

COMENTARIO:

## INTERNET: RESPONSABILIDADES Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

*Marcela A. Ahumada Canabes*

Magíster en Derecho Público, con mención en Derecho Constitucional  
Pontificia Universidad Católica de Chile

### RESUMEN

La interposición de la acción constitucional de protección tuvo su origen en la aparición, en la sección “Productos y Servicios” de un sitio web, de un aviso de ofrecimientos sexuales en el que figuraba como remitente la hija del actor, una menor de 17 años, señalándose, como teléfono de contacto el correspondiente a su domicilio, de carácter privado. Producto de lo anterior, se recibieron innumerables llamadas telefónicas obscenas, insultantes, groseras y pervertidas que obligaron a la suspensión del servicio telefónico. En este caso, por las características de la página web, resultó fácil la individualización del usuario que emitió o subió a la red el aviso en cuestión, permitiendo a la empresa de Telecomunicaciones recurrida arbitrar las medidas tendientes a su eliminación, circunstancia que determinó, en definitiva, que la acción careciera de objeto, toda vez que al decretarse la orden de no innovar no existía en la red mensaje alguno que afectara al recurrente o a su grupo familiar.

Aunque el sentenciador desestima las pretensiones del recurrente, al haber desaparecido el hecho –la acción u omisión arbitraria o ilegal– que servía de fundamento a la acción constitucional y a sus peticiones concretas, no deja pasar la oportunidad de fijar algunos lineamientos en un ámbito todavía no regulado por la ley y en el que no existían pronunciamientos judiciales. Los aspectos centrales del fallo y que, a nuestro juicio, resultan de interés, son los siguientes:

#### 1. LA LEGITIMACIÓN PASIVA EN EL ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

Desde la perspectiva del Derecho Procesal, ante las alegaciones de la empresa de telecomunicaciones recurrida, en orden a la falta de legitimación pasiva, sostiene el fallo, que “la

legitimación procesal es la facultad de poder actuar en el proceso como actor, como demandado o como tercero, o representando a estos" (Considerando 1º), agregando, que "en la acción de protección el sujeto pasivo es la Corte de Apelaciones respectiva, por cuanto se encuentra obligada a dar protección al afectado, velar por el respeto de las garantías constitucionales garantizadas y adoptar "de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado" (Considerando 2º).

Seguidamente agrega que la persona o personas causantes del acto u omisión arbitraria o ilegal, no son sujetos pasivos de la acción, no son parte natural de la acción, pues solo tienen la calidad de "informantes" y su actuación se limita precisamente a informar a la Corte de Apelaciones respectiva, sin perjuicio que, conforme a lo dispuesto por el Auto Acordado sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales, puedan hacerse parte en el procedimiento de protección (Considerando 3º).

En relación con lo anterior, cabe señalar, en primer lugar, que la legitimación es una institución que sirve para determinar los sujetos que pueden ser justa parte en un litigio (legítimo contradictor) y podrá ser activa o pasiva. Siguiendo a los profesores Cordón Moreno y Romero Seguel, nos parece necesario precisar que el pronunciamiento sobre la legitimación, activa o pasiva, es una cuestión de fondo, a diferencia de lo que frecuentemente han entendido los tribunales superiores de justicia en las sentencias de protección<sup>1</sup>; que debe apreciarse en la sentencia definitiva y produce cosa juzgada formal.

Creemos que el sentenciador confunde la utilización de la categoría técnica procesal denominada "legitimación" para desestimar la alegación de la "recurrida", llegando al extremo de sostener que la Corte de Apelaciones respectiva es el sujeto pasivo de la acción, en circunstancias que, propiamente, es el tribunal competente para conocer y resolver la acción constitucional de protección.

Ahora bien, por las especiales características que, en nuestro ordenamiento, tiene el procedimiento constitucional a que da lugar el ejercicio de la acción de protección, específicamente por su carácter unilateral<sup>2</sup>, la legitimación en el ámbito de la jurisdicción constitucional debe ser tratada de forma diferente a la común, pues la relación jurídica procesal no se establece aquí entre el ocurrente y el ofensor. El profesor Nogueira sostiene que en dicho procedimiento existe, por una parte, una relación entre el ocurrente y el tribunal y por otra, entre el tribunal y el ofensor.

De acuerdo a lo anterior, si bien resulta posible aplicar, en el ámbito constitucional, la categoría procesal de la legitimación activa, ello presenta problemas en lo que respecta a la legitimación pasiva, porque dada la unilateralidad aludida, no se requiere de contraparte. Aquel cuya acción u omisión priva, perturba o amenaza el legítimo ejercicio del derecho del recurrente, es un tercero, aunque el Auto Acordado que regula la tramitación de la acción, le permite hacerse parte.

Así las cosas, la acción se interpone contra ese tercero, con el fin de que cese el acto u omisión arbitraria o ilegal que perturba el ejercicio del derecho. En el caso de marras, ignorándose la identidad del usuario que subió la información ilícita a internet, la única forma de ejercer eficazmente la acción era dirigiéndola, precisamente, contra la empresa de telecomunicaciones, que tenía la calidad de proveedor de acceso e indirectamente alojaba un sitio o página web donde se podían verter contenidos por los usuarios, sin perjuicio que, igualmente, era el único ente individualizado que podía proporcionar la información acerca de la identidad del ofensor. En definitiva, la recurrida era quien, voluntariamente o mediando orden judicial, podía entregar los indicios que permitieran la individualización del ofensor -de

<sup>1</sup> Vid. ROMERO SEGUEL, Alejandro. "Nota sobre legitimación en la jurisprudencia". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 25 N° 3. Sección Jurisprudencia. Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile. Pp. 691-693; CORDÓN MORENO, Faustino. "Sobre la Legitimación en Derecho Procesal". *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 25. N° 2. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago. Abril/junio. 1998. pp. 357- 385.

<sup>2</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. "El recurso de protección en Chile". *Gaceta Jurídica* N° 230. Santiago, Chile. Agosto 1998 p. 10.

hecho así efectivamente ocurrió— y, eventualmente, el que podía adoptar alguna determinación efectiva o útil para el restablecimiento del derecho y la debida protección del afectado.

En suma, la empresa recurrida era legítimamente el tercero en contra del cual podía interponerse la acción, debiendo informar el recurso y hacerse parte, si así lo estimaba necesario, sin que pudiese admitirse su alegación de falta de legitimidad pasiva, que no tiene cabida en el procedimiento constitucional, al menos, en la forma en que está concebido en nuestro ordenamiento jurídico.

## 2. DERECHOS AFECTADOS

Aun cuando el recurrente solo invocó en su favor el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República —el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona—, bien hace, la Corte de Apelaciones, al sostener que actuaciones como la de la especie, no solo pueden afectar el derecho a la integridad psíquica, sino también los bienes jurídicos protegidos por el artículo 19 N° 4 de la Carta Fundamental, esto es, el derecho a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia.

Ello por cuanto, el Tribunal de Alzada tiene como deber velar por la debida protección del afectado y restablecer el imperio del derecho, pudiendo pronunciarse sobre garantías que estime conculcadas y que no han sido invocadas por el recurrente, en concordancia con una interpretación garantista y extensiva de los derechos fundamentales.

## 3. INEXISTENCIA DE UN MARCO REGULATORIO ESPECÍFICO

No existiendo en nuestro ordenamiento un marco regulatorio específico para internet<sup>3</sup> y siendo insuficiente lo dispuesto en la Ley N° 18.168, Ley General sobre Telecomunicaciones, que no comprende a internet, aun cuando esta opera en el sector de las telecomunicaciones, no constituye ello ningún obstáculo para la resolución de los problemas que se presenten en aquel medio, a la luz de las normas contenidas en la Constitución Política de la República y de las reglas generales sobre responsabilidad (Considerando 13°).

En otras palabras, la falta de una regulación específica, no impide la protección de derechos afectados por la vía jurisdiccional, mediante la interposición de la acción constitucional de protección, sin perjuicio del ejercicio de las demás acciones que correspondan, siendo factible adoptar una decisión de protección, aplicando las disposiciones de la Carta Fundamental y las reglas generales sobre responsabilidad extracontractual.

## 4. INTERNET

Internet es un medio que brinda múltiples posibilidades en el ámbito de las comunicaciones, a través del cual las personas pueden tener acceso a la información que circula libremente, difundir, expresar e intercambiar opiniones, utilizar el correo electrónico, construir páginas web, a cuyos contenidos cualquiera puede acceder sin mayores restricciones, participar en foros de opinión, etc. También es una herramienta útil en otros ámbitos como en la educación a distancia (*e-learning*); en el comercio electrónico (*e-commerce*); en el denominado teletrabajo (*telecommuting* o *telework*); en el entretenimiento y en muchos más. Hay quienes, sin embargo, ven en ella un peligro, considerando especialmente como resulta un medio eficaz para la comisión impune de delitos.

<sup>3</sup> Existe un proyecto de ley en trámite: En agosto de 1999 ingresó a la Cámara de Diputados un proyecto de ley sobre Regulación de internet - Boletín N° 2395-19, hoy fusionado con el Proyecto de Ley sobre Comunicaciones Electrónicas - Boletín N° 2512-07.

La doctrina no es unánime en orden a considerar a internet como un medio de comunicación más, entendiéndosele, por un sector mayoritario, como una tecnología que permite diversos tipos de comunicación, como los grupos o foros de discusión, chats, el correo electrónico, y el acceso a información de diversa índole y noticias (periódicos on-line; páginas web; libros digitales; música, entre otras). La trataremos como un soporte de gran cantidad de información, que está revestido de especiales características que la diferencian de los medios de comunicación tradicionales, tales como posibilitar el intercambio instantáneo de opiniones, el ser polifacético, mundial-global, gozar de una amplia libertad, etc. Este soporte, igualmente, se distingue por carecer de fronteras territoriales y trabas, pues dado su carácter global y su estructura organizativa, no depende de gobierno, autoridad u organismo alguno que le imponga limitaciones.

En relación con lo anterior, no debemos olvidar que tanto el artículo 13 de la Convención Americana, como el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, consagran la libertad de expresión señalando que “esta comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, *sin consideración de fronteras*”.

Siendo internet, por esencia, el medio por el cual circula libremente gran cantidad de información, eventualmente pueden verse afectados una serie de derechos, entre otros los derechos de terceros, la propiedad intelectual, el derecho a la vida privada, a la propia imagen, el derecho a la honra, la protección de la juventud y de la infancia. Son pocos los países que establecen restricciones absolutas y pocos también los que la regulan. Cualquier regulación de este medio, especialmente la que tienda a establecer restricciones para proteger los derechos de terceros, puede afectar otros derechos y libertades, como las libertades de emitir opinión y de información (“de informar”, según nuestra Carta Fundamental), que encuentran, en este medio, un espacio sin restricciones para su difusión.

Bastante discutible es si debe o no regularse internet y la precisión o minuciosidad de la eventual normativa, dado que los permanentes cambios que tecnológicamente presenta este medio, de continua evolución, originan hoy y darán lugar, constantemente, a nuevos problemas que no se resuelven con una ley. Es más, aunque exista una normativa especial, si se opta por establecer restricciones de acceso, serán fáciles de burlar por aquellos que, por sus especiales conocimientos, pueden desenvolverse más hábilmente en este medio.

En aquellos países en que ya se han dictado leyes al respecto, su legitimidad ha sido materia de debate. En Estados Unidos, la Communications Decency Act –CDA– o Ley de Decencia en las Comunicaciones–, fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema norteamericana, el 26 de junio de 1997<sup>4</sup>. En España, el proyecto de ley actualmente en trámite ha sido objeto de gran controversia.

En nuestro país no hay gran debate al respecto, adoptándose una actitud pasiva, tanto por los usuarios y los proveedores de Internet, como por la doctrina en general –con algunas salvedades<sup>5</sup>– y por los defensores de las libertades públicas y especialmente de la libertad de expresión, aun cuando, de convertirse en ley el actual proyecto, pueden verse afectadas la libertad de expresión, sin desconocer, evidentemente, que la libertad de expresión, como todas, en pro de una convivencia pacífica, admite ciertas restricciones.

##### 5. DEFINICIONES JURISPRUDENCIALES

En el Considerando 17° de la sentencia, se intenta definir jurisprudencialmente conceptos como red e internet. La red es conceptualizada como “cualquier sistema que conecta ordenadores,

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ ESTEBAN, María Luisa. “Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales N° 53. Mayo/agosto 1998. pp. 283- 311 y “La regulación de la libertad de expresión en Internet en Estados Unidos y en la Unión Europea”. En: *Revista de Estudios Políticos*. N° 103. Enero/marzo 1999. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. pp. 149-169.

<sup>5</sup> JIJENA LEIVA, Renato. “Contenidos de Internet”. Diario *El Mercurio* de Santiago. Chile, 4.2.1999. P A2.

con el fin de permitir el acceso común a los recursos de los demás elementos que integran el sistema” e Internet, como “la red de redes o una colección de redes entrelazadas” [...] “una red mundial de computadores interconectada a través de oferentes oficializados o un sistema de redes de computadores que permite el intercambio de información”, citando definiciones doctrinales, para terminar con la alusión a algunos de sus caracteres, como el no tener dueño, gerente ni representante legal; ser de alcance mundial y de acceso general.

## 6. LOS CONTENIDOS ILÍCITOS Y NOCIVOS

La libertad de expresión, garantizada por el artículo 19 N° 12 de la Constitución Política de la República, no tiene un carácter absoluto, pues admite las restricciones que imponen la protección de la infancia y de la juventud, el respeto de los derechos de terceros y el resguardo de los bienes jurídicos y valores protegidos por el ordenamiento jurídico.

La disposición constitucional, a la luz de una interpretación dinámica y extensiva, también ampara a la libertad de emitir opinión y a la libertad de información en internet. A la misma conclusión se arriba por aplicación de los principios *favor libertatis* y *pro homine*, que permiten darle hoy un sentido más amplio del que originalmente tuvo la norma, redactada cuando internet estaba en ciernes.

Lo anterior no significa que todos los contenidos que circulan en internet estén amparados constitucionalmente, sino solo que a su respecto no opera la censura, haciéndose efectiva la responsabilidad con posterioridad a la difusión o emisión de aquellos.

La Comisión Europea, en el “Libro Verde sobre la Protección de Menores y de la Dignidad Humana en los Nuevos Servicios Audiovisuales y de Información”, distinguió dos tipos de contenido en Internet, distinción que también ha sido recogida por la doctrina<sup>6</sup> y que resulta útil, porque las medidas para enfrentarlos deben ser necesariamente distintas.

Los contenidos ilícitos están dentro del ámbito de la ley, siendo precisamente los prohibidos por ella y sancionados penalmente. En otras palabras, son los constitutivos de delito, como la pornografía infantil, la pederastia o abusos sexuales en contra de niños; la trata de blancas; el terrorismo; el narcotráfico; la revelación o difusión de secretos de Estado; la incitación al odio, a la discriminación; la apología de la violencia, etc. La regla general es que estas conductas, si están tipificadas como delito, sean sancionadas penalmente si se cometen a través de internet<sup>7</sup>.

Los contenidos nocivos, dañinos o inconvenientes generalmente están amparados por la libertad de expresión. No vulneran una norma penal, a menos que se opte por establecer prohibiciones de contenido. La determinación de su conveniencia o inconveniencia está dentro del terreno ya no de la ley sino de la moral, estimándose, de uno u otro modo, según ofendan los valores o las costumbres de una determinada comunidad o se consideren perjudiciales para los menores y adolescentes. A su respecto, las medidas a adoptar, deberían entregarse primordialmente a la autorregulación de los propios proveedores y de los usuarios. Para el caso de que estos últimos sean menores de edad, debería confiarse la restricción de acceso al control parental, poniendo a disposición de estos y de los educadores la información y el acceso a los sistemas de filtro, en lugar de establecer prohibiciones de contenido, que pueden implicar o llevar implícito el riesgo de la censura.

<sup>6</sup> Vid. Herrera Bravo, Rodolfo y Núñez Romero, Alejandra. Derecho Informático. Ediciones Jurídicas La Ley. Santiago, 1999. p. 429 y ss.; Sánchez Almeida, “España: Libertad a Secas”. *Revista Electrónica de Derecho Informático*. <http://publicaciones.derecho.org/redi/Nº 29 de diciembre del 2000/7>

<sup>7</sup> La doctrina distingue los “delitos computacionales” de los “delitos informáticos”, según las hipótesis delictivas puedan ser subsumidas en los tipos tradicionales o requieran de una configuración penal distinta. Vid. Jijena Leiva, Renato. Chile, la protección penal de la intimidad y el delito informático. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1992. p. 84

## 7. RESPONSABILIDADES

En lo que respecta a la responsabilidad derivada de las conductas realizadas a través de internet, sostiene el fallo, que eventualmente aquellas pueden configurar “hechos ilícitos que deriven en responsabilidades civiles y penales” (Considerando 18°), agregando, que la responsabilidad “dependerá de las funciones que el ‘actor de internet’ o usuario de la red se encuentre realizando al momento de producirse el hecho generador de esta”, distinguiendo, para los efectos de su delimitación, a los diversos *actores en internet*: 1) El proveedor de acceso a la red; 2) El proveedor de sitio o de almacenamiento; 3) El proveedor de contenido y 4) Los usuarios o destinatarios finales del servicio (Considerando 19°, párrafo segundo).

Acotando lo anterior, el tribunal afirma, que “El **proveedor de acceso** permite que un determinado usuario se conecte con la red Internet, que de no existir ese acceso haría imposible la comisión del ilícito; el **proveedor de sitio o de almacenamiento**, en la medida que permita que un determinado sitio web en el que se cometan actos ilícitos permanezca almacenado en su propio servidor, que de no contar con este dispositivo técnico haría imposible la existencia o permanencia de ese sitio web en Internet; y el **proveedor de contenido**, por ser el que directamente incorpora contenidos ilícitos bajo su tuición en un determinado sitio web” (Considerando 19°, párrafo final)<sup>8</sup>.

Cita, luego, la opinión del profesor Santiago Schuster Vergara, para quien “la responsabilidad recae directamente en el *usuario proveedor de contenido*”, si este es ilícito o nocivo. Tal responsabilidad puede, “incluso *extenderse* a los contenidos que son incorporados directamente por los destinatarios finales del servicio internet, cuando el proveedor de sitio (‘en calidad de los que se llama proveedor conjunto de contenido’) ha creado un fondo de información con los aportes de los clientes de sus diferentes foros puestos a disposición de cualquier abonado a la red y no ha tomado las providencias mínimas necesarias para la adecuada identificación de los usuarios que publican tales mensajes” e, igualmente, del *proveedor de acceso y del proveedor de alojamiento* de la página web, “cuando, a sabiendas de la actividad ilícita que se realiza por los abonados a su servicio, no ha retirado los datos o no ha hecho que el acceso a ellos sea imposible, como asimismo cuando, sabiendo la actividad ilícita que se realiza por los abonados de su servicio, o habiendo podido saberla, no ha retirado los datos, no ha hecho que el acceso a ellos sea imposible o incluso ha promovido ese acceso” [...] y, asimismo, “es responsable cuando él mismo realiza transmisiones de datos, con contenidos ilícitos, seleccionando él mismo o los destinatarios, seleccionando los datos o modificando los datos ...”. Dicha responsabilidad encontraría su fundamento en el anonimato de las transmisiones en Internet y en las posibilidades del proveedor de acceso para identificar a los infractores y contener su actuar (Considerando 21°)<sup>9</sup>.

Son sin duda múltiples las situaciones que pueden darse en internet y diversas las intervenciones de los diferentes actores de internet. En lo que respecta a la responsabilidad, es necesario determinar cómo se perseguiría ella en cada caso.

Nosotros utilizamos similar distinción, aunque deslindando las responsabilidades de otra forma: 1) servidores, proveedores de servicio (servidores) o proveedores de acceso o de conexión; 2) Proveedores de sitio (alojadores de sitios) y 3) Usuarios.

Los *proveedores de acceso o conexión* a internet, son los intermediarios entre el usuario y la red. Nos parece que el fallo extiende demasiado el ámbito de la responsabilidad al referirse a estos, puesto que solo proporcionan el acceso a la red, siendo impropio que les afecte el actuar de todos y cada uno de los usuarios —con quienes existe un vínculo previo, que permite el acceso, pagado o gratuito a la Red—, siendo material y jurídicamente imposible que adopte una actitud vigilante a su respecto. Su responsabilidad estará limitada por los medios técnicos que posea y que le permitan la individualización de los usuarios.

<sup>8</sup> El énfasis es nuestro.

<sup>9</sup> Idem.

Hay ámbitos en los que el proveedor de acceso, indudablemente, no debería intervenir como es el caso de los correos electrónicos (e-mails), que han venido a reemplazar y a complementar a la correspondencia tradicional, a la comunicación telefónica y al envío de documentos vía fax, operando con una rapidez hasta hace poco insospechada. Creemos que este tipo de comunicación solo podría ser intervenida, previa orden judicial, en casos especiales, pues de lo contrario se atenta contra el mismo bien jurídico que protege la inviolabilidad de la correspondencia.

No resulta clara la atribución de responsabilidad al proveedor de acceso, que permite al usuario ingresar a la web y acceder a todo tipo de información y a la amplia y casi infinitas posibilidades que esta ofrece, con mayores o menores restricciones. El proveedor de acceso solo presta un servicio. La navegación de cada usuario y las diversas actividades que despliegue en la red no pueden estar dentro del ámbito de la autonomía individual.

Muchas veces la identificación de los usuarios no será posible, pues eventualmente estos se escudarán bajo información falsa, no para delinquir o proporcionar contenidos ilícitos, sino para burlar las excesivas restricciones a la libertad, de los regímenes opresivos, como ocurre, por ejemplo, en China.

Delimitar la responsabilidad y hacerla efectiva es una tarea de suyo compleja. La persecución de aquella muchas veces será ilusoria, pues lo que es ilícito en un país, puede no serlo en otros y así, es usual la utilización de los denominados “servidores espejos”, que se sitúan en otros países e, incluso, el cambio continuo de dirección electrónica, de modo que si le es denegado el servicio a aquel que intenta subir información, o pudiere ser sancionado por ello, simplemente acude al subterfugio de utilizar otro proveedor o lo cambia permanentemente.

El “*proveedor de sitio*”, que posibilita a los usuarios espacios o memoria para alojar información en la red, solo podría responder si no adopta los resguardos mínimos para la identificación de quienes vierten contenidos en la red o utilizan sus dominios con mala fe, cuando ha posibilitado este medio con diversos fines, como por ejemplo, para que los usuarios opinen sobre determinados temas en foros de opinión, o como en el caso de la sentencia, para permitirles colocar avisos<sup>10</sup> y otros contenidos a los que potencialmente puede acceder cualquier persona. Su responsabilidad, debería restringirse a los casos en que ha permitido, a sabiendas, una utilización maliciosa del sitio web, pues como solo podría adoptar medidas a posteriori, revisando permanentemente sus espacios y “desalojando” los contenidos inconvenientes, cuando tiene conocimiento de ellos, habría responsabilidad de su parte únicamente si no actúa de ese modo. En ello no hay un atentado contra la libertad de expresión de parte del proveedor, más aún cuando, como suele ocurrir, se resguarda mediante la aceptación, por parte del usuario, de un contrato tipo, que establece las condiciones de uso de la red y le faculta para adoptar ese tipo de medidas a posteriori.

Es cierto que alguna responsabilidad ha de recaer en el proveedor de sitios de almacenamiento y por lo mismo, suelen estos tomar resguardos, pero la simultaneidad, rapidez y universalidad propia del medio, muchas veces, le obstaculizarán la adopción de medidas rápidas y oportunas, si lo comparamos con los medios de comunicación tradicionales. No resulta posible asimilar la responsabilidad del administrador de un sitio web con la del editor de un periódico o el director responsable de un canal de televisión –medios de comunicación propiamente tales–, quienes fundados en la línea editorial del respectivo medio pueden adoptar medidas preventivas, muy distintas de la censura, lo que el administrador de un sitio web no puede hacer, porque no es editor, sin perjuicio que no puede actuar con antelación, sino solo una vez que tiene conocimiento de lo que ya circula en su sitio.

Distinto es el caso de los periódicos electrónicos, que si bien favorecen el pluralismo y la libertad de expresión, igualmente deberían tener una especie de “editor responsable”, que impida se conviertan en espacios abiertos para la injuria, calumnia o cualesquiera otro atenta-

<sup>10</sup> Vid. *Fallos del Mes* N° 427, pp. 334-336, a propósito de la publicación de un aviso de nacimiento en un diario, cuyo autor se desconoce.

do a la vida privada y pública, a la honra, a la propia imagen, a la intimidad, de quienes se escudan en el anonimato.

En el caso de los *usuarios*, se podría subdistinguir, según las actividades que despliegue en la red, entre el simple usuario, abonado o suscriptor, que accede al servicio a través de las claves proporcionadas por el servidor y “navega” a través de los diversos contenidos, visitando sitios web, comunicándose con otros usuarios, emitiendo opiniones en sitios especialmente habilitados para ello, etc.; el usuario más experimentado, que vierte contenidos en la red, ya sea a través de una o más páginas web, que previamente crea y, finalmente, el usuario con mayores conocimientos de informática que utiliza maliciosamente y de mala fe internet, como los hackers y crackers. El usuario será responsable siempre que su actuar en la red esté tipificado como delito, pueda subsumirse en un tipo penal u ocasione algún perjuicio, porque el simple hecho de acceder a contenidos ilícitos o inconvenientes, no puede generar responsabilidad alguna. Su responsabilidad podrá hacerse efectiva cuando sea posible individualizarlo y se encuentre dentro de la jurisdicción nacional, ejerciendo las acciones legales que correspondan. En el fallo que nos ocupa, la situación era más simple, pues la identificación o individualización del usuario fue tarea fácil, lo que permitió al administrador del sitio respectivo la eliminación del contenido nocivo en él alojado.

#### 8. INTERNET: LIBERTAD DE EXPRESIÓN, RESTRICCIONES Y CENSURA O “CENSURA EN LÍNEA”

El Tribunal, no obstante rechazar la acción constitucional, a modo de corolario, deja consignado (Considerando 25°) que, la empresa recurrida, “en su calidad de proveedor de acceso y de alojamiento, deberá adoptar todas las medidas técnicas y fácticas que sean necesarias –que no signifiquen censura– para que en lo sucesivo la empresa [...], en su calidad de proveedor de contenido, se abstenga de publicar avisos que en el país, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, sean contrarios a la ley, el orden público o a la moral o a las buenas costumbres”, debiendo el Administrador de la sección y subsección ubicadas en el sitio que señala, eliminar, a lo menos, dos veces a la semana todos los avisos contrarios a las normas y valores referidos.

Las medidas a adoptar por los proveedores, no deben traducirse o significar censura, lo que está en plena concordancia con el sistema de responsabilidades ulteriores o *ex post*, adoptado por el Constituyente al consagrar la libertad de expresión, lo que implica, que aquellas deben operar con posterioridad a la difusión de los diversos contenidos en la red.

Las medidas, dice la sentencia, deben relacionarse con contenidos que “en el país, de conformidad al ordenamiento jurídico vigente, sean contrarios a la ley, el orden público o a la moral o las buenas costumbres ...”, reconociendo las limitaciones del ordenamiento jurídico frente a la globalidad y universalidad de la red.

Internet y los avances tecnológicos de la Informática, con que va ligada, son un fenómeno revolucionario, que abarca muchos ámbitos de la vida del ser humano y se han traducido en impensables transformaciones. En lo que aquí interesa, se ha convertido en un espacio para el ejercicio, sin trabas de ninguna especie, de la libertad de expresión, entendiendo esta en un sentido amplio, esto es, comprendiendo a la libertad de opinión y a la libertad de información y sus tres facultades esenciales: la libertad de acceder a las diversas fuentes de información y opinión (investigar); la libertad de difundir o transmitir opiniones, informaciones y mensajes en general (difundir) y la libertad de recibir información, de la que es titular toda la comunidad (recibir).

Aun cuando no depende de organismo alguno que le imponga límites, algunos países, generalmente con regímenes totalitarios, controlan total o parcialmente el acceso a Internet (no más de 20, según el informe de Reporteros sin Fronteras) a través de medios como el control de los proveedores de acceso, cuando estos no son estatales, el bloqueo de sitios o la obligación de los usuarios a inscribirse en registros. El resto del mundo ha optado por entregar la solución de los problemas de los contenidos ilegales, nocivos o inadecuados a la



autorregulación, al control de los propios proveedores o servidores y al control parental, complementados, ambos o uno u otro, con un sistema de denuncias que permite la localización y persecución de responsabilidades en caso de ser ello posible.

Son conocidos los intentos por establecer la censura en internet, así como la lucha constante de los usuarios, más o menos organizados, para evitarla.

#### 9. BUENA FE DEL USUARIO AL UTILIZAR INTERNET

En internet, al igual que en otros medios de comunicación, ha de entenderse, como regla general, que los diversos actores lo utilizan de buena fe. Se habla, incluso, de “cibermodales” para referirse al comportamiento deseable.

El Tribunal reconoce las limitaciones del proveedor de sitio para identificar o individualizar al usuario, toda vez que la veracidad de los datos, antecedentes e información personal entregados por aquel, dependerán “únicamente de la buena fe con que este actúa en la red internet” (considerando 23°), a lo que agregamos que la utilización de identidades falsas en este medio no siempre se hace con mala fe y prueba de ello es, que en los regímenes totalitarios, el anonimato constituye el único medio de burlar las presiones y trabas a la libertad de expresión.

Importa, en suma, este fallo, no solo porque habrá de constituirse en el precursor sobre la materia, sino además, porque pudiendo fácilmente optar por el camino de desestimar la acción, se atrevió a incursionar en un campo no regulado, estableciendo conceptos, delineando el ámbito de las responsabilidades, especificando las medidas que deben adoptar los proveedores de acceso y los administradores de sitios, las que, enfatiza, no pueden importar censura, es decir, deberán ser siempre intervenciones posteriores a la actuación del usuario y no un sistema que opere “a priori”. La revisión a posteriori, además, le permite salvaguardar la propia responsabilidad en los hechos ilícitos generadores de aquella

Aun cuando no concordamos del todo con la sentencia, resulta digno de destacar la postura asumida por el tribunal, que no elude el tema, por no existir un marco legal que la regule, demostrando que es posible aplicar las normas constitucionales para proteger a los afectados, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda perseguirse, conforme a las normas generales, así como conciliar la libertad de expresión con las medidas de resguardo en favor de terceros.