

## Responsabilidad de los ISP por contenidos ilícitos o infractores de terceros

*Internet Service Providers Liability for Third Parties Illegal or  
Offensive Content*

MATÍAS HERCOVICH MONTALBA  
*Abogado, Prieto y Cía., Chile*

**RESUMEN** Dentro de los desafíos que el entorno digital ha importado al mundo del derecho, es particularmente interesante explorar la responsabilidad legal de los proveedores de servicios de Internet (ISP, por su sigla en inglés), en especial respecto de los contenidos subidos por terceros. En este sentido, podemos señalar que el régimen común de responsabilidad extracontractual contenido en el Código Civil no podría —o le resultaría en extremo difícil— enmarcar la responsabilidad de los ISP por contenidos ilícitos o infractores de terceros, sino mediando construcciones doctrinarias que importan soluciones exógenas a nuestro ordenamiento civil, que relajan los requisitos necesarios para configurar dicha responsabilidad o bien alteran lo que clásicamente hemos considerado como una relación de subordinación y/o dependencia. Ante la interrogante de si Internet puede ser considerado como un medio de comunicación social, entendemos que, no obstante lo amplia de la definición contenida en la ley, no parece prudente considerarlo como tal para hacer efectiva la responsabilidad de los ISP respecto de los contenidos calumniantes, injuriosos o de odio a minorías introducidos por terceros.

**PALABRAS CLAVE** ISP, Internet, medios de comunicación social, responsabilidad, terceros.

**ABSTRACT** Among the challenges that the digital revolution has brought to the science of Law, it is particularly interesting to explore the legal liability of Internet Service Providers (ISPs), especially regarding content uploaded to the Internet by third parties. In this respect, we can state that in our tort law system, it seems extremely difficult or even impossible to frame ISPs liability for third parties illegal or offensive content, if we do not revert to doctrinaire constructions that have little to do with our civil law tradition, elasticize the necessary requisites to configure such liability or alter what we have normally have considered a subordinate and/or dependence relationship. Facing the question if the Internet should be considered as Social Mass Media, we believe that notwithstanding the broad definition the Law has set for this concept, it does not seem reasonable to consider it as such, in order to assign liability to ISPs for the defamatory, libelous or minority hatred content uploaded by third parties.

**KEYWORDS** ISP, Internet, social mass media, liability, third parties.

## INTRODUCCIÓN

La irrupción de las tecnologías de la información ha significado un gran desafío para los hombres de derecho, quienes se han visto enfrentados a nuevas realidades en el mundo virtual que no necesariamente se enmarcan dentro de las reglas que nos hemos dado para convivir en el mundo análogo. Es así como nos hemos visto obligados a intentar reconocerle alguna naturaleza jurídica a realidades antes desconocidas, a dictar nuevas regulaciones para amparar estos nuevos escenarios del mundo digital o bien aspirar a enmarcarlos dentro de las estructuras clásicas del derecho por medio de nuevas construcciones doctrinarias y jurisprudenciales.

En efecto, la regulación, y consecuentemente la doctrina y jurisprudencia, se han puesto a prueba frente a conceptos utilizados en la sociedad de la información, como Internet, web, ISP, entre otros, y particularmente respecto de las implicancias jurídicas de las realidades que ellos suponen.

Dentro de los desafíos y problemáticas que el entorno digital ha importado al mundo del derecho es particularmente interesante determinar la responsabilidad legal de aquellos que aportan la infraestructura tecnológica, ya sea física o lógica, necesaria para que las comunicaciones y la transferencia de información puedan realizarse, en especial respecto de los contenidos subidos por terceros, ya que probablemente éste ha sido uno de los temas de mayor debate sobre Internet como nuevo medio de comunicación.

Mediante el presente trabajo pretendemos primeramente bosquejar qué debemos entender cuando hablamos de Internet y de los proveedores de servicios de Internet o ISP, para posteriormente adentrarnos en el análisis de la responsabilidad civil que a estos últimos cabe por los contenidos ilícitos o infractores de terceros que transitan o fijan en sus redes y/o dispositivos. Para este último cometido examinaremos la regulación general en materia de responsabilidad extracontractual contenida en el ordenamiento civil, las normas especiales introducidas a la regulación de propiedad intelectual, las normas contenidas en nuestra mal llamada «Ley de Prensa», así como la doctrina y jurisprudencia que se ha pronunciado sobre el tema.

## CONCEPTO DE INTERNET

Hasta para la propia Internet Society —organización fundada hace ya veinte años para promover el crecimiento y evolución de la red como una plataforma de innovación, desarrollo económico y progreso social para personas de todo el mundo— definir qué es Internet no es un asunto simple:

Aunque puede parecer una pregunta sencilla, definir Internet no es fácil. Porque, al contrario de otras tecnologías, Internet puede ser lo que queramos. Podemos darle forma. Podemos moldearla. Pero lo más importante es que podemos usarla para conectar personas, comunidades y países de todo el mundo.<sup>1</sup>

Ahora bien, y sin perjuicio de este escollo conceptual, desde el punto de vista de la técnica y de forma simplificada podríamos señalar que

---

1. Disponible en <<http://www.internetsociety.org/internet/what-internet>> (la traducción es nuestra, así como todas las que siguen a menos que se indique lo contrario).

se entiende comúnmente por Internet una red de redes consistente en una trama descentralizada de conexiones públicas o privadas, de diverso tipo, ya sea electrónico, óptico, inalámbrico u otra tecnología, que usando un mismo lenguaje informático (el protocolo estandarizado TCP/IP) permite conectar a millones de usuarios a nivel mundial para transferir o recibir datos mediante variados recursos y/o servicios informáticos tales como el hipertexto (HTML), sitios de la Web (WWW), protocolos de correo electrónico (SMTP), conversaciones en línea (IRC), transmisión de archivos (FTP y P2P), transmisión de voz (VoIP), etcétera.<sup>2</sup>

Teniendo en cuenta su concepción más bien técnica, el Federal Networking Council<sup>3</sup> de Estados Unidos dictó el 24 de octubre de 1995 una resolución en virtud de la cual definió Internet como:

Un sistema de información global que: i) está lógicamente interconectado por direcciones únicas basadas en el protocolo IP o sus extensiones; ii) es capaz de soportar comunicaciones utilizando el grupo de protocolos de comunicación TCP/IP, sus extensiones y/u otro protocolo IP compatible; iii) puede otorgar, usar o hacer accesible, ya sea de forma privada o pública, capas de servicios en las comunicaciones e infraestructura asociada, antes descrita.<sup>4</sup>

Por su parte, a nivel local y desde el prisma de las ciencias sociales, Cristián Maturana (2002: 21-22) define Internet como una red pública,

---

2. Debemos de todas formas reparar en que no obstante ser su servicio más exitoso, razón por la cual se ha creado la confusión, es importante no confundir y por tanto distinguir la Internet de la World Wide Web o WWW, siendo ésta básicamente un medio de comunicación de texto, gráficos y otros contenidos multimedia a través de Internet, es decir, un sistema de hipertexto que utiliza Internet como su mecanismo de transporte o, desde otro punto de vista, una forma gráfica de explorar Internet. En efecto, la Web es un subconjunto de Internet creado con posterioridad que consiste en páginas a las que se puede acceder usando un navegador, mientras que Internet es la red de redes donde reside toda la información.

3. El Federal Networking Council es una organización que reúne a distintas agencias federales de los Estados Unidos (DARPA, NASA, NIST, NOAA, etcétera) con el fin de que, en el marco de la High-Performance Computing (HPC) Act de 1991 (Public Law 102-194) modificada por la Next Generation Internet Research Act de 1998 (Public Law 105-305), establezcan metas comunes, prioricen inversiones y coordinen actividades en relación con el desarrollo y la investigación de las tecnologías de redes e información.

4. Disponible en <[http://www.nitrd.gov/fnc/Internet\\_res.html](http://www.nitrd.gov/fnc/Internet_res.html)>.

global, abierta, no gobernada, anónima y destinada a proporcionar información. Conforme a este autor, Internet es una red: i) pública, por cuanto cualquier persona que tenga un dispositivo con capacidad de conexión, y que dicha conexión sea otorgada por un proveedor de acceso, podrá obtener información de cualquiera de los proveedores de contenidos existentes en la red; ii) global, ya que se encuentra representada en una sola red, conformada por múltiples y variados servidores y redes computacionales a través de los cinco continentes; iii) abierta, toda vez que cualquier persona se encuentra facultada para acceder a ella desde un terminal habilitado que se conecte a la red pública, y por las posibilidades de uso en que puede ser utilizada; iv) anónima, por cuanto no se requiere mayor identificación para quienes naveguen en la red; v) no gobernada, ya que no existe autoridad gubernamental o privada a nivel central que la maneje, teniendo todos aquellos que naveguen por ella la posibilidad de transformarse en los autores de su contenido; y, vi) destinada a proporcionar información, hasta ahora y por regla general, sin costo para los usuarios.

Asimismo, y en una concepción jurídica del término, el mismo autor señala que conforme a nuestra Ley 18.168 General de Telecomunicaciones (en adelante, «LGT»), particularmente según lo dispuesto en su artículo 8.º,<sup>5</sup> el servicio de acceso a Internet fija constituye un servicio

---

5. Artículo 8.º; incisos 6.º y siguientes de la Ley 18.168: «Las concesionarias de servicio público de telecomunicaciones o terceros podrán dar prestaciones complementarias por medio de las redes públicas. Estas prestaciones consisten en servicios adicionales que se proporcionan mediante la conexión de equipos a dichas redes, los cuales deberán cumplir con la normativa técnica que establezca la Subsecretaría y no deberán alterar las características técnicas esenciales de las redes, ni el uso que tecnológicamente permitan, ni las modalidades del servicio básico que se preste con ellas. El cumplimiento de la norma técnica y el funcionamiento de los equipos serán de la exclusiva responsabilidad de las prestatarias de estos servicios complementarios. La prestación o comercialización de estos servicios adicionales no estará condicionada a anuencia previa alguna ni contractual de las concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones ni a exigencia o autorización de organismos o servicios públicos, salvo lo establecido en el inciso anterior respecto de los equipos. De igual manera, las concesionarias a que se refiere este inciso no podrán ejecutar acto alguno que implique discriminación o alteración a una sana y debida competencia entre todos aquellos que proporcionen estas prestaciones complementarias. La instalación y explotación de los equipos para las prestaciones complementarias no requerirán de concesión o de permiso. La Subsecretaría en el plazo de 60 días de

complementario de telecomunicaciones,<sup>6</sup> cuya regulación técnica ha sido dictada por la Subsecretaría de Telecomunicaciones (en adelante, «Subtel») en la Resolución Exenta núm. 1.483/1999 que fija el procedimiento y plazo para establecer y aceptar conexiones entre proveedores de acceso o ISP, y en la Resolución Exenta núm. 698/2011 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. A esta regulación técnica debemos incorporar la nueva normativa sobre neutralidad en la red.<sup>7</sup>

Si bien no existen dudas de que Internet es un medio de telecomunicación, la doctrina no es unánime en asumir que en su versión fija se trate de un servicio complementario de telecomunicaciones o incluso un servicio de telecomunicaciones de aquellos amparados por el artículo 3 de la LGT. A este respecto, el profesor Rodrigo Castillo Murillo, en su cátedra sobre Derecho de las Telecomunicaciones en el Diplomado de Derecho, Nuevas Tecnologías y Telecomunicaciones de la Universidad de Chile, señala que el servicio de acceso a Internet era complementario cuando ésta era conmutada, esto es, cuando la conexión a Internet se prestaba por medio de una llamada telefónica, utilizando un módem instalado en la computadora del usuario que interpretaba como datos los sonidos generados por los impulsos eléctricos que viajaban por las líneas telefónicas. Sin embargo, la Internet conmutada es hoy casi inexistente en el mercado, dadas sus limitaciones<sup>8</sup> y ha sido desplazada

---

requerida para ello, adjuntándosele los respectivos antecedentes técnicos, se pronunciará sobre el cumplimiento de las exigencias que se establecen en el inciso séptimo de este artículo. Si transcurrido dicho plazo no se ha emitido pronunciamiento alguno, se entenderá que los equipos complementarios cumplen con la normativa técnica y se podrá iniciar la prestación de los servicios».

6. El carácter de Servicio Complementario de Telecomunicaciones de Internet fue adoptado por el proyecto de ley del Boletín núm. 4794-19, el cual pretendía regular a los ISP extranjeros modificando al efecto el Código Penal y la Ley General de Telecomunicaciones, moción que no prosperó, procediéndose al archivo del proyecto.

7. Contenida en la ley 20.453, publicada en el *Diario Oficial* el día 26 de agosto de 2010 y en su reglamento dictado con fecha 15 de diciembre de 2010 en virtud del Decreto Supremo núm. 368 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

8. Se entiende que la Internet conmutada es limitada ya que: i) para transmitir las señales de Internet se empleaba el mismo canal de voz del teléfono impidiendo su utilización simultánea; ii) implicaba un alto costo para los usuarios intensivos, ya que la Internet conmutada significaba el pago del Servicio Local Medido Telefónico (SLM) más un car-

por otras tecnologías multiplexadas o dedicadas, como el ADSL o Internet por cable, las cuales desnaturalizan a la Internet como conmutada. Esta postura ha sido acogida por la Subtel en la Resolución Exenta núm. 1319/2004<sup>9</sup> y recogida por el Tribunal de la Libre Competencia en su sentencia núm. 45 de 2006, en el primero de los bullados casos de Voissnet S.A. contra Telefónica, la cual, en su considerando trigésimo quinto, expresa:

La provisión de banda ancha mediante tecnología ADSL podría encuadrarse en lo que la LGT denomina servicio complementario de telecomunicaciones. En efecto, como ya se ha dicho, el artículo 8.º del mencionado cuerpo legal define estos servicios como aquellos que se proporcionan mediante la conexión de equipos a las redes públicas, los cuales deberán cumplir con la normativa técnica que establezca la Subsecretaría y no deberán alterar las características técnicas esenciales de las redes, ni el uso que tecnológicamente permitan, ni las modalidades del servicio básico que se preste con ellas. Sin embargo, en opinión de Subtel, estos servicios no serían servicios complementarios, dado que, a su juicio, es de la esencia de los servicios complementarios el que ellos se presten «por medio de las redes públicas» (en la especie, la red pública telefónica) y que la interfaz entre el prestador del servicio complementario y la red mediante la cual éste proporcionará al público dicho servicio consiste en la conexión a la misma de sus propios equipos [...].

Señala Subtel que sólo el servicio de Internet conmutado participa de estas características esenciales, por cuanto el servicio se presta mediante la red pública telefónica, toda vez que es justamente a través de una llamada telefónica que el usuario se comunica con el módem respectivo que hace las conversiones necesarias para que dicho usuario acceda a Internet, siendo precisamente este módem el equipo que, al conectarlo a la red telefónica, permite la prestación del servicio descrito. Por el contrario, en el servicio de acceso dedicado a Internet no concurrirían estas circunstancias esenciales, pues a su juicio el servicio no se prestaría «por medio de las redes públicas», porque no se emplearía la funcionalidad de la red pública telefónica para prestarlo ni existe comunicación tele-

---

go adicional por el servicio del ISP; iii) el ancho de banda del acceso a Internet quedaba acotado, por lo que permitía como máximo el canal de voz, nominalmente 56 kbps.

9. La Resolución Exenta núm. 1.319/2004 califica en su número 1 letra e) al acceso conmutado a Internet como servicio complementario al servicio público telefónico.

fónica alguna entre el usuario del servicio de acceso dedicado a Internet y algún equipo que se destine a tal efecto.

Más allá de la definición legal ya citada, que podría hacer pensar que efectivamente el servicio de Internet de banda ancha sería un servicio complementario, pues efectivamente se realiza por medio de las redes públicas, es un hecho que la regulación de Subtel relativa a los servicios complementarios supone que éstos se prestan a través de comunicaciones telefónicas efectuadas por los usuarios de la red telefónica, y estima como servicios complementarios únicamente los servicios de Internet conmutado y no los de acceso a banda ancha [...]. En todo caso, sea cual fuere la definición que, en conformidad a la ley, adopte la autoridad sectorial al respecto, la banda ancha de cualquier modo constituye una prestación libre, que no requiere concesión de ninguna especie, que es distinta del servicio público de telecomunicaciones y que requiere de la conexión de equipos a las redes.<sup>10</sup>

En virtud de esta interpretación, el servicio de acceso a Internet fija sería un servicio de telecomunicaciones no regulado, el cual no requeriría de concesión, permiso ni autorización para su prestación,<sup>11</sup> y que conforme el derecho para realizar cualquier actividad económica consagrado en el artículo 19 núm. 21 de nuestra Constitución, es un servicio lícito de ser suministrado, bastando para ello sólo el respeto de las normas técnicas que la autoridad sectorial haya dictado al respecto.

Por su parte, otros entienden que la tecnología e infraestructura mediante la cual se provee el servicio de acceso a Internet determina, en el marco del artículo 3.º u 8.º de la LGT, de qué servicio se trata y, por lo tanto, la regulación aplicable al mismo, particularmente en materia de títulos habilitantes. Es así como la propia Asociación Gremial de Proveedores de Internet, ha señalado:

Se puede ser ISP sin que necesariamente deban conectarse equipos a

---

10. Tribunal de la Libre Competencia, Sentencia núm. 45 de 2006, Voissnet S.A./ Telefónica CTC, págs. 51 y 52, disponible en <[http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia\\_45\\_2006.pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_45_2006.pdf)>.

11. No cabe duda que la prestación de un servicio de Internet que necesite del uso de espectro radioeléctrico requerirá de concesión para ser prestado. Lo anterior en consideración al bien escaso y de uso público utilizado para propagar las señales que permitan dicha conexión o acceso.

una red pública de telecomunicaciones, como lo indica el artículo 8.º de la Ley General de Telecomunicaciones refiriéndose a los servicios complementarios. El servicio de acceso a Internet suministrado por un ISP puede tener, en algunas circunstancias, el carácter de un servicio complementario del servicio público telefónico, pero también puede detentar la calidad de un servicio limitado o público de transmisión de datos, en especial cuando no utiliza la conexión telefónica para suministrar su servicio (por ejemplo, cuando se entrega al cliente un enlace dedicado para acceder a Internet).<sup>12</sup>

En efecto, la calificación del acceso a Internet como alguno de los servicios de telecomunicaciones amparados por el artículo 3.º u 8.º de la LGT, incidiría en cuanto al título habilitante para otorgar dicho servicio. Se requerirá de una concesión otorgada por 30 años renovables si estamos frente a un servicio público o intermedio de telecomunicaciones y de 25 años renovables en el caso de un servicio de radiodifusión. Ahora, si estamos frente a un servicio intermedio de comunicación se requerirá de un permiso otorgado por la Subtel con una duración de 10 años renovables, salvo que se trate de un servicio limitado de televisión que no utilice el espectro radioeléctrico, en cuyo caso el plazo será indefinido. Por su parte, y de tratarse de un servicio complementario de telecomunicaciones, no se requerirá concesión o autorización alguna para su prestación o comercialización, pero los equipos por medio de los cuales se prestan este tipo de servicios deberán cumplir con la normativa técnica que establezca la Subsecretaría y no deberán alterar las características técnicas esenciales de las redes, ni el uso que tecnológicamente permitan, ni las modalidades del servicio básico que se preste con ellas.<sup>13</sup>

---

12. Asociación Gremial de Proveedores de Internet, «Minuta de intervención de API A.G. en sesión de Comisión Ciencia y Tecnología, Cámara de Diputados de Chile», pág. 3, disponible en <[http://www.api.cl/documentos/APIPLRegulaISPextranjerosenChile%28II\\_04\\_07%29.pdf](http://www.api.cl/documentos/APIPLRegulaISPextranjerosenChile%28II_04_07%29.pdf)>.

13. Conforme el artículo 3.º letras b) y c) y el artículo 8.º inciso 6.º, los servicios públicos, limitados y complementarios de telecomunicaciones se definen como:

Artículo 3.º letra b): Servicios públicos de telecomunicaciones son aquellos destinados a satisfacer las necesidades de telecomunicaciones de la comunidad en general. (Entre estos encontramos los servicios de telefonía fija y móvil.)

Artículo 3.º letra c): Servicios limitados de telecomunicaciones son aquellos cuyo objeto es satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones de determinadas empresas,

En la antes esbozada concepción de la normativa, el régimen de títulos habilitantes se encuentra íntimamente ligado a la infraestructura por medio de la cual se presta el servicio. Sin embargo, esta relación se encuentra hoy desafiada por las nuevas tecnologías, las que tienden a la convergencia, esto es, diversos servicios prestados utilizando una misma infraestructura, fenómeno que desdibuja la relación existente entre medios, señales y contenido. Lo anterior es particularmente patente respecto de Internet, ya que la transmisión de datos binarios puede realizarse por distintos medios, tales como el espectro radioeléctrico, cable módem, par de cobre, líneas de alta tensión, etcétera, los cuales conforme a nuestra normativa pueden estar o no sujetos a un régimen concesional o permisional, según sea el caso.<sup>14</sup>

Independientemente de la calificación del acceso a Internet como alguno de los servicios de telecomunicaciones amparados por el artículo 3.º u 8.º de la LGT, o bien como un servicio que escapa a dicha regulación y que sólo se rige por la normativa técnica contenida en las resoluciones exentas 1.483 y 698 citadas, nuestro ordenamiento jurídico no ha definido lo que debe entenderse por Internet. En efecto, si bien la ley ha definido el concepto de «proveedores de acceso a Internet» o ISP, y por su parte vía reglamentaria ha hecho lo propio con los términos «servicio de acceso a Internet», «usuario» y «proveedor de aplicación y/o contenido»,<sup>15</sup> no se ha definido, por medio de una norma legal,

---

entidades o personas previamente convenidas con éstas. (Acá encontramos, entre otros, los servicios de televisión por cable, televisión por satélite y *pay per view*.)

Artículo 8.º inciso 6.º: Los servicios complementarios de telecomunicaciones, por su parte, consisten en servicios adicionales que se proporcionan mediante la conexión de equipos a redes públicas de comunicación. (Los servicios 800, 700, de mensaje de voz y texto, de cobro revertido y compartido automático, entre otros.)

14. A este respecto el profesor Castillo señala en su cátedra de posgrado que Internet es un servicio no regulado por la LGT, lo cual no obsta a que se preste paralelamente a través de la misma infraestructura por medio de la cual se otorgan servicios regulados. Agrega que particularmente en relación con el servicio de Internet provisto mediante pares de cobre con tecnología ADSL, no estaríamos ante un servicio complementario de telecomunicaciones, ya que dicho servicio en nada complementa la red pública telefónica, sino que es más bien un servicio paralelo al servicio telefónico que se provee mediante dicha red.

15. Proveedores de acceso a Internet o ISP: «toda persona natural o jurídica que preste servicios comerciales de conectividad entre los usuarios o sus redes e Internet» (artículo

reglamentaria o de menor rango, qué significado tiene entre nosotros la palabra «Internet».<sup>16</sup>

Es en atención a la inexistencia de una definición legal, al carácter técnico de Internet y ante la dificultad de ampararnos en su sentido natural y obvio conforme el uso general de dicha expresión,<sup>17</sup> que cuando nos referimos a Internet debemos atender, de conformidad a lo señalado por el artículo 21 del Código Civil, al sentido que a dicha palabra den las personas que profesan la ciencia de las telecomunicaciones, salvo que se le haya tomado en un sentido diverso.

---

lo 24 letra h) de la LGT y artículo 2 letra b) del Decreto Supremo núm. 368/2010 del MTT). El término ISP (Internet Service Provider) es adoptado por el reglamento, ya que la ley no lo contempla.

Servicio de acceso a Internet: «Servicio que permite a los usuarios acceder al contenido, información aplicaciones u otros servicios ofrecidos por Internet» (artículo 2 letra a) del Decreto Supremo núm. 368/2010 del MTT).

Usuario: «Persona natural o jurídica que goza o hace uso del servicio de acceso a Internet, en cualquier modalidad» (artículo 2 letra d) del Decreto Supremo núm. 368/2010 del MTT).

Proveedor de aplicación y/o contenido: «Persona natural o jurídica que pone a disposición de los usuarios, contenidos y/o aplicaciones en Internet a través de medios propios o de terceros» (artículo 2 letra c) del Decreto Supremo núm. 368/2010 del MTT). El término «proveedor de contenido» es adoptado por la Resolución Exenta núm. 1.483/1999 de la Subtel, ya que el reglamento no lo contempla.

16. Si bien a los efectos de atención a público, particularmente en lo que respecta a la difusión de los derechos de los consumidores, la Subtel ha adoptado un concepto de Internet («Sistema de intercomunicación global, que mediante un lenguaje común, denominado ‘Protocolo IP’, permite conectar a todos los computadores a nivel mundial, y permite acceder a un medio que presta servicios en los diferentes ámbitos comerciales, sociales, culturales, etcétera»), éste que no se ha plasmado en normativa alguna. Disponible en <[http://www.subtel.gob.cl/prontus\\_oirs/site/artic/20090731/pags/20090731164652.html](http://www.subtel.gob.cl/prontus_oirs/site/artic/20090731/pags/20090731164652.html)>. Por otro lado, la Resolución Exenta núm. 698/2000 de la Subtel ha adoptado el siguiente concepto de «página web»: «Documento editado en hipertexto (HTML), publicado, y que puede ser accesado en la red Internet», a los efectos de dicha resolución.

17. La Real Academia Española de la Lengua ha incluido la palabra Internet sólo en su vigésima tercera edición entendiéndolo por tal la «red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras mediante un protocolo especial de comunicación».

## CONCEPTO DE ISP

Se ha entendido a los ISP como los intermediarios de la red, esto es, aquellos actores que se encuentran en posición intermedia entre los usuarios de Internet y los proveedores de contenidos del mismo, posibilitando el acceso a Internet y/o el proceso de creación y disseminación de información, sin involucrarse directamente en ellos.

En el marco de la protección a los derechos de autor, el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Chile y Estados Unidos, replicando la legislación contenida en la Digital Millenium Copyright Act (DMCA) de 1998 sobre los ISP, definió en su artículo 17.11-23 (i) a los proveedores de servicios como:

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 bien como 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>18</sup>

Según De la Maza (2004: 35), los proveedores de servicio de internet o ISP pueden ser clasificados en cinco categorías dependiendo de sus funciones. No obstante, según los servicios que provea, un ISP podría entrar en una o más de estas categorías:

1. Los operadores de redes, quienes proveen la infraestructura que permite o facilita la transmisión de información desde un punto a otro (por ejemplo, cisco.com).
2. Los proveedores de acceso o conexión a Internet, y generalmente a cuentas de correo electrónico, quienes proveen las claves necesarias

---

18. Similar norma se encuentra en la DMCA sección 512 (k)(1)(A) (traducción de Zucchini, 2008). Por su parte, el artículo 2 letra b) de la Directiva 2000/31/CE de la Comunidad Europea para el Comercio Electrónico define a los proveedores de servicios como «la persona física o jurídica que suministra un servicio de la sociedad de la información», definida a su vez por la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo como «cualquier servicio prestado, normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, a través de redes, mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y almacenamiento de datos, a petición individual de un destinatario de servicios».

para acceder a los diversos puertos y dispositivos en la red de redes (por ejemplo, movistar.cl).

3. Los proveedores de servicios de alojamiento (*catching* o *hosting*),<sup>19</sup> que permiten a los usuarios almacenar información que queda guardada en los servidores de éstos como un intermediario (por ejemplo, hosting.cl).

4. Los operadores de *Bulletin Board Systems* (BBS), salas de chat y *newsgroups*, quienes surten de aplicaciones, las cuales permiten descargar *software* y datos, leer noticias, intercambiar mensajes con otros usuarios, disfrutar de juegos en línea, leer boletines, etcétera (por ejemplo, friendfinder.com).<sup>20</sup>

5. Los proveedores de acceso logístico o motores de búsqueda, quienes proveen a los usuarios de la red de herramientas para buscar contenidos (por ejemplo, google.com o altavista.com).

A su vez, puede que el ISP produzca, por sí o por terceros, contenidos digitalizados subiéndolos a la red, en cuyo caso adquiere la calidad de proveedor de contenidos.<sup>21</sup>

Como hemos señalado, los proveedores de acceso a Internet han sido definidos en nuestra legislación como «toda persona natural o jurídica que preste servicios comerciales de conectividad entre los usuarios o sus redes e Internet».<sup>22</sup> Recordemos a este respecto que el término ISP como sinónimo de proveedor de acceso es adoptado por normas de carácter reglamentario, no por la LGT. En razón de ello, podría argumentarse que nuestra legislación circunscribe su aplicación sólo a los proveedores de acceso, no siendo por tanto aplicable al resto de los ISP.

---

19. El *catching* consiste en el almacenamiento automático, provisional y temporal de datos, mientras el *hosting* consiste en el alojamiento permanente o al menos no meramente provisional de datos.

20. García (2000: 9) entiende a los servidores de grupo de noticias o *newsgroups* y los servidores de chat categorías en sí mismas.

21. Autores como Ruiz y Lara (2012: 48), tomando en consideración la Directiva 2000/31/CE del parlamento Europeo han clasificado a los ISP en: a) proveedores de acceso, b) proveedores de tránsito (*mere conduit*), c) proveedores de alojamiento y d) proveedores de contenido incluyendo dentro de esta última categoría a aquellos que suministran servicios de búsqueda y enlace, dado la interacción que dichos servicios tienen con los contenidos mismos, cuestión que ha propiciado un tratamiento distinto por la jurisprudencia y ha generado voces en pos de reformas legales.

22. Véase nota 15.

Por su parte, hemos dicho que el reglamento de la Ley 20.453 define proveedor de aplicación como la «persona natural o jurídica que pone a disposición de los usuarios, contenidos y/o aplicaciones en Internet a través de medios propios o de terceros». Recordemos, asimismo, que el término proveedor de contenido es adoptado por la Resolución Exenta núm. 1.483/1999. No obstante, esta diferencia terminológica no tiene mayor relevancia toda vez que la definición de proveedor de aplicación incluye el suministrar contenidos en Internet a los usuarios.

### **RESPONSABILIDAD DE LOS ISP POR CONTENIDOS ILÍCITOS O INFRACTORES DE TERCEROS**

No cabe duda que la responsabilidad de un ISP puede tener un origen contractual cuando, celebrando una convención bilateral o plurilateral, no haya cumplido en tiempo y forma con las obligaciones que para él emanan del acuerdo en cuestión, ya sea que éstas hayan sido estipuladas o emanen de la naturaleza de la obligación misma. Sin embargo, la responsabilidad contractual de los ISP no será objeto de análisis en este trabajo. Asimismo, no trataremos aquí la responsabilidad que cabe a los ISP por contenidos propios o directos ilícitos o infractores de derechos ajenos, esto es, cuando el ISP es a su vez el proveedor de contenidos indebidos, toda vez que conforme a las reglas generales de nuestro ordenamiento jurídico penal y civil no cabe duda de dicha responsabilidad dado su calidad de autor.<sup>23</sup>

En este trabajo nos abocaremos a analizar la responsabilidad extracontractual civil de los ISP por contenidos ilícitos o infractores de terceros, los cuales se valen de la infraestructura suministrada por los primeros para cometer una determinada conducta reprochable civilmente.

---

23. En relación con los contenidos propios o directos y la responsabilidad por la calidad de los mismos, esto es, por lo verídicos y correctos que sean, Maturana señala que «debemos considerar sólo factible que ella exista cuando no cabe siquiera considerarla como una de las variables que puedan existir sobre la materia y no como la única valedera respecto de ella. En cambio, se requerirá la certeza específica si la información se ha proporcionado como una prestación de servicios en la red, y, en tal caso, será factible hacer efectiva la responsabilidad profesional si la información es errada en relación con el caso específico que se ha requerido la información por no haber profundizado para emitirla en los conocimientos particulares del caso» (2002: 28).

A este respecto, y conforme a Ruiz y Lara (2012: 45), la masificación de las nuevas formas de comunicación mediadas a través de la tecnología, particularmente en materia de redes digitales, ha supuesto diversos problemas y desafíos para la regulación, siendo tal vez uno de los temas de mayor conflicto la determinación de responsabilidad legal de aquellos que aportan la infraestructura tecnológica necesaria para que dichas comunicaciones puedan realizarse. Lo anterior en el entendido que no sólo operan, sino que además tienen la posibilidad de controlar aquello que circula a través de sus redes, más relevante aún cuando se trata de contenidos delictivos o infractores de derechos ajenos.

Agregan los mismos autores que las causales por las cuales podría gatillarse la responsabilidad extracontractual civil y/o penal de un ISP, dependen del tipo de contenido ilícito o infractor de que se trate, ya que éste determinará la regulación específica o general que deba aplicarse al caso en concreto. En efecto, dentro del catastro de actos ilícitos o infractores que pueden cometerse por medio de Internet encontramos un diverso tipo de conductas, que Fundinaga (2006) ha resumido en el siguiente listado:

- La difusión de instrucciones sobre preparación de bombas, las actividades terroristas, la producción y tráfico de drogas, y el activismo político, lo que atenta contra la seguridad nacional y mundial.
- La oferta de servicios sexuales y pornografía relacionada con niños (pedofilia).
- El envío de mensajes que incitan al odio y la discriminación racial o religiosa.
- Las conductas de hurto y destrucción de datos que atentan contra la seguridad y confidencialidad de la información.
- Los delitos de «piratería» de *software* u otras obras protegidas como libros, música, fotografías, etcétera, que vulneran la propiedad intelectual.
- Los delitos contra la propiedad industrial: apropiación de logotipos, marcas, diseños u otros signos distintivos.
- El mal uso de tarjetas de crédito ajenas.

- La recolección, procesamiento y transmisión no autorizada de datos personales.
- El envío de mensajes difamatorios o injuriantes.

En términos generales podemos señalar que existen tres posturas doctrinarias relativas a la responsabilidad de los ISP respecto de los contenidos transmitidos por usuarios y/o prestadores de contenido a través de sus redes. Algunos, encabezados por Maturana (2002: 24), consideran a los proveedores de servicios de Internet como meros suministradores de la infraestructura física o lógica necesaria para acceder y/o utilizar la red, y entienden que, por lo tanto, se encuentran exentos de cualquier responsabilidad extracontractual respecto de la información ilícita o infractora que transita por medio de dicha infraestructura. Quienes abrazan esta tesis sostienen que no cabe atribuir responsabilidad alguna a los ISP toda vez que éstos son meros distribuidores o almacenadores de datos, ya que no son ellos quienes originan las transmisiones o comunicaciones, ni quienes seleccionan los destinatarios de las mismas, como así tampoco procesan o alteran de alguna forma los datos transmitidos o almacenados. A este respecto Maturana señala que atribuir responsabilidad a los ISP implicaría imponer al mundo virtual cargas que no se imputan en el mundo real:

Sería como exigirles a las librerías que asumieran la responsabilidad respecto de todos los libros que venden en cuanto a que no contengan información ilícita o prohibida, a las compañías de telecomunicaciones que se hagan responsables de las prestaciones que a través de sus redes efectúan los prestadores de servicios complementarios de información, diversión, juegos de azar, etcétera, a los servicios de correos por el transporte de las comunicaciones que efectúan a nuestro hogar; a los concesionarios de carreteras de los accidentes que causen vehículos que transporten material peligroso, etcétera.<sup>24</sup>

---

24. Asimismo, y si bien por un tema de clasificación los trata como proveedores de contenido, este autor señala que atribuir responsabilidad a los proveedores de servicio de referencia, vínculo o búsqueda en Internet supondría, haciendo un símil, sostener ridículamente que «el autor de un libro es responsable respecto del contenido del libro que éste cita», o bien, «que quien confecciona una guía telefónica se hace responsable del contenido de las informaciones que se proporcionan por quienes aparecen en ellas» (2002: 29 y 30).

Otros por su parte, como Colombara y Bawlitza,<sup>25</sup> de forma antagónica a la posición anterior, consideran a los ISP como verdaderos editores del contenido que transita por sus redes o que se fija temporal o permanentemente en sus dispositivos, ya que no sólo los operan, sino que además tienen la posibilidad técnica y están en la mejor posición para controlarlos, más aún cuando estos revisten un carácter ilícito. Algunos dentro de esta tesis postulan que Internet es un medio de comunicación social, atribuyéndole por tanto a los ISP responsabilidad en la calidad de autores de ciertos ilícitos cometidos por terceros a través de su infraestructura física o lógica, salvo que muestren que han actuado con la diligencia debida. Esta postura ha sido rebatida señalando que desconoce el enorme flujo de información que viaja por las redes, así como la inmensa cantidad de datos que se aloja en servidores conectados a Internet, circunstancia que hace prácticamente imposible asumir, desde un punto de vista técnico y económico, un rol de veedor y censor de la misma, eliminando por tanto al menos la posibilidad de atribuir responsabilidad extracontractual civil frente a la falta de negligencia.<sup>26</sup>

Finalmente, una tercera parte de la doctrina, donde encontramos autores como Álvarez (2003) y De la Maza (2004), atribuyen responsabilidad a los ISP toda vez que éstos, a sabiendas de la existencia de un contenido ilícito o infractor de terceros, ya sea por medios propios o bien ante la notificación de otra persona, no lo hayan retirado o hecho inaccesible, pudiendo adicionalmente al efecto establecer ciertas circunstancias en virtud de las cuales el proveedor de servicios de Internet se eximiría de responsabilidad. Respecto de esta tesis, se ha señalado que son los Tribunales de Justicia, conforme a los procedimientos que franquea la ley, los llamados a determinar qué contenidos revisten o no el carácter de ilícitos o infractores de derechos ajenos, y no los ISP ni los terceros que

---

25. Véase más adelante nota 46.

26. Entendemos que el argumento del exponencial flujo de información ha sido recogido en nuestra legislación en materia de propiedad intelectual en el artículo 85 letra p) inciso penúltimo de la Ley 17.336, el cual establece que los ISP «no tendrán, para efectos de esta ley, la obligación de supervisar los datos que se transmitan, almacenen o referencien ni obligación de realizar búsquedas activas de hechos o actividades que indiquen actividades ilícitas». Dejemos en claro que la ley no prohíbe las acciones de monitoreo por parte de los ISP, sino que sólo los exime de la obligación de realizar dicha gestión, principio que emana de las normas propias de la neutralidad en la red.

adviertan de supuestas conductas reprochables. Asimismo, se advierte el riesgo de que para eximirse de su responsabilidad los ISP ante cualquier contenido sospechosamente ilícito o infractor adopten una conducta de autotutela exacerbada que conculque la libertad de expresión, la intimidad y vida privada u otros derechos constitucionales.

Son los supuestos de esta última tesis los que precisamente nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado para la protección de la propiedad intelectual, como consecuencia de la suscripción del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América.<sup>27</sup> En efecto, el nuevo capítulo III de la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual (en adelante, «LPI») establece que «sin perjuicio de las normas generales sobre responsabilidad civil»,<sup>28</sup> respecto de las infracciones a los derechos de autor, los ISP no serán obligados a indemnizar perjuicios de cumplir con ciertas condiciones generales<sup>29</sup> y especiales conforme la naturaleza del servicio prestado. En relación a este último punto la nueva normativa en

---

27. El Tratado de Libre Comercio suscrito entre Chile y Estados Unidos, en su artículo 17.11-23, incorporó los principios y adaptó las normas contenidas en la Digital Millenium Copyright Act (DMCA), la cual establece reglas especiales de exención de responsabilidad para cada tipo de proveedor de servicios (los llamados «Safe Harbors») y de la Communication Decency Act (DCA) que establece la regla general en materia de responsabilidad de los ISP por contenidos de terceros.

28. Piñeiro (2004: 185) señala que «es importante destacar que con el establecimiento de los ‘Safe Harbors’ no se está modificando el sistema actual de responsabilidad extracontractual, ni los cuatro criterios o condiciones para hacerla efectiva. Es más, los ISP continúan estando sujetos a la normativa general. Por lo tanto, lo que se introduce con el TLC son ámbitos de responsabilidad de acuerdo con el cumplimiento de ciertos requisitos de manera de evitar ser sujetos de una demanda de indemnización de perjuicios». Lo anterior significa que la legislación nacional dejó abierta la posibilidad de demandar a los ISP en aplicación de las reglas ordinarias de responsabilidad extracontractual en materia civil, y más aún sin perjuicio de la responsabilidad que en materia penal quepa a los prestadores de servicios de Internet.

29. La condiciones generales consideradas para eximir de responsabilidad a los ISP en materia de propiedad intelectual dicen relación con: a) establecer condiciones generales y públicas en virtud de las cuales los ISP pueden poner término a los contratos con proveedores de contenido calificados judicialmente como infractores a los derechos de propiedad intelectual; b) no interferir en las medidas tecnológicas de protección y gestión de derechos de autor y conexos; c) no haber generado y/o seleccionado el material o sus destinatarios. Se exceptúa de este último requisito a los proveedores de servicios de Internet de búsqueda, referencia o vínculo de información.

materia de derechos de autor y conexos contenida en los artículos 85L a 85U de la LPI, distingue prestadores de servicios de: i) mera transmisión, ii) almacenamiento temporal, iii) almacenamiento material a petición de usuarios, y iv) búsqueda, referencia o vínculo de información.<sup>30</sup>

No obstante, las disposiciones antes referidas se circunscriben exclusivamente al ámbito de las infracciones a los derechos de autor, asunto

---

30. i) Respecto de los ISP de mera transmisión, esto es, los que realizan exclusivamente la conducción o el enrutamiento de datos, y el almacenamiento automático, temporal no accesible al público de datos requeridos para la transmisión o bien el suministro de las conexiones necesarias para las anteriores, el artículo 85M exige para eximirlos de responsabilidad por los contenidos de terceros que: a) no hayan seleccionado o modificado el contenido de la información salvo en la medida necesaria para facilitar la transmisión como, por ejemplo, en la división de la información en paquetes; b) no hayan iniciado la transmisión; y c) no hayan seleccionado los destinatarios de la información.

ii) En relación con los proveedores de servicios de almacenamiento temporal, se requiere como condiciones eximentes: a) el respeto a las condiciones de acceso a los usuarios y actualización del material almacenado del sitio de origen; b) la no interferencia con la tecnología estándar del sitio para obtener información del material almacenado; c) la no modificación del contenido de la información en la transmisión a otros usuarios; d) retiro o inhabilitación de acceso expedita del material almacenado removido del sitio o frente a una orden emanada de los Tribunales de Justicia, la cual puede ser controvertida por parte del proveedor. Este último requisito diferencia fundamentalmente nuestra legislación de la estadounidense, que sólo requiere de una simple notificación, y nos acerca a la Directiva Europea que establece el principio de intervención judicial o de autoridad.

iii) Por su parte, los proveedores de servicios de almacenamiento material a petición de usuarios, esto es, los que por sí o por medio de terceros acopien datos en sus redes o sistemas, no deberán indemnizar perjuicios por los contenidos infractores de terceros cuando: a) no tengan conocimiento efectivo del carácter de ilícito de los datos, entendiéndose que tienen efectivo conocimiento si una vez notificados legalmente de la orden de retiro o bloqueo, no la cumplan de forma expedita; b) no lucre directamente con la actividad infractora, siempre que pueda controlar dicha actividad; y c) designen un representante para recibir las notificaciones de retiro o bloqueo. El gran avance de nuestra legislación radica en haber definido qué se entiende por conocimiento efectivo (cosa en la que no reparó la Directiva Europea), supeditándola a una notificación legal previa.

iv) Por último, y en relación con los ISP que proveen servicios de búsqueda, referencia o vínculo de información, se eximirán de indemnizar perjuicios cumpliendo con los mismos requisitos señalados en el numeral anterior. Finalmente cabe señalar que el artículo 85T de la LPI señala la obligación de indemnizar perjuicios de quien proporcione informaciones falsas sobre supuestas infracciones a los derechos de autor y conexos, por los daños derivados de los actos que el ISP deba tomar al respecto.

que la ley del ramo deja meridianamente claro en su articulado,<sup>31</sup> y sin perjuicio de haber dejado la puerta abierta a la aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil, entendemos que la regulación introducida a causa de la suscripción del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos ha implicado un enorme paso en pos de la regulación de Internet, habiendo significado incluso que sus principios y reglas hayan ilustrado la judicatura y la doctrina en la aplicación de la normativa común relativa a la responsabilidad civil extracontractual de los actores en el mundo virtual.

Habiéndonos ya explayado sobre las principales posiciones doctrinarias respecto de la responsabilidad de los ISP por los contenidos ilícitos o infractores de terceros, y particularmente sobre el criterio especial adoptado entre nosotros en materia de protección a los derechos de autor, debemos ahora abocarnos a las reglas generales que rigen la materia.

En términos generales, y en materia extracontractual, la responsabilidad tiene como principio rector la culpa, y requiere siempre de una conducta u omisión, un daño y un nexo causal entre ambos. Este tipo de responsabilidad puede ser subjetiva, esto es, atribuible a quien ha actuado con culpa, o bien objetiva, esto es, prescindiendo del concepto de negligencia para establecer la obligación de reparar el daño causado en el ejercicio de cierta actividad. Por su parte, se distingue en materia extracontractual entre la responsabilidad por hechos propios, de terceros y de las cosas.

Dejando lógicamente de lado la responsabilidad por hecho de las cosas, debemos determinar si la responsabilidad civil de los ISP radica en un hecho propio o de terceros. A este respecto debemos señalar que nuestro Código Civil, en materia de responsabilidad por hechos de terceros, ha adherido a la doctrina de la culpa *in vigilando*, la cual ha sido reconocida en los artículos 2.320 y 2.322,<sup>32</sup> y que supone presumir le-

---

31. La Directiva 2000/31/CE de la Comunidad Europea para el Comercio Electrónico, no limita la aplicación de sus normas de «Safe Harbor» a materias de propiedad intelectual como sí lo hace la Digital Millenium Copyright Act y la legislación nacional, sino que las extiende a materias de derechos de la personalidad, competencia desleal, propiedad industrial, etcétera.

32. Artículo 2.320 del Código Civil: «Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. Así el padre, y a falta de éste la madre, es responsable del hecho de los hijos menores que habiten en la

galmente la responsabilidad por culpa de quienes asumen el cuidado de otros que, causando el daño, dependen de él. Sin embargo, no podemos estimar que los usuarios de Internet o los proveedores de contenidos, salvo en el caso que hayan sido contratados por los ISP, tengan un vínculo de subordinación y/o dependencia respecto de los proveedores de servicios en Internet, por lo que consideramos no corresponde aplicar estas normas.<sup>33</sup>

Habiendo descartado la posibilidad de que los ISP respondan del contenido ilícito o infractor que terceros han transmitido o almacenado en sus redes o sistemas, queda analizar la posibilidad de fundar su responsabilidad en el hecho que sea el propio proveedor de servicios de Internet

---

misma casa. Así el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado. Así los jefes de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos, mientras están bajo su cuidado; y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices o dependientes, en el mismo caso. Pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho».

Artículo 2.322 del Código Civil: «Los amos responderán de la conducta de sus criados o sirvientes, en el ejercicio de sus respectivas funciones; y esto aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista. Pero no responderán de lo que hayan hecho sus criados o sirvientes en el ejercicio de sus respectivas funciones, si se probare que las han ejercido de un modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario, y la autoridad competente. En este caso toda la responsabilidad recaerá sobre dichos criados o sirvientes».

33. Desde un punto de vista doctrinario se ha intentado recurrir a la teoría del riesgo creado para atribuir responsabilidad a los ISP, en el entendido que su actividad envuelve el riesgo de lidiar permanentemente con circunstancias infractoras o ilícitas, prescindiendo de la culpa del agente o bien haciendo que se presuma la culpa de los ISP, quienes deberán probar que su actuar ha sido diligente. Lo anterior a los efectos de distribuir la responsabilidad asignando gran parte de ella a quien está en mejor posición para evitar el daño. Sin embargo, esta posición ha sido bastante criticada y no ha pasado de ser una extraña construcción doctrinaria y fundada básicamente en criterios económicos, sin ser recogida por nuestro ordenamiento civil. En efecto, no obstante existir en nuestro ordenamiento jurídico varias normas inspiradas en la teoría del riesgo creado, como el Decreto Ley 2.222 que trata la responsabilidad por derrames de hidrocarburos y otras sustancias nocivas, el Código Aeronáutico, la Ley 16.744 sobre Accidentes del Trabajo y la Ley 18.290 que establece la responsabilidad solidaria del dueño de un vehículo que cause daño, entre otras, nuestro Código Civil adhiere a la teoría clásica o subjetiva en materia de responsabilidad, fundada ésta en la culpabilidad.

quien, por una omisión del todo suya, haya causado el daño por haber negligentemente faltado a un deber de vigilancia que se le ha impuesto.

Para el antes referido análisis debemos considerar: 1) la capacidad o aptitud de los ISP para discernir la corrección de su omisión; 2) si dicha omisión es atribuible a una conducta culposa; 3) la producción de un daño; y 4) el nexo causal entre la conducta omisiva y el daño causado.

Sobre el primer punto, esto es, respecto de la capacidad de los ISP, recordemos que la LGT y su reglamento definen ISP como: «toda persona natural o jurídica que preste servicios comerciales de conectividad entre los usuarios o sus redes e Internet»,<sup>34</sup> y que, por su parte, el reglamento de la Ley 20.453 define proveedor de aplicación como: «persona natural o jurídica que pone a disposición de los usuarios, contenidos y/o aplicaciones en Internet a través de medios propios o de terceros».<sup>35</sup> En este sentido, los ISP se someten a las normas de capacidad que aplican a toda persona natural o jurídica,<sup>36</sup> según sea del caso.

En cuanto al segundo punto, esto es, la concurrencia de una actitud culposa, negligente o con falta de previsión, cabe recordar que en materia extracontractual, al no existir una graduación de culpa, como sí

---

34. Véase nota 15. Cabe insistir a este respecto que el término ISP como sinónimo de proveedor de acceso es adoptado por el reglamento, ya que la Ley 18.168 no contempla dicho término. En razón de ello, podría argumentarse que nuestra legislación sobre el particular circunscribe su aplicación sólo a los proveedores de acceso, no siendo por tanto aplicable al resto de los ISP, esto es, a los proveedores de infraestructura, de alojamiento, los operadores de foros de discusión, servidores de grupos de noticias, servidores de chat y buscadores de información. Sin embargo lo anterior no obsta a que éstos también pueden ser personas naturales o bien jurídicas.

35. Véase nota 15.

36. El ISP persona natural requerirá a los efectos de tener aptitud cuasi-delictual no encontrarse exceptuado de responsabilidad por ser demente, menor de 7 años o bien mayor de 7 y menor de 16 años, habiendo actuado sin discernimiento. Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad de los terceros a cargo de estos incapaces que negligentemente han faltado al deber de cuidado que les importa la relación de dependencia que los primeros tienen a su respecto. Por su parte, y tratándose de una persona jurídica, sabemos que la voluntad de las personas jurídicas se expresa por parte de quienes forman sus órganos administrativos o actúan como sus representantes (artículo 550 inciso 3.º del Código Civil: ‘La voluntad de la mayoría de la asamblea es la voluntad de la corporación’. Artículo 551 inciso 1.º del Código Civil: ‘La dirección y administración de una asociación recaerá en un directorio’).

ocurre en materia contractual, el estándar de diligencia viene dado por la norma que lo exige o bien, y a falta de ésta, de apreciar en abstracto los usos y costumbres propios de una determinada actividad en la sociedad.

En conexión con lo anterior, De la Maza (2004: 55) señala que en sede civil suele aceptarse la doctrina que las omisiones generan responsabilidad sólo cuando se encuentra legalmente establecido el deber de actuar, y no habiendo en nuestro ordenamiento un deber de vigilancia por parte de los ISP, no podría atribuírseles responsabilidad por faltar a algo que la ley no los obliga.<sup>37</sup> De hecho, y no obstante circunscribirse exclusivamente al ámbito de los derechos de autor, nuestro legislador ha optado por la solución contraria, eximiendo a los ISP de la obligación de supervisar los datos que transmitan, almacenen o referencien, como asimismo de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas.<sup>38</sup>

En efecto, nuestra legislación ha entendido que la obligación de supervisión de los contenidos a que se puede acceder mediante Internet corresponde a quienes tengan dependientes a su cargo, particularmente a los padres o quienes hagan las veces de éstos, como es el caso de tutores o curadores, exigiendo a los ISP sólo el tener disponible a costa de quienes los soliciten «controles parentales para contenidos que atenten contra la ley, la moral o la buenas costumbres».<sup>39</sup>

---

37. Conforme a De la Maza (2004: 55), una tercera posibilidad que tampoco parece convincente por adherir a la teoría del riesgo creado del empresario, es la aplicación del artículo 2.329 del Código Civil, el cual prescribe que «por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta. Son especialmente obligados a esta reparación: 1) el que dispara imprudentemente un arma de fuego; 2) el que remueve las losas de una acequia o cañería en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transitan de día o de noche; 3) el que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o puente que atraviesa un camino lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por él». Agrega este autor que a estos efectos debería acreditarse que la actividad del ISP genera un riesgo meritorio de un tratamiento especial o bien que el daño que se produzca sería del tipo que generalmente es imputable a malicia o negligencia.

38. Artículo 85P de la LPI: «Los prestadores de servicios referidos en los artículos precedentes no tendrán, *para efectos de esta ley*, la obligación de supervisar los datos que transmitan, almacenen o referencien ni la obligación de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas» (el énfasis es nuestro).

39. Disposición contenida en el literal c) del artículo 24H de la LGT y en el artículo

Al no haber nuestro legislador establecido un deber de supervigilancia de contenidos por parte de los ISP y, por lo tanto, menos aún un estándar de diligencia para ello, sólo cabría construir una eventual conducta omisiva imputable en base a los usos y costumbres propios de la actividad que los proveedores de servicios de Internet desempeñan.<sup>40</sup>

En relación con lo antes señalado, llamamos a considerar que, no obstante ser una práctica común de los proveedores de servicios de Internet en el mundo el entender como usuales procedimientos de notificación y retirada (en inglés «*cease and desist*») en virtud de los cuales los afectados por determinados contenidos en Internet tienen derecho a requerir la eliminación o hacer inaccesibles los mismos, pueden trasgredir garantías fundamentales de la mayor relevancia, ya que los ISP para salvar cualquier eventual responsabilidad tomarán acciones de autotutela que pueden llevar a conculcar los derechos de libertad de expresión, la

---

9 inciso 2.º del Decreto Supremo num. 368/2010 del MTT. Vale la pena hacer presente que el inciso primero del mismo decreto señala: «Asimismo, los ISP *podrán* bloquear contenidos, aplicaciones o servicios a petición expresa del usuario» (el énfasis es nuestro). Esto viene a reforzar la idea de que en nuestro ordenamiento jurídico no son sino quienes tengan dependientes a su cargo los llamados a supervisar sus conductas en la red, siendo una mera facultad de los ISP, de la cual pueden hacer uso o no como lo revela la utilización de la voz «podrán», bloquear contenidos a solicitud de los primeros.

Sobre el particular, Maturana (2002: 30) señala que «no existe mejor filtro en Internet que la supervisión de los padres respecto de la información que requieren sus hijos. Si ello no fuera posible, tienen múltiples alternativas: contratar programas de Internet que contengan el filtro pertinente [...], usar clave para que los menores no ingresen al computador en ausencia de los padres, trabajar los padres en el computador con conexión a Internet sólo en la oficina, etcétera. Los errores en la decisión de los usuarios y de los hijos de los usuarios jamás deben ser asumidas por parte de los ISP porque la obligación ética de comportamiento y formación no les corresponde a ellos».

40. A este respecto cabe traer a colación el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones de Concepción que al conocer del bullado recurso de protección contra Entel el año 1999 (interpuesto por el padre de una menor que había sido objeto de una «jugarreta» de mal gusto por parte de sus compañeros de clase, quienes habían publicado un aviso clasificado para servicios sexuales que aludía a la menor en un sitio alojado por Entel) adhirió a la opinión del profesor Santiago Schuster, estableciendo que Entel, en su calidad de proveedor de acceso y de alojamiento, tenía que, sin caer en la censura, tomar todas las medidas técnicas y fácticas para que los proveedores de contenido y usuarios se abstuvieran de publicar avisos contrarios a la ley, al orden público, la moral y las buenas costumbres.

intimidad y vida privada u otros amparados por nuestra Constitución. A mayor abundamiento, y reiterando la opinión de De la Maza (2004), son los Tribunales de Justicia, conforme los procedimientos que franquea la ley, los llamados a determinar qué contenidos revisten o no el carácter de ilícitos o infractores, y no los ISP ni los terceros que adviertan de supuestas conductas reprochables.<sup>41</sup>

En este sentido y tomando como inspiración nuestra legislación en materia de derechos de autor, la cual ha adaptado soluciones foráneas a los principios de nuestro ordenamiento jurídico, consideramos que la responsabilidad de los ISP se genera exclusivamente cuando éstos debidamente notificados no den cumplimiento a las órdenes judiciales que los llaman a revelar antecedentes del ilícito y de los infractores, así como a bloquear o retirar contenidos ilícitos de terceros, en los plazos indicados en dichas órdenes.

En cuanto al daño como presupuesto de la responsabilidad extracontractual, ya sea éste patrimonial o moral, sabemos que debe ser ocasionado por una persona distinta del ofendido y debe ser anormal. Así, la concurrencia de responsabilidad de la víctima importa la reducción del monto de la indemnización<sup>42</sup> y, por su parte, no dan derecho a indemnización las molestias propias de la vida en sociedad.

Lo anterior parece relevante toda vez que ciertas conductas lesivas en Internet tienen su origen en los propios ofendidos quienes imprudentemente suben material sin tomar en consideración la velocidad y publicidad con que dicho medio de comunicación de masas puede diseminar los mismos, y más importante aún, las consecuencias o implicancias involucrada en ello. La libre circulación de contenidos es un elemento de la esencia de Internet, propio de la vida en la sociedad virtual, y un presupuesto que cualquier internauta debe tener en cuenta al utilizar este medio de comunicación.<sup>43</sup>

---

41. Es en este sentido que se adaptó nuestra legislación, en materia de derechos de autor, a las exigencias a que Chile se comprometió en virtud del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, requiriendo, en los artículos 85Q y siguientes de la Ley 17.336, orden judicial previa, ya sea como medida judicial o prejudicial, para proceder al retiro o bloqueo de contenidos.

42. Art. 2330 del Código Civil: «La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente».

43. A este respecto el profesor Renato Jijena (2000: 3-4) señala: «A través de Internet,

Ahora, finalmente, y respecto del último requisito para configurar la responsabilidad extracontractual, el nexo causal entre la conducta omisiva y el daño causado, debemos señalar que dicha omisión debe ser causa directa y necesaria del daño, esto es, que debe engendrar el daño, sin que dicho daño pueda existir de no concurrir esa causa.

En relación con lo anterior, y teniendo en cuenta la pluralidad de causas que pueden llegar a configurar un ilícito o infracción en Internet, Piñeiro (2004: 183) señala que debe considerarse que resulta realmente difícil acreditar que la omisión del ISP constituye una causa adecuada dentro de la cadena causal para producir el daño, especialmente cuando éste generalmente desconoce el contenido que transita o se aloja en sus redes o sistemas.

En efecto, consideramos que conforme a nuestro sistema de responsabilidad subjetiva, la provisión de medios técnicos o lógicos, a través de los cuales terceros realizan conductas ilícitas o infractoras, no puede considerarse una causa adecuada ni eficiente para producir daño, sino más bien como una mera condición, antecedente o factor concurrente para la producción del resultado, máxime cuando los ISP no pueden dado el volumen de información que circula u «hospeda» en sus redes realizar controles *ex ante* y menos aún cuando, como ya lo hemos señalado, no se encuentran obligados legalmente a tomar medidas preventivas para evitar actos que podrían causar daño.

En consideración a lo antes señalado, y en particular al hecho de no haber prosperado la moción parlamentaria contenida en el Boletín 3004-19 para establecer la responsabilidad por contenidos en Internet, proyecto archivado el año 2006,<sup>44</sup> parece prudente considerar que den-

---

a fin de cuentas una herramienta tecnológica o telemática, pueden transmitirse datos, documentos, imágenes y sonidos de diversa naturaleza o contenido, sean lícitos o ilícitos, morales o inmorales, permitidos o prohibidos, benignos o nocivos. Ésta es una característica de la esencia de la red que, salvo excepciones muy reguladas y justificadas como la comisión de delitos, no puede —y nunca debería— modificarse legalmente. Dicho de otra forma, lo que debe buscarse es un adecuado equilibrio entre esta garantía de la necesaria libre circulación de la información —en definitiva un derecho tan fundamental como la libertad de expresión— y la protección del interés público, sin que existan a priori prácticas de censura arbitraria y abusiva. Pero trazar una línea divisoria puede no ser tan fácil atendida la naturaleza y las características de Internet».

44. Un análisis de este proyecto de ley puede encontrarse en Álvarez (2003).

tro del régimen común de responsabilidad extracontractual contenido en las normas del título XXXV del «Libro quinto» del Código Civil, no podría, o al menos resulta en extremo difícil, enmarcar la responsabilidad de los ISP por contenidos ilícitos o infractores de terceros, sino mediante construcciones doctrinarias que importan soluciones exógenas a nuestro ordenamiento civil, que relajan los requisitos necesarios para configurar dicha responsabilidad o bien alteran lo que clásicamente hemos considerado como una relación de subordinación y/o dependencia.

### **INTERNET COMO MEDIO DE COMUNICACIÓN SOCIAL**

Anteriormente en este trabajo hemos señalado que existe una postura respecto de la regulación de Internet que considera a los ISP como verdaderos editores del contenido que transita por sus redes o que se fija temporal o permanentemente en sus dispositivos. Lo anterior en el entendido que no sólo los operan, sino que además tienen la posibilidad técnica y están en la mejor posición para controlarlos, más aún cuando éstos revisten un carácter ilícito. Asimismo, hemos agregado que algunos especialistas dentro de esta tesis postulan que Internet es un medio de comunicación social,<sup>45</sup> atribuyéndole por tanto a los ISP responsabilidad en la calidad de autores de ciertos ilícitos cometidos por terceros a través de su infraestructura física o lógica, salvo que muestren que han actuado con la diligencia debida.

Conforme el ordenamiento jurídico nacional, el hecho de calificar a Internet como un medio de comunicación social puede llevar, atendido lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 19.733 sobre Libertades de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo (en adelante, «Ley de Prensa»), a atribuir a las personas naturales detrás de la dirección de los ISP la calidad de autores de los delitos y abusos cometidos en contra de la libertad de expresión (opinión e información); presumir legalmente la

---

45. El 29 de octubre de 2010, el 33.º Juzgado de Lima, considerando Internet como un medio de comunicación social, condenó al autor de un blog a tres años de pena privativa de libertad y al pago de una indemnización civil de 300 mil soles más multa a favor del Fisco, por difamar a un parlamentario. Por su parte, en Argentina el Decreto 1279/97 estableció: «Declárase que el servicio de Internet se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara la libertad de expresión, correspondiéndole en tal sentido las mismas consideraciones que a los demás medios de comunicación social».

responsabilidad de los ISP, salvo que prueben que han actuado diligentemente; y según lo prescrito en el artículo 22 inciso final, darles el carácter de solidariamente responsables por las multas que se impongan por el no cumplimiento de los requisitos del título III de dicha ley.

A este respecto debemos primeramente señalar que es el propio artículo segundo de la Ley de Prensa el que establece 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, cualquiera sea el soporte o instrumento utilizado».

Como podemos ver, la definición de la ley es bastante amplia, tanto desde el punto de vista de los medios, entendiendo por tales todos «aquellos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar de forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público», como respecto de los soportes que dichos medios utilicen, esto es, «cualquiera sea el soporte o instrumento utilizado». Se podría encontrar la razón de dicha amplitud en la propia historia de la ley, la cual conforme la opinión de los abogados Ciro Colombara y Cristián Bawlitza vertida en el marco del juicio oral seguido contra de Elliott Quijada por incitación al odio racial, evidencian la intención del legislador de evitar la obsolescencia de la propia ley frente a los nuevos soportes y medios que la técnica permitiese en el futuro.<sup>46</sup> Sin embargo, podría asimismo ar-

---

46. Me permito aquí reproducir parte del considerando número decimocuarto del fallo del Tribunal Oral de Viña del Mar en la causa RUC 0901108439-4, de fecha 22 de junio de 2010, que condenó a Elliott Quijada, quien adhería a la ideología neonazi, por, entre otros, el delito de incitación al odio racial, y el cual resume de forma sucinta la discusión parlamentaria del precepto contenido en el artículo 2.º de la Ley 19.733: «El Mensaje del proyecto original del Ejecutivo, el artículo 2.º contenía una serie de definiciones bastantes precisas, entre las cuales se consideraba como medios de comunicación social aquellos medios de difusión de carácter periódico, que posibiliten una interacción con el público a que estén dirigidos, tales como los diarios, revistas u otros escritos periódicos, noticieros cinematográficos, emisiones radiofónicas, televisuales u otras electrónicas que reúnan dichas características, y que cumplan con los demás requisitos establecidos en la presente ley. Posteriormente, en el primer informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, se acordó contemplar la definición de medio de comunicación social, relativa a los medios aptos, cualquiera que sea el soporte que utilicen, para fijar, almacenar, grabar, reproducir, transmitir, divulgar, difundir o propagar información, datos, sonidos o imágenes dirigidos al público, citándose, por vía ejemplar, a los diarios,

gumentarse, tal como lo hace el abogado defensor Oscar Mella Mejías, que el legislador no pretendió incorporar nuevos medios de comunicación social distintos a los clásicamente concebidos como tales, esto es, la televisión, las radios y los diarios, sino más bien amparar en la norma a las versiones digitales de dichos medios transmitidos divulgados, difundidos o propagados multimedialmente a través de nuevos soportes, tal como Internet. Esta postura sería avalada por la definición de medio de comunicación social del mensaje original que en el proyecto hiciera el Ejecutivo, así como en la opinión del entonces senador Viera-Gallo, quien señaló al efecto que «este punto es muy importante porque hoy en día, por ejemplo, los principales diarios y radios mantienen simultáneamente ediciones con diferentes soportes; una, basada en un medio tradicional (papel, radiodifusión sonora) y otra, transmitida mediante la red Internet». Fue finalmente esta opinión la cual en el marco de la discusión parlamentaria redundó en adoptar la redacción propuesta por

---

revistas, periódicos, los servicios informativos, las agencias de noticias, las emisiones, señales, ondas o medios radioelectrónicos, magnéticos, ópticos, de sonido, de sonidos sincronizados con imágenes, químicos o mecánicos y sus respectivos soportes o fijaciones, bancos de datos o redes computacionales. La finalidad de esto era destacar que las disposiciones de esta ley se aplican a cualquier medio que entregue información pública, sin atender a su naturaleza, partiendo del supuesto de que ésta es una ley que regula el ejercicio de las libertades de opinión y de información, y no una ley de prensa, como algunos la denominan, equivocadamente. Se sostiene, así, que cualquier medio de comunicación social que hoy exista o que se cree en el futuro quedará afecto a esta ley. [...] A través de la tramitación parlamentaria se buscó, incesantemente, simplificar el concepto de lo que debe entenderse como medio de comunicación social en la ley, que incluya los tres géneros de comunicación texto, sonido e imagen, la característica de permanencia y estabilidad del medio, y el hecho de estar orientado al público. De esta forma, el Senado lo reemplazó con el fin de establecer un concepto simple de lo que debe entenderse como medio de comunicación social en la ley, que incluya los tres géneros de comunicación, texto, sonido e imagen, la característica de permanencia y estabilidad del medio, y el hecho de estar orientado al público. En tal virtud, se estimó que son medios de comunicación social aquéllos aptos para transmitir, divulgar, difundir o propagar, en forma estable y periódica, textos, sonidos o imágenes destinados al público. Luego del rechazo de tal concepción atendida a su amplitud, en el Informe de la Comisión Mixta consta que se sugirió la complementación de la norma, añadiéndosele una referencia al soporte tecnológico que los medios utilicen para divulgar o difundir comunicaciones, ya que ello era necesario especialmente frente a la aparición y utilización de modernas tecnologías». Disponible en <<http://www.anajnu.cl/sentenciajudicial.htm>>.

el Senador en cuanto a agregar en el articulado definitivo de la norma la independencia de soportes para la trasmisión del contenido multimedia.

En atención a la ambigua interpretación que puede darse a la historia de la ley, se ha propuesto como técnica hermenéutica considerar una interpretación sistemática del artículo en comento con el resto de las disposiciones contenidas en la Ley de Prensa. En este sentido, podemos señalar que existen varias disposiciones que son de difícil o prácticamente imposible aplicación en el contexto de Internet, concebido este medio de comunicación como una red global sin fronteras, esto es, aterritorial. A este respecto, Jijena (2000: 3) nos advierte sobre el desafío jurisdiccional que presentan las comunicaciones en la red, señalando que el «Estado no puede pretender aplicar sus normas jurídicas más allá de los límites territoriales de su jurisdicción»,<sup>47</sup> debiendo estos temas solucionarse jurídicamente mediante tratados internacionales o leyes supranacionales de alcance global y desde un punto de vista técnico con medidas de protección, tales como filtros.

En efecto, si bien los requisitos de domicilio y constitución en el país, así como de no haber sido condenado por delito que merezca pena aflictiva y demás contenidos en los artículos 9 y 10 de la Ley de Prensa, podrían eventualmente predicarse respecto de los ISP que provean el servicio de acceso a Internet, en la medida que cada uno de estos requisitos quepan a una persona jurídica y a las naturales que los administran, parece en extremo difícil aplicar esta normativa al resto de los ISP, esto es, a los proveedores de servicios en Internet de infraestructura, de alojamiento, los operadores de foros de discusión, servidores de grupos de noticias, servidores de chat y buscadores de información, los cuales son generalmente empresas internacionales con una mera presencia virtual en nuestro país.<sup>48</sup>

Por su parte, y tal como hemos señalado anteriormente, no obstante ser su servicio más exitoso, es importante no confundir y por tanto dis-

---

47. El profesor Jijena estima que deben considerarse adicionalmente modalidades de autorregulación, como ha ocurrido en el caso de las reglas de la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN, por su siglas en inglés) respecto de los nombres de dominio.

48. El argumento de la limitante jurisdiccional de Internet enunciado por el profesor Jijena alcanzaría incluso a los proveedores de contenido y usuarios.

tinguir la Internet de la World Wide Web o WWW. En efecto, la World Wide Web es un subconjunto de Internet creado con posterioridad, que consiste en páginas a las que se puede acceder usando un navegador, mientras que Internet es la red de redes donde reside toda la información. Es en virtud de esta diferencia que se ha argumentado que Internet no es un medio de comunicación social, sino que son las páginas donde se publica la información las que revisten este carácter. De esta forma se pretende eliminar la responsabilidad de al menos los ISP que provean infraestructura y acceso o conexión a Internet. Sin embargo, este argumento presenta dudas respecto de la posibilidad de eximir de responsabilidad a los ISP que prestan servicios de operadores de foros de discusión, servidores de grupos de noticias, servidores de chat y buscadores de información.

Algunos autores han señalado que Internet y los sitios a los que puede accederse a través de ella constituyen un medio de comunicación de masas<sup>49</sup> y no un medio de comunicación social de aquellos que se refiere la Constitución y la Ley de Prensa. Ello ya que en Internet es inviable la existencia de un editor o un director en contra de quien dirigirse en la forma que lo concibe la ley, debido a que, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional español en su sentencia 240/92, la responsabilidad civil del director o editor bajo la ley de prensa se funda en que éste actúa en el marco de una organización colectiva, esto es, de una empresa. Es en razón de esta organización que se atiende a la culpa *in eligendo* o *in vigilando* para establecer dicha responsabilidad, ya que es el director o editor quien tiene control y derecho de veto de aquello que se publica en su medio. Contrariamente a lo que pasa en los medios de comunicación social, en Internet dichas facultades serían prácticamente irrealizables desde un punto de vista técnico y económico para los ISP dado el descomunal flujo de información que transita o está fijada en sus redes o dispositivos. Sin perjuicio de ello, si los medios de comunicación social clásicos utilizan este medio digital y virtual para la difusión de

---

49. Esta expresión fue la utilizada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, al pronunciarse sobre la garantía de un debido proceso en la causa rol 140-2010, en el marco de los dichos proferidos por una funcionaria del Cuerpo de Bomberos de Talagante que habría sido separada de las filas de la institución por el contenido insolente de los mismos (véase <<http://derecho-chile.cl/facebook-y-la-garantia-constitucional/>>).

contenido, no cabe duda de la posibilidad de aplicar las normas antes referidas para perseguir su responsabilidad por el contenido publicado en la respectiva página del medio, sea éste propio o de terceros.

En atención a la argumentación antes esbozada, y no obstante lo amplia de la definición de medio de comunicación social contenida en la ley y a la ambigüedad que se nos presenta al estudiar la historia fidedigna de su establecimiento, podemos señalar que no parece prudente considerar a Internet como un medio de comunicación social para hacer efectiva la responsabilidad de los ISP respecto de los contenidos calumniantes, injuriosos o de odio de minorías introducidos por terceros. Lo anterior principalmente ya que el contexto de Internet no permite aplicar a sus operadores ciertos requisitos localistas exigidos por la propia ley, pero particularmente porque la lógica de las disposiciones relativas a la responsabilidad de los directores de medios de comunicación social contenidas en la Ley de Prensa suponen una relación de dependencia, que salvo mediar un contrato laboral, no existirá respecto de los usuarios y proveedores de contenido en Internet.

## **CONCLUSIÓN**

A lo largo de este trabajo hemos intentado dilucidar qué debemos entender jurídicamente por Internet, tanto desde un punto de vista de su naturaleza y características como a la luz de nuestra legislación en materia de telecomunicaciones, para concluir que independientemente de la calificación de Internet como un servicio amparado o no por la Ley General de Telecomunicaciones, en atención a la inexistencia de una definición legal, al carácter técnico de Internet y ante la dificultad de ampararnos en su sentido natural y obvio acorde al uso general de dicha expresión, cuando nos referimos a Internet debemos estar, en conformidad con lo señalado por el artículo 21 del Código Civil, al sentido que a dicha palabra den las personas que profesan la ciencia de las telecomunicaciones, salvo que aparezca que se le haya tomado en un sentido diverso.

Por su parte, y respecto del concepto de ISP, nos hemos dado a la tarea de contrastar las clasificaciones doctrinarias con las reconocidas por nuestra legislación en materia de neutralidad en la red, propiedad intelectual y la normativa técnica emanada del órgano regulador de telecomunicaciones. Lo anterior a efectos de poder, posteriormente, vis-

lumbrar las funciones que a cada tipo de ISP corresponden como intermediarios en Internet, y que redundan en ciertos casos en la normativa a aplicarse.

Al adentrarnos en el tema principal de este trabajo, hemos revisado las distintas doctrinas en relación con la responsabilidad civil extracontractual de los ISP respecto de los contenidos ilícitos o infractores que terceros suben a sus redes o alojan en sus dispositivos, para consecuentemente establecer que, abstrayéndonos del sistema de eximentes de responsabilidad importado desde la legislación americana e incorporado a nuestro ordenamiento jurídico a través del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos y plasmado en nuestra Ley de Propiedad Intelectual, dentro del régimen común de responsabilidad extracontractual contenido el Código Civil, no podría, o al menos resulta en extremo difícil, enmarcar la responsabilidad de los ISP por contenidos ilícitos o infractores de terceros, sino mediando construcciones doctrinarias que importan soluciones exógenas a nuestro ordenamiento civil, que relajan los requisitos necesarios para configurar dicha responsabilidad o bien alteran lo que clásicamente hemos considerado como una relación de subordinación y/o dependencia.

Lo anterior, dado que en materia de responsabilidad por el hecho ajeno nuestro ordenamiento jurídico ha adherido a la doctrina de la culpa *in vigilando*, que supone presumir legalmente la responsabilidad por culpa de quienes asumen el cuidado de otros bajo su subordinación y/o dependencia, no pudiendo estimar que los usuarios de Internet o los proveedores de contenidos, salvo en el caso que hayan sido contratados por los ISP, tengan un vínculo de esta naturaleza respecto de los proveedores de servicios en Internet.

Por su parte, y en materia de responsabilidad por hechos propios, habiendo realizado un análisis de los requisitos necesarios para configurar dicha responsabilidad, hemos podido concluir que, al no haber nuestro legislador establecido un deber de supervigilancia de contenidos por parte de los ISP y, por lo tanto, menos aún un estándar de diligencia para ello, sólo cabría construir una eventual conducta omisiva imputable en base a los usos y costumbres propios de la actividad que los proveedores de servicios de Internet desempeñan. Construcción que parece en extremo difícil o incluso imposible entendiendo, entre otras consideraciones, que conforme a nuestro sistema de responsabilidad subjetiva, la

provisión de medios técnicos o lógicos, a través de los cuales terceros realizan conductas ilícitas o infractoras, no podría considerarse una causa adecuada ni eficiente para producir daño, sino más bien como una mera condición, antecedente o factor concurrente para la producción del resultado.

Finalmente, nos hemos abocado a analizar si Internet puede ser considerada como un medio de comunicación social, para en definitiva señalar que no obstante lo amplia de la definición contenida en la Ley de Prensa y a la ambigüedad que se nos presenta al estudiar la historia fidedigna de su establecimiento, no parece prudente considerar a Internet como un medio de comunicación social para hacer efectiva la responsabilidad de los ISP respecto de los contenidos calumniosos, injuriosos o de odio a minorías introducidos por terceros. Lo anterior, principalmente ya que el contexto de Internet no permite aplicar a sus operadores ciertos requisitos localistas exigidos por la propia ley, pero particularmente porque la lógica de las disposiciones relativas a la responsabilidad de los directores de medios de comunicación social contenidas en la Ley de Prensa suponen una relación de dependencia, que salvo mediar un contrato laboral, no existirá respecto de los usuarios y proveedores de contenido en Internet.

## REFERENCIAS

- ÁLVAREZ, Daniel (2003). «La regulación de Internet en Chile». *Revista Chilena de Derecho Informático*, núm. 3. Disponible en <<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewArticle/10667/11415>>.
- DE LA MAZA, Iñigo (2004). «Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet por infracción de los derechos de autor». *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección Derecho Privado*, núm. 1. Disponible en <[http://www.udp.cl/facultades\\_carreras/derecho/pub\\_derecho\\_privado.asp](http://www.udp.cl/facultades_carreras/derecho/pub_derecho_privado.asp)>.
- FUNDINAGA, Katherine (2006). «Responsabilidad de los proveedores de Servicios Internet». *AR: Revista de Derecho Informático*, núm. 91. Disponible en <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/responsabilidade-de-los-proveedores-de-servicios-internet>>.
- RUIZ, Claudio y LARA, Juan Carlos (2012). «Responsabilidad de los pro-

- veedores de servicios de Internet (ISP) en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Latino América». En Eduardo Bertoni (Compilador), *Hacia una internet libre de censura. Propuestas para América Latina*. Buenos Aires: CELE/UP. Disponible en: <[http://www.palermo.edu/cele/pdf/internet\\_libre\\_de\\_censura\\_libro.pdf](http://www.palermo.edu/cele/pdf/internet_libre_de_censura_libro.pdf)>.
- GARCÍA, Sandra (2000). «La responsabilidad de los proveedores de servicios. Consecuencias de la ausencia del sistema de notificación y retirada en la Directiva Europea de Comercio Electrónico». UAIPIT. Disponible en: <[http://www.uaipit.com/files/publicaciones/oooooooo198I\\_SandraGarciaCabezas.pdf](http://www.uaipit.com/files/publicaciones/oooooooo198I_SandraGarciaCabezas.pdf)>.
- JIJENA, Renato (2000). «Contenidos y censura en Internet. Críticas al proyecto de ley de Chile, de agosto de 1999». En *Actas del 7.º Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática: al inicio de un nuevo milenio*. Lima: Universidad de Lima.
- MATURANA, Cristián (2002). «Responsabilidad de los proveedores de acceso y contenido en Internet». *Revista Chilena de Derecho Informático*, núm. 1. Disponible en <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewFile/10630/10905>>.
- PIÑEIRO, Lorena (2004). «Responsabilidad de los ISP por violación a la propiedad intelectual (Estados Unidos, Europa y Chile)». *Revista Chilena de Derecho Informático*, núm. 5. Disponible en <<http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewFile/10737/11003>>.
- ZUCCHINO, Clara (2008). «La responsabilidad de los ISP por los contenidos generados y transmitidos por sus usuarios». Disponible en <[http://www.u-cursos.cl/derecho/2011/2/D124T07237/35/material\\_docente/objeto/411759](http://www.u-cursos.cl/derecho/2011/2/D124T07237/35/material_docente/objeto/411759)>.

## **SOBRE EL AUTOR**

MATÍAS HERCOVICH MONTALBA es abogado. Licenciado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile y con estudios de posgrado en Telecomunicaciones, Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual en la Universidad de Chile. Actualmente ejerce la profesión en el estudio jurídico Prieto y Cía., en el área de derecho corporativo, particularmente en materias societarias, comerciales, fusiones y adquisiciones, propiedad intelectual y nuevas tecnologías. Trabajó previamente en Sargent

& Krahn/Cariola, Diez, Pérez Cotapos y Cía., en el área de propiedad industrial. Ha publicado el libro *Solicitud, registro y uso lesivo de nombres de dominio (Conflicto entre nombres de dominio, marcas y otros signos distintivos)*.

Este trabajo fue recibido el 9 de noviembre de 2012 y aprobado el 27 de mayo de 2013.