidos que infrinjan el derecho de propiedad intelectual.<sup>145</sup>

En términos generales, el TLC está basado en los mismos principios contenidos en la DMCA que ya analizamos, y que establece un régimen especial de protección de las creaciones amparadas por el derecho de autor, para los ambientes media.

El texto del Acuerdo establece que *“para los efectos de poner en vigor procedimientos de observancia que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de autor cubiertos en este capítulo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones, y de recursos civiles y criminales, cada Parte establecerá, de conformidad con el marco establecido en este artículo:*

*(i) incentivos legales para que los proveedores de servicios cooperen con los titulares de derechos de autor para disuadir del almacenamiento y transmisión no autorizados de materiales amparados por los derechos de autor; y*

*(ii) limitaciones en su legislación relativas al alcance de los recursos disponibles contra los proveedores de servicio por infracciones a los derechos de autor que dichos proveedores no controlen, inicien o dirijan y que ocurren a través de sistemas o redes controladas u operadas por ellos o en su representación (...)”*<sup>146</sup>

Siguiendo el ya clásico esquema de protección de obras intelectuales utilizado por variadas legislaciones en el mundo, el TLC establece un sistema de limitación de responsabilidad de los proveedores de servicios Internet por las eventuales infracciones al derecho de autor que se cometan en sus redes o sistemas, sujeta a limitaciones y aplicable bajo la condición de que se cumplan: **i)** ciertas condiciones y requisitos generales aplicables a todos los servicios regulados; y **ii)** ciertas condiciones y requisitos específicos exigibles a los proveedores según la naturaleza del servicio o funciones que éste preste. A esas limitaciones, condiciones y requerimientos nos referimos a continuación. El TLC establece un régimen de limitación de responsabilidad en relación a las normas generales del derecho de autor, en consecuencia las condiciones son sólo para acogerse a la limitación.

Los servicios o funciones que se pueden acoger a las limitaciones de responsabilidad son los siguientes:

Servicios de mero acceso<sup>147</sup> : PAI y Compañías de Telecomunicaciones, según nuestra clasificación.

<sup>145</sup> El propio TLC define qué entiende por “Proveedor de servicio”, expresando que para los efectos de la función (b)(i), a un proveedor de transmisión, enrutamiento o conexiones para comunicaciones digitales en línea sin modificación de su contenido entre puntos especificados por el usuario del material que selecciona el usuario, o para los efectos de las funciones (b)(ii) a (iv), un proveedor u operador de instalaciones de servicios en línea (incluyendo aquellos casos en que el acceso a la red es proporcionado por otro proveedor) o de acceso a redes.

<sup>146</sup> Artículo 17.11, párrafo 23, subpárrafo (a).

Funciones de técnica caché: PAI y PSI

Servicio de alojamiento de datos: PSI; y,

Servicios de buscadores y directorios Internet: PSI.

**Condiciones Generales de Aplicabilidad** . El TLC establece dos condiciones que deben ser observadas por todos quienes presten alguno de los servicios señalados, y son las siguientes:

a. Los proveedores de servicios deberán adoptar e implementar en forma razonable una política que estipule que en circunstancias apropiadas se pondrá término a las cuentas contratadas de los infractores reincidentes.<sup>148</sup>

Sobre esta condición, cabe destacar que no existe en el TLC una definición del concepto de “infractor reincidente” y, por lo tanto, es nuestra obligación determinar su sentido y alcance.

Según el RAE, el reincidente significa “*el que reincide o ha reincido*”, a su vez, reincidir se refiere a “*volver a caer o incurrir en un error, falta o delito*”, de manera tal que la reincidencia siempre está referida a la existencia de una condena declaratoria. Es más, no debemos olvidar que para el derecho el término es mucho más preciso y que la reincidencia es considerada como una circunstancia agravante de la responsabilidad penal, que consiste en haber sido condenado anteriormente por un delito de la misma especie.<sup>149</sup>

En nuestra opinión, de acuerdo con el ordenamiento constitucional chileno (artículo 19, numerales 3° y 12°), el único antecedente que permitiría el cierre de una cuenta contratada debiera ser una resolución judicial, anterior a la fecha de cierre, en la que se declare que una persona ha cometido una infracción a la regulación de propiedad intelectual y que imponga dicho cierre como sanción. Esto porque, de lo contrario, nos encontraríamos frente a situaciones de autotutela, en las que un proveedor de servicios, con la finalidad legítima de salvaguardar su responsabilidad, se sienta con la potestad de cerrar de manera arbitraria –sin previa declaración judicial de ilicitud- cuentas de usuarios, con los riesgos que ello supone de vulnerar las garantías constitucionales procesales y de libertad de expresión de esos usuarios. Bajo nuestra Constitución, el único órgano con potestad de resolver conflictos de relevancia jurídica entre privados es el Poder Judicial (artículo 73 y siguientes), de manera que mal puede un privado unilateralmente realizar esta actuación, ni siquiera si es autorizado a esos efectos por una ley o un tratado internacional: dicha ley o tratado serían inconstitucionales y afectos a la posibilidad de ser declarados como tales por el Tribunal Constitucional (artículo 82 de la CPR).

b. Los proveedores de servicios deberán adoptar y no interferir con las medidas técnicas estándar que legalmente protegen e identifican material protegido por derecho

<sup>147</sup> En palabras del TLC: “servicios de transmisión, enrutamiento, o suministro de conexiones”.

<sup>148</sup> Artículo 17.11, párrafo 23, subpárrafo (d), numeral (i).

<sup>149</sup> Artículo 12, N°16 del Código Penal.

de autor, que se desarrollen mediante un proceso abierto y voluntario por un amplio consenso de partes interesadas, aprobado por las autoridades pertinentes, cuando sea aplicable, que estén disponibles en términos razonables y no discriminatorios, y que no impongan costos significativos a los proveedores de servicios o carga significativas a sus sistemas o redes.<sup>150</sup>

Esta condición, que persigue establecer un sistema con cierto nivel de automaticidad destinado a la identificación de infracciones a los derechos de autor, presenta una serie de inconvenientes que pueden llevar a abusos en su aplicación e interpretación.

Desde ya nuestra Constitución deja en manos del poder jurisdiccional la determinación de la ocurrencia de infracciones, por lo que el precepto es de muy dudosa constitucionalidad.

El concepto de “medidas técnicas” es en sí mismo una noción extremadamente difusa y amplia que no otorga las garantías necesarias que exige un mecanismo de identificación de infracciones. Además, no se señala en el TLC dónde se producirá el consenso entre los titulares de derechos de autor y proveedores de servicios, ni las condiciones en que deberá desarrollarse un acuerdo de esa naturaleza, situación que pone en evidente desventaja a los prestadores de los servicios, atendido, entre otras cuestiones, el poder y nivel de organización de las entidades de gestión de derechos de autor.

El financiamiento para la implementación de los estos medios técnicos debiera provenir de los titulares de derechos de autor o sus entidades gremiales de gestión y cualquier perjuicio que se produzca con ocasión de su ejecución o aplicación en las redes o sistemas de los proveedores de servicios, también debiera ser costeadada por ellos, no siendo suficiente a esos efectos la declaración contenida en el TLC. Además, que implica la imposición de obligaciones que pueden resultar gravosas para los proveedores de servicios, materia que podría constituir una infracción a su libertad de desarrollo de actividad económica, explícitamente amparada en el artículo 19 N°21 de la Constitución.

El TLC termina sosteniendo que la aplicabilidad de las limitaciones de responsabilidad no puede estar condicionada a que el proveedor de servicio realice controles de su servicio, o que decididamente busque hechos que indiquen actividad infractora, salvo en la medida que se sea coherente con tales medidas técnicas.<sup>151</sup>

Esta última norma, que tiene su paralelo en el N°2 del artículo 15 de la Directiva sobre Comercio Electrónico que ya hemos analizado, no pasa de una mera declaración de buenas intenciones, especialmente si tomamos en consideración que la excepción que ella misma establece nos remite nuevamente al difuso concepto de “medidas técnicas”, al cual ya nos referimos.

A modo de ejemplo, podemos imaginar un sistema (“medida técnica”) que reconozca dentro de la web aquellos sitios donde se encuentren materiales que supuestamente infringen el derecho de autor, por ejemplo, un poema de Pablo Neruda, y emita una señal

---

<sup>150</sup> Artículo 17.11, párrafo 23, subpárrafo (d), numeral (ii).

<sup>151</sup> Artículo 17.11, párrafo 23, subpárrafo (d), final.

o notificación al proveedor de servicio en cuyo sistema se encuentre dicho material comunicándole la situación. ¿Podrá ese medio técnico reconocer automáticamente las excepciones legales que permiten hacer empleo del material sin violar el derecho de autor, por ejemplo identificar si se ha efectuado una cita textual (derecho a cita) o una copia de respaldo que se guarde en un “ciberstorage” (derecho de copia)?

Una “medida técnica” de esta naturaleza haría probablemente colapsar los sistemas o redes de un proveedor de servicios, haciendo mucho más gravoso o derechamente imposible el ejercicio de su actividad económica. Recordemos además que el proveedor no puede siquiera interferir en la ejecución de esas “medidas técnicas”, las que incluso podrían realizar búsquedas o inspecciones en sus sistemas, amparadas en la regulación antes explicada; materia que, nuevamente, constituiría una infracción a su libertad de desarrollo de actividad económica, explícitamente amparada en el artículo 19 N°21 de la Constitución.

**Condiciones específicas de exigibilidad** . El TLC establece una serie de requisitos específicos en relación a la naturaleza de los servicios y funciones que presten los proveedores de Internet, los cuales describiremos y analizaremos a continuación.

- **Servicios de Mero Acceso** : los proveedores que presten servicios o funciones de “transmisión, enrutamiento o suministro de conexiones para el material sin modificar su contenido” no serán responsables de las violaciones de derechos de autor que ocurran en sus redes o sistemas controlados u operados por ellos, siempre y cuando no inicien la transmisión, ni seleccionen el material o sus destinatarios.<sup>152</sup>

De esta manera, aquellos proveedores de servicios que se limiten a prestar el servicio de acceso a las redes o transmisión de datos facilitados por un tercero, sin modificar ni seleccionar el contenido ni los destinatarios de dichos datos, no serán considerados responsables de las violaciones al derecho de autor que por sus redes o sistemas se comentan, amparados por la limitación de responsabilidad contenida en este artículo.

La obligación de no modificar el material no se extiende a las manipulaciones tecnológicas necesarias para los efectos de facilitar la transmisión en red, como la división en paquetes.<sup>153</sup>

En nuestra opinión, atendida la naturaleza misma de las funciones aquí señaladas (la transmisión, el enrutamiento y suministro de conexiones) hubiese sido conveniente no extenderles las condiciones generales de aplicabilidad exigidas por cuanto son meros conductores de información ajena, aplicando el mismo principio que establece la irresponsabilidad de las concesionarias de telefonía fija por el contenido de las llamadas telefónicas que transitan por sus redes.

- **Función de Técnica Caché** : Los proveedores de servicios que realicen funciones de almacenamiento temporal y automático (técnica caché)<sup>154</sup> no serán responsables de las violaciones de derechos de autor que ocurran en sus redes o sistemas controlados u

---

<sup>152</sup> Nota al pie N°36 del Capítulo XVII sobre Propiedad Intelectual.

<sup>153</sup> Artículo 17.11, párrafo 23, subpárrafo (d), numeral (i)

operados por ellos, siempre y cuando:

no inicien la transmisión, ni seleccionen el material o sus destinatarios;

cumplan con las condiciones de acceso de usuarios y reglas relativas a la actualización del material impuestas por el proveedor del material;

no interfieran con la tecnología compatible con normas de la industria ampliamente aceptadas, utilizadas legalmente en el sitio de origen para obtener información sobre el uso del material, y que no modifiquen su contenido en la transmisión a otros usuarios; y

retiren o inhabiliten en forma expedita el acceso al material almacenado que ha sido retirado o al que se ha inhabilitado el acceso en su sitio de origen, cuando reciba una notificación efectiva de una supuesta violación, de acuerdo con el subpárrafo (f).

Tal como reiteradamente hemos señalado, la técnica caché consiste básicamente en el almacenamiento automático y temporal de datos realizado con la finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de dicha información a otros usuarios que lo requieran.

La redacción de la cláusula es un tanto ambigua al hacer referencia a situaciones desconocidas en el desarrollo de Internet en nuestro país. Así, por ejemplo, la exigencia contenida en el N°2 de cumplir con reglas que regulen las condiciones de actualización de la información contenida en un sistema Internet, es inaplicable desde que dichas reglas no han sido desarrollados extensivamente en Chile, siendo la regla general su inexistencia. Lo mismo ocurre respecto a la condición establecida en el N°3, por cuanto se desconoce el tipo de tecnología a que se refiere. No nos referiremos ahora a la última condición exigida por cuanto ella será analizada en profundidad más adelante.

Sin perjuicio de lo anterior, las condiciones exigidas son bastante razonables atendida la circunstancia que la técnica caché permite duplicar la información en un sitio más próximo al usuario final, por lo que puede considerarse un espejo automática del sitio original, de manera tal que cualquier modificación realizada en el sitio de origen debe ser incluida en la copia local; lo mismo sucede respecto a las condiciones de acceso al sitio, las que no pueden ser distintas de las establecidas en el sitio de origen.

- **Servicio de alojamiento de datos y servicios de búsqueda y directorios** : Los proveedores de servicios que prestan servicios de: *i) almacenamiento a petición de un usuario de material que se aloja en un sistema o red controlada u operada por o para el proveedor, incluidos correos electrónicos y sus archivos adjuntos almacenados en el servidor del proveedor, y páginas web alojadas en el servidor del proveedor*<sup>155</sup> ; o, *ii) que realicen funciones de “referir o vincular a los usuarios a un sitio en línea mediante la utilización de herramientas de búsqueda de información, incluidos hipervínculos y directorios”*.<sup>156</sup>

Aquí están contenidas las dos hipótesis más importantes del TLC, ya que se refieren

<sup>154</sup> Artículo 17.11, párrafo 23, subpárrafo (c)

<sup>155</sup> Artículo 17.11, párrafo 23, subpárrafo (b), numeral (iii)

<sup>156</sup> Artículo 17.11, párrafo 23, subpárrafo (b), numeral (iv)



a los servicios o funciones que por su especial naturaleza pueden ser utilizados de manera intensiva en violaciones al derecho de autor.

En efecto, tal como ya hemos dicho, estos servicios se refieren a las actividades más comunes que se realizan en Internet. Primero, el alojamiento de datos de terceros en los equipos y sistemas de un proveedor de servicios Internet, y segundo, la vinculación a través de enlaces o links a datos que se encuentran en la red Internet.

Las condiciones exigidas en el TLC, para que los proveedores de estos servicios no sean responsables por los materiales que infrinjan el derecho de autor, son las siguientes<sup>157</sup> :

que no inicien la transmisión, ni seleccionen el material o sus destinatarios;

que no reciba un beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, en circunstancias en que tiene el derecho y la capacidad para controlar dicha actividad;

que retire o inhabilite en forma expedita el acceso al material que se aloja en su sistema o red al momento de obtener conocimiento efectivo de la infracción o al enterarse de hechos o circunstancias a partir de los cuales se hacía evidente la infracción, incluso mediante notificaciones efectivas de supuesta infracción de acuerdo con la subpárrafo (f);  
y

que designen públicamente a un representante para recibir tales notificaciones.

Así como hemos dicho que esta es la cláusula más importante del TLC, también es la que contiene la mayor cantidad de imprecisiones y ambigüedades en su texto, que pueden llegar a configurar figuras contrarias a nuestro ordenamiento jurídico.

Primero, la exigencia contenida en el numeral segundo está redactada de manera tan equívoca, que puede interpretarse que cualquier beneficio financiero que reciba el proveedor de servicios es causal suficiente para que no califique en la hipótesis de exención de responsabilidad. Siguiendo este razonamiento, ¿el precio que paga un cliente a su proveedor de webhosting se considerará como beneficio en los términos de la cláusula? Si la respuesta es afirmativa, ninguna empresa prestará este tipo de servicio (el cual es esencial para el desarrollo y crecimiento de la red), o será prestado en condiciones económicas muy desfavorables para los potenciales clientes, ya que el costo económico de suministrar el servicio se incrementará notoriamente, al deber contratar el proveedor seguros de responsabilidad para el evento que sea condenado a indemnizar a un titular de derecho de autor por las infracciones que cometan sus clientes. Por otro lado, no nos queda claro que podamos responder de manera negativa la pregunta planteada, esto debido a la forma en que está redactada la cláusula.

Reiteremos la dudosa constitucionalidad de la cláusula que expresa “*en circunstancias en que tienen el derecho y la capacidad para controlar tal actividad*”, pues un proveedor de servicios no puede controlar la actividad de sus clientes o usuarios, sin mediar previa declaración judicial en ese sentido, por cuanto ello implicaría vulnerar garantías constitucionales tales como el debido proceso, el derecho a la privacidad, a la

---

<sup>157</sup> Artículo 17.11, párrafo 23, subpárrafo (c), inciso 2°

libertad de expresión y al derecho a adquirir libremente toda clase de bienes.

Finalmente, respecto a la tercera exigencia contenida que exige a los proveedores de servicios Internet que *retiren o inhabiliten en forma expedita el acceso al material que se aloja en su sistema o red al momento de obtener conocimiento efectivo de la infracción o al enterarse de hechos o circunstancias a partir de los cuales se hacía evidente la infracción, incluso mediante notificaciones efectivas de supuesta infracción de acuerdo con la subpárrafo (f)*;

Reiteramos nuestra posición negativa respecto a que particulares retiren o inhabiliten por su cuenta contenidos supuestos ilícitos, por las mismas razones que explicamos a propósito del proyecto de ley actualmente en trámite (boletín N°3004-19).

El subpárrafo f) a que se remite la norma en análisis, dicta que cada Parte establecerá *procedimientos adecuados mediante un proceso abierto y transparente establecido en su legislación interna, para notificaciones efectivas de supuestas infracciones y contra notificaciones efectivas por parte de aquellas personas cuyo material fue retirado o inhabilitado por equivocación o identificación errónea*.<sup>158</sup>

A continuación establece que *“como mínimo, cada Parte requerirá que la notificación de una supuesta infracción sea una comunicación escrita, firmada física o electrónicamente por una persona que represente, bajo la pena de perjurio u otra sanción penal de que es un representante autorizado del titular del derecho del material que se alega ha sido infringido y, que contenga información razonablemente suficiente para que el proveedor de servicio sea capaz de identificar y localizar el material que la parte reclamante alega de buena fe que está infringiendo, y que permita contactar a dicha parte reclamante. Como mínimo, cada parte requerirá que una contra notificación efectiva contenga la misma información, mutatis mutandis, que una notificación que alegue una infracción, y además, contenga una declaración que el suscriptor que realiza la contra notificación acepta someterse a la jurisdicción de los tribunales de la Parte”*.

De esta manera, debemos entender que la “notificación efectiva” se refiere al hecho material que un titular de derechos de autor “notifique” o “avise”, según el procedimiento que establezca cada Parte, a un proveedor de servicios Internet acerca de la existencia en sus redes o sistemas de materiales que infrinjan el derecho de autor. Aparentemente, incluso se podría tratar de un acto privado en el cual no intervendría autoridad pública o judicial alguna. Los riesgos que conlleva una notificación de esta naturaleza son enormes, especialmente si consideramos que los titulares de derechos de autor gozarán de un sistema de protección inmediato, único y poderoso, resguardo del que ni siquiera gozan en el sistema tradicional de protección del derecho de autor (en el cual necesariamente deben recurrir a órganos jurisdiccionales para el amparo de sus derechos). Por estas razones, estimamos que bajo ninguna circunstancia es posible establecer un sistema de protección como el propuesto, por cuanto ello infringiría importantes garantías constitucionales como las del debido proceso legal, el derecho a la privacidad, la libertad de expresión, el derecho a desarrollar cualquier actividad económica, entre otras; así como la regulación de las potestades del Poder Judicial a que se refieren los artículos 73 y siguientes de la Constitución en relación con el principio de

---

<sup>158</sup> Artículo 17.11, párrafo 23, subpárrafo (f)

legalidad contenido en sus artículos 6° y 7°.

La cláusula en análisis establece, además, a juzgar por su redacción, que existen otros medios por los cuales el proveedor de servicios puede tomar conocimiento real de la violación. Dada esa ambigüedad, a nuestro parecer, sería conveniente establece reglas que confieran mayor certeza a todas las partes involucradas respecto de cuándo y con qué antecedente deben proceder a retirar o inhabilitar el acceso a material que viole el derecho de autor. Una regla de esta naturaleza debiera establecer que el proveedor de servicios está obligado a retirar o inhabilitar los materiales supuestamente infractores, a lo menos: a) cuando dicho proveedor haya sido notificado extrajudicialmente y, habiendo sido el usuario debidamente informado, no invoque éste en un plazo prudente la licitud de su propia conducta (reconociendo así tácitamente su ilicitud); o, b) cuando dicho proveedor haya sido notificado judicialmente, en virtud de la adopción de una medida cautelar por el órgano jurisdiccional competente.

Hay que profundizar el estudio de esta delicada materia por cuanto si se opta por el sistema de notificación efectiva contenido en el TLC, se otorga un poder muy amplio y sin precedentes a los titulares de derechos de autor, en perjuicio de los usuarios y de los proveedores de servicios Internet. Por su parte, si se establece un régimen judicial de control de contenidos que infrinjan el derecho de autor, si bien se garantiza el respeto de las garantías constitucionales involucradas, puede convertirse en un medio ineficaz a los propósitos planteados, junto con transformar a los tribunales en las cajas recaudadoras de los titulares de derechos de autor. De todas maneras, en la disyuntiva, debe siempre optarse por la tutela de un régimen jurisdiccional, aunque tenga éste el carácter de sumario, por ser ésa la solución que más se compece con nuestro texto constitucional.

No ahondaremos respecto a la última exigencia establecida por el TLC a los prestadores de servicios de alojamiento que les obliga a designar públicamente un representante para recibir las notificaciones efectivas, como consecuencia de nuestra posición respecto a este sistema de notificaciones.

Por otra parte, el subpárrafo h) que señala que cada una de las Partes “*establecerá un procedimiento administrativo o judicial que permita a los titulares de derechos de autor, que han efectuado una notificación efectiva de supuesta infracción, obtener en forma expedita de parte de un proveedor de servicio la información que éste posea para identificar al supuesto infractor*”. En nuestra opinión debiera ser reformulado en el sentido que sólo a través de un procedimiento judicial –aunque sea breve o sumario- será posible obtener dicha información, todo ello por las razones expuestas latamente.

En consecuencia, todas estas materias deberán ser cuidadosamente tratadas al momento de incorporar las normas del Acuerdo a la legislación interna, dentro del plazo previsto por el TLC, es decir, antes de cuatro años a contar de la entrada en vigor de este Tratado, a fin de salvaguardar correctamente las garantías fundamentales que pueden ser afectadas si las normas del TLC se trasponen de la manera que actualmente están desarrolladas, en atención a todas y cada una de las objeciones que acabamos de plantear.

No debemos olvidar que cualquier norma de derecho interno que represente una posible afectación al ejercicio libre del derecho a la libertad de expresión e información

debe ser definida en forma clara y estricta, y debe ser aplicada por órganos jurisdiccionales independientes, a través de procedimientos legales preestablecidos y con respeto a las garantías de un debido proceso, donde las sanciones obedezcan a los principios de proporcionalidad y congruencia.

## VI. CONCLUSIONES

Como hemos visto, la importancia del derecho a la libertad de expresión e información como piedra angular de la democracia y como medio de protección de la autonomía de las personas y de los grupos intermedios, obliga a todos los órganos del Estado a garantizar, promover y respetar el libre ejercicio de este derecho, por cuanto su esencia se afecta desde el momento mismo en que su ejercicio deja de ser libre.

En consecuencia, cualquier regulación o medida que se pretenda establecer con la finalidad legítima de controlar los contenidos ilícitos y nocivos que circulan en Internet, deberá necesariamente adecuarse al bloque constitucional de derechos fundamentales, conformado por los derechos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, suscritos y ratificados por Chile, específicamente al sistema normativo de protección de la libertad de expresión e información, en especial, cuando se trate de controlar aquellos contenidos que siendo lícitos puedan ser eventualmente calificados de nocivos. Esto, por cuanto resulta de particular trascendencia para el tan anhelado desarrollo de Internet en nuestro país, que la transmisión o transferencia de contenidos esté bajo el amparo de un derecho que se vincula estrechamente con las bases mismas de la democracia, como ya hemos explicado. De ello se deriva que los órganos del Estado están obligados a otorgar protección especial a la libertad de expresión y, en consecuencia, al tráfico de información lícita en Internet.

Por su parte, reconocemos en las políticas europeas de control de contenidos ilícitos, un modelo bastante eficiente y equilibrado donde se ha promovido por una parte la

adecuación normativa necesaria para incorporar a la legislación vigente la neutralidad tecnológica que permita perseguir eficientemente ilícitos tradicionales que ahora se cometen mediante el uso de nuevas tecnologías; y por la otra, fuertes campañas de educación en el uso responsable de dichas tecnologías.

Estimamos además, que en el caso de la pornografía para adultos, aunque pueda suscitar la reprobación de muchos, no se condice con el estado de la moral vigente en nuestro país. Por tanto, no hay base para sostener que ella deba ser prohibida o perseguida penalmente. Además, no debemos olvidar que Internet no tiene la característica de penetración que si tienen los medios de comunicación tradicionales, como la radio o la televisión, por lo que su control debe realizarse con medidas lo menos restrictivas posible y de preferencia por los propios usuarios.

De esta manera, las obligaciones de hacer que imponen los regímenes de responsabilidad de los operadores de Internet analizados pueden llevar, como efecto indeseado, la limitación a las garantías citadas, de forma burda como fue el caso de la CDA norteamericana o sutilmente como el caso de la LSSI española.

Finalmente, una prevención general: el problema de la difusión de contenidos ilícitos y nocivos en Internet no se va a resolver mediante la estricta aplicación de la legislación, ni mediante la utilización intensiva de las tecnología de filtrado. Es imprescindible la formación del público. Se han de fomentar las actividades de sensibilización para que los adultos comprendan las ventajas y los inconvenientes de Internet. Los padres y los educadores, especialmente, deberán contar con la suficiente información para que puedan utilizar eficientemente las aplicaciones computacionales de control parental.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- BERTONI, EDUARDO. "Libertad de expresión en el estado de derecho. Doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional". Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000.
- BOIX PALOP, ANDRÉS. "Libertad de expresión y pluralismo en la red". En: Revista Española de Derecho Constitucional, N°65, año 22. Madrid, 2002.
- CASTELLS, MANUEL y HIMANEN, PEKKA. "El Estado del Bienestar y la Sociedad de la Información. El modelo finlandés". Alianza Editorial. Madrid, 2002.
- CASTELLS, MANUEL. "La Galaxia Internet". Editorial Plaza & Janés. Madrid, 2001.
- "La era de la Información: la sociedad red". Alianza Editorial. Madrid, 2001.
- CEA EGAÑA, JOSÉ LUIS. "Teoría de la Libertad de Expresión". En: "Libertad de Expresión, Ética Periodística y Desinformación". Centro de Estudios de Prensa. Santiago de Chile, 1988.
- "Tratado de la Constitución". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1988
- CLIMENT BARBERÁ, JUAN. "La justicia penal en Internet. Territorialidad y competencias penales". En: "Internet y Derecho Penal. Cuadernos de Derecho Judicial X". Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2002.
- COLOMBO CAMPBELL, JUAN. "La jurisdicción en el derecho chileno". Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1991
- DELGADO PLANAS, ANTONIO. "España: Responsabilidad de los operadores en el

- proyecto LSSI”. En: Revista Electrónica de Derecho Informático. Número 43. Publicado en <http://www.vlex.com/redi>
- DEPARTAMENTO DE INGENIERÍA INDUSTRIAL, UNIVERSIDAD DE CHILE. “Revista Perspectivas. Distintas visiones sobre Tecnologías de Información e Internet en Chile”. Volumen 5, N°2. Santiago, 2002.
- ETCHEBERRY, ALFREDO. “El Derecho Penal ante la jurisprudencia”. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1987.
- FERNÁNDEZ ESTEBAN, MARÍA LUISA. “Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet”. En: Revista Española de Derecho Constitucional, N°53, año 18. Madrid, 1998.
- “Nuevas Tecnologías, Internet y derechos fundamentales”, Ediciones McGraw-Hill. Madrid, 1998.
- “Comparecencia ante el Senado Español sobre los aspectos más importantes del impacto de Internet en los derechos constitucionales”. En: Diario de Sesiones del Senado, VI Legislatura, Comisión Especial sobre Redes Informáticas. Sesión de 26 de junio de 1998. Madrid, 1998.
- FAJARDO LÓPEZ, LUIS. “LSSI: Análisis Legal”. Madrid. 2001. Publicado en <http://www.fajardolopez.com/materiales/lssi1.html>
- GARRIDO ÁLVAREZ, RICARDO ANTONIO “La libertad de expresión en el derecho internacional de los derechos humanos”. Tesis de Grado. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago, 2002.
- HUMAN RIGHTS WATCH. “Los Límites de la Tolerancia. Libertad de Expresión y Debate Público en Chile”. Ediciones Lom. Santiago, 1998.
- LAVIN CARIOLA, ROSARIO. “Concepto de pudor y buenas costumbres en los delitos atentatorios contra el orden las familias y la moralidad pública”. Tesis de Grado. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago, 1989.
- LÓPEZ ORTEGA, JUAN JOSÉ. “Libertad de expresión y responsabilidad por los contenidos en Internet”. En: “Internet y Derecho Penal. Cuadernos de Derecho Judicial X”. Escuela Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2002.
- LUCAS MARÍN, ANTONIO. “La nueva sociedad de la información. Una perspectiva desde Silicon Valley”. Editorial Trotta. Madrid, 2000.
- LLANEZA GONZÁLEZ, PALOMA. “Internet y comunicaciones digitales”. Editorial Bosch. Barcelona. 2000.
- MAESTRE, JAVIER Y SÁNCHEZ ALMEIDA, CARLOS. “LSSI: Análisis Legal”. Madrid. Mayo 2001. Publicado en <http://www.bufetalmeida.com>
- MARÍN PEIDRO, LUCIA. “Los contenidos ilícitos y nocivos en Internet”. Biblioteca Fundación Retevisión. Madrid. 2000. Actualización a Noviembre de 2001 en <http://www.retevision.es/fundacion>
- MATURANA MIQUEL, CRISTIAN. “Responsabilidad de los proveedores de acceso y de contenidos en Internet”. En: Revista Chilena de Derecho Informático. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago, 2002.
- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. “La Regulación de la Red. Poder y Derecho en Internet”. Editorial Taurus. Madrid, 2000.



- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO. “El Derecho a la libertad de opinión e información y sus límites: honra y vida privada”. Editorial Universidad de Talca y LexisNexis Chile. Santiago, 2002.
- “Dogmática Constitucional”. Editorial Universidad de Talca. Talca, 1997.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO. “Derecho a la vida privada y libertad de información”. Editorial Siglo XXI. Ciudad de México, 1979.
- SÁNCHEZ ALMEIDA, CARLOS. “Libertad a secas”. Ponencia presentada en las Jornadas de Derecho e Internet. Publicado en <http://www.bufetealmeida.com>
- “Derecho a la Intimidad: del gran hermano a la mayor oreja. La empresa como nuevo estado”. EN: Kriptopolis. Revista sobre Intimidad y Seguridad en Internet. [En línea: [http://www.kriptopolis.com/more.php?id=123\\_0\\_1\\_0\\_M1](http://www.kriptopolis.com/more.php?id=123_0_1_0_M1) ]
- SUBSECRETARÍA DE TELECOMUNICACIONES. “Conexiones y Tráfico conmutado de Internet”. Santiago de Chile, octubre 2002.
- “Informe Estadístico N°6. Estadísticas del Sector de las Telecomunicaciones en Chile: 2000 – Primer Semestre 2002”. Santiago de Chile, diciembre 2002.
- “Internet en Chile”. Santiago de Chile, s.a.
- VIAL SOLAR, TOMÁS. “El Derecho a la vida privada y la libertad de expresión en las constituciones de Chile y España: una propuesta de criterios para el análisis”. Tesis para optar al grado de Magíster en derecho público con mención en derecho constitucional. Universidad Católica de Chile. Santiago, 1999.

## Tratados Internacionales, legislación y jurisprudencia nacional y extranjera

- Constitución Política de la República de Chile.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Declaración de Principios sobre la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Publicada en <http://www.cidh.org>
- Decisión N°276/1999/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de enero de 1999 por la que aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales. DOCE L 33 de 06.02.1999, página 1.
- Decisión N°1151/2003/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de junio de 2003 que modifica la Decisión N°276/1999/CE por la que se aprueba un plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales. DOCE L 162 de 01.07.2003, página 1.
- Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el

- sector de las telecomunicaciones. DOCE L 24 de 30.01.1998, página 1.
- Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. DOCE L 144 de 04.06.1997, página 19.
- Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998 por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas. DOCE L 204 de 21.06.1998, página 1.
- Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de julio de 1998 por la que se modifica la Directiva 98/34/CE. DOCE L 217 de 05.08.1998, página 1.
- Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). DOCE L 178 de 17.07.2000, página 1.
- Informe N°11/96 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 3 de mayo de 1996, caso N°11.230 Martorell v. Chile. Publicado en <http://www.derechoshumanos.cl/cidhmartorell.htm>
- Ley N°16.643 sobre Abusos de Publicidad.
- Ley N°18.168 General de Telecomunicaciones.
- Ley N°19.733 sobre las Libertades de Opinión e Información y ejercicio del Periodismo.
- Ley N°19.742 de reforma constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística.
- Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico. Publicada en el Boletín Oficial del Estado N°166 de 12 de julio de 2002. España.
- Libro Verde sobre la Protección de los Menores y de la Dignidad Humana en los Nuevos Servicios Audiovisuales y de Información. COM(96)0483 final. Publicado en <http://www.europroa.com>
- Dictamen del Comité Económico y Social sobre el Libro Verde sobre la Protección de los Menores y de la Dignidad Humana en los Nuevos Servicios Audiovisuales y de Información. DOCE C 287 de 22.09.1997, página 11.
- Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985. Publicada en <http://www.cidh.org>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Proyecto de Ley que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil. Boletín N°2906-7. Moción Parlamentaria. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Documentos de la Cuenta. Sesión 10° de 10 de abril de 2002.
- Proyecto de Ley sobre Responsabilidad por los contenidos de Internet. Boletín N°3004-19. Moción Parlamentaria. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Documentos de la Cuenta. Sesión 20° de 18 de julio 2002.
- Informe de la Comisión de Ciencia y Tecnología de la Cámara de Diputados recaído en

- el proyecto de ley sobre responsabilidad por los contenidos de Internet. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Documentos de la Cuenta. Sesión 1° de 1 de octubre de 2002.
- Discusión y aprobación en primer trámite constitucional del proyecto de ley sobre responsabilidad por los contenidos de Internet. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados. Sesión 6° de 10 de octubre de 2002.
- Resolución del Consejo de 28 de enero de 2002 relativa a un enfoque común y a acciones específicas en materia de seguridad de las redes y de la información. DOCE C 43 de 16.02.2002, página 2.
- Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros reunidos en el seno del Consejo, de 17 de febrero de 1997 sobre contenidos ilícitos y nocivos de Internet. DOCE C 70 de 06.03.1997, página 1.
- Resolución del Parlamento Europeo de 24 de abril 1997 sobre la Comunicación de la Comisión relativa a los contenidos ilícitos y nocivos de Internet (COM(96)0487 – C4-0592/96). DOCE C 150 de 19.05.1997, página 38.
- Revista Chilena del Derecho.
- Revista Chilena de Derecho Informático
- Revista Chilena de Informática Jurídica
- Revista Derecho y Jurisprudencia.
- Revista Gaceta Jurídica.
- Sentencia de 6 de diciembre de 1999 de la Itma. Corte de Apelaciones de Concepción recaída en el Recurso de Protección interpuesto por Orlando Fuentes Siade contra ENTEL S.A., ingreso N°243-99.
- Sentencia de 21 de marzo de 2003 de la Itma. Corte de Apelaciones de Puerto Montt recaída en el Recurso de Protección interpuesto por Patricio Navarro Silva contra el portal KAPSULA.CL, ingreso N°3.718
- Sentencia de la Corte de Distrito Este de Pensilvania en “*American Civil Liberties Union, et al. v/s Reno, Janet. Attorney General of the United States, et al*”. Publicada en <http://www.aclu.org/court/cdadec.html>
- Sentencia de la Corte de Distrito Este de Pensilvania en “*American Library Associations, et al. v/s United States, et al*”. N°01-1303. Publicada en <http://www.paed.uscourts.gov>
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en “*Reno, Janet. Attorney General of the United States, et al. v/s American Civil Liberties Union, et al*”. Slip Opinión 521 (96-511). Publicada en <http://www.supremecourtus.gov>
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en “*Ashcroft, Attorney General v/s American Civil Liberties Union, et al*”. Slip Opinión (00-1293), publicada en <http://www.supremecourtus.gov>
- Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en “*Ashcroft, Attorney General, et al. v/s Free Speech Coalition, et al*”. Slip Opinión (00-795). Publicada en <http://www.supremecourtus.gov>
- Sentencia del Tribunal Constitucional, de 30 de octubre de 1995, que se pronunció

acerca de la constitucionalidad del proyecto de ley sobre Libertad de Expresión, Información y Ejercicio del Periodismo. Rol N°226. Publicada en <http://www.tribunalconstitucional.cl>

Tratado de Libre Comercio suscrito por Chile y Estados Unidos. Versión en español. Publicado en <http://www.direcon.cl>

## VIII. ANEXO

A fin de facilitar la lectura y cabal comprensión de nuestra investigación, hemos considerado necesario anexar el siguiente documento:

Sentencia de 30 de enero de 2002 de la Excm. Corte Suprema recaída en el Recurso de Protección caratulado Ustovic Kaflik, Izet y otra con Sáez Infante, Eugenio y otros, ingreso N°127-02