

Responsabilidad civil extracontractual de los intermediarios en

internet Regulación y mayores problemáticas

La evolución tecnológica ha conectado a la humanidad de una forma impresionante, la disponibilidad de información y acceso a internet ha abierto oportunidades mercantiles significativamente, sin embargo, el ocio ha sido el primer uso que la población le da a su alcance con internet, pero incluso ese ocio desmedido se ha convertido en un generador económico importante, ya que con el surgimiento de redes sociales y la utilización de las mismas por la mayoría de la población mundial, se encontró una forma de monetizarla.

El uso de medios de internet como propagación de prácticas empresariales y prestación de servicios ha requerido una regulación importante respecto al tema. Los Estados que conforman el planeta se han empeñado en lograr la interconexión de agentes económicos relevantes para el desarrollo de los países y la mejora de sus condiciones internas, mientras esto se realiza las redes sociales y demás plataformas de uso público y gratuito se han apoderado de una significativa fuente de información difundida en los mismos espacios, esto se ha convertido en un tema de seriedad para las legislaciones, por lo que los intermediarios de internet han tomado una fuerte carga para los procesos contractuales.

Es importante definir de primera mano lo que son los intermediarios de internet para que se pueda comprender la responsabilidad civil extracontractual que es de su interés. Cuando se hace uso de este concepto de intermediarios de internet, se refiere a todos aquellos agentes que facilitan o realizan transacciones para terceras partes en Internet¹, en este sentido, son todos aquellos prestadores de servicios de internet que ofrecen servicios de alojamiento de contenidos, motores de búsqueda y plataformas en línea que permiten la publicación de contenido por los usuarios,

¹ Millaleo Hernández, Salvador. (2015). Los intermediarios de Internet como agentes normativos. *Revista de derecho (Valdivia)*, 28(1), 33-54. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000100002>

tales como redes sociales, publicación de noticias y opiniones, de streaming y comercio electrónico².

Debido a las controversias que han surgido por su impacto sistémico en el ecosistema digital, la cuestión de la responsabilidad de los intermediarios de Internet es uno de los aspectos de la economía basada en datos que implica mayores desafíos a nivel regulatorio y en materia de políticas públicas, en tanto que requiere una solución integral.

Según Juan Carlos Lara y Francisco Vera, las principales problemáticas de los intermediarios de internet son las siguientes³:

- i. La difusión y la oferta de servicios sexuales y pornografía con participación de menores de edad (pedofilia y pornografía infantil); ii. La difusión de material obsceno o inmoral;
- iii. La difusión de instrucciones sobre preparación de bombas, actividades terroristas, producción y tráfico de drogas, entre otras formas de discurso o información que atenta contra la seguridad;
- iv. La difusión de mensajes que incitan al odio y la discriminación sexual, étnica, racial, religiosa o de otro tipo;
- v. La difusión de contenidos falsos que generen alarma o conmoción pública o inciten al desorden público;
- vi. La difusión de mensajes de calumnia, difamatorios o injuriantes; vii. las conductas de hurto y destrucción de datos por parte de “hackers”, incluyendo información sensible de carácter privado o de seguridad nacional;

²Frati, G., Plazzi, P., & Rivero, S. (03 de 2021). *publications.iadb.org*. Obtenido de [publications.iadb.org](https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Responsabilidad-de-intermediarios-de-internet-en-America-Latina-Hacia-una-regulacion-inteligente-de-la-economia-digital.pdf):
<https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Responsabilidad-de-intermediarios-de-internet-en-America-Latina-Hacia-una-regulacion-inteligente-de-la-economia-digital.pdf>

³Lara, J., & Vera, F. (2021). *www.derechosdigitales.org*. Obtenido de www.derechosdigitales.org:
<https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp03.pdf>

- vii. La recolección, procesamiento y transmisión no autorizada de datos de carácter personal;
- viii. La suplantación de identidad con ánimo de fraude, incluyendo la difusión de contenidos ilícitos haciéndose pasar por otro;
- ix. La difusión de información legalmente protegida, privilegiada o confidencial, tales como: secretos de carácter estatal, industrial o profesional;
- x. La difusión no autorizada de contenidos protegidos por derechos de autor o derechos conexos.

En tanto que la internet permite cierta libertad al usuario, este puede buscar casi cualquier cosa, todo tipo de información y contenido audiovisual, ya sea de ámbito constructiva y educativa o de corte delictiva, todo esto está disponible a un click de distancia, por lo que las regulaciones requieren proponer una limitación importante de las actividades de internet, sin embargo, la regulación y supervisión de estas actividades es casi imposible bajo el principio y derecho de privacidad que los usuarios poseen, por lo que la única medida importante que los legisladores de los Estados pueden tomar es la regulación de los intermediarios de internet.

Sin embargo, hay precedente de una controversia importante en materia de responsabilidad civil que se llevó en Brasil por diferencias de políticas entre los Estados, ya que debido a la ausencia de normas específicas, el desarrollo conceptual se produjo en los tribunales, la jurisprudencia brasileña estableció un principio a través del cual el proveedor de hosting no tenía obligación de la información que circula en sus sistemas, se sostuvo que inspeccionar el contenido publicado no es actividad propia del servicio y que ante la posibilidad técnica de hacer seguimiento del material publicado, sería casi imposible evaluar el mensaje o imagen ilegal potencialmente ofensiva⁴.

Lo anterior concluyó en que la

⁴Lara, J., & Vera, F. (2021). *www.derechosdigitales.org*. Obtenido de *www.derechosdigitales.org*: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp03.pdf> responsabilidad procedería solo en caso de inacción con posterioridad a la notificación de un mensaje ofensivo⁵.

La controversia tomo relevancia internacional y dio pie al enfoque más conocido para la regulación de la red que desde sus comienzos ha sido la autorregulación. A este enfoque subyacía la idea de que los Estados y sus sistemas legales no pueden imponer sus reglas al llamado ecosistema digital⁶. Por lo que Varios países de la región latinoamericana carecen de normas particulares sobre responsabilidad de intermediarios de Internet.

En concreto, se destaca normativa particular aplicable en Brasil, Chile, Paraguay y ahora México, estando la mayoría orientada a ciertos aspectos legales (ej. propiedad intelectual y/o comercio electrónico).

En este sentido, los autores recién citados, afirman que la responsabilidad civil podrá estar delimitada por la función que corresponda al respectivo intermediario, y en su caso, sujeta a los requisitos legales existentes para su exención o bien para asignar de forma directa su responsabilidad, dependiendo del ilícito⁷. Aunque es importante considerar la gravedad de las problemáticas principales de los intermediarios de internet, estas problemáticas permean en un ámbito más allá del objeto de esta investigación.

Por lo que centrándonos un poco más en la responsabilidad civil.

Una de las principales problemáticas que se contemplaban para la legislación en materia de responsabilidad civil de los intermediarios de internet era que los Estados no contaban, con las capacidades para regular Internet. Si un gobierno intentaba imponer su derecho y su normativa en Internet se encontraría con la fundada respuesta de que no tiene el control físico de la red necesario para imponer su

⁵Lara, J., & Vera, F. (2021). *www.derechosdigitales.org*. Obtenido de *www.derechosdigitales.org*: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp03.pdf>

⁶Millaleo Hernández, Salvador. (2015). Los intermediarios de Internet como agentes normativos. *Revista de derecho (Valdivia)*, 28(1), 33-54. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000100002>

⁷Lara, J., & Vera, F. (2021). *www.derechosdigitales.org*. Obtenido de *www.derechosdigitales.org*: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp03.pdf>

autoridad⁸. Además de que los Estados tienen dificultades para perseguir y encontrar personas que pudieran ser responsables por daños. La operación de Internet quedaba así fuera de los conceptos jurisdiccionales de los Estados. Las jurisdicciones estatales tampoco podían funcionar a la velocidad necesaria para satisfacer las necesidades del ciberespacio y carecen del conocimiento experto para tales efectos.

El déficit de seguridad de las expectativas normativas en la red sería, sin embargo, colmado por varias reglas de origen no estatal, elaboradas espontáneamente por los propios actores de la red⁹. La Internet debía ser gobernada como un espacio global que no es controlado por ninguna soberanía estatal, sino que se realiza de una manera descentralizada, careciendo de estructuras reguladoras centrales y basada en la aceptación consensuada de reglas por parte de los actores de la red¹⁰. Tales reglas que rigen el tratamiento de la información digital deben ofrecer la estabilidad y previsibilidad para que los participantes tengan suficiente confianza en sus comunidades para realizar las diferentes transacciones *online*, como lo posibilitaban las reglas espontáneas de los mercaderes medievales, la llamada *lex mercatoria*¹¹.

El ejemplo más claro de esto son los protocolos de comunicación de Internet, los cuales fueron regulados mediante directrices conocidas como *Requests for Comments*, las que fueron elaboradas desde la base por los mismos actores de la comunidad global de Internet en sus primeros momentos, involucrando a los desarrolladores técnicos y a los proveedores de servicios de Internet y grupos de

⁸ Mefford, A., "Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet", en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 5, Issue 1, 1997, 211-237, p. 214.

⁹ Millaleo Hernández, Salvador. (2015). Los intermediarios de Internet como agentes normativos. *Revista de derecho (Valdivia)*, 28(1), 33-54. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000100002>

¹⁰ Johnson, D.; Post, D., "And How Shall the Net be Governed? A Meditation on the relative virtues of decentralized, emergent law", en Kahin, B.; Keller, J. (Eds.), *Coordinating The Internet*, The MIT Press, Boston, 1997, 62-91.

¹¹ Reidenberg, J., "Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology", en *Texas Law Review*, Vol. 76, N° 3, 1998, 553-593, p. 554.

usuarios más importantes en aquella época¹². Ese conjunto normativo, por cierto no sistemático ni jerarquizado, es lo que se denominó como Lex Informática, la cual estaba constituida por reglas fragmentarias, de origen no estatal, basadas en gran parte en los contratos y siendo influenciadas determinadamente por las condiciones fácticas impuestas por la técnica.

Estas bases contractuales sirven para el Estado como bases de legislación en materia de responsabilidad civil, sin embargo, los legisladores deben tomar en cuenta la convergencia en estándares regionales sobre derechos humanos que puede constituir un punto de partida del diseño de una regulación inteligente de la responsabilidad de intermediarios de Internet¹³. Mediante el establecimiento de estándares comunes, mecanismos de reconocimiento mutuo y principios flexibles, se puede conformar una zona de intercambio seguro de datos en la conceptualizada arquitectura de internet.

La arquitectura de Internet, consiste en la conjunción de elementos del *hardware* y el *software*, que al igual que la arquitectura física, permite y anima a los seres humanos para comportarse de ciertas formas, haciendo más probables algunas actividades que otras¹⁴. Las capacidades tecnológicas y opciones de diseño del sistema imponen así reglas de comportamiento sobre los participantes. La arquitectura de Internet está construida de diversos componentes tecnológicos que actúan en varios niveles o capas. Por lo que la fuente normativa principal es predeterminada por el desarrollador de la tecnología. Los técnicos diseñan la infraestructura básica con características que crean e implementan políticas de la

¹² Millaleo Hernández, Salvador. (2015). Los intermediarios de Internet como agentes normativos. *Revista de derecho (Valdivia)*, 28(1), 33-54. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000100002>

¹³ Frati, G., Plazzi, P., & Rivero, S. (03 de 2021). *publications.iadb.org*. Obtenido de [publications.iadb.org](https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Responsabilidad-de-intermediarios-de-internet-en-America-Latina-Hacia-una-regulacion-inteligente-de-la-economia-digital.pdf):
<https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Responsabilidad-de-intermediarios-de-internet-en-America-Latina-Hacia-una-regulacion-inteligente-de-la-economia-digital.pdf>

¹⁴ Millaleo Hernández, Salvador. (2015). Los intermediarios de Internet como agentes normativos. *Revista de derecho (Valdivia)*, 28(1), 33-54. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000100002>

información por defecto. Aunque los gobiernos pueden influir en las decisiones tomadas por los tecnólogos por medio de restricciones jurídicas a las opciones de política, los técnicos elaboran y aplican normas técnicas y los usuarios adoptan aplicaciones precisas de estas en sus prácticas. De esta forma la regulación de la responsabilidad de los intermediarios en Internet es materia de discusión parlamentaria en el proyecto de ley conocido como Marco Civil de Internet, que intenta regular la vinculación entre el interés público, los intereses de las industrias de contenidos y de telecomunicaciones y el entorno digital, incluyendo temas de tratamiento de datos personales, neutralidad de la red y responsabilidad¹⁵.

Otro vector de convergencia, tanto a nivel bloque como interbloque, puede provenir de la agenda comercial, en tanto todos los países analizados, ya sea los países parte de la AP como los del MERCOSUR, integran el Grupo de Trabajo en Comercio Electrónico de la OMC¹⁶. Estos principios han de ser coreados por las múltiples partes interesadas a partir de debates genuinos sobre el futuro de la economía digital regional y global. En virtud de que dicha conversación se vería facilitada si partiera de una línea de base común, los autores Frati et al, sugieren recuperar cuatro lineamientos que resultaron claves para el despliegue de Internet¹⁷:

¹⁵ Lara, J., & Vera, F. (2021). *www.derechosdigitales.org*. Obtenido de [www.derechosdigitales.org](https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp03.pdf):
<https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp03.pdf>

¹⁶ Frati, G., Plazzi, P., & Rivero, S. (03 de 2021). *publications.iadb.org*. Obtenido de *publications.iadb.org*:
<https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Responsabilidad-de-intermediarios-de-internet-en-America-Latina-Hacia-una-regulacion-inteligente-de-la-economia-digital.pdf>

¹⁷ Frati, G., Plazzi, P., & Rivero, S. (03 de 2021). *publications.iadb.org*. Obtenido de *publications.iadb.org*:
<https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Responsabilidad-de-intermediarios-de-internet-en-America-Latina-Hacia-una-regulacion-inteligente-de-la-economia-digital.pdf>

1. Corresponde la diferenciación de roles entre quien edita o publica con -tenido de quien permite que terceros suban o difundan contenido, a la vez que no aplica la responsabilidad objetiva, ni cabe la exigencia de mecanismos previos de monitoreo y vigilancia. Se requiere claridad, especificidad y precisión en las condiciones previstas al aplicar mecanismos de “puerto seguro”. En caso de moderación de contenido se deben respetar reglas razonables de transparencia.

2. Sujeción al test tripartito ante límites a la libertad de expresión y acceso a la información.

3. Fomento a la economía del conocimiento y de la innovación basada en datos.

4. Respeto a la tradición latinoamericana en materia de Derechos Humanos en entornos digitales.

Principales intermediarios de internet en México y latinoamérica.

Debido a la conceptualización de intermediarios de internet se puede suponer que los principales son plataformas de redes sociales como Facebook, Instagram, Twitter, LinkedIn, Uber, Shopify, además de que la OCDE afirma que¹⁸:

Los principales operadores del ecosistema de comercio electrónico de México son MercadoLibre, Walmart México, Liverpool, Amazon México, Linio y otros. Según el informe anual de la compañía, MercadoLibre es el líder de

comercio electrónico en muchos países de América Latina, incluido México, considerando la cantidad de visitantes únicos y vistas de página.³⁴ En 2017 tuvo un crecimiento de 125%, en comparación con 2016, al registrar 6.5

¹⁸ OCDE (2018) Plataformas digitales y competencia en México

<https://www.oecd.org/daf/competition/esp-plataformas-digitales-y-competencia-en-mexico.pdf>

millones de visitas de página por día³⁵ y USD 86.5 millones de ingresos netos (+86.7%, en comparación con 2016). La compañía ofrece seis servicios integrados de comercio electrónico: el Mercado MercadoLibre, el Servicio de Anuncios Clasificados MercadoLibre, el monedero virtual Mercado Pago, el programa de publicidad Mercado Libre, la solución Mercado Shops para crear tiendas electrónicas y el servicio de envíos Mercado Envíos. El servicio no se limita entonces a la plataforma minorista, ya que MercadoLibre también ofrece servicios conexos como el monedero virtual, el envío, etcétera, conforme a la tendencia de los principales operadores mundiales de comercio electrónico. Aunque MercadoLibre es uno de los principales operadores en México, los ingresos netos del país en 2017 fueron solo del 6.2% del total de América Latina, mientras Brasil contribuyó con el 59.5%.³⁶ Este dato muestra, de nuevo, cómo el potencial del comercio electrónico mexicano dista de estar completamente desarrollado, lo que demuestra la existencia de oportunidades de expansión importantes. Amazon también cuadra entre los principales intermediarios, el crecimiento de sus ventas de USD 243.9 millones en 2016 a USD 502.2 millones en 2017³⁹, convierte a esta empresa estadounidense en una de las plataformas de comercio electrónico más grandes de México. Como una señal de la forma en que las empresas invierten en un mercado cuyo potencial todavía debe desarrollarse por completo, la compañía está pensando en abrir un nuevo almacén cerca de la Ciudad de México, lo que triplica su espacio de distribución.⁴⁰ De modo parecido a MercadoLibre, Amazon ya opera exitosamente en otros países, lo que es posible que aumente su poder para atraer nuevos usuarios. De hecho, como se

menciona antes, la confianza es decisiva para hacer compras en línea; sobre todo en lo referente a los pagos por Internet.

Otros sitios de comercio electrónico que operan en México son los de las tiendas físicas. Por ejemplo, en 2017 Liverpool registró un incremento de sus ventas en línea de 45.6% en comparación con 2016, y una tasa de crecimiento anual compuesto (CAGR) de 80% en los últimos 6 años.⁴³ Tener tiendas en todo el país le permite a la empresa ofrecer servicios como

“Compra en línea y recoge en tienda”, lo que amplía la oferta para los usuarios finales. La empresa también creó aplicaciones para promover sus ventas mediante dispositivos móviles. Al igual que Liverpool, Walmart también tiene su red de tiendas físicas en todo el país. En 2017, sus ventas en línea representaron el 1% del total, contribuyendo al crecimiento de las ventas en un 0.3%. Se invirtieron aproximadamente USD 210 millones en comercio electrónico, tecnología, logística y productos perecederos.

Bibliografía

OCDE (2018) Plataformas digitales y competencia en México

<https://www.oecd.org/daf/competition/esp-plataformas-digitales-y-competencia-en-mexico.pdf>

Mefford, A., "Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet", en *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 5, Issue 1, 1997, 211-237, p. 214.

Millaleo Hernández, Salvador. (2015). Los intermediarios de Internet como agentes normativos. *Revista de derecho (Valdivia)*, 28(1), 33-

54. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000100002>

Johnson, D.; Post, D., "And How Shall the Net be Governed? A Meditation on the relative virtues of decentralized, emergent law", en Kahin, B.; Keller, J. (Eds.), *Coordinating The Internet*, The MIT Press, Boston, 1997, 62-91.

Reidenberg, J, "Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology", en *Texas Law Review*, Vol. 76, N° 3, 1998, 553-593, p. 554.

Frati, G., Plazzi, P., & Rivero, S. (03 de 2021). *publications.iadb.org*. Obtenido de

publications.iadb.org:

<https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Responsabilidad-de-intermediarios-de-internet-en-America-Latina-Hacia-una-regulacion-inteligente-de-la-economia-digital.pdf>

Lara, J., & Vera, F. (2021). *www.derechosdigitales.org*. Obtenido de *www.derechosdigitales.org*: <https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/pp03.pdf>