

**PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD  
DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INFORMACIÓN**

---

Por: Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba

“*Principles of Liability of Internet Service Providers*”, en International Law Office, agosto de 2006 (versión español).

La versión publicada en inglés se la puede encontrar en el sitio Web de International Law Office: <http://www.internationallawoffice.com>.

---

El tema de la responsabilidad de los proveedores de servicios de información, dentro de los cuales se encuentran los ISP (*Internet Service Providers* o Proveedores de Servicios de Internet) es un problema complicado que a menudo debe resolverse bajo la ley y jurisdicción de diversos países. Por lo tanto, es menester analizarlo bajo las leyes del Derecho internacional público y privado, de las cuales se hace un *abstract* en el presente artículo.

Frecuentemente se enmarca el tema de la responsabilidad de los ISP únicamente en la relacionada con la publicación de contenidos obscenos o racistas. Creemos que debe superarse esa visión diminuta de la responsabilidad informativa, que es la responsabilidad dentro de la cual queda subsumida la responsabilidad de los proveedores de servicios.

Analizaremos el tema de la siguiente forma:

- (i) Encuadramiento del tema.
- (ii) Principios sustantivos de la responsabilidad informativa
- (iii) Principios adjetivos de la responsabilidad informativa
- (iv) Propuesta

A continuación, abordamos estos puntos en su orden:

**1. Encuadramiento del tema**

## 1.1. Tipos de responsabilidad

Como se ha puesto de manifiesto en otra parte de este documento, la responsabilidad de los ISP (*Internet Service Providers* o Proveedores de Servicios de Internet) es de variada índole. Una clásica división distingue la responsabilidad contractual, de la que no trataremos en este acápite, de la extracontractual, que se fundamenta en los principios del derecho y en la ley. Dentro de la responsabilidad informativa no contractual, encontramos los siguientes tipos:

Según el sujeto transgredido, tenemos:

- (i) La responsabilidad nacida por inobservar los derechos personales registrados (v. gr. patentes y marcas, en aquellos lugares donde la ley exige su registro, por dar dos ejemplos);
- (ii) La responsabilidad proveniente de la inobservancia de los derechos personales que se protegen sin necesidad de registro (v. gr. derechos de autor, y generalmente los nombres comerciales, entre otros);
- (iii) La responsabilidad relacionada con los derechos personalísimos (v. gr. derecho al buen nombre, a la honra, a la imagen, a la intimidad); y,
- (iv) La responsabilidad ocasionada por la trasgresión de los derechos de las colectividades (v. gr. la incitación a delinquir, a alzarse en armas).

Según el tipo de norma transgredida, la responsabilidad informativa pueden ser:

- (v) Responsabilidad penal (v. gr. por la comisión de delitos de injuria calumniosa, no calumniosa);
- (vi) Responsabilidad civil (v. gr. la generada por daños a los derechos personales o personalísimos);
- (vii) Responsabilidad derivada de la normativa del consumidor y del Derecho de la competencia (v. gr. propaganda falsa, actos de engaño, actos de confusión);
- (viii) Responsabilidad proveniente del Derecho de los menores (v. gr. pornografía infantil); y,
- (ix) Otras responsabilidades (v. gr. la generada por inobservar el derecho a la intimidad familiar o la inviolabilidad de la correspondencia).

## 1.2. Normativa actual

En general, todos los Estados cuentan con una normativa jurídica penal, civil y administrativa, más o menos extensa, más o menos desarrollada, que regula esta amplia gama de responsabilidades informativas para el interior del país.

Las disposiciones jurídicas del Derecho comparado interno que versan sobre la responsabilidad informativa suelen coincidir en condenar las cuestiones fundamentales, difiriendo únicamente en asuntos muy puntuales. Por ejemplo, en

todos lados se reprueban las injurias calumniosas, los actos de engaño, de confusión, la pornografía infantil, etc., aunque no siempre se prohíba la propaganda nazi, ni la antisemita.

En lo que sí se percibe una gran variación es en la forma de castigar, sancionar o responsabilizar la trasgresión a esas prohibiciones. Las multas, los años de prisión, los montos de las indemnizaciones, etc., el tipo de acción penal, civil o administrativa, difieren sustancialmente en unos y otros Estados.

Como se ve, a nivel nacional, los legisladores del mundo han dispuesto no pocas reglas de responsabilidad informativa. Sin embargo, a nivel internacional son escasos los convenios o pactos que tratan del tema, aunque existen honrosas excepciones como la Directiva 2000–31–CE que versa sobre la Sociedad de la Información.

Con el advenimiento de la era informática, no pocos han procurado evitar que toda la regulación existente a nivel interno de los países pase a regular la vida en la Web. Para estos grupos de presión el ciberespacio debería ser un lugar distinto al mundo real, donde no existieran leyes ni, en definitiva, Derecho. Luego, tendríamos que atenernos a las reglas que ellos nos imponen: primero, que no existan reglas, pero además que nadie viole su correspondencia, que nadie envíe *spam*, que nadie... una contradicción.

Nosotros concebimos al ciberespacio como parte, y parte importante, del mundo del hombre contemporáneo, que como sujeto del Derecho tiene derechos y también obligaciones. Estas responsabilidades a las que está sujeta toda persona, deberán ser reguladas conforme a los principios del Derecho.

## **2. Principios sustantivos de la responsabilidad informativa**

### **2.1. Principio de libertad informativa**

El principio rector de la responsabilidad es la libertad. Sin libertad se anula la voluntad, y sin voluntad nadie puede ser responsable de sus actos. Pero, a su vez, no se puede concebir la libertad sin la responsabilidad, pues el libre debe responder de sus actos frente a los demás.

El derecho fundamental a la información, consagrado en diversos pactos internacionales y constituciones políticas, comprende las facultades de investigar, difundir y recibir la información.<sup>1</sup> Presupuesto de estas facultades, es la no ingerencia

---

<sup>1</sup> Cfr. Declaración Universal de los Derechos del Hombre, artículo 19; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 19; Convención Americana sobre Derechos Humanos, *Pacto de San José de Costa Rica*, artículo 13.

La doctrina y las declaraciones de derechos humanos han fijado tres facultades esenciales que contiene el derecho a la información: investigar, recibir y difundir, las que pueden ser ejercidas de forma positiva o negativa. Cfr. Ignacio BEL MALLÉN, Loreto CORREIDORA Y ALFONSO y Pilar COUSIDO, *Derecho de la Información*, COLEX, Navarra, 1992, t. I. pp. 111 y ss. y ESCOBAR DE LA SERNA, *Manual de Derecho de la Información*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 53 a 63.

de las autoridades para evitar la libre circulación de los mensajes. Por ello, en la generalidad de los casos no cabe una censura previa, una responsabilidad *ex ante* de la difusión de la información.

El artículo 4 de la Directiva 31–2000–CE, denominado «*principio de no autorización previa*», es un corolario de este principio.

## 2.2. Principio de responsabilidad *ex post*

Del principio anterior no se deriva el pretendido principio de irresponsabilidad o impunidad de los medios de comunicación. Como complemento del principio de la no responsabilidad *ex ante*, está el principio de responsabilidad *ex post*, responsabilidad que se torna exigible únicamente después de la difusión de los contenidos. No se puede responsabilizar de injurias calumniosas a quien no ha dicho una palabra, aunque haya pensado muy protervos insultos, pero sí a quien ha imputado a un tercero un delito que no cometió.

Por eso, hasta en Estados Unidos de América, donde la libertad informativa ha alcanzado sus extremos, se acepta, por ejemplo, que los contenidos nocivos para la niñez no pueden difundirse, sino únicamente en un determinado *place, time and manner* (lugar, tiempo y circunstancias). Con todo, la responsabilidad es siempre *ex post*.

En algún caso de excepción –que por ser tal debe ser interpretada restrictivamente–, se podrá prohibir la difusión de ciertos contenidos (como los que violan derechos de autor, donde generalmente cabe el secuestro antes de la venta de ejemplares reproducidos sin autorización), o incluso vedar la misma creación de cierta información (v. gr. la filmación de niños ejecutando actos sexuales<sup>2</sup>).

## 2.3. Principio del controlador responsable

En general, en el campo informativo la determinación del responsable tiene una cierta complejidad. La primera idea clave para dilucidar la cuestión, es la de reconocer que *debe haber al menos un responsable*. Él acto de informar presupone la libertad y la voluntad del informante y, consecuentemente, su responsabilidad.

¿Pero quién es el responsable? En la teoría general del Derecho son responsables de un delito todos los que participaron en él (autores, cómplices y encubridores). Las grandes empresas de la comunicación, entre las que se encuentran los ISP, suelen

---

<sup>2</sup> Sobre la pornografía infantil, y la degradación de su dignidad, existe abundante normativa internacional. Como muestra, véanse: Convención sobre la utilización de niños en la pornografía; Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 34; Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil, artículo 3; Convenio de la Protección de víctimas en conflictos armados (Protocolo I), artículos 75 a 77; Convenio de la Protección de víctimas en conflictos armados (Protocolo II), artículo 4; Protocolo modificador del Convenio para la represión de la circulación de tráfico de publicaciones obscenas; y, Protocolo modificador del Convenio para la represión de la circulación de tráfico de publicaciones obscenas.

requerir para su funcionamiento la participación de numeroso personal: fotógrafos, periodistas, vendedores, editores, mecánicos, etc. Todos ellos participan, de alguna forma, con la información que se publica o difunde, pero no a todos ellos es justo responsabilizar de, por ejemplo, una injuria que aparece en primera plana. Por esto, entre otras razones, en el derecho de la información suelen ponerse cortapisas, persiguiendo principalmente –y a veces únicamente– a los sujetos responsables más directamente relacionadas con la infracción o el daño.

Antiguamente sí se consideraban responsables a los autores, cómplices y encubridores que hubieran intervenido en la publicación de un escrito injurioso. Así, eran responsables de un pasquín político quienes lo escribieron (autores), el editor, el dueño de la imprenta, el dueño del mural donde se pegó, el que lo repartía... y todos los que hubieran colaborado. Quizá podría haberse justificado éste régimen de responsabilidad argumentando que en el pasado un periódico era producido, escrito y vendido por la misma persona, o en asocio de pocas más, pero esto hoy resulta caduco.

Actualmente las dimensiones de las empresas de comunicación –entre las que se encuentran *in genere* los ISP– son tales, que intentar aplicar el antiguo sistema, no solo sería injusto, sino imposible: ¿cómo atribuir, por ejemplo, una injuria emitida en un programa de televisión, a todos los trabajadores del medio? Aunque efectivamente el camarógrafo haya filmado el delito, el editor no haya cortado la escena, el director del medio no haya vetado el programa, el proveedor no haya evitado su transmisión en la red, etc. y todos hayan participado en él, hoy se ha visto más conveniente concentrar la responsabilidad principalmente en una cabeza.

Históricamente se han dado numerosos sistemas de responsabilidad informativa, como el de responsabilidad por sustitución<sup>3</sup>, el de gerente responsable<sup>4</sup>, el de redactor responsable<sup>5</sup>, siendo el más difundido dentro de la prensa escrita el creado por el derecho belga hace dos siglos y conocido como «*responsabilidad en cascada*», donde sólo puede culparse a una persona (ni la complicidad ni el encubrimiento tienen cabida), y se presume a alguien culpable –al dueño, al editor, al periodista, etc.– mientras éste no demuestre que otro es culpable de una forma *más directa*<sup>6</sup>: así el

---

<sup>3</sup> El sistema de responsabilidad por sustitución presume responsable al editor cuando se desconoce al autor. Cfr. la Ley Mexicana de 1917 sobre la materia.

<sup>4</sup> El sistema de gerente responsable ha sido aplicado en Francia, Italia y Líbano, donde obligatoriamente cada periódico debía designar una persona que tomaba el nombre de «*gerente*» y que era responsable, no obstante el autor del artículo delictuoso ser considerado «*cómplice*». El impresor aquí no incurre en ninguna responsabilidad penal y no está obligado a denunciar al culpable, por considerar que en caso contrario se haría en la práctica una censura contraria a la libertad de prensa.

<sup>5</sup> Propio de países como Noruega donde el redactor posee efectivamente toda autoridad y control sobre el medio. En países como Egipto, Bulgaria, Rumania y Polonia los redactores son responsables en la medida en que su responsabilidad sea efectiva.

<sup>6</sup> El sistema belga de «*responsabilidad en cascada*» nació con una falencia: en vez de decir que son responsables los autores a menos que se los desconozca (anonimato), inversamente dispone que se siga el proceso contra los directores, editores o dueños de los medios de comunicación mientras ellos no informen cuál el autor o responsable “del escrito”. Este error fue corregido por legislaciones que le sucedieron, como es el caso yugoslavo

propietario del medio deriva su responsabilidad denunciando al editor, y el editor acusando al periodista.

En cuanto a la responsabilidad de los ISP, una de las primeras corrientes que aparecieron asimiló su responsabilidad con la de los editores, por cuanto ambos proporcionaban el soporte material que permitía a los autores de la información su divulgación.<sup>7</sup> De esta forma no había solución de continuidad en Austria, Alemania, Francia, Reino Unido y España, donde el propietario del medio de comunicación era civilmente responsable por las injurias transmitidas en su medio, de forma solidaria con el injuriante.

Pronto se dejó sentir la tendencia contraria que consideraba a los ISP como meros distribuidores o bibliotecas. Entre otras cosas se observó: a) que la tecnología actual no permite lograr un control efectivo del enorme volumen de información que los usuarios introducen en un servidor; b) que un control efectivo de la información solo podría ejercerse incurriendo en costos absolutamente desproporcionados a los que actualmente manejan los ISP; y, c) que si bien a los editores de prensa naturalmente les corresponde, por razones propias de su oficio, revisar los artículos que se van a publicar –ejercen sobre la información un verdadero control sobre la información *que conocen*–, esa no era una función que le correspondía a los ISP en la generalidad de los casos.

Por estas razones, entre otras, en la Directiva 31–2000–CE<sup>8</sup> se prohibió a los Estados miembros imponer a los proveedores de servicios obligaciones *generales* de supervigilancia de los contenidos que circulan a través de ellos. La nueva normativa no cambia el estatuto jurídico de los medios tradicionales de comunicación, como la prensa –que bien puede tratarse de prensa electrónica–, ni el del editor, que por su natural oficio, conoce, selecciona y publica los artículos que escoge: aún hoy el editor tiene, de forma *particular*, el deber connatural a su oficio de supervigilar.

La prohibición del artículo 15.1. de la Directiva 31–2000–CE no obsta que los Estados requieran de los ISP la adquisición de tecnología para el filtrado de la información que legalmente no pueda circular. Este proceso automático, sin *conocimiento efectivo* del contenido, que no garantiza resultados, no es propiamente una supervigilancia *in stricto sensu*. Correspondería, entonces, a los ISP más una obligación de medio, que de resultado.

---

(cfr. Ley de Prensa Yugoslava, artículo 24, citada por Fernand TERROU, en su libro *El Derecho de la Información*, UNESCO, París, 1952, p. 278) y el español (cfr. CP español, artículo 15).

<sup>7</sup> Este criterio ha sido el mantenido por la Sala 14 de la Corte de Apelaciones de París, en su fallo de febrero de 1999, donde responsabilizó a Valentín LACAMBRE por haber hospedado en su servidor la página <http://www.altem.org> con contenido atentatorio de la privacidad de una conocida modelo francesa.

<sup>8</sup> El artículo 15.1. de la Directiva 31–2000–CE expresa que «*los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14.*»

El principio de controlador responsable se refiere al control efectivo de la información. Ciertamente todos los ISP tienen una capacidad técnica de controlar la información que a través de ellos circulan. Si ellos no prestan el servicio, la información no circula; técnicamente ellos pueden supervigilar los contenidos transmitidos, evitar su transmisión, etc. Si un ISP efectivamente hiciera uso de esa capacidad, es decir, controlara la información (determinando quiénes serán los destinatarios, cambiando sustancialmente lo informado, originando la información, etc.), entonces se haría responsable.<sup>9</sup>

Los artículos 12, 13 y 14 de la Directiva 31-2000-CE son aplicaciones concretas de este principio, que recomendamos seguir. Estas disposiciones eximen de responsabilidad a los prestadores de servicios intermediarios, en tanto y cuanto ellos no controlen de algún modo la información. Así, el prestador de servicios que no haya sido originado la información, ni haya seleccionado destinatario, puede transmitir una información recibida sin responsabilidad, siempre que no modifique los datos recibidos (artículo 12). Tampoco se responsabiliza al prestador que almacena información provisional y temporalmente, con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior, siempre que no modifique la información, en los términos del artículo 13. De igual manera, quien almacena datos de terceros, no es responsable mientras no tenga «*conocimiento efectivo*» de que la información es ilícita (artículo 14). Éste último caso presenta matices que merecen analizarse con más detenimiento.

Ciertos prestadores de servicios tienen por oficio alojar datos de terceros de forma automática, sin revisar los contenidos. Ellos tienen una capacidad técnica de controlar los datos, pero su oficio no es revisar los contenidos, y, consecuentemente, no suelen ejercer un control efectivo sobre ellos. Si tuvieran un «*conocimiento efectivo*» – conocimiento superior a la mera recepción automática de datos para ser alojados– de que la información que alojan es ilícita, entonces nacerían en ellos dos obligaciones: a) la de informar a las autoridades correspondientes del ilícito; y, b) la de retirar los datos o hacer que su acceso sea imposible. Estas obligaciones se entienden por el grado de involucramiento del proveedor de servicios en la actividad ilícita: si no la denuncia, se vuelve un encubridor; si no retira la información, se convierte en cómplice de la infracción, pues sin su participación ésta no se hubiera podido perpetrar. La conjugación de capacidad de controlar la información y conocimiento efectivo del ilícito, determina el nacimiento de la obligación concreta de controlar el contenido.

## 2.4. Principio de autenticidad

Así como en el lenguaje coloquial una persona auténtica es aquella que muestra por fuera quien es por dentro, y se presenta ante todos siempre tal cual es, sin ocultar sus

---

<sup>9</sup> El tratamiento automático que los ISP dan a ciertos mensajes, como el filtrado de mensajes con palabras obscenas que hace el administrador de un foro con un software especial, propiamente no debe considerarse como control efectivo de un mensaje de datos específico. Se trata de reglas generales que pone el ISP, que cuando se salen del ámbito común, de las reglas acostumbradas, deben ser expresamente informadas con anterioridad al usuario para enervar cualquier tipo de responsabilidad del ISP.

defectos ni aparentar sus virtudes, sin disfraces, ni tapujos, ni caretas<sup>10</sup>, de igual forma se exige esa misma autenticidad tanto a los ISP, como a los mensajes que se transmiten a través de ellos.

La autenticidad subjetiva es aplicable a los sujetos, e implica presentarse tal cual se es. Los ISP tienen una obligación de presentarse, de identificarse ante su interlocutor. Concreción de este principio es lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 31–2000–CE, que especifica cuál es la información mínima del ISP que debe estar accesible a los destinatarios, de forma directa y permanente.

La autenticidad de contenido es aplicable a los mensajes de datos. Un mensaje auténtico es aquel que se muestra elaborado por alguien, para un fin específico, en una fecha y bajo unas circunstancias determinadas, y efectivamente lo es. Tiene grandes aplicaciones este principio en lo relacionado con la propaganda comercial, que debe presentarse como tal; con el correo comercial no solicitado, que debe mostrar quién es el verdadero remitente; con la transmisión de la información ideológica, donde el emisor debe confesar sus convicciones, entre otras numerosas aplicaciones. Tratan del tema tanto el Derecho internacional, como los ordenamientos jurídicos nacionales y los códigos de conducta.<sup>11</sup>

## **2.5. Principio del fomento de la autorregulación**

Lograr que la información que circule en la red, y en todo medio, sea libre, objetiva, veraz, honesta, que promueva la salud psico–somática, la ecología, los valores, la moral y todo lo digno para el hombre, es un tema de trascendental importancia que el legislador debe fomentar, pero no puede imponer. Hay un límite donde el brazo del legislador no puede estirarse más, donde sus facultades cesan y todo intento de rebasarlo constituiría un abuso que lo desgastaría: a partir de ahí solo queda, entonces, que el sujeto profesional se autoimponga las normas que regirán su actuar.

La técnica jurídica ha visto conveniente, por ello, el establecimiento de códigos de conductas en las asociaciones y colegios profesionales.<sup>12</sup> El Estado puede imponer la suscripción de un código de esta naturaleza, pero no puede imponer cuál será su contenido (a lo mucho dispondrá los tópicos de los cuales debe tratar). Si impone un contenido, entonces está legislando.

## **3. Principios adjetivos de la responsabilidad informativa**

### **3.1. Principio de soberanía estatal**

---

<sup>10</sup> El Diccionario de la Lengua Española, *op. cit.* (nota 33), define lo auténtico como «*I. Adj. Acreditado de cierto y positivo por los caracteres, requisitos o circunstancias que en ello concurren. || 2. coloq. Honrado, fiel a sus orígenes y convicciones. Es un tío muy auténtico. (...)*».

<sup>11</sup> V. gr. artículos 6 y 7 de la Directiva 31–2000–CE, que tratan sobre las comunicaciones comerciales, la información exigida en ellas y el correo no solicitado.

<sup>12</sup> En este sentido, cfr. Directiva 31–2000–CE, artículo 8.

La dimensión de la Internet, la difusión global de los contenidos a través de ella, y los serios inconvenientes técnicos, jurídicos y económicos que se presentan para determinar la responsabilidad de los informantes, accionar contra ellos y sancionarlos, ha hecho que muchos países, sobre todo los que aún están en vías de desarrollo, tiren la toalla, resignando su soberanía estatal en este campo.

Ante este dramático hecho debe afirmarse, hoy con mayor rotundidad, que los Estados no han perdido su soberanía para regular, prohibir y sancionar la propaganda falsa, los actos engañosos en contra del consumidor, la publicidad comparativa no comprobable, el uso no autorizado de marcas y derechos de autor, la pornografía infantil, los ataques a la intimidad individual y familiar... Hoy, como siempre y más que nunca, debe consagrarse el principio de soberanía sobre la información que circula dentro de cada Estado, y esto con independencia del origen o procedencia de la información. No porque una injuria provenga de la China, deja de ser injuria, y deja de lesionar un bien jurídico protegido por el Derecho penal.

### **3.2. Principio de responsabilidad Estatal**

La razón de ser y la misión del Estado, como lo declaran numerosas constituciones, es la de garantizar, proteger velar por el respeto de los derechos fundamentales del hombre. De hecho, desde la Constitución Política de los Estados Unidos de América de 1776, las cartas fundamentales suelen contener una declaración de derechos del hombre, que constituye su parte dogmática.

Entre esos derechos fundamentales generalmente consta, de forma más o menos desarrollada, el derecho a la información, al libre acceso, a fundar medios de comunicación, a obtener una justicia expedita, a la no impunidad de los delitos, entre muchos otros derechos, de los cuales el Estado es su custodio y responsable.

Esta responsabilidad del Estado puede reclamarse por diferentes vías, o bien al funcionario o autoridad que por su actuación negligente causó la lesión de los derechos fundamentales, o bien puede exigirse directamente al Estado, acudiendo incluso a cortes internacionales como la de Costa Rica.

### **3.3. Determinación de la ley aplicable (la ley que fija los límites de la responsabilidad)**

Frecuentemente el *iter* del mensaje cruza por varios sujetos y Estados. Una información puede producirse en el país A, llegar al país B, donde un ISP multiplica sus destinatarios y el mensaje termina difundiendo en los países C, D y E, donde el mensaje se cuelga en una página Web, a la cual es posible acceder desde cualquier parte del mundo. Surgen, de esta manera, varias cuestiones a dilucidar: a) ¿cuál es la ley aplicable, que delimita la responsabilidad de los sujetos que intervinieron en el hecho comunicacional?; y, b) ¿cuál es el país competente para conocer de este hecho?

Contestaremos a la primera pregunta en este acápite, y a la segunda en el siguiente.

Para dilucidar cuál es la ley aplicable deberemos estar, ante todo, a las normas de Derecho internacional privado. Atendiendo a los elementos de conexión y a la materia, puede resultar que a un mismo mensaje se le apliquen normas de diversos países.

Grosso modo, pueden existir los siguientes elementos de conexión y materias:

- a) El consumidor abroga fuero y ley aplicable, lo que quiere decir que es su derecho demandar en su país, y bajo las leyes de su país. Únicamente habría que identificar la existencia del elemento de conexión, esto es, que el demandante sea efectivamente consumidor –potencial o actual–, para que proceda el proceso y se haga valer su ley.

Consecuentemente, la responsabilidad de los prestadores de servicios sobre las ofertas y servicios ofrecidos en un país determinado, se delimita por el ordenamiento jurídico de ese país. Si las ofertas y los servicios llegan a varios países, entonces el mensaje se atará a las leyes de cada uno de esos países.

- b) También abrogan fuero y ley aplicable los países que han regulado materias concernientes al orden público: salud, ecología, cuestiones de libre competencia, derecho de menores, y demás materias que afectan a las colectividades. Estas obligaciones suelen regirse bajo la ley y el juez del lugar donde se produjo el ilícito.

Así, en cuestión de delitos y cuasidelitos civiles, es claro que las obligaciones *originadas por delitos o faltas se sujetan al mismo derecho que el delito o falta de que procedan* (Código Sánchez de Bustamante, artículo 167)<sup>13</sup>. Por excepción, hay ciertos delitos que se juzgan por la *lex fori*.

Por ello, aplica a la propaganda que perturba la libre competencia, a la difusión de contenidos no aptos para menores sin previo aviso, a las medicinas sin las contraindicaciones exigidas, a la falta de anuncio de los perjuicios en las cajetillas de cigarrillos, etc. *la ley del lugar donde se transgredió la norma*. Para que ello suceda, la información debe haber llegado al lugar (elemento de conexión necesario).

A los proveedores de servicios frecuentemente les es posible conocer dónde han llegando sus servicios, identificando el origen de las comunicaciones. Existe jurisprudencia internacional que ha determinado cuál es la ley de fondo, atendiendo a un análisis del público receptor del boletín electrónico que contenía el ilícito.

---

<sup>13</sup> En similar sentido, los Tratados de Montevideo prefieren la ley del lugar del hecho que origina toda obligación no contractual, y, por lo tanto, también para las que nacen de delito o cuasidelito.

- c) En cuanto a las obligaciones específicas exigidas por la ley (v. gr. la obligación de un certificador de registrarse en una entidad Estatal, de poner cierta información a disposición del público, etc.) estas *se rigen por el derecho que las haya establecido*.<sup>14</sup>

En general, para todo lo relacionado con esas obligaciones, habrá que estar a la ley que regula la relación jurídica principal.<sup>15</sup>

- d) En cuestiones penales (como la pornografía infantil, la difusión de contenidos racistas, la incitación a delinquir, conductas tipificadas como delito penal en varios países, no en todos) rige como regla general el principio de territorialidad<sup>16</sup> y es norma aceptada que ningún Estado *aplicará en su territorio las leyes penales de los demás*.<sup>17</sup>

Respecto a los delitos cometidos en varios Estados, el Código Sánchez de Bustamante concedía a cada Estado la jurisdicción para juzgar el acto punible. Los Tratados de Montevideo, por el contrario, admiten una especie de prevención de competencia, en la que el Estado que primero inicia los trámites para reprimir el delito es el encargado de juzgarlo. Estos Tratados también conceden la jurisdicción al Estado en el que se ha cometido el delito más grave, cuando se trata de delitos conexos.

- e) En lo relativo a los derechos de propiedad intelectual que deben ser registrados para su exigibilidad (v. gr. patentes, marcas, etc.), estos se rigen, en principio, bajo *el derecho local que los otorgue*.<sup>18</sup> No obstante, existen numerosas normas nacionales e internacionales que conceden una protección adicional a estos derechos.

Los derechos de autor, que ampliamente se reconocen desde la creación de la obra, se protegen según la ley del lugar donde se exija su cumplimiento. Por ello depende de esa ley el tiempo de protección de tales derechos, las acciones legales posibles, las medidas cautelares, etc.

- f) Mayor es el marco de protección del derecho a una competencia leal, que el de los derechos que deben ser registrados. La competencia leal, fundamentada en el principio universal del derecho de la buena fe, se torna exigible en cualquier lugar del mundo, en multitud materias (marcas registradas o no, secreto, etc.), aunque no en todo país se encuentran acciones eficaces para hacer valer este derecho.

---

<sup>14</sup> Cfr. Código Sánchez de Bustamante y Tratado de Montevideo de 1940, artículo 165.

<sup>15</sup> La doctrina acepta ampliamente la solución propuesta por el Tratado de Montevideo: la ley que rige la institución principal, rige también lo accesorio.

<sup>16</sup> Cfr. Código Sánchez de Bustamante, Tratado de Montevideo de 1889 y de 1940. Los Tratados y la doctrina admite ampliamente varias excepciones al principio de territorialidad: las relativas a los jefes de estado, a sus familias, a los diplomáticos y a los miembros de las fuerzas armadas. En estos casos, aplica la ley personal del implicado.

<sup>17</sup> Cfr. Código Sánchez de Bustamante, artículo 296.

<sup>18</sup> Cfr. Código Sánchez de Bustamante, artículo 115.

- g) Por último, en lo relacionado con los derechos fundamentales, diversos tratados los reconocen de forma muy amplia y diseñan su marco jurídico. Frecuentemente se los puede hacer valer tanto en sedes nacionales, como en las cortes internacionales.

### **3.4. Determinación de la competencia**

En el acápite anterior, al tocar el tema de la ley aplicable, se ha procurado esbozar cuál debe ser el Estado y el juez competente para tratar cada cuestión. La ley del proceso en la absoluta mayoría de los casos será la *lex fori*. Una vez más destacamos que en este punto, ante todo debemos estar a las normas de Derecho internacional privado.

La Internet más que crear nuevos conflictos de competencia, lo que principalmente ha hecho es multiplicar los casos ya existentes, y, en adición, ha dificultado su prueba. Por eso, se presenta como ideal, utópico para muchos, la instauración de una autoridad internacional competente para conocer una buena parte de los problemas que diariamente se suscitan en la red. Hoy en día, al menos, ya se ha dado un paso en lo referente al juzgamiento de los conflictos de nombres de dominio.

La política futura deberá orientarse a esclarecer las aún complejas reglas de Derecho internacional privado sobre la determinación de la competencia, la ley aplicable relativas a la responsabilidad de los prestadores de servicios de información, y, muy especialmente, a dar validez procesal a la prueba electrónica, necesaria para una verdadera instauración de la justicia.