

LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA RED INTERNET

Rodrigo Moya García

Abogado y Candidato a Magister en Derecho de la Universidad de Chile.
Investigador del Centro de Estudios en Derecho Informático

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN.- 2.- LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y SU RELACIÓN CON LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES.- 3.- COMPRESIÓN DEL FENÓMENO INTERNET.- 4.- LA EXISTENCIA DE HIPÓTESIS DE RIESGO. LOS CONTENIDOS ILÍCITOS Y NOCIVOS EN LA RED. 5.- LA REGULACIÓN DE LA RED.- 5.1. ¿Es Necesario Regular la Red?. 5.2. ¿Cómo se puede Regular la Red?. 6.- Conclusiones.-

1.- INTRODUCCIÓN

Vivimos actualmente en la llamada “sociedad de la información”, en la cual las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TICs)¹ juegan un rol fundamental. En este contexto, es la Red Internet el ejemplo más emblemático de su desarrollo. Precisamente, el avance que ha experimentado en los últimos años la ha transformado “en una de las principales piezas de la infraestructura mundial de la información y en un estímulo fundamental de la sociedad actual”². Sin proponérselo, la Red Internet se ha encumbrado como uno de los principales medios de difusión de las comunicaciones.

La Red es una vía a través de la cual se emiten opiniones, se expresan ideas, se informa, se comunica. Internet, gracias a su estructura libre y descentralizada, ha facilitado el ejercicio de la libertad de expresión, pero de otra parte, esta misma apertura ha permitido y fomentado el desarrollo de acciones ilícitas y nocivas para la población, por lo que para algunos se plantea la necesidad de regular y establecer autoridades de control en la materia. En una posición contraria se encuentran quienes señalan que los logros en materia de libertad de expresión consigu-

¹ Se entiende que en general las TICs comprenden todas aquellas herramientas y aplicaciones derivadas de la Informática y de la Telemática.

² Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Bruselas, 16/10/96 COM(96)487.

dos por y gracias a Internet son tantos que no se puede sacrificar esta conquista sólo con la excusa de evitar la comisión de ilícitos en la Red. Se vulneraría así el ejercicio de una garantía fundamental y toda regulación en la materia no sería más que la manifestación de políticas de censura previa. De esta forma, frente al vertiginoso avance que ha experimentado la Red en los últimos años, sumado a su marcado espíritu libertario, se plantea una interesante e inquietante disyuntiva: si por una parte Internet es un medio a través del cual la garantía de la libertad de expresión ha alcanzado su máxima manifestación, surgen por otra parte ciertos abusos en el ejercicio de esta libertad, que plantean, eventualmente, la necesidad de regulación.

De esta forma, en este artículo, primero se analizarán los conceptos fundamentales y se efectuará la delimitación teórica necesaria para la cabal comprensión de la materia. Se abordará inicialmente la Libertad de Expresión, como garantía fundamental, posteriormente se analizará Internet como estructura, como soporte de información, con especial énfasis a las particularidades que la hacen encumbrarse como un medio especialmente capacitado para garantizar el ejercicio de la libertad de expresión, como asimismo las debilidades que permiten que se desarrollen a través de él conductas que puedan ser ilícitas o nocivas.

Se procederá a continuación a identificar cuáles son las acciones calificadas como hipótesis de riesgo en la Red, para así observar qué tipo de conductas son las que en general son merecedoras de reproche por la mayoría de la comunidad nacional e internacional, para finalmente visualizar la forma en que se ha intentado poner atajo a dichas conductas, ya sea a través de mecanismos de regulación o de la implementación de soluciones de carácter técnico, con especial énfasis en la determinación de la eficacia de cada una de las medidas.

2.- LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES.

La libertad de expresión es uno de los derechos humanos que se repite invariablemente en todos los catálogos de derechos humanos y se encuentra reconocida en la mayoría de las constituciones de los países democráticos en la actualidad³. Aun más, se le reconoce como un

³ Al efecto, el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos nos señala que: "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión. Este derecho incluye el de no ser molestado a causa de opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

Debemos tener presente que la libertad de opinión y expresión se encuentra reconocida también en artículo 5 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 10 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, y artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, que en general prescribe:

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

poderoso instrumento para resguardar, por una parte, y ejercitar, por la otra, la forma de gobierno democrático.⁴ De tal trascendencia es la libertad de expresión y el flujo de información que incluso la doctrina la enmarca como una de las principales características de las democracias modernas junto al sufragio universal, el gobierno limitado sujeto al control de la voluntad popular y la economía de libre mercado⁵.

En cuanto a su contenido, podemos entender a la libertad de opinión como el derecho de toda persona a expresar, transmitir, manifestar, o exteriorizar su opinión, parecer, o pensamiento a otro, por cualquier medio y sin coacción. La libertad de información es la difusión de una opinión o información de la que se ha tenido conocimiento. Cobra importancia a través de los medios de comunicación social y es el justo y necesario complemento de la libertad de opinión⁶.

Estas libertades constituyen derechos del ser humano que, por su propia naturaleza, está destinado a vivir en sociedad. Hablar, opinar, expresarse, dar a conocer a otros lo que se piensa, recibir las ideas de otros, son aspectos esenciales del complejo proceso de convivencia y entendimiento colectivos. Es más, la principal trascendencia de esta garantía es que no sólo se manifiesta como una garantía individual, sino que se presenta como un derecho con objetivos superiores, persiguiendo también el bien de la comunidad o bien social, más allá que el bien personal o de un individuo. De este derecho "derivan beneficios para la sociedad misma, aparte de los que alcanzan, asimismo, a los miembros que la componen"⁷.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a censura previa sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a.- el respeto a los derechos y reputación de los demás, o b.- la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

En nuestro ordenamiento jurídico se consagra la libertad de opinión y expresión en el artículo 19 N° 12 de la Constitución en el cual se asegura a todas las personas: "La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que debe ser de quorum calificado". En los incisos siguientes, el precepto constitucional trata diversos tópicos a propósito de la libertad de opinión e información, como el derecho de fundar y mantener medios impresos; la televisión y la radiofusión; la producción cinematográfica; el derecho de respuesta y rectificación; y la prohibición de crear monopolios estatales.

⁴ Medina, Cecilia. "Sistema Jurídico y Derechos Humanos", en Cuadernos de Análisis Jurídico, N° 6, Septiembre de 1996.

⁵ Maturana Miquel, Cristián. Responsabilidad de los Proveedores de Acceso y de Contenido en Internet. Artículo publicado en Revista Chilena de Derecho Informático, N° 1, Universidad de Chile, LOM Ediciones Ltda. 2002.

⁶ Conceptualizaciones extraídas del Informe "Análisis de la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia, en materia de libertades constitucionales, desde el año 1980 hasta el año 2000 y su relación con la contingencia política del país". Publicado en "Jurimetría. Revista Chilena de Informática Jurídica". Universidad de Chile, LOM Ediciones, 2002

⁷ Barroso, Porfirio. López Talavera, María del Mar. "La Libertad de Expresión y sus Limitaciones Constitucionales". Fragua Editorial. 1998.

Habiendo reconocido ya la importancia de la libertad de expresión, como derecho humano, importa preguntarse hasta qué punto el avance tecnológico ha cambiado los presupuestos de su reconocimiento y ejercicio. ¿Ha variado el ejercicio de esta garantía fundamental en el entorno infovirtual?, ¿Es necesario un replanteamiento de este derecho a la luz de los cambios introducidos por la revolución tecnológica?

No podemos desconocer el potencial de las TICs como medio de difusión de comunicaciones. La telefonía fija y móvil, el fax, los computadores e Internet; en general, han facilitado de una forma insospechada las posibilidades de emitir y de acceder a la información. Actualmente, cualquier ciudadano puede participar en la generación de opinión pública e intervenir en procesos de discusión. La sociedad civil tiene la posibilidad de ser, hoy en día, más dialogante, activa y participativa que nunca.

Pero dichos aspectos positivos, la visión de las tecnologías en su rol democratizante y pro-derechos, tienen evidentemente otra arista. En la utilización de las tecnologías también se ha demostrado su enorme capital intrusivo y los efectos perniciosos, y por que no delictivos, que puede generar.

Con el paso del tiempo, Internet se ha convertido en una Red Informática mundial, abierta a cualquier persona, donde prácticamente es imposible controlar las actividades ilegales realizadas a través de ella y desplegar una respuesta ágil a estos problemas. "De la misma forma que Internet, la estructura social más democrática y participativa que existe en la actualidad, posibilita que el derecho a la libertad de expresión se amplíe y se extienda, también permite que se utilice indebidamente para fines ilegítimos o fraudulentos".⁸

En virtud de ello resulta necesario cuestionarse hasta qué punto se requieren regular los contenidos que forman parte de las comunicaciones que navegan por las autopistas de la información, porque si bien los aspectos beneficiosos de la modernización pesan mucho más que sus aspectos negativos, estos últimos no pueden ignorarse.

Sistematizando se puede señalar que este escenario propicio para la libertad de expresión ha permitido, que de alguna u otra forma, existan actualmente en juego distintos bienes jurídicos y por lo tanto es necesario plantearse de qué forma podemos permitir que coexistan en la Red, sin lesionar ninguno de ellos en su esencia.

⁸ Llácer, Pilar. "Internet y Derechos Humanos: La Libertad de Expresión en el Ciberespacio". Artículo publicado en "Derechos Humanos: La Condición Humana en la Sociedad Tecnológica". Editorial Tecnos.

3.- COMPRENSIÓN DEL FENÓMENO INTERNET Y SUS CARACTERÍSTICAS.

Cualquier intento por visualizar el fenómeno de la libertad de expresión en la Red Internet requiere previamente del análisis de sus aspectos técnicos, características y particularidades que la transforman en un medio de difusión de información distinto al resto. Por ello debemos primero saber ¿qué es Internet?

Internet es una Red de Servidores Interconectados entre sí y que se comunican a través de un protocolo común (TCP/IP). Por lo tanto, esta Red Internet no es más que un conjunto de información que se encuentra distribuida en servidores conectados a través de proveedores de servicios. No podemos decir entonces que tenga una estructura física determinada, un organismo que la controle, ni una sede en que se localice. Simplemente es una "telaraña mundial de información" que resulta de la interconexión de muchos servidores con capacidad de acceso y transmisión.

Esta Red presta diferentes servicios⁹, y es a través de ellos que se ha encumbrado como uno de los principales medios de expresión, y, como tal, en una real y efectiva manifestación de la libertad de información y de opinión.

¿Quiénes participan en este mundo infovirtual? Otro de los aspectos básicos para tener en cuenta es determinar quiénes son los actores o personas que intervienen en la Red, que conforman de alguna u otra manera la comunidad Internet, lo que será relevante a la hora de establecer los sujetos que deberán responder por los actos desplegados en este "escenario Internet".¹⁰

- *Proveedores de Servicios de Internet:* sujetos involucrados en el funcionamiento de Internet, que se distinguen a su vez en proveedores de acceso, que permiten la conexión a la Red; proveedores de enlace, que proporcionan los mecanismos de transmisión y proveedores de Hosting, que proporcionan un espacio en el disco duro para almacenar información.
- *Titulares de Registros de Dominio:* Los Registros de Dominio son signos representativos de los distintos sitios de Internet. En principio su titular debería ser responsable por los contenidos en él expresados, pero debe previamente distinguirse si se

⁹ World Wide Web (WWW), la transferencia de archivos (FTP), el correo electrónico (e-mail), las listas de distribución (mailing lists), los grupos de noticias (newsgroups), entre otros.

¹⁰ Se siguió en esta parte la calificación que efectúa Donoso Abarca, Lorena. "Contenidos nocivos e ilícitos a la luz de los principios jurídicos, éticos y técnicos que inspiran la Red Internet." Separata Centro de Estudios en Derecho Informático, Santiago de Chile, Septiembre 2000.

trata de una persona natural o jurídica, y si se trata de la publicación de contenidos propios o de terceros. Por esto es muy importante no confundir al Titular de un registro de dominio con un proveedor de contenidos.

- *Proveedores de Contenidos:* 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. Se podría decir que son los publicadores de Internet y los encargados de generar por tanto la llamada "Información Internet" (todo documento, tomado en su concepción amplia, cualquiera sea su forma de representación, estructura y alcance).

Finalmente, no podemos desconocer que entre los actores de la Red también debemos señalar a los usuarios, entendiéndolos como los sujetos que le dan vida y dinamismo a la Red, y que a su vez se transforman en emisores y receptores de información; y a las autoridades u organismos públicos, si aceptamos que deben cumplir una misión como ente de control.

Pero lo que realmente interesa en esta parte es establecer cuáles son las particularidades que tiene la Red y que la hacen tan especial, distinguiéndola de los tradicionales medios de difusión de comunicaciones. Recurriré para ello a la caracterización que los propios usuarios han hecho de la misma. Y que mejor que la señalada en la Declaración de Principios de GILC (Global Internet Liberty Campaign),¹¹ en la cual se señala que Internet es:

- *Global:* Internet proporciona un acceso inmediato a información procedente de cualquier parte del mundo. Con el sencillo correo electrónico es tan fácil enviar un mensaje a otro continente como enviarlo a nuestro compañero de trabajo sentado al lado nuestro. A través de la Red puedo acceder a información, bienes o servicios que ofrece un sitio web cuyo servidor se encuentra alojado en Chile o en Finlandia. Es decir, a través del flujo internacional de información se han disminuido las barreras fronterizas, idiomáticas y culturales que distanciaban a las naciones, facilitando de esta manera, el proceso de globalización.
- *Descentralizada:* Internet no tiene dueño, ni representante legal, ni gerente. Fue diseñada para ser un sistema descentralizado, para trabajar sin ningún tipo de restricciones ni ataduras. Es la misma composición de Internet, constituida simple-

¹¹ La Campaña Internacional para mantener la libertad de expresión en Internet es un grupo de organizaciones de derechos humanos y libertades civiles que tiene como objetivo principal impedir la censura de la comunicación por redes. La declaración data de septiembre de 1998. [en línea] <<http://www.arnel.es/free/info/regard-index.html>>[consulta: 09.12.02]

mente por un conjunto de servidores conectados, la que transforma a esta "telaraña mundial de la información" en un objeto libre de estructuras jerárquicas de vigilancia y control.¹²

- *Abierta:* Internet tiene escasas barreras de acceso. Los costos de creación y difusión de información son extremadamente bajos. Cualquier persona, con un computador y un modem puede ser un "editor de contenidos Internet".¹³
- *Grande:* La digitalización de la información y la capacidad de transmitirla por la red telefónica, hacen que Internet tenga una capacidad ilimitada de almacenamiento de Información.
- *Interactiva:* Internet está diseñada para implementar comunicaciones bidireccionales. Todos los usuarios de internet pueden ser emisores y receptores de información. Internet permite comunicaciones de uno a uno, de uno a muchos y de muchos a muchos. De esta forma, se ha modificado la manera tradicional de circulación de la información, principalmente referido a que el sujeto que la recibe ha dejado de ser pasivo, pasando a tener mayor grado de participación.
- *Controlada por el Usuario:* Internet permite a los usuarios elegir mucho más que incluso la televisión por cable o la radio. El usuario es libre para escoger los contenidos a los que quiere tener acceso y aquellos que quiere incorporar a la Red.
- *Independiente de la Infraestructura:* Internet no está ligado a ninguna infraestructura, aparte del sistema telefónico, fijo o móviles, antenas y satélites, por tanto lejos de un control gubernamental efectivo.

¹² Importa destacar que sólo se refiere a la inexistencia de un ente superior que dirija los destinos o gobierno a la Red, porque sí existen algunas organizaciones relacionadas con la promoción, desarrollo y gestión de Internet, por ejemplo: a) ISOC (*Internet Society*), cuya misión principal es mantener y extender el desarrollo y disponibilidad de Internet y sus tecnologías y aplicaciones asociadas, manteniendo ciertos estándares necesarios para la interconexión; b) IRTF (*Internet Engineering Task Force*) también preocupada de organizar los nuevos estándares y tecnologías que surgen en torno a Internet; y, c) ICAAN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) que es la organización encargada de gestionar los nombres de dominio de Internet.

¹³ Los esfuerzos destinados a lograr el ansiado acceso universal han permitido reducir la llamada "brecha digital", logrando una disminución en los costos y una democratización en el acceso a la información, provocado de esta forma la necesaria masificación de Internet. Esto ha permitido que el número de usuarios sea cada vez mayor, encumbrándose como uno de los principales medios de difusión de información y comunicaciones. De hecho, su índice de crecimiento no tiene precedentes en la historia de las tecnologías de las comunicaciones. La estimación de usuarios de Internet en países desarrollados alcanza prácticamente a la mitad de su población, por ejemplo en Estados Unidos aumento del 27, 2% de usuarios en 1999 a un 50% en 2001. De la misma manera, Chile, aumento de un 4,6 % a un 20% en el mismo margen de años. Según información entregada por la Subsecretaría de Telecomunicaciones de Chile [en línea] <<http://www.subtel.cl>> [consulta: 11.11.02]. Boletín de Indicadores Internacionales N°2 de Julio de 2002.

Son precisamente estas las características que han fomentado la masificación en el uso de Internet, tanto para la entrega de información, como su uso para comercializar bienes y servicios. Pero son esas mismas potencialidades las que permiten, de otra parte, que se desarrollen ciertas conductas calificadas de riesgosas, muchas veces ilegítimas o fraudulentas. Pasemos entonces revista de cuáles son los elementos de la Red Internet que permiten el desarrollo de hipótesis de riesgo:

- a) *El acceso ilimitado e indiscriminado a la información publicada*: El hecho de que los oferentes en la Red se muestran como similares, determina que exista gran dificultad para poder discernir en la calidad del servicio que se presta. De otra parte, al existir tanta información hace que discriminar en los contenidos sea una tarea bastante extenuante. La llamada "democracia participativa de la Red" que por una parte ha sido manifestación del espíritu libertario, determina que por otra parte sea cada vez más la información "basura", errónea, inexacta, e incluso ilegítima o ilícita.¹⁴
- b) *La Concepción Social de Internet*: Las principales virtudes de la Red, como la velocidad en la transmisión de los datos y la uniformidad en la superficie, ha provocado una impresión equivocada en los usuarios, en cuanto a la veracidad, confiabilidad y autenticidad de la información,¹⁵ sumado a la baja conciencia de antijuridicidad que tienen ciertas acciones o conductas que se despliegan por Internet.
- c) *Virtual Anonimato de la Red*: El anonimato, que la propia infraestructura de la Red permite, determina que en la utilización de los servicios que presta, se pueda suplantar o mentir respecto de las características del usuario, lo cual lógicamente puede tener implicancias jurídicas. Actuar en el más absoluto anonimato es uno de los factores que en mayor medida ha promovido la difusión de contenidos ilícitos o nocivos, por la consabida dificultad de determinar quienes son los sujetos que proveen de contenidos y la imposibilidad de perseguir su responsabilidad en caso de que los mismos sean antijurídicos y merezcan un reproche y sanción civil o penal.
- d) *Carácter Transfronterizo de Internet*: La potencialidad que posee la informática y la telemática de rebasar los límites de las fronteras nacionales a su vez plantea problemáticas de carácter jurídico. La voz, texto e imagen que viaja por Internet puede tener como origen y destino cualquier parte del mundo. Así, se plantea uno de los principales conflictos en materia de responsabilidad por acciones antijurídicas: la determinación de la jurisdicción aplicable, la eficacia de los mecanismos de control y la efectiva aplicación de las sanciones.
- e) *La Seguridad de la Red*: Que Internet sea una red abierta conlleva también dificultades. La posibilidad que la información que viaja por la Red pueda ser intercepta-

da, y asimismo conocida o alterada, plantea un problema de seguridad de las comunicaciones y por tanto resta confiabilidad al uso de este medio, surgiendo la necesidad de encontrar soluciones tanto técnicas como jurídicas.

- f) *Convergencia de medios*: Los servicios prestados en Internet son multimedia, es decir, pueden ofrecer texto, gráficos, sonido, animaciones o vídeo, por lo que, de entrada, presenta una yuxtaposición de formas de expresión, lo cual, en sí mismo, manifiesta complejidad para determinar de una parte, cómo convergen los distintos medios y de otra, si las normativas que regulan otros medios de comunicación social son o no aplicables a este nuevo soporte llamado Internet o establecer que existe un vacío que es necesario llenar.

4.- LA EXISTENCIA DE HIPÓTESIS DE RIESGO.

Los Contenidos Ilícitos y Nocivos en la Red.

Las mismas condiciones que vimos como eventuales potencialidades se configuran también como medios especialmente capacitados para que se desarrollen hipótesis de riesgo en la Red Internet. Pero para no tener una visión apocalíptica de la materia y observar el fenómeno Internet con criterios de objetividad, es necesario también reconocer que actualmente se cometen abusos en la Red como en cualquier otro medio o vía de difusión de carácter instrumental. En el entorno digital no existen otras manifestaciones antijurídicas que en la vida diaria. Lo que es ilícito en el mundo real lo será también el mundo infovirtual. La diferencia está en la facilidad que presta este medio para que la información que se considera ilícita o ilegítima navegue por las autopistas de la información y llegue a las personas.

Lo que viaja o interactúa a través de Internet, ya sean textos, gráficos, sonidos, animaciones o vídeo, no son más que ideas, opiniones, o información, y como tal su contenido, en sí mismo, puede tener implicancias jurídicas. Cualquiera de estas herramientas puede ser utilizada como medio de difusión de información considerada ilegal o prohibida por la legislación de algún país. Por tanto, es necesario reconocer que actualmente se cometen abusos en la red. Pero también que en ella no existen otras manifestaciones antijurídicas que fuera del mundo infovirtual. "Nada humano es hoy extraño a Internet. La Red no es más que un mundo dentro de otro. En la Red, por tanto, convive todo lo bueno y lo malo que la capacidad humana puede imaginar y comunicar. Navegar por las autopistas de la información es tan arriesgado para nuestra salud moral y mental como vivir".¹⁶

¹⁴ Donoso Abarca, Lorena. Op. Cit.

¹⁵ Donoso Abarca, Lorena. Op. Cit.

¹⁶ Expresiones extraídas de artículo de Internet llamado "La Libertad de Expresión en la Red". [en línea] <<http://personales.mundivia.es/estruc/manina.08htm> > [consulta: 17.01.03]

Reconozcamos entonces que existen conductas, como en todo entorno, que son ética y jurídicamente cuestionables. ¿Cuáles son? La determinación de ellas no es sencilla, principalmente si tomamos en cuenta el carácter transfronterizo de la Red. Calificar una conducta de ilícita es, por lo general, una tarea encomendada a cada Estado de Derecho, según sus propios conceptos, categorías y bienes jurídicos que pretenda tutelar. Pero podemos de todas formas señalar que existen ciertos criterios comunes que permiten generar “acuerdos” en la determinación de los mismos. En general, el debate internacional en la materia, ha logrado agruparlas de la siguiente manera:

- Aquellas que incitan al odio: (“hate page”) que propugnan el desprecio de alguna raza, cultura o grupo determinado
- Aquellas que hace apología de ideologías extremas. Ya sean políticas o religiosas
- Aquellas que desprecian la dignidad humana: como la pornografía, la información difamante, etc.

Como se puede observar, se trata de conductas que en algunos casos pueden ser objeto de reproche moral, y en otros de reproche jurídico. Esto ha determinado que la doctrina califique a las hipótesis de riesgo como *Contenidos Ilícitos* y *Contenidos Nocivos*. Aquellos que sean constitutivos de delito o conductas antijurídicas, que merezcan en forma genérica una respuesta civil o penal, los primeros, y aquellos que de alguna forma sean dañinos para determinadas personas en base a sus valores éticos, religiosos, políticos y que no son merecedores de sanción civil o penal, los segundos.¹⁷

De esta forma, podemos decir que los contenidos ilícitos son contenidos que han sido limitados en cuanto a su utilización y distribución, como serían la protección de los derechos de las personas, la protección de la creación intelectual y el interés público en general. En cambio, los contenidos nocivos, son aquellos que puedan constituir una ofensa a los valores o sentimientos de otras personas, como son las opiniones políticas, las creencias religiosas y las opiniones sobre origen racial.

Respecto de los últimos, dependerá de las particularidades socio culturales de cada comunidad el calificar una determinada conducta en la Red como contenido nocivo, y de ahí su dificultad para perseguirlos, ya que lo que es atentatorio contra la moral en una sociedad conservadora como la nuestra, no lo es en una sociedad como la holandesa. O más aún, las diferencias en la calificación moral entre occidente y oriente, entre el mundo católico o el musulmán, entre países ricos y pobres son completamente distintas.

¹⁷ Marín Peidro, Lucía. “Los Contenidos Ilícitos y Nocivos en Internet”. Fundación Rerevisión. Madrid, España. 2000.

Estos grupos de contenidos, los ilícitos y los nocivos, plantean cuestionamientos propios y exigen respuestas jurídicas y tecnológicas también distintas. No es conveniente dejarse llevar por impulsos “moralistas” y mezclar unos con otros. Lógicamente el acceso a la pornografía por adultos y el acceso de los adultos a pornografía infantil no son lo mismo. No merecen por tanto sanciones similares.

La mayoría de los contenidos de Internet tienen fines absolutamente legítimos. Sin embargo, como todo medio de comunicación, transmitirá también una cierta cantidad de contenidos potencialmente nocivos o ilícitos. La Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones (Bruselas, 16/10/96 COM(96)487), antes citada, intenta sistematizar los contenidos ilícitos aún más, señalando cuáles serían los bienes jurídicos protegidos y eventualmente vulnerados por ellos:

- La seguridad nacional (instrucciones sobre preparación de bombas, producción de drogas ilegales y actividades terroristas)
- La protección de los menores (formas abusivas de comercialización, violencia, pornografía)
- La protección de la dignidad humana (incitación al odio o a la discriminación raciales)
- La seguridad económica (fraude, instrucciones para el pirateo de tarjetas de crédito)
- La seguridad de la información (intrusismo informático delictivo)
- La protección de la intimidad (transmisión no autorizada de datos personales, acoso electrónico)
- La protección de la reputación (difamación, publicidad ilegítima)
- La propiedad intelectual (distribución no autorizada de obras registradas como propiedad intelectual, como programas informáticos o música).

Son estos contenidos, los ilícitos y los nocivos, los que plantean la disyuntiva de buscar las formas correctas de contenerlos. Lógicamente si lo analizamos desde la perspectiva de la libertad de expresión, su legítimo ejercicio no guarda relación con los contenidos ilícitos, por cierto; sin embargo, la dificultad para discernir entre unos y otros y la imposibilidad de establecer mecanismos de regulación eficientes, nos plantea ante el conflicto de que la mayoría de las iniciativas para luchar en contra de estas hipótesis reales de riesgo (conductas efectivamente ilícitas y delictivas) terminan siendo atentatorias de la libertad de expresión.

5.- LA REGULACIÓN DE LA RED INTERNET.

5.1. ¿Es Necesario Regular la Red?

Habiendo ya reconocido la existencia de hipótesis de riesgo, es necesario cuestionarse si el Derecho, con todo su aparato normativo, debe intervenir en este nuevo escenario.

Importa recalcar que el Derecho no existe ni es imaginable al margen de su historia. Los conceptos y categorías de la Ciencia y Teoría del Derecho actual surgieron en la modernidad, en el marco del proceso de la codificación, precisamente como respuesta jurídica a dicho contexto histórico¹⁸. Actualmente las circunstancias han variado profundamente y parte de dicha modificación ha sido por la llamada revolución tecnológica. Es por esto mismo, que las implicancias económicas, sociales, culturales y políticas son tan profundas y evidentes que el Derecho no puede desentenderse de su reglamentación. La Informática y la Telemática inciden en distintos aspectos de la vida humana, y si entendemos que una de las funciones del Derecho es organizar la vida en sociedad, necesariamente se debe buscar la forma de responder adecuadamente a las problemáticas surgidas por la intromisión de las tecnologías de la información y las comunicaciones, y en particular, de Internet.

Es necesario, en forma preliminar, determinar que el “regular” debe entenderse desde una visión omnicompreensiva. No necesariamente como el producto de una regla impuesta por el Estado, de carácter heterónoma, sino más bien como toda aquella imposición que tenga por objeto ajustar determinadas acciones y modo de vivir a ciertos parámetros. Entendemos entonces por regular también a la autorregulación, como aquellas normas de conductas que se dan los propios miembros de una colectividad determinada según sus propios códigos deontológicos. Hecha esta apreciación, es lógico entonces pensar que regular es necesario. Estamos frente a una nueva realidad, el Derecho no puede mantenerse al margen de ella. Lo importante estará, por tanto, no en la decisión de regular, sino en el determinar cómo hacerlo. Si se trata de una materia que debiera ser objeto de reglamentación gubernamental, o si deben ser los actores de la Red quienes deben establecer sus propios mecanismos de control, o por último si deben ser los receptores de la información quienes deben ser los legítimamente llamados a determinar qué información quieren expresar y qué información quieren recibir.

En esta materia, son muchos los que amparados en criterios de libertad reniegan de cualquier intento de regulación. El sólo hecho de plantear la discusión genera anticuerpos en los que ven en ella una manifestación, siempre, de censura. Pero lo importante es dar una nueva óptica. Verlo desde la otra cara de la moneda. El punto ya no es regular o no la Red. De hecho, suscribo la opinión de quienes señalan que Internet no se encuentra en un vacío jurídico, sino

más bien se trata de un espacio sobrerregulado, en que cada nación tiene, según sus propios principios de estado de derecho, un marco jurídico ya determinado¹⁹. Por lo tanto, no corresponde dramatizar en el cuestionamiento de la necesidad de regular. Más bien corresponde encaminar los esfuerzos para que dicha regulación, cualquiera sea, resulte eficaz y legítima. Por lo tanto los esfuerzos deben ir encaminados más bien a la uniformidad de las regulaciones y buscar las instancias y escenarios de cooperación internacional. Regular la Red no es cuestionable, es necesario. El punto es por quién y cómo. En esta parte comparto la opinión de Jorge Villates, quien señala que “cuando las libertades no están protegidas por la ley y cuando los conflictos entre acciones libres de los individuos no están regulados por el derecho, son las libertades de los más fuertes las que salen ganando invariablemente”.²⁰ Por esto la discusión respecto de la necesidad de regular la Red Internet, es hoy en día, más oportuna que nunca.

5.2. ¿Cómo se puede Regular la Red?. Breve Visualización en el Concierto Nacional e Internacional.

El tema de la regulación, en general, cruza los planteamientos ideológicos y los postulados respecto del rol que le cabe al Estado en materia de normar las distintas realidades sociales. Es un choque entre los más libertarios y los más conservadores. Discusión que también tiene su arista en la red Internet, como objeto de regulación.

¿Qué posturas existen en el concierto internacional respecto del tema de la regulación de la Red? Muy someramente pasaremos revista de ellas.

En general, se podría decir que se trata de posturas diametralmente opuestas. Los regímenes conservadores y más totalitarios son absolutamente proclives a una regulación pormenorizada en la materia, dando por tanto clara preeminencia al derecho al honor y a la privacidad por sobre la libertad de información o expresión. Son, a su vez, partidarios de la censura directa respecto de contenidos que consideran atentatorios a sus fines políticos.²¹

¹⁹ Muy ilustrativas resultan en esta parte las conclusiones a las que se arribó en la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones -Bruselas, 16/10/96 COM(96)487- que señaló, ya en 1996, que las actividades desarrolladas a través de Internet estaban cubiertas por el marco jurídico de la época, y que en virtud de ello, Internet no se encontraba en un vacío jurídico, ya que las partes interesadas estaban sujetas a las respectivas legislaciones nacionales.

²⁰ Villates, Javier. “Libertad de expresión en la Red. Retos y Amenazas”. [en línea] <<http://cibersociedad.rediris.es/villate/libertad.html>> [consulta: 19.11.02].

²¹ Por ejemplo: Afganistán, en donde se hace extensiva la prohibición de utilizar Internet a todos los habitantes del Estado; Corea del Norte, donde no existen servidores ni posibilidad para conexión a la Red (pero sí se utiliza con fin de propaganda); República Popular China, en donde el gobierno determina previamente la información a la que pueden acceder los internautas; Rusia, en donde el Ministerio de Comunicaciones tiene el derecho a intervenir por sobre los proveedores; Cuba, en donde su propio presidente ha señalado que Internet “es un instrumento de manipulación del capitalismo”, y debe usarse por tanto sin violar los principios que inspiran la revolución; Arabia Saudita, que posee un sistema de filtrado de direcciones y contenidos manejado desde el propio gobierno, y muchos otros.

¹⁸ Perez-Luño, Antonio Enrique. “Manual de Informática y Derecho”. Ariel Derecho. 1996.

En una postura más ecléctica se encuentran los países calificados como “tolerantes”, los cuales sí están dispuestos a regular, pero sólo en ciertas y determinadas circunstancias muy calificadas (en general se da el ejemplo de la pornografía infantil); y por último están los países con tendencias igualitarias y con marcado acento libertario (países escandinavos, por ejemplo), quienes son contrarios a las posturas regulatorias con un sentido restrictivo o de censura.²²

Para encontrar otros ejemplos de regulaciones atentatorias de la libertad de expresión, no es necesario buscar en otras latitudes, porque ya en nuestro país existió un intento por normar en la materia, a través de una moción parlamentaria (Boletín 2395-19 sobre “Regulación de Internet”, actualmente archivado) que de alguna u otra forma buscaba imponer ciertas limitaciones que podrían calificarse de censura, como el pretender que contenidos o noticias que navegaran por la Red y que fueran contrarios a la moral, al orden público o las buenas costumbres sean sancionadas con multas civiles²³. Esta moción es uno de los mejores ejemplos de lo que no se debe hacer por parte de nuestros legisladores. En el marco de reglamentaciones segmentadas y poco eficaces, dicho Boletín podría ser el broche de oro para demostrar lo ineficiente que puede llegar a ser un intento apresurado e improvisado de regulación. Fue tan absurdo el proyecto y tan mal planteadas sus prescripciones que prácticamente no contenía una frase que fuera sensata en su contenido y útil en los fines perseguidos. El desarrollo de la Red Internet plantea nuevos e interesantes desafíos y pretender que su regulación es un tema menor significa desconocer una de las grandes disyuntivas que nos depara el futuro. Por ello, resulta inaceptable que frente a un mal intento por evitar algunos de los problemas que se presentan en la Red terminemos sometiéndonos a una reglamentación violatoria de la libertad de expresión, censuradora en sus planteamientos y absolutamente ineficaz en cuanto a los objetivos planteados²⁴.

²² No sólo debemos pensar que son los países totalitarios los que pretenden, a través de la regulación, coartar la libertad de expresión. Tenemos por ejemplo el caso de Estados Unidos, en donde se conoce uno de los intentos más claros de establecer censura en el ciberespacio, a través de la Ley de Decencia de las Comunicaciones (CDA), que finalmente fue derogada, ya que un Tribunal de Primera Instancia declaró inconstitucionales las disposiciones principales de dicha ley, en aplicación del principio de libertad de expresión de la primera enmienda de la constitución estadounidense. Se consideró que aún cuando fuera legítimo proteger a los menores, para un proveedor de servicios es imposible determinar si un usuario es menor.

²³ Moción presentada por los diputados señores Velasco, Villouta, Krauss, Jarpa, Nuñez, Cornejo, Vilches, Olivares, Ceroni y Reyes. Fecha de Ingreso: Martes 7 de Septiembre, 1999.

²⁴ Para poder visualizar cómo los intentos de regulación en forma desinformada y apresurada pueden constituir atentados al ejercicio de la libertad de expresión o transformarse finalmente en letra muerta conviene pasar revista muy someramente de los artículos de la moción que merecen mayores reparos y comentarios:

Artículo Primero.- El que difunda o propale a través de los sistemas, redes y procedimientos de Internet, o de otros servicios de igual naturaleza, informaciones, contenidos o noticias contrarias a la moral, al orden público, o las buenas costumbres será sancionado con una multa de 15 Unidades Tributarias Mensuales.

Igual sanción se aplicará a quienes usen dolosamente tales servicios y redes con el propósito de incitar al odio y la discriminación contra grupos de personas en razón de su raza, nacionalidad, sexo o religión; y a las que utilicen esos servicios o redes para difundir pornografía o efectuar una apología de la violencia.

Ahora bien, los mecanismos para ejercer control en la Red y los grados a través de los cuales puede intervenir el Derecho en la reglamentación de Internet son muchos y disímiles, tanto en sus formas como en los fines perseguidos. Puede darse el caso que un país determine que este nuevo escenario no requiere de nuevas soluciones legales, y por tanto, se apliquen las leyes y principios generales ya existentes en su ordenamiento jurídico; o puede también llevarse a cabo un proceso de adecuación de cuerpos normativos frente a las necesidades que surjan; o finalmente, atacar el tema en forma directa y dictar leyes específicas sobre Internet, determinando de esta forma su naturaleza y el régimen jurídico aplicable.

Pero el control sobre Internet también se puede efectuar en forma indirecta, regulando a los actores que participan en la generación de los contenidos de la web, estableciendo licencias, controles y requisitos tanto a proveedores como usuarios para poder conectarse a los diversos usos y a determinados contenidos que ofrece Internet, como sería el uso obligatorio de herramientas de filtrado, clasificación o etiquetado de la información²⁵.

Respecto de las conductas reprochables: Si bien en su inciso segundo pareciera estar bien encaminado en determinar los llamados contenidos ilícitos en Internet, cualquier esfuerzo de sistematización se ve irremediablemente destruido con la categorización del inciso primero. ¿Qué informaciones podríamos catalogar de contrarias a la moral, el orden público o las buenas costumbres?. Es absolutamente inadecuado que el proyecto se sirva de conceptos jurídicos indeterminados, que ya sabemos cuantas dificultades generan en su interpretación, para intentar identificar conductas que sean dañosas y merecedoras de una sanción, en este caso civil. Más certero hubiese sido simplemente servirse del concepto de contenidos ilícitos, respecto de los cuales ya existe cierto consenso en su identificación.

Respecto de la sanción: La sanción es una. Para todas las personas y para todas las conductas: 15 unidades tributarias mensuales. ¿No parece insólito que habiendo reconocido ya la importancia de regular la red Internet en forma previa se determine que siempre será la misma sanción independiente de lo dañosa de la acción?. ¿No habrán acaso ciertas conductas que merezcan de un reproche mayor?

Artículo segundo.- Será competente para conocer y fallar las causas a que diere lugar la aplicación de la norma anterior, el juez de policía local correspondiente, el que aplicará el procedimiento a que se someten las causas bajo su jurisdicción.

Para el análisis de este artículo sólo bastan dos palabras: Letra Muerta. No es concebible que en su redacción no se hubieren planteados temas de tanta relevancia como el anonimato en la red y la dificultad de determinar al proveedor de contenidos, o los problemas de jurisdicción que genera el hecho que los mensajes pueden ser “subidos” a la Red en Tailandia, visualizados en todo el planeta, y que sean merecedores de reproche sólo en Chile. Entonces, ¿a qué se refiere con “el juez de policía local correspondiente”? ¿Presentaré mi demanda en el Juzgado de Policía local de Tailandia?

De otra parte, con la competencia radicada en los Juzgados de Policía local se hace ya patente que todos los ilícitos o delitos, independiente de su magnitud, daño que hubiere causado o personas que hubieren intervenido, serían para nuestro legislador, de antemano, conductas que merecerían sanciones de la misma naturaleza y menores.

²⁵ En este sentido, también existe en nuestro país un proyecto de ley en la materia –Boletín 3004-19-, el cual se encuentra en su segundo trámite constitucional, y que establece las responsabilidades y obligaciones de los prestadores de servicios de transmisión o servidores de acceso a la red de comunicaciones. Lo hace siguiendo la posición adoptada por los artículos 12 a 14 de la Directiva de la Unión Europea sobre Comercio Electrónico.

De los mencionados, es importante diferenciar los distintos mecanismos, ya que en algunos casos se trata de establecer criterios para limitar los contenidos ilícitos o nocivos que se desarrollan en la Red, pero que en otros no es más que la imposición de medidas encubiertas de censura y, como tal, una clara manifestación de actos atentatorios contra el ejercicio de la libertad de expresión.

Las posturas más vanguardistas estiman que si bien regular y normar en la materia no es la solución, porque atenta contra el sentido mismo de la expresión libertaria de la Red, sí se hace necesario de alguna u otra forma identificar cuáles son las acciones ilícitas o nocivas que se desarrollan a través de Internet es decir, las hipótesis de riesgo, y establecer los soportes para poder contenerlas. En este sentido, las opciones que se plantean como más efectivas son:

- a) **La Autorregulación:** Se presenta, en contraposición al control gubernamental, como el establecimiento de pautas o criterios de conductas autoimpuestas por un grupo de personas que desarrollan la misma actividad o poseen los mismos intereses.

Así, se plantea que al estimular la implementación de códigos de conducta adecuados se podría aspirar a la creación de un "entorno virtual" más seguro. Requiere en todo caso, que estos códigos sean amparados y respetados por el ordenamiento jurídico respectivo y que exista una coordinación de todos los órganos de autorregulación.

Sin embargo la autorregulación también puede ser peligrosa. Para algunos ella supone que serán finalmente los poderosos o las leyes del mercado quienes impongan sus propios códigos de conducta.

- b) **Aplicación Voluntaria de Sistemas de Filtrado y Clasificación:** Se constituyen como la solución tecnológica para hacer frente a los contenidos ilícitos y nocivos. En términos sencillos, son medios técnicos que en la práctica, limiten o impidan el acceso sólo a determinados contenidos mas no a otros. Existen tres tipos esenciales de programas filtro: los de *lista negra*, que bloquean el acceso a determinados emplazamientos; los de *lista blanca*, que permiten el acceso a determinados sitios WEB autorizados expresamente y bloquean los restantes; y los de *etiqueta neutra*, que asignan una etiqueta o valoración a los sitios y permiten que el usuario final decida su uso, clasifique o seleccione los contenidos y bloquee los que desee (son los filtros PICS -Plataform for Internet Content Selection- o Plataformas para la Selección de Contenidos en Internet). Por lo tanto, tienen como principal fundamento impedir el acceso a determinados contenidos o proteger a determinados grupos (por ejemplo, los menores de edad).

Estos sistemas tampoco han estado exentos de críticas, principalmente por ser ineficaces. Los sistemas de etiquetado, por la imposibilidad que significa catalogar todo el flujo de información existente en Internet; y los Sistemas de Filtro, por no responder a un criterio selectivo, eliminando el acceso a áreas completas de informa-

ción que no guardan relación con el contenido que se quiere bloquear²⁶ y por ser, en general, manifestación de políticas inquisitoriales según parámetros y valoraciones efectuadas por los creadores de los respectivos software de filtrado (en su mayoría, empresas de Estados Unidos) lo que finalmente se traduciría en la imposición de códigos éticos ajenos al usuario del sistema. Sin embargo, no pasarían de ser errores que el propio usuario debería asumir con plena libertad, respetando así la libre circulación de la información y las opciones personales.

- c) **Creación de Líneas Directas:** Frente a la inexistencia de canales de denuncia efectivos, en algunos países se ha optado por crear esta instancia destinada a recibir las denuncias del público sobre contenidos ilícitos. La denuncia se estudia y a continuación se transmite al organismo apropiado.

Conviene citar, como una de las mejores experiencias en materia de lucha contra contenidos ilícitos y nocivos, la iniciada por la Unión Europea, cuyo plan de acción contempla una serie de medidas calificadas de "no reguladoras" con el objetivo de incitar a los interesados a implantar mecanismos de autorregulación, estimular la aplicación de soluciones técnicas y promover la coordinación en toda Europa. El plan contiene tres líneas de actuación principales: a) creación de un entorno más seguro, b) elaboración de sistemas de filtrado y clasificación y c) fomento de las actividades de sensibilización²⁷.

Lógicamente, hay que tener en cuenta que en último término será la sensibilización que se genere en la comunidad la que facilitará el éxito de medidas de esta naturaleza. Pero lo importante es recalcar que en la opción de determinar quiénes son los legítimamente llamados a escoger la información que se quiere emitir y elegir los contenidos a que se quiere tener acceso, lo correcto es que sean los propios usuarios del sistema.

6.- CONCLUSIONES

Para comprender los efectos del cambio tecnológico es necesario situarse fuera de la dogmática jurídica tradicional. De la misma forma que lo señala Antonio Enrique Pérez-Luño,²⁸ para una correcta comprensión de las problemáticas planteadas por las TICs se exigen cate-

²⁶ Hay muchos ejemplos que evidencian lo absurdo del funcionamiento del sistema. Entre ellos los clásicos son: vetar el ingreso a páginas de astronomía por aparecer en ellas la palabra "ojo desnudo", o impedir el acceso a un sitio web que entrega información sobre el cáncer mamario, por incluir la palabra "pechos".

²⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, que presenta un seguimiento al plan plurianual de acción comunitaria para propiciar una mayor seguridad en la utilización de Internet mediante la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos en las redes mundiales. Bruselas, 22.03.2002 COM(2002)152 final.

²⁸ Pérez-Luño, Antonio Enrique. Op. Cit.

rías conceptuales y metodologías aptas para captar su alcance y significación. En virtud de ello, toda visualización del desenvolvimiento de un derecho en el entorno digital, y en este caso Internet, debe necesariamente adaptarse a ciertos criterios básicos y caracteres propios del estudio de la informática y las telecomunicaciones.

La Sociedad de la Información se caracteriza por los constantes cambios e innovaciones tecnológicas. Los avances del mundo moderno hacen que en un corto tiempo las tecnologías calificadas de "nuevas" queden obsoletas y sean reemplazadas. En este sentido, Internet, como plataforma de comunicaciones, ha sufrido transformaciones y a medida que ha pasado el tiempo se ha transformado en una Red más grande, con mayor velocidad operativa y más masiva. Asimismo, en un futuro cercano llegará más lejos, más rápido y a mayor cantidad de gente información a la que antes no tenían acceso. Por lo tanto, no es la solución intentar frenar este proceso, sino más bien ver la forma de generar los espacios de participación legítimos y controlar el desarrollo de los efectos perniciosos.

Asumiendo este presupuesto, lo primero es reconocer que Internet es un medio, y como tal no podemos emitir juicios de valor o calificarlo en abstracto, sin observar sus funcionalidades y resultados. Las tecnologías son axiológicamente neutras. No son en sí mismas ni buenas ni malas, sino que su funcionalidad dependerá de la utilización que se haga de ellas por parte de los usuarios. Pueden facilitarnos la vida, como pueden complicarla. Asimismo, pueden ser especialmente capaces para el desarrollo y desenvolvimiento de ciertas garantías, como también pueden en algún momento ser potencialmente destructivas o atentatorias de derechos fundamentales. Desconocer estos aspectos son los que generan las "ansias reguladoras" de muchos, quienes, frente a la imposibilidad de comprender un fenómeno determinado, recurren a la solución que tienen más a mano: regular y sancionar.

De todos los derechos que los ciudadanos de cualquier país deben tener asegurados y protegidos en Internet, el derecho a la libre expresión es uno de los fundamentales. Si dicha libertad no estuviera garantizada en el ciberespacio, significaría que su vulneración sería frecuente y peligrosa. Resultaría impresentable utilizar cualquier mecanismo preventivo de control respecto de los contenidos que navegan por las autopistas de la información. En este sentido, debemos aplicar al ejercicio de la libertad de expresión en la Red el principio fundamental existente en nuestro derecho y en la mayoría de las sociedades democráticas de hoy, el control ex-post. En virtud de ello es forzoso concluir que existe la posibilidad de decir lo que cada uno quiera decir, de opinar y expresar lo que se quiera manifestar, pero siempre en el entendido de asumir las consecuencias que de ello se derivan. Lo mismo ocurrirá en el entorno virtual. Si en el ejercicio de la libertad de expresión se injuria, calumnia, difama, se expresan informaciones falsas; si en general se viola el derecho a la intimidad, se deberán afrontar las consecuencias que el sistema jurídico depare para ello.

El avance experimentado por Internet plantea la inquietud de buscar formas de desarrollo que conjuguen el ejercicio sin restricciones de la libertad de expresión y el respeto irrestricto de otros derechos que puedan verse eventualmente colisionados. Por lo tanto, es necesario reconocer, de un parte, las potencialidades que tiene Internet como medio para concretizar la libertad de expresión; y de otra, que existen contenidos ilícitos y nocivos en la Red y es necesario de alguna u otra forma limitarlos. Ahora bien, la dificultad no está en la calificación de lo que resulta ilícito, sino que el verdadero desafío se plantea en la esfera de la determinación de las responsabilidades y efectiva aplicación de las sanciones. Por esto, el tema necesariamente pasa por la forma en que se asume el proceso de regulación de Internet y la determinación de las responsabilidades de los actores que intervienen en dicha plataforma.

El problema es que la arquitectura de Internet se presenta, por sus características propias, como una estructura especialmente difícil de normar, lo que se ha manifestado en la falta de una regulación armónica en la materia. Es la naturaleza de Internet la que no está aún determinada, y en ausencia de dicha categorización, la determinación de los regímenes, categorías y conceptos jurídicos aplicables resulta muy compleja. De otra parte, en un escenario en que reina la convergencia de medios, urge determinar si las normativas que regulan los medios de comunicación social son o no aplicables a esta nueva plataforma llamada Internet. En esta parte forzoso es concluir que Internet no es un medio de comunicación social ni puede llegar a serlo. La comunicación bidireccional en que se desarrolla, su descentralización y apertura impiden que podamos calificarlo como tal. Por lo tanto, mal podría estar sometido a las formalidades, condiciones, restricciones y sanciones a que están sujetos la radio, prensa o televisión.

Pero independiente de cual sea el sistema escogido para regular Internet y luchar contra los contenidos ilícitos y nocivos, cabe preguntarse por qué los diversos intentos de regulación han fracasado. Creo que se debe básicamente a que los distintos mecanismos ideados no recogían, por una parte, la costumbre del ciberespacio y, por otra, las diferencias que este mundo infovirtual presenta respecto del mundo real. Resultaron ser, por tanto, atentatorias de derechos y garantías fundamentales o absolutamente inútiles.

Pareciera entonces que enfrentar la lucha contra los contenidos ilícitos a través de normativa o reglamentación heterónoma y el control gubernamental no fuera la opción correcta. Se transforman finalmente en mecanismos atentatorios a la libertad de expresión, o absolutamente ineficaces. ¿Cuál es la solución entonces?

- a) Primero, se deben respetar las pautas, usos y costumbres de los miembros de la comunidad Internet, por lo tanto son los actores de la Red los primeros en ser llamados a determinar sus propios códigos de conductas, a través del proceso de autorregulación.

- b) Debemos reconocer que existen actualmente las capacidades técnicas para hacer frente a los contenidos ilícitos y nocivos en Internet a través de los llamados Sistemas de Filtros, los que, aplicados en forma voluntaria, permiten que sea el propio usuario el que determine a cuál información se quiere tener acceso y que contenidos quiere integrar a la Red. Reconociendo que tiene falencias (como discriminar en ciertos contenidos que no son en sí mismos ilícitos o nocivos), al menos es un sistema que permitirá el control de los contenidos por los mismos usuarios y respeta el ejercicio de la libertad de expresión.
- c) Si reconocemos que la problemática no está en la determinación de las conductas cuestionables si no que en la aplicación de una sanción oportuna y efectiva, se deben crear los mecanismos de reclamación que sean eficaces, es decir, los canales de denuncia de contenidos ilícitos (como son por ejemplo las Hotline o la creación de un organismo de control en la materia)
- d) En el entendido que el carácter transfronterizo de la Red es una de sus principales particularidades, se deben crear los mecanismos de cooperación internacional que sean eficaces para perseguir el cumplimiento de las responsabilidades derivadas de la comisión de ilícitos en Internet. En este sentido, la lucha contra los contenidos ilícitos y nocivos debe ser un esfuerzo conjunto de la comunidad internacional, con seriedad y sentido práctico, teniendo siempre en cuenta que no se debe lesionar una conquista tan importante para la humanidad como lo ha sido la libertad de expresión.