

**RESPONSABILIDAD CIVIL POR VIOLACIÓN A LOS DERECHOS DE AUTOR  
EN LA INTERNET TRAS LA SUSCRIPCIÓN DEL TLC CON ESTADOS UNIDOS**

**LAURA BEATRIZ DIAZ POMAR**

**JOSÉ DAVID TORRES HERRERA**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS – CARRERA DE DERECHO**

**BOGOTÁ D.C., SEPTIEMBRE DE 2013**

**RESPONSABILIDAD CIVIL POR VIOLACIÓN A LOS DERECHOS DE AUTOR  
EN LA INTERNET TRAS LA SUSCRIPCIÓN DEL TLC CON ESTADOS UNIDOS**

*Monografía jurídica para optar al título de Abogado*

**LAURA BEATRIZ DIAZ POMAR**

**JOSÉ DAVID TORRES HERRERA**

**DIRECTOR:  
JUAN CAMILO CONTRERAS JARAMILLO**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS – CARRERA DE DERECHO**

**BOGOTÁ D.C., SEPTIEMBRE DE 2013**

## **NOTA DE ADVERTENCIA**

*“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.*

## TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN .....	1
1. MARCO GENERAL COLOMBIANO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN DERECHOS DE AUTOR.....	3
1.1 Postulados generales de los derechos de autor en Colombia .....	3
1.2 Situación actual de los derechos de autor en la Internet.....	10
1.3 Proveedores de Servicios de Internet (ISP) y Derechos de Autor.....	11
1.3.1 ¿Qué son los ISP?.....	12
1.3.2 Fundamento de atribución de responsabilidad a los ISP en protección de la propiedad intelectual y en especial de los derechos de autor .....	14
1.3.3 Regulación de la responsabilidad de los ISP en el país.....	15
1.4 Régimen de responsabilidad aplicable a los ISP en defensa de los derechos de autor.....	17
1.4.1 Hecho dañoso antijurídico.....	18
1.4.2 Culpa .....	20
1.4.3 Relación de causalidad.....	21
1.5 Regulación normativa de los derechos de autor en Colombia .....	22
1.6 Falencias del sistema actual .....	25
2. COMPROMISO DE REGULACIÓN EN LA MATERIA: TLC.....	28
2.1 Obligación contraída por Colombia .....	28
2.2. Régimen de responsabilidad civil por violación a las normas de derechos de autor en Estados Unidos.....	36

2.3. Diferencias entre las legislaciones de Estados Unidos de América y Colombia en materia de derechos de autor en la Internet.....	45
3. ANALISIS DE LA EFECTIVIDAD DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL TLC	47
3.1 Falencias del sistema actual en Estados Unidos. Caso Viacom Vs. Google y YouTube.....	47
3.2 Proyectos de ley en Estados Unidos.....	51
3.2.1 Proyecto de Ley SOPA .....	51
3.2.2 Proyecto de Ley PIPA.....	54
3.2.3 Fracaso de SOPA y PIPA.....	57
3.3 ¿Sería eficiente para Colombia adoptar las disposiciones contenidas en el TLC?.....	60
4. CONSIDERACIONES FINALES .....	62
4.1. Alternativas de protección de los derechos de autor en Internet.....	62
4.2 Recomendaciones para la implementación de normativas futuras en esta materia.....	64
CONCLUSIONES .....	67
BIBLIOGRAFÍA.....	70

## RESUMEN

*En virtud de la entrada en vigencia del TLC que Colombia suscribió con Estados Unidos, el Congreso de Colombia, deberá implementar en el corto plazo, una normatividad que salvaguarde los derechos de autor en Internet y que regule la responsabilidad de los ISP cuando se presenten infracciones a estos derechos. Con este trabajo se pretende mostrar cuáles son los postulados normativos que debe adoptar Colombia en su legislación según lo acordado en el compromiso binacional, de igual forma se explicaran los ordenamientos jurídicos colombiano y estadounidense en materia de responsabilidad civil por violación a los derechos de autor en Internet. También se busca exponer las falencias de ambas legislaciones, con el fin de determinar alternativas legislativas que garanticen la protección de los derechos de autor en la red.*

**PALABRAS CLAVES:** Derechos de autor – Responsabilidad Civil – Proveedores de Servicios de Internet (ISP) – Tratado de Libre Comercio (TLC)

## **ABSTRACT**

*By virtue of the entry into force of the FTA that Colombia signed with the United States, the Congress of Colombia, must implement in the short term, a regulation that safeguards the copyrights on the Internet and regulate the liability of the ISP when presented these rights violations. This paper aims to show what are the normative principles to be adopted by Colombia in its legislation as agreed in the binational commitment, in the same way, an explanation of the Colombian and U.S. legal systems in civil liability for violation of copyright on Internet will be conducted. This paper also seeks to expose the shortcomings of both laws, in order to determine legislative alternatives that ensure the protection of copyright on the network.*

**KEY WORDS:** *Copyrights - Civil liability - Internet Service Providers (ISP) - Free Trade Agreement (FTA)*

## INTRODUCCIÓN

Las Tecnologías de Información y Comunicación (TIC) y el proceso de globalización alrededor del mundo, están transformando la sociedad a través de un proceso que tiene como fines la creación de conocimiento, la satisfacción de necesidades y el desarrollo general de la comunidad.

Las TIC, conformadas por variados sistemas informáticos a través de los cuales se estudia, desarrolla, implementa, almacena y distribuye la información; han constituido grandes transformaciones en el proceso de globalización, impactando en los ámbitos económicos, sociales y culturales de todos los países alrededor del mundo. La llegada de la Internet y sus herramientas, ha creado un nuevo espacio de interacción social expedito, de fácil acceso y bajo costo, que ha generado una nueva forma de unificar los mercados y culturas, facilitando el intercambio de información a velocidades antes inimaginables.

La tecnología, dual por naturaleza, representa entonces por un lado grandes beneficios para los artistas y autores de obras de toda índole, en la medida que les permite compartir, promover, difundir y comercializar sus creaciones alrededor del mundo sin mayores esfuerzos; y por el otro, representa y genera para ellos, grandes peligros consecuencia de la falta de garantías en cuanto a derechos de autor se trata.

Así las cosas, la protección de las obras, más puntualmente de los derechos de autor de sus creadores, tiene como trasfondo la protección del impacto directo que tienen dichas



creaciones al interior de la sociedad en la medida que contribuyen con el avance de las mismas a través de la comunicación del conocimiento y culturas, contribuyendo a su desarrollo social, cultural y económico.

Dada la posibilidad creada por las TIC a los autores de obras, de divulgar, compartir y comercializar sus creaciones a través de los nuevos canales de comunicación que promueve la Internet, muchos consideran necesaria la existencia de normas y marcos jurídicos y legales que salvaguarden sus derechos sobre las mismas (morales y patrimoniales), proporcionándoseles garantías al momento de efectuar tal aporte a la sociedad por medios digitales.

Con la presente monografía jurídica, se pretende estudiar tendencias normativas nacionales y extranjeras de regulación de los derechos de autor en la red, así como la viabilidad y efectividad de las mismas al momento de materializarse la protección contemplada en cada una de ellas, enfocada principalmente en las consecuencias legales y jurídicas que trajo para la legislación nacional colombiana la suscripción del TLC con los Estados Unidos de América, en lo que se refiere a la protección de los intereses contrapuestos entre los autores y los usuarios de Internet, que acuden a las nuevas tecnológicas en busca de conocimiento. Lo anterior, teniendo en cuenta como se mencionó anteriormente, los postulados que rigen el ordenamiento jurídico del país, considerando las regulaciones con las que cuenta Colombia que son aplicables a este contexto y ponderando los intereses de las partes cuyos derechos se ven involucrados.

## **1. MARCO GENERAL COLOMBIANO EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN DERECHOS DE AUTOR**

La legislación colombiana considera el Derecho de autor como un derecho de propiedad, claro está, de manera *Sui generis*. El Art. 671 del Código Civil dispone que “las producciones de talento o del ingenio son una propiedad de sus autores”, las cuales son protegidas por la misma Constitución Nacional, que en su Art. 61 establece que “*el Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley*”. A simple inspección se puede observar que la propiedad intelectual y la propiedad común comparten las facultades de usar, disponer, y disfrutar; sin embargo los dos conceptos se diferencian en la corporalidad de los bienes y en el contenido moral propio del derecho autor, el cual se explicará posteriormente.

Cuando los creadores de obras consideran que han sufrido perjuicios producto del menoscabo o vulneración de los derechos que les son atribuidos como autores, pueden acceder a la administración de justicia para pedir que se les sean resarcidos dichos perjuicios<sup>1</sup>, a través de las figuras propias de la responsabilidad civil.

### **1.1 Postulados generales de los derechos de autor en Colombia**

Para entender cabalmente el concepto de *derechos de autor* es necesario tener claro que estos hacen parte de una rama del derecho llamada *Propiedad Intelectual*, la cual “*tiene que ver con las creaciones de la mente: las invenciones, las obras literarias y artísticas, los*

---

<sup>1</sup> “[N]o todas las conductas que en apariencia generen un daño al titular de derecho de autor son susceptibles de ser sancionadas con la obligación de indemnizar” PLATA LÓPEZ, Luís Carlos. *Responsabilidad civil por infracciones a los derechos de autor*. Ediciones Uninorte, 2010. Pág. 108

*símbolos, los nombres, las imágenes y los dibujos y modelos utilizados en el comercio*”<sup>2</sup>, y que goza de expresa protección estatal, de conformidad con el artículo 61 de la Constitución. La propiedad intelectual es entonces, “*aquella disciplina normativa a través de la cual se busca proteger y asegurar las creaciones intelectuales surgidas del esfuerzo, el trabajo o la destreza del hombre, que en todos los casos son dignas de obtener el correspondiente reconocimiento y salvaguarda jurídica*”<sup>3</sup>. El concepto de propiedad intelectual abarca dos campos dependiendo del bien jurídico que se pretenda proteger, es de esta manera que encontramos de una parte la propiedad industrial y de otra los derechos de autor, siendo estos últimos el objeto de la presente monografía jurídica.

El concepto “derecho de autor” analizado desde los puntos de vista literal y gramatical, hace alusión a los derechos que son atribuidos al autor de una obra por la creación de la misma. Tal como dispone la ley<sup>4</sup> “*los derechos de autor recaen sobre las obras científicas literarias y artísticas las cuales se comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación*”; es de esta manera que los libros, folletos, conferencias, alocuciones, sermones, obras dramáticas, coreográficas, composiciones musicales (con o sin letra), obras cinematográficas, arquitectónicas, litográficas, fotográficas, pinturas, esculturas, mapas, obras plásticas y topográficas, y en general toda producción científica, literaria o artística producto del intelecto humano se encuentran protegidas por los derechos de autor.

---

<sup>2</sup> Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Definición disponible en internet (ref 10)

<sup>3</sup> Sentencia C-966 de 2012 M.P. María Victoria Calle

<sup>4</sup> Ley 23 de 1982 Sobre derechos de autor

Según el Art. 3 de la Ley 23 de 1982, los derechos de autor otorgan a su titular facultades exclusivas de 1) disponer de su obra a título gratuito u oneroso bajo las condiciones lícitas que su libre criterio le dicte; 2) aprovechar su obra con fines de lucro o sin él; 3) ejercer las prerrogativas de ley en defensa de su "derecho moral".

De lo anterior se desprende que los derechos de autor confieren al titular de la creación dos tipos de derechos, por una parte se encuentran los derechos de contenido patrimonial, y de otra los derechos de carácter moral. Los derechos patrimoniales, le permiten al autor obtener una retribución económica durante un periodo de tiempo establecido en la ley, por el uso de su creación por parte de terceros. En sentencia 1538 del veintitrés (23) de octubre de 2003, el Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil<sup>5</sup> expone que los derechos patrimoniales conceden a su titular la exclusividad, limitación en el tiempo y transmisibilidad de la obra, de la misma forma comprenden los derechos de reproducción, edición, publicación, exhibición y transformación de la misma. De otra parte, los derechos morales, facultan al autor para reclamar la autoría de su obra en cualquier momento (derecho de paternidad), tomar las acciones necesarias para salvaguardar los nexos que lo unen a su creación y oponerse a cualquier alteración que pueda afectar su reputación como autor de la misma (derecho de integridad).

#### I. Derechos morales de autor

El derecho moral del autor está expresamente reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, dice esta: *“Toda persona tiene derecho a la protección de los*

---

<sup>5</sup> Consejera Ponente: Susana Montes de Echeverri

*intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora*”, de lo que se desprende, que los derechos morales de autor nacen con la obra misma, como consecuencia del acto de creación y no por el reconocimiento de autoridad administrativa; son extrapatrimoniales inalienables, irrenunciables y, en principio, de duración ilimitada, están destinados a proteger los intereses intelectuales del creador de la obra y respecto de ellos el Estado concreta su acción, garantizando como se expuso anteriormente, el derecho que le asiste al titular de divulgarla o mantenerla en la esfera de su intimidad, de reivindicar el reconocimiento de su paternidad intelectual sobre la misma, de exigir respeto a su integridad y de retractarse o arrepentirse de su contenido<sup>6</sup>.

En el mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia C-155 de 1998 al establecer:

*(...) los derechos morales de autor se consideran derechos de rango fundamental, en cuanto la facultad creadora del hombre, la posibilidad de expresar las ideas o sentimientos de forma particular, su capacidad de invención, su ingenio y en general todas las formas de manifestación del espíritu, son prerrogativas inherentes a la condición racional propia de la naturaleza humana, y a la dimensión libre que de ella se deriva. Desconocer al hombre el derecho de autoría sobre el fruto de su propia creatividad, la manifestación exclusiva de su espíritu o de su ingenio, es desconocer al hombre su condición de individuo que piensa y que crea, y que expresa esta racionalidad y creatividad como manifestación de su propia*

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencias C-276 de 1996, C-871 de 2010,

*naturaleza. Por tal razón, los derechos morales de autor, deben ser protegidos como derechos que emanan de la misma condición de hombre.*

Los derechos morales de autor se caracterizan por ser inalienables, inembargables, imprescriptibles e irrenunciables, siendo estas características, el reflejo de la vocación misma del derecho moral de autor de proteger al creador de una obra, para que ésta siempre refleje su personalidad.

- (i) Inalienabilidad: Los derechos morales de autor no pueden estar sujetos a disposición de particulares por medio de la autonomía de la voluntad privada. Artículo 30 parágrafo 1 de la Ley 23 de 1982 establece: *“Los autores al transferir o autorizar el ejercicio de sus derechos patrimoniales no conceden sino los de goce y disposición a que se refiere el respectivo contrato, conservando los derechos consagrados en el presente artículo”*.
- (ii) Inembargabilidad: Al no tener un contenido patrimonial en sí mismo (aunque si derivaciones económicas), no son susceptibles de ejecución.
- (iii) Imprescriptibilidad: Los derechos morales de autor no se agotan en el tiempo, aun si éstos no se han ejercido. Establece el parágrafo 2 del Artículo 30 de la Ley 23 de 1982:

Parágrafo2: *“A la muerte del autor corresponde a su cónyuge y herederos*

*consanguíneos el ejercicio de los derechos indicados en los numerales a) y b) del presente artículo. A falta de autor, de su cónyuge o herederos consanguíneos el ejercicio de estos derechos corresponderá a cualquier persona natural o jurídica que acredite su carácter de titular sobre la obra respectiva.”*

- (iv) Irrenunciabilidad: Los derechos morales de autor nacen con la obra misma, por lo que el autor no puede renunciar a los mismos, pues son incluso considerados de orden público.

## II. Derechos Patrimoniales de Autor

La segunda dimensión de los derechos de autor es la de los denominados derechos patrimoniales, sobre los cuales el titular tiene plena capacidad de disposición, lo que hace que sean transferibles y objeto eventual de una regulación especial en virtud de la cual se establezcan las condiciones y limitaciones para el ejercicio de la misma, con miras a su explotación económica (reproducción material de la obra, comunicación pública en forma no material, transformación de la obra).

Así las cosas, los derechos patrimoniales de autor tienen como fin proteger los intereses económicos del autor y eventualmente de quien tenga la titularidad derivada de ellos. El reconocimiento de estos derechos y su eficaz protección, responden al principio de que a todo ser humano se le debe reconocer su trabajo y remunerar por él.

Los derechos patrimoniales de autor pueden catalogarse en cuatro categorías principales<sup>7</sup>:

- (i) Derecho de Reproducción: Es el derecho a la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento<sup>8</sup>.
  
- (ii) Derecho de modificación: Este derecho otorga a su titular la potestad de traducir, adaptar, arreglar y realizar cualquier otro tipo de transformación a su obra. En virtud de este derecho, el autor de una determinada obra, podrá traducir a cualquier idioma e impedir traducciones de su obra sin su consentimiento; así mismo tendrá la potestad exclusiva de adaptar su obra a otro tipo de obra, como por ejemplo el llevar una obra literaria al cine, o un poema a una canción.
  
- (iii) Derecho de distribución: Es la potestad que tiene el autor de controlar la colocación de su obra o de las copias de la misma a disposición del público. La distribución solo se puede predicar de obras contenidas en medios tangibles.
  
- (iv) Derecho de puesta a disposición: Por medio de este derecho solo quien tiene la titularidad de la obra puede interpretarla públicamente. A su vez, recae en el autor de la obra la potestad exclusiva de realizar la comunicación pública de la misma, a través de ondas electromagnéticas (radiodifusión) o por cualquier otro

---

<sup>7</sup>Ley 23 de 1982. Art. 12.

<sup>8</sup>Decisión 351 de 1993, artículo 14



medio, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a la misma en el momento y lugar que ellos determinen.

## **1.2 Situación actual de los derechos de autor en la Internet**

Como se explicó anteriormente, los derechos de autor otorgan a su titular las facultades patrimoniales y de explotación de la obra para reproducir, editar, publicar, exhibir y transformar sus obras, son justamente estas atribuciones las más vulneradas y amenazadas dadas las bondades de la Internet. Lo más preocupante de esta situación, es que el número de infractores es muy elevado, y la probabilidad de individualización de los usuarios es prácticamente nula.

La más fuerte de las amenazas a los derechos de autor en la Internet, es contra el derecho de puesta a disposición, dado que le restringe al autor la posibilidad de lucrarse por cada copia de la obra producto de su ingenio. A través de la red, los usuarios pueden tener acceso a la misma información, con las mismas calidades, sin hacer ningún tipo de erogación pecuniaria. El autor de la obra pierde el control de la misma en las amplias y concurridas redes.

Una segunda amenaza tiene que ver con la posibilidad que poseen los usuarios de Internet para alterar los contenidos originales de las obras a través de cualquiera de los múltiples programas de computación que se encuentran en línea.

### 1.3 Proveedores de Servicios de Internet (ISP) y Derechos de Autor

Desde que parte de nuestra cotidianeidad se tornó digital, la protección de los derechos de autor se ha convertido en una ardua labor para quienes tienen a su cargo dicha responsabilidad. Las posibilidades de generar y diseminar copias que reproducen obras en su totalidad y prácticamente sin costo, conlleva a que existan muy pocas razones –excepto por la ley<sup>9</sup>- para abstenerse de esta conducta. Se ha afirmado, con frecuencia, que la regulación de los derechos de autor no fue concebida pensando en espacios digitales, sino en espacios físicos donde las copias y su difusión poseen costos y resulta posible detectar y prevenir estas conductas.

La materialización del establecimiento de limitaciones de responsabilidad para los ISP en materia de derechos de autor y de propiedad intelectual en Internet, se dio por primera vez en 1996 con la aprobación de los Tratados Internet de la OMPI<sup>10</sup> y dos años más tarde, en Estados Unidos, con la expedición de la *Digital Millennium Copyright Act (DMCA)*, la cual implementa los Tratados Internet de la OMPI y sanciona, no sólo la infracción de los derechos de reproducción en sí, sino también la producción y distribución de tecnología que permita evadir las medidas de protección del copyright e incrementa las penas para las infracciones al derecho de autor en Internet.

---

<sup>9</sup>Como se evidenciará en el desarrollo de la presente monografía, la protección legal al interior del territorio nacional resulta precaria, dado el carácter general de la misma.

<sup>10</sup> Estos Tratados son considerados como actualizaciones y complemento de la protección garantizada por el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Convenio de Berna) y la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Convención de Roma), y tratan los desafíos creados por los avances de la tecnologías digitales, en particular la diseminación de contenidos protegidos en redes digitales tales como Internet.

Posteriormente, en el año 2000 y tomando como referencia la DMCA, Europa adoptó la *Directiva 2000/31/CE de Comercio Electrónico* (DCE), incorporando a los ISP en los regímenes de limitación de responsabilidad aplicables en casos de infracción de los derechos de autor en Internet. La Directiva no establece una regulación general de la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, sin embargo, uno de sus principales objetivos fue la creación de un sistema de exenciones de responsabilidad para la prestación de servicios de intermediación en Internet (sección 4, entre los artículos 12 y 15)<sup>11</sup>.

La ratificación de los Tratados de Internet de la OMPI por parte de distintas legislaciones, y la expedición de la DMCA en Estados Unidos y la Directiva 2000/31/CE de Comercio Electrónico en Europa, han llevado a que la fijación de sistemas de limitación de responsabilidad en los ISP en el ámbito de protección de los derechos de autor en el entorno digital, se convierta en un tema de especial interés en los países alrededor del mundo.

### **1.3.1 ¿Qué son los ISP?**

Los ISP son los encargados de proveer el acceso a la red prestando el servicio de conexión a usuarios a través de sus equipos e infraestructura<sup>12</sup>, son una especie de intermediarios en plataformas electrónicas abiertas cuya función se caracteriza en el hecho de no formar parte en el proceso de creación o selección de la información cuya propagación permiten, tampoco se involucran en la selección de sus destinatarios, y simplemente posibilitan

---

<sup>11</sup> Disponible en web: <http://www.uab.cat/Document/941/703/Directiva200031CE.pdf>

<sup>12</sup> RODRÍGUEZ TURRIAGO, Omar. Aproximación a la problemática de los derechos de autor en el internet. En: Comercio Electrónico. GECTI (Grupo de Estudios en "Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informática). Bogotá: Legis, 2005, p. 327.

técnicamente el proceso. Los servicios que prestan estos intermediarios “*son todos servicios para que terceros llamados usuarios, puedan o bien acceder, o bien proveer, o bien intercambiar información con otras partes a través de la red [sic].*”<sup>13</sup>

Según las funciones que desarrollan los ISP, pueden distinguirse las siguientes especies de intermediarios<sup>14</sup>:

1. Los operadores de redes, quienes proveen la infraestructura (routers, cables, switches) que permite o facilita la transmisión de información desde un punto a otro;
2. Los proveedores de acceso a Internet, quienes pueden asumir múltiples modalidades, desde la posibilidad de “navegar” en la Red y disponer de una casilla de correo electrónico;
3. Los proveedores de servicios de alojamiento (hosting), que permiten almacenar a los usuarios información que queda guardada en los servidores del intermediario;
4. Los operadores de bullet in boards systems (BBS)<sup>15</sup>, salas de chat y news groups; y

---

<sup>13</sup> ÁLVAREZ, Carlos M. Responsabilidad de los ISP's en Colombia. En: Comercio Electrónico. GECTI (Grupo de Estudios en “Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informática). Bogotá: Legis, 2005, p. 532.

<sup>14</sup>Ver JULIÀ-BARCELÓ, R., “Liability for On-Line Intermediaries: A European Perspective”, p. 3. Disponible en web: en [www.droit.fundp.ac.be/Textes/online.pdf](http://www.droit.fundp.ac.be/Textes/online.pdf). Visitado 02/08/2003 y JUST, M, “Internet File Sharing and the Liability of Intermediaries for Copyright Infringement: A Need for International Consensus”, 2003 (1) The Journal of Information, Law and technology (JILT). <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/03-1/just.html>.

<sup>15</sup> Un BBS es un computador o una aplicación dedicada a la difusión e intercambio de mensajes de texto u otro tipo de archivos en una red. Los BBS constituyeron la primera forma de comunidades en línea a partir de la década de los ochenta y comienzos de los noventa, antes del arribo de la World Wide Web.

5. Los proveedores de acceso logístico o motores de búsqueda, quienes proveen a los usuarios de la Red de herramientas para buscar contenidos.

Así las cosas, la función básica de los ISP es proveer el acceso a Internet a los usuarios, pudiendo éstos a través de dicho servicio, navegar en Internet, colgar sus páginas web, acceder y suministrar información e intercambiarla con otros usuarios. En la ejecución de los servicios señalados, los ISP pueden entonces actuar como mero prestador de servicios de telecomunicaciones o como editor y controlador de toda aquella información que transita y se almacena en sus redes.

### **1.3.2 Fundamento de atribución de responsabilidad a los ISP en protección de la propiedad intelectual y en especial de los derechos de autor**

Al ser los ISP intermediarios que posibilitan el funcionamiento de Internet y la conexión de la misma con los usuarios, la atribución de responsabilidad a los mismos en los procesos que involucran a los derechos de autor en la red se ha tornado en un asunto de especial relevancia en la legislación nacional.

Aun cuando quienes infringen los derechos de autor, son los usuarios de la red, es claro que sus comportamientos son posibles gracias a la intervención de los ISP, quienes con sus servicios contribuyen en la causación de daños a terceros y participan en los hechos ilícitos que los usuarios cometan<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> En el entendido de que los ISP actúen como intermediarios con conocimientos de las infracciones por parte de sus usuarios.

Es bajo este entendido, que la disposición al señalarlos como responsables presuntos de tales comportamientos, se debe a que facilitan los medios para que las infracciones se materialicen. La atención en los ISP en los regímenes de responsabilidad civil también se debe al hecho de que los perjudicados pueden localizar a estos sujetos con más facilidad que a los usuarios múltiples e indeterminados de la red y, a que generalmente estos agentes son más solventes que los infractores directos.

### **1.3.3 Regulación de la responsabilidad de los ISP en el país**

Si bien es cierto que en Colombia no existe una laguna jurídica en materia de responsabilidad de los ISP en el contexto de la protección de los derechos de autor en la red, el régimen existente actualmente se caracteriza por ser de carácter general y poco eficiente. La responsabilidad de los prestadores de servicios está determinada por el rol que estos desempeñen en el desarrollo de sus funciones, bien sea en calidad de editor o como prestador de servicios de telecomunicaciones.

El concepto de editor es precisado por el literal Q del artículo 8 de la Ley 23 de 1982, el cual establece que el editor es *“la persona natural o jurídica, responsable económica y legalmente de la edición de una obra que, por su cuenta o por contrato celebrado con el autor o autores de dicha obra, se compromete a reproducirla por la imprenta o por cualquier otro medio de reproducción y a propagarla”*. Conforme a lo dicho anteriormente

y aunado a lo dispuesto en el artículo 2344 del Código Civil Colombiano<sup>17</sup>, se puede afirmar que en el evento en el que un ISP ejerza control editorial<sup>18</sup> sobre los contenidos que transitan por su servidor, este deberá responder solidariamente con el autor de la infracción, por los perjuicios que se deriven de la difusión o publicación de los mismos. Lo anterior, debido a que la labor editorial presupone una propagación o reproducción de las ideas producidas por el autor.

Por otro lado, si un ISP actúa como prestador de servicios de telecomunicaciones, sus actuaciones estarán regidas por las disposiciones del Decreto 1900 de 1990<sup>19</sup>, en virtud del cual, telecomunicación es *“toda emisión, transmisión o recepción de señales, escritura, imágenes, signos, sonidos, datos o información de cualquier naturaleza por hilo, radio, u otros sistemas ópticos o electromagnéticos”*<sup>20</sup>.

El artículo 27 de la norma en mención, hace una clasificación de los servicios de telecomunicaciones, dividiéndolos en servicios de difusión, telemáticos y de valor agregado, auxiliares de ayuda y especiales, de los cuales, los ISP podrían eventualmente desempeñar dos de estos servicios: de difusión y telemáticos y de valor agregado.

---

<sup>17</sup>Artículo 2344. Responsabilidad solidaria. Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355.

Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.

<sup>18</sup>Cabe aclarar que la edición en los procesos de comunicación no es una función propia de los ISP, razón por la cual, la mencionada responsabilidad solo tendrá lugar cuando la prestación de sus servicios se realiza excediendo las prerrogativas que le son propias y/o cuando se ha consentido que dicha labor adicional tenga lugar.

<sup>19</sup>Por el cual se reforman las normas y estatutos que regulan las actividades y servicios de telecomunicaciones y afines

<sup>20</sup>Artículo 2.

En la lectura del artículo 29 del Decreto 1900 de 1990<sup>21</sup>, se puede observar que los ISP en el desarrollo de sus funciones de difusión, pueden prestar el servicio de publicación de sitios web informativos en sus servidores, presupuesto bajo el cual en el evento de generarse responsabilidad, esta recaerá en cabeza del dueño del sitio web, toda vez que su trabajo se asemeja al de un editor, en caso de no ser posible la identificación de este por parte del ISP, la responsabilidad recaerá en este último o en su director<sup>22</sup>. Es de resaltar, que cuando los ISP ofrecen servicios de Internet, no son responsables por el contenido que comparten los usuarios, salvo que participen en la creación o emisión de los mismos.

#### **1.4 Régimen de responsabilidad aplicable a los ISP en defensa de los derechos de autor**

Hay quienes consideran que la responsabilidad de los ISP frente a los titulares de derechos de autor “*debería calificarse como una responsabilidad extracontractual especial, derivada de un acto abusivo de carácter profesional, en la cual se debería presumir la responsabilidad*”<sup>23</sup> de estos. **Extracontractual** por que entre el autor de la obra y los usuarios de Internet no media ningún tipo de contrato, vinculo o relación jurídica previa. **Especial** por cuanto esta responsabilidad no encaja completamente en ninguna de las categorías que consagra la ley (Hecho propio, hecho de un tercero, o hecho de las cosas). Consecuencia de un **acto abusivo derivado de una actividad profesional**<sup>24</sup> cada vez que

---

<sup>21</sup> En los que la comunicación se realiza en un solo sentido a varios puntos de recepción en forma simultánea

<sup>22</sup> CARRILLO ZULUAGA, Paola Andrea. *Atribución y limitación de responsabilidad civil a los proveedores de servicios de internet (ISP) en Colombia como medida de protección de los derechos de autor en la red*. Tesis (Derecho). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana 2012, p. 40

<sup>23</sup> *Ibidem*

<sup>24</sup> Los ISP tienen como función proveer el acceso Internet y brindar el servicio de conexión a los usuarios a través de sus equipos e infraestructura, es decir, actúan como un canal dentro del proceso de comunicación. Cada vez que los ISP sean



el derecho subjetivo concedido por el ordenamiento jurídico, se ejerza de una manera contraria a su finalidad y sentido<sup>25</sup>. Con régimen de **culpa presunta** dado que la actividad prestadora de servicios de Internet se considera profesional, y teniendo en cuenta los postulados de la carga dinámica de la prueba, se supone que el ISP está en mejores condiciones de probar, al ser un experto técnico en la materia.

Para la atribución de responsabilidad civil a una persona deben concurrir indispensablemente varios presupuestos. La doctrina mayoritaria considera que son tres los presupuestos necesarios para que nazca la responsabilidad civil extracontractual, ellos son: Hecho dañoso antijurídico, factor de atribución a título de culpa, y un nexo causal entre acto antijurídico y el daño causado.

#### **1.4.1 Hecho dañoso antijurídico**

La noción del daño se encuentra definida como “*todo detrimento o menoscabo que sufra una persona en su patrimonio o en su persona física o moral*”<sup>26</sup>. Este concepto es imprescindible cuando se habla de responsabilidad civil, puesto que sin daño no puede suscitarse ninguna pretensión resarcitoria; sin que exista perjuicio no hay responsabilidad civil<sup>27</sup>. Se ha expuesto agudamente que

---

emisores dentro de dicho proceso, pueden llegar a ser responsables, toda vez que se sale de la órbita de funcionamiento que la ley establece para ellos.

<sup>25</sup>SANTOS BALLESTEROS, Jorge. Instituciones de responsabilidad civil. Tomo II. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2007, p. 342.

<sup>26</sup>BOHÓRQUEZ B., Luís F. y BOHÓRQUEZ B., Jorge I. Diccionario Jurídico Colombiano. Tomo I. Editorial Jurídica Nacional, p. 541.

<sup>27</sup> ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. Ed. Astrea, Bs. As., 1993, p.11

*El daño o perjuicio, junto con la acción u omisión negligente y con el nexo de causalidad, es uno de los presupuestos de la responsabilidad civil (...) El daño, además de ser uno de los presupuestos, es sin duda el elemento imprescindible para que se ponga en marcha el mecanismo de la responsabilidad civil y la reparación, tanto en la vía contractual como en la extracontractual. Se trata de la pieza clave del sistema, ya que sin el daño o perjuicio no hay obligación de resarcir (...)*<sup>28</sup>

Es por ello que solo se puede plantear el problema de responsabilidad civil cuando existe un daño, de lo contrario no se puede determinar si el mismo fue causado por infracción de un deber jurídico, y si fue culpablemente. Sería inútil investigar la presencia de los otros elementos de la responsabilidad civil, si no se tiene certeza de la ocurrencia del daño<sup>29</sup>.

Es precisamente la certeza, una de las características con las que debe cumplir el hecho dañoso, sin embargo no es la más importante, pues para que sea indemnizable, se hace necesario que adicional a ser cierto, sea antijurídico, esto es, a que efectivamente vulnere el bien jurídico tutelado por la ley. La antijuridicidad del hecho dañoso hace referencia a que no se esté en la obligación legal de tolerar dicho daño.

Específicamente, en el caso de los derechos de autor, *“la conducta debe atentar contra una obra protegida por el derecho de autor, debe afectar de manera ilegítima o usurpatoria los derechos de explotación económica o morales de autor, no debe haber expirado el plazo de protección de los derechos patrimoniales y la conducta no debe estar enmarcada dentro de*

---

<sup>28</sup> REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. *Tratado de responsabilidad civil*. 3ª edición. Ed. Aranzadi. Navarra, España, p. 250

<sup>29</sup> BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 4ª edición. Abeledo-Perrot. Bs.As., 1983, p.116

*las limitaciones y excepciones al derecho de autor*<sup>30</sup>, es decir, el hecho dañoso (infracción cometida en la Internet) debe afectar los derechos patrimoniales y/o morales de los creadores artísticos, escritores, o científicos. En los actos en los que estén involucradas conductas de transmisión, conexión y almacenamiento, el daño afectaría directamente los derechos patrimoniales del autor y en aquellos en los que se ven implicadas conductas que tergiversen el contenido de las obras, el daño se vería reflejado en los derechos morales<sup>31</sup>.

#### **1.4.2 Culpa**

*“La culpa en la responsabilidad extracontractual no está sometida a graduación ninguna (...) sólo se responde por aquella”*<sup>32</sup> es decir *“en el momento de calificar la conducta del ISP lo que importará será entonces su efectiva participación en la actividad señalada como ilícita”*<sup>33</sup>. Sabiendo esto, es necesario determinar de quien es la carga de la prueba, si el autor que reclama sus derechos es quien debe probar la culpa del ISP, o si por el contrario es el ISP quien debe desvirtuar algún tipo de presunción. Tratándose de daños causados por un hecho propio, la carga de la prueba está en manos de quien reclama los perjuicios, es decir, es un régimen de culpa probada, sin embargo, conforme a la teoría dinámica de la prueba, quién esté en mejores condiciones de probar, debe hacerlo. Pues bien, aquí encontramos que serían los ISP quienes deben desvirtuar una presunción de culpabilidad, dado el carácter técnico y profesional que caracterizan sus funciones<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup>PLATA LÓPEZ, Luís Carlos. *Responsabilidad civil por infracciones a los derechos de autor*. Ediciones Uninorte, 2010, p. 111.

<sup>31</sup>CARRILLO ZULUAGA, Paola Andrea. *Op. Cit.*, p. 61.

<sup>32</sup>PARRA GUZMAN, Mario Fernando. *Responsabilidad civil*. Ed.: Doctrina y Ley. Bogotá, p. 203.

<sup>33</sup>CARRILLO ZULUAGA, Paola Andrea. *Op. Cit.*, p. 64.

<sup>34</sup>Ibidem.

### 1.4.3 Relación de causalidad

El nexo causal consiste en la imputación de un resultado a la conducta o acción humana, bien sea con fundamento en un factor subjetivo de atribución, o con base en el riesgo<sup>35</sup>. Es decir, que la relación de causalidad es ese el vínculo necesario que hay entre una determinada acción (culpa) y el resultado (daño); por virtud del mismo se determina a quién se puede imputar la comisión de un ilícito.

El tema relacionado con el nexo causal ha suscitado una fuerte discusión doctrinal, dado la difícil tarea de establecer cuál es el verdadero vínculo que media entre la culpa y el daño. Por ello, han surgido diferentes teorías que buscan establecer parámetros para determinar el nexo causal.

- (i) **Teoría de la equivalencia de condiciones:** entiende la relación causal como la suma de todas aquellas condiciones que configuran el resultado<sup>36</sup>.
- (ii) **Teoría de la causa próxima:** Se trató de limitar la sucesión causal para establecer como causa del daño aquella inmediatamente anterior a su ocurrencia<sup>37</sup>.
- (iii) **Teoría de la causa eficiente:** consiste en que no todas las condiciones ejercen la misma eficacia en la producción del resultado. Algunas resultan más eficaces que otra<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> PARRA GUZMAN, Mario Fernando. *Op. Cit.*, p. 156

<sup>36</sup> COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. *Responsabilidad Civil y Relación de Causalidad*. Buenos Aires. Ed. Astrea, p. 36.

<sup>37</sup> *Ibíd.*

(iv) **Teoría de la causalidad adecuada:** *“no todos los fenómenos que contribuyeron a la producción del daño tienen relevancia para determinar la causa jurídica del perjuicio; se considera que solamente causó el daño aquel o aquellos fenómenos que normalmente debieron haberlo producido; esta teoría permite romper el vínculo de causalidad en tal forma, que solo la causa relevante es la que ha podido producir el daño”<sup>39</sup>*

Es con base en esta última teoría (causalidad adecuada) que tratándose de la violación de los derechos de autor en la Internet, el nexo causal está dado por la concurrencia de los prestadores de servicios en la comisión de la infracción, pues sin ello, no podría concretarse el ilícito, dado la que todas las operaciones en la red, dependen de su funcionamiento.

### **1.5 Regulación normativa de los derechos de autor en Colombia**

El desarrollo legal y normativo de la responsabilidad civil de los ISP ha tomado un papel preponderante en las últimas décadas de nuestro país. Respecto de los derechos de propiedad intelectual, la Constitución Política de 1991 como norma de normas, establece en su artículo 61 el deber del Estado Colombiano de protegerlos *“por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”* y el deber del Congreso de *“regular el régimen de propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual”*<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> PARRA GUZMAN, Mario Fernando. *Op. Cit.*, p. 161

<sup>39</sup> TAMAYO JARAMILLO Javier. De la Responsabilidad Civil, las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa. 2da Edición. Bogotá: Editorial Temis, tomo 1, vol 2., 1996. pp. 245 - 246.

<sup>40</sup> Constitución Política 1991, artículo 150, numeral 24

Es así, como en cumplimiento de estos mandatos constitucionales y buscando la protección de los derechos de autor dentro del territorio nacional, que el país adoptó por medio del Acuerdo de Cartagena, la Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina que constituye un régimen común sobre derechos de autor y conexos para los países miembros del Pacto Andino; el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas; y el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la Organización Mundial del Comercio (OMC); y en el mismo sentido, ratificó los Tratados Internet de la OMPI sobre derechos de autor y sobre la interpretación o ejecución y fonogramas.

Con la misma finalidad el Congreso ha tipificado en el Código Penal Colombiano<sup>41</sup>, conductas que atentan contra los derechos de autor, consagrando en su articulado como delito la violación o defraudación a los derechos morales y patrimoniales de autor y la violación a los mecanismos de protección dispuestos para ellos, proscribiendo con ello, conductas como:

- (i) La publicación total o parcial, sin autorización previa y expresa del titular del derecho, una obra inédita de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.
- (ii) La inscripción ante la autoridad nacional competente, de una obra con nombre de persona distinta del verdadero autor, o con título diferente o suprimido, o con

---

<sup>41</sup> Título VIII

el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor o productor de una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

- (iii) La mutilación, modificación o transforme, sin autorización previa o expresa del titular de una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.
- (iv) La reproducción, transportación, almacenamiento, conservación, distribución, importación, venta, ofrecimiento, adquisición para la venta o distribución, o el suministro a cualquier título, de una obra sin autorización previa y expresa del titular de la misma.
- (v) La fijación, representación, ejecución o exhibición pública de obras teatrales, musicales, fonogramas, videogramas, obras cinematográficas, o cualquier otra obra de carácter literario o artístico sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes.
- (vi) La retransmisión, fijación, reproducción o divulgación por cualquier medio sonoro o audiovisual, sin autorización previa y expresa del titular, las emisiones de los organismos de radiodifusión.

En adición a lo anterior, al interior del país se han expedido normas que regulan la protección y delimitan el marco legal de los derechos de autor, siendo la primera de estas,

la ya mencionada Ley 23 de 1982<sup>42</sup> (sobre derechos de autor), que reglamenta esta categoría de propiedad intelectual y establece al igual que la Decisión Andina 351 de 1993, que todo autor desde el momento de la creación, dispone de unos derechos patrimoniales y morales que le permiten administrar y explotar su obra con plena libertad dentro del marco del ordenamiento jurídico.

## **1.6 Falencias del sistema actual**

Las falencias del sistema actual radican en la insuficiencia de las normas jurídicas que regulan la responsabilidad civil por violación a los derechos de autor en la Internet, y en la ineficacia de las mismas para solucionar los problemas que se suscitan en la materia.

Tenemos entonces por un lado, la insuficiencia de las normas dispuestas en el ordenamiento jurídico actual para regular la materia. El diccionario de la Real Academia Española<sup>43</sup> consagra la siguiente definición de insuficiencia:

*“(Del lat. insufficientia).*

*1. f. Falta de suficiencia.*

*2. f. Cortedad o escasez de algo*

*(...)”*

La aludida normatividad es insuficiente, toda vez que se limita a reglamentar los postulados generales de la responsabilidad civil aplicados a la propiedad común, siendo éstos escasos para dar respuesta, a las cada vez mayores, infracciones a los derechos autor en la Internet.

---

<sup>42</sup> Reformada y adicionada por la Ley 44 de 1993

<sup>43</sup> Vigésima Segunda Edición, Disponible en Web. <http://lema.rae.es/drae/>



Por otro lado, tenemos la ineficacia de las normas del sistema general de responsabilidad civil, que si bien es cierto son aplicables al asunto en estudio, sufren una frustración de los efectos finales como consecuencia de causas extrínsecas, en palabras de ARRUBLA PAUCAR, *“Si la eficacia es la aptitud para producir efectos, la ineficacia sería lo contrario, es decir la ausencia de efectos”*<sup>44</sup>.

Pese a toda la normativa que ha desplegado el poder legislativo colombiano en materia de protección a los derechos de autor, Colombia aun no cuenta con un régimen de responsabilidad civil especial que les garantice a los titulares de los derechos de autor una real y efectiva protección de sus derechos, la cual les permita perseguir con pretensiones resarcitorias e indemnizatorias a todo aquel que infrinja o permita la violación de sus derechos en Internet<sup>45</sup>. Como se estudió en líneas anteriores, el régimen de responsabilidad aplicable actualmente se ciñe a los postulados generales de la responsabilidad civil. Basta ver la cantidad y calidad de ilícitos que se cometen a diario en las redes, para saber que este sistema de responsabilidad es insuficiente e ineficaz.

Es claro que los principios generales de responsabilidad civil aplicados a la propiedad común no pueden entenderse y aplicarse de igual manera en los derechos derivados de la propiedad intelectual, siendo necesaria una reestructuración normativa con definiciones y categorías propias, que permitan aclarar y fortalecer las herramientas que tienen los autores y creadores para defender sus obras.

---

<sup>44</sup> ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles*. Legis Editores. Bogotá, 2012. Pág. 262

<sup>45</sup>Salvo en los casos en los que se condena a un sujeto por la comisión de uno de los delitos consagrados en el Código Penal, donde el titular del derecho de autor puede acudir al incidente de reparación integral dentro del proceso punitivo o acudir a la jurisdicción civil a través de la vía ordinaria para que tenga derecho a una reparación.

Salta a la vista, que el sistema judicial nacional no cuenta con las herramientas e instituciones necesarias para hacer efectiva la protección consagrada a nivel constitucional, dado que no existen autoridades y procedimientos especializados para dar respuesta eficiente a los requerimientos planteados por quienes consideran vulnerados sus derechos morales y patrimoniales. Lo anterior se puede constatar en los interminables y engorrosos procesos judiciales llevados en la jurisdicción ordinaria y en la ausencia de medidas cautelares especiales que lleve a la coacción de los infractores de derechos de autor en la red.

## **2. COMPROMISO DE REGULACIÓN EN LA MATERIA: TLC**

Hay dos factores claros que presionan al Congreso de la República a regular la responsabilidad civil por violación a los derechos de autor en la Internet, el primero de ellos, como ya lo vimos, es la falta de una normativa especial en la materia, pues actualmente, las controversias surgidas han de ser resueltas por los postulados generales de la responsabilidad civil, situación que no es del agrado de los escritores, artistas y científicos, quienes consideran que los derechos sobre sus obras se pierden en la red. El segundo factor que presiona al órgano legislativo, es la obligación contraída por Colombia con Estados Unidos de América, tras la suscripción del tratado de libre comercio, pues como se estudiará más adelante, en dicho acuerdo comercial, Colombia se comprometió a adoptar ciertas medidas regulatorias en el ámbito de la propiedad intelectual. Es precisamente en este último factor en el que se desarrollará el presente capítulo.

### **2.1 Obligación contraída por Colombia**

El tratado de libre comercio celebrado entre la República de Colombia y los Estados Unidos, obliga a ambos países a adoptar en sus respectivas legislaciones el texto del acuerdo comercial. Con ocasión del TLC, Colombia se encuentra en la necesidad de expedir una norma legal que regule los derechos de autor en la Internet, pues el capítulo 16 del acuerdo binacional, establece limitaciones a la responsabilidad de los ISP por infracciones a los derechos de autor o a los derechos conexos en la red. El numeral 29 del citado artículo consagra que las limitaciones a la responsabilidad de los ISP se deben

implementar con el fin de “*disponer procedimientos de observancia que permitan una acción efectiva contra cualquier acto de infracción de derecho de autor cubiertos por este Capítulo, incluyendo recursos expeditos para prevenir infracciones, y recursos penales y civiles*”<sup>46</sup>.

En virtud de los literales *a* y *b* del mismo artículo, los órganos legislativos de cada país están en la obligación de disponer “*incentivos legales para que los proveedores de servicios colaboren con los titulares de derechos de autor en disuadir el almacenaje y transmisión no autorizados de materiales protegidos por el derecho de autor*”<sup>47</sup> de la misma manera que deben establecer “*limitaciones en su legislación relativas al alcance de los recursos disponibles*<sup>48</sup> *contra los proveedores de servicios por infracciones a los derechos de autor que ellos no controlen, inicien o dirijan, y que ocurran a través de sistemas o redes controladas u operadas por ellos, o en su representación*”<sup>49</sup>.

Con relación a esto último el texto del tratado enmarca de forma taxativa cuales son las funciones y servicios que deben estar cobijados por un régimen de limitación de responsabilidad para los ISP:

---

<sup>46</sup> Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y Estados Unidos de América.

<sup>47</sup> Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y Estados Unidos de América.

<sup>48</sup> , En Colombia actualmente no hay regulación de la responsabilidad por violación a los Derechos de Autor en la red, es decir, hoy por hoy no existen recursos disponibles a favor de los titulares de dichos derechos y en contra de los prestadores de servicios, es justamente esta (limitación de la responsabilidad) una de las obligaciones tácitamente incluida en el TLC. Pues para cumplir con la obligación de limitar la responsabilidad de los ISP, es claro que primero deba existir un régimen de la misma.

<sup>49</sup> Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y Estados Unidos de América.

1. Aquellos relacionados con la transmisión, enrutamiento o suministro de conexiones para materiales sin modificaciones en su contenido, o el almacenamiento intermedio y transitorio de dicho material en el curso de ello.
  
2. Actividades relativas al almacenamiento temporal llevado a cabo mediante un proceso automático (caching) .Esta limitación aplica siempre y cuando el ISP:
  - Habilite el acceso al material almacenado temporalmente en una parte significativa, exclusivamente a los usuarios de su sistema o red que hayan cumplido con las condiciones de acceso de usuarios a ese material. (Art. 16.11.29.b.IV.A)
  
  - Respete y acate las reglas relativas a la actualización, recarga u otra actualización del material almacenado temporalmente cuando así o especifique la persona que pone a disposición el material en línea, de conformidad con un protocolo de comunicación de datos estándar generalmente aceptado por la industria, para el sistema o red mediante el cual esa persona pone a disposición el material. (Art. 16.11.29.b.IV.B)
  
  - No interfiera con la tecnología compatible con estándares de la industria aceptados en el territorio de la parte utilizadas en el sitio de origen para obtener información acerca del uso del material, y que no

altere su contenido en la transmisión a otros usuarios subsecuentes.

(Art. 16.11.29.b.IV.C)

- Retire de forma rápida el acceso, tras recibir una notificación efectiva de reclamo por infracción, al material almacenado temporalmente que ha sido removido o al que se le ha inhabilitado su acceso en el sitio de origen. (Art. 16.11.29.b.IV.D)

3. Aquellos servicios de almacenamiento a petición del usuario del material que se aloja en un sistema o red controlado u operado por o para el proveedor de servicios.

4. Aquellas actividades que se traten de referir o vincular a los usuarios a un sitio en línea mediante la utilización de herramientas de búsqueda de información, incluyendo hipervínculos y directorios, en otras palabras, servicios de enlace y motores de búsquedas.

Respecto a estas dos últimas funciones, las limitaciones están condicionadas a que el

ISP:

- No reciba beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, en circunstancias en que tenga el derecho y capacidad de controlar tal actividad.
- Retire o inhabilite en forma expedita el acceso al material que reside en su sistema o red al momento de obtener conocimiento real de la infracción o al

darse cuenta de los hechos o circunstancias a partir de los cuales se hizo evidente la infracción, tal como mediante notificaciones efectivas de las infracciones reclamadas.

- Designe públicamente a un representante para que reciba dichas notificaciones.

Es importante señalar que el texto del TLC aclara que las limitaciones de responsabilidad con ocasión de las cuatro funciones descritas anteriormente, se aplicarán sólo en el caso que el proveedor de servicios no inicie la cadena de transmisión del material, y no seleccione<sup>50</sup> el material o sus destinatarios.

Adicional a lo anterior, el tratado obliga a que se adquieran diferentes medidas de carácter general y específico respecto a esas limitaciones. Entre las medidas generales se dispone que los ISP deben adoptar políticas internas razonables para terminar en circunstancias apropiadas los contratos con los usuarios reincidentes. Entre las medidas específicas por función se establece, entre otras, que se debe retirar e inhabilitar de manera expedita el acceso a las obras vulneradas en cuanto se tenga conocimiento de las mismas tras una notificación efectiva del supuesto titular de los derechos de autor. Es importante subrayar que el acuerdo binacional aclara que no se le puede obligar a los prestadores de servicios a que dentro de sus funciones normales realicen monitoreos o busquen directamente hechos que señalen la existencia de una actividad infractora.

---

<sup>50</sup> Salvo en el caso de los servicios de enlaces, dado que involucran en sí una forma de selección.

Otras disposiciones importantes que contiene el tratado y que Colombia debe adoptar son:

1. Implementar procedimientos de notificación y contra-notificación efectivos para los casos en que haya infracción a los derechos de autor en la red. Se deben imponer sanciones a quienes a sabiendas realicen una falsa representación sustancial en una notificación o contra-notificación que lesione a cualquier parte interesada debido a que el ISP se haya apoyado en esa representación. Esta cláusula permite observar una clara influencia de la DMCA, específicamente de la figura del “*notice and take down*” (se explicará posteriormente).

2. Si los prestadores de servicios retiran o inhabilitan el acceso al material, de manera rápida y de buena fe frente a una notificación, deben quedar exentos de responsabilidad.

1. Se debe implementar un procedimiento administrativo o judicial que permita los titulares de derecho de autor acceder a la información para identificar al supuesto infractor. Este procedimiento evidencia la influencia del “*subpoena to identify infringer*” de la DMCA.

Para dar cumplimiento al compromiso adquirido con ocasión del TLC –adaptar la legislación interna a las disposiciones descritas anteriormente- en el año 2011, fue presentado por el gobierno Nacional colombiano el proyecto de Ley No. 241 a través del cual se pretendía regular en Colombia las infracciones a los derechos de autor y conexos en Internet, sistematizando o reglamentando los eventos en los cuales no serían responsables los Prestadores de Servicios de Internet (ISP) por las infracciones cometidas por sus



suscriptores o usuarios. El proyecto establecía que un autor que se sintiera vulnerado en sus derechos, podía elevar una queja ante el ISP y éste podía proceder a retirar el material cuestionado (todo debía hacerse en un plazo de 72 horas), acción ante la cual, el usuario podía apelar la decisión de la ISP al presentar por escrito pruebas que sustentaran que el material fue removido injustificadamente. En este punto, el autor podía acudir ante un juez para que mantuviera la decisión inicial.

Después de numerosos debates y foros en el Senado, de haber generado movimientos de protesta y de poner a discutir a los usuarios de Internet colombianos sobre sus derechos y los de los creadores de contenidos, el proyecto de Ley No. 241 fue archivado por el Congreso.

Recientemente, en aras de adoptar las medidas necesarias tras suscribir el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y siguiendo la tendencia internacional encaminada a regular el “uso de los contenidos protegidos por el derecho de autor y los derechos conexos, los cuales son masivamente publicados, almacenados, descargados o transmitidos a través de Internet”<sup>51</sup>, el Ejecutivo presentó nuevamente ante el Congreso un proyecto de Ley mediante el cual se trazó el marco legal que desarrollaba tal protección.

La denominada “Ley Lleras 2.0”<sup>52</sup> expedida con el fin de implementar compromisos adquiridos por el Estado colombiano, con ocasión de la suscripción del TLC con Estado

---

<sup>51</sup> Exposición de motivos del Proyecto de Ley por el cual se regula la responsabilidad por las infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en Internet.

<sup>52</sup> Proyecto de Ley 201 de 2012, hoy Ley 1520 “Por medio de la cual se implementan compromisos adquiridos por virtud del “acuerdo de promoción comercial”, suscrito entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América y su “protocolo modificatorio, en el marco de la política de comercio exterior e integración económica. Disponible en web:

Unidos, estaba compuesta por un articulado mediante el cual se regulaba la responsabilidad por las infracciones a los derechos de autor y los derechos conexos en Internet y proponía un procedimiento de “supresión” en Internet de los contenidos que infringían derechos de autor, siendo éste, el conjunto de mecanismos jurídicos y técnicos a través del cual se identificaban los contenidos en línea violatorios de los mismos, para su consecuente desmonte, retiro o supresión de la red. Se restringía la reproducción de videos, música y señales de televisión cuyo origen fuera Colombiano u otro país sin permiso del autor.

La precitada norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-011/13 por yerros de forma, Corporación que constató la existencia de un vicio consistente en la falta de competencia de las comisiones segundas del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, para aprobarla.

Cabe anotar en adición a todo lo expuesto, que además de las leyes expedidas por el Congreso en esta materia, existen decretos que amplían dicha protección, entre los cuales pueden enlistarse los siguientes: (i) Decreto 1360 de 1989, que equipara y protege el software como obra literaria protegida por las normas de derecho de autor; (ii) Decreto 460 de 1995, que establece los procedimientos de registro de los derechos de autor; (iii) Decreto 162 de 1996, que reglamenta la Decisión Andina 351 de 1993 y la Ley 44 de 1993, en relación con las Sociedades de Gestión Colectiva de Derecho de Autor o de Derechos Conexos y (iv) Decreto 4540 de 2006, que regula demás aspectos de las sociedades de

gestión de los mismos e implementan controles de aduanas para proteger la propiedad intelectual.

## **2.2. Régimen de responsabilidad civil por violación a las normas de derechos de autor en Estados Unidos.**

En Estados Unidos existen tres tipos de responsabilidad por daños: (i) Responsabilidad directa (*direct infringement*), (ii) infracción indirecta (*contributory infringement*) y (iii) responsabilidad vicaria (*vicarious liability*), siendo las dos últimas las que se aplican en materia de copyright para la imputación de responsabilidad de los ISP por hechos de terceros.

- (i) Responsabilidad directa (*direct infringement*): Es una responsabilidad objetiva que no requiere dolo, culpa o conocimiento de la infracción para que se configure, es únicamente necesario la comisión de la misma. Se produce cuando alguien ejerce uno de los derechos exclusivos otorgados por la Ley de Propiedad Intelectual sin solicitar el permiso del propietario del copyright.
  
- (ii) Infracción indirecta (*contributory infringement*): Es una responsabilidad que aun cuando no exige la comisión personal de la infracción para su configuración, si requiere el conocimiento de la misma, y la inducción, causación o contribución material del tercero infractor, es decir, que una persona puede ser responsable por infracción aun cuando en realidad no participe en actividades ilícitas.

- (iii) Responsabilidad vicaria (vicarious liability): Este tipo de responsabilidad es imputable por el hecho de un tercero, a aquella persona que tiene el derecho o la facultad de controlar el acto del tercero infractor y no lo hace, y en adición a ello, recibe un beneficio financiero por la infracción, es una responsabilidad que opera bajo una relación de control.

La Digital Millennium Copyright Act (DMCA)<sup>53</sup> promulgada el 28 de octubre de 1998 con la finalidad de implementar los Tratados Internet de la OMPI de 1996 y de adaptar la United States Copyright Act – USCA (norma vigente para la época en materia de protección de derechos de autor), tiene como objetivo fundamental la limitación de la potencial responsabilidad civil a que se puede ver enfrentado un ISP cuando actúa como prestador de servicio de telecomunicaciones, permitiendo que usuarios accedan a material protegido, que ha sido puesto a disposición pública por otra persona. Está compuesta por cinco títulos a saber:

1. Implementación de los Tratados de la OMPI (sobre Derecho de Autor y sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas): Exhorta a la realización de modificaciones técnicas a la ley estadounidense a efectos de proveer un sistema legal acorde con dichos tratados; crea dos nuevas prohibiciones en materia de derechos de autor, la primera de ellas sobre la elusión de las medidas tecnológicas utilizadas por los titulares de derechos para proteger sus obras y la segunda sobre la

---

<sup>53</sup> Disponible en web: <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>

manipulación en el manejo de la información de copyright; y finalmente adiciona a la legislación medidas civiles y penales por violación de dichas prohibiciones.

2. Sobre las limitaciones y responsabilidades por la violación de los derechos de autor en línea: crea cuatro nuevas limitaciones en materia de responsabilidad por la infracción de derechos de autor por los proveedores de servicios en línea, creando un “puerto seguro” para los proveedores de servicios en línea, (incluyendo a los ISP):

2.1. Limitación por la mera transmisión de contenidos: limita la responsabilidad de los ISP en los casos en que sólo actúan como conducto de información, y la transmisión de la información digital se hace desde un punto de una red a otra, por encargo. La transmisión del material no debe haber sido iniciada por el ISP, el cual no debe seleccionar al destinatario, ni el material, ni modificar su contenido, así mismo el almacenamiento temporal de dicho material que mantiene el ISP en su servidor no ha de estar al acceso de cualquier persona.

2.2. Limitación por el almacenamiento temporal de información en caché: limita la responsabilidad de los ISP por el almacenamiento de copias por un tiempo limitado del material que ha sido cargado en Internet por una persona diferente al ISP y después ha sido transmitido a un suscriptor a su dirección de correo.

- 2.3. Limitación de responsabilidad por el almacenamiento de información en sistemas o redes en páginas o direcciones de los usuarios pero que residen en su sistema o red: limita la responsabilidad de los ISP por infringir material almacenado en la dirección o página web de un usuario en sitios web alojados en sus sistemas. Requiere que el ISP no tenga conocimiento efectivo ni conciencia de hechos que evidencien la infracción o que cuando el ISP si tenga dicho conocimiento o conciencia, éste inhabilite el acceso a dicho material de forma expedita o remueva el contenido del mismo una vez reciba una notificación que reclame una infracción (actuación última, que lo exime de responsabilidad).

Esta exención incorpora los elementos de la ya explicada responsabilidad vicaria, reiterando la necesidad de no contar con conocimiento efectivo ni conciencia de hechos que evidencien la ilicitud de una conducta.

Al regular este tipo de excención, la norma establece los procedimientos para la notificación apropiada, y las reglas en cuanto a los efectos de la misma<sup>54</sup>, adoptando el procedimiento de notificación y retirada o desmonte de contenidos (“notice and takedown”), en virtud del cual el propietario de un derecho de autor tiene la posibilidad de presentar una notificación (la cual debe cumplir con unos elementos mínimos previamente especificados), argumentando la causación de un perjuicio al agente designado del proveedor de servicios.

---

<sup>54</sup> Sección 512 (c) (3) Limitation on Liability for Copyright Infringement. DMCA

Una vez recibida la notificación de forma adecuada, es decir, con el cumplimiento de los requisitos legales, el proveedor de servicios deberá de forma inmediata eliminar o bloquear el acceso al material identificado en la notificación, a efectos de ser eximido de responsabilidad monetaria. Adicionalmente, el proveedor estará protegido respecto de cualquier reclamación realizada por una persona, consecuencia de la retirada o desmonte de material<sup>55</sup>.

Dentro del precitado proceso de notificación, se consagra también en cabeza del suscriptor, la posibilidad de dar respuesta a la precitada comunicación a través de la radicación de una contra notificación en la que se contrargumenten las razones expuestas en la notificación elevada por el titular de los derechos de autor. En aras de calificar la protección contra la responsabilidad de los ISP por retirar material infractor, el proveedor de servicios deberá notificar al suscriptor la eliminación o inhabilitación del acceso al material. Si el suscriptor que realiza una contra notificación con el lleno de los requisitos legales, exponiendo que el material fue removido o inhabilitado de forma errónea, el ISP deberá poner de nuevo el material eliminado a disposición del público en un plazo de 10 a 14 días hábiles después de recibir la notificación de oposición (a menos que el propietario de los derechos de autor presente una demanda contra el suscriptor o

---

<sup>55</sup> Sección 512 (g) (1) Limitation on Liability for Copyright Infringement. DMCA

usuario que compartió el material objeto de discusión, caso en el cual, la decisión estará en cabeza de la autoridad nacional competente).

- 2.4. Limitación de responsabilidad por herramientas de ubicación de información (hipervínculos, directorios en línea, motores de búsqueda y similares): limita la responsabilidad de los ISP por los actos de referir o vincular a los usuarios a un sitio que contiene material infractor mediante el uso de tales herramientas de localización de información.

Esta exención incorpora los elementos de la ya explicada responsabilidad vicaria, reiterando la necesidad de no contar con conocimiento efectivo ni conciencia de hechos que evidencien la ilicitud de una conducta, así como la inhabilitación o remoción del acceso al material de forma expedita en caso de obtener este conocimiento o conciencia.

3. Sobre el seguro en el mantenimiento de ordenadores: Este título permite que el propietario o arrendatario de un computador realice o autorice la realización de una copia de un programa informático en el curso de mantenimiento o reparación de dicho equipo. La exención sólo permite la realización de una copia cuando un equipo está activado, y si contiene una copia autorizada del programa.



4. Provisions Misceláneas: Sección que confirma la autoridad de la Oficina de Copyright de Estados Unidos para llevar a cabo las funciones normativas y de política internacional.
5. Protección de diseños originales: Se crea un nuevo sistema para proteger los diseños originales de ciertos artículos útiles que hacen que el producto sea atractivo o distintivo en apariencia.

Así mismo, se observa que en adición a lo anterior, la DMCA consagra en su articulado las condiciones que deben cumplir los ISP en virtud de la función que desarrollen, debiendo cumplir de forma permanente con las siguientes:

1. Designar un agente que reciba las notificaciones de individuos que arguyen una violación de sus derechos de autor y que envíen dichas notificaciones a los suscriptores afectados.<sup>56</sup>
2. Comunicar a la Oficina de Derechos de Autor los datos del agente (nombre y dirección), así como la publicación de dicha información en el sitio web del ISP<sup>57</sup>.
3. El desarrollo y publicación de una política de terminación de servicio para los usuarios infractores reincidentes y la provisión a los usuarios de la red, de las normas sobre Derechos de Autor<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> Section 215 (f) (3) Limitation on Liability for Copyright Infringement. DMCA

<sup>57</sup> Section 215 (E) Limitation on Liability for Copyright Infringement. DMCA

4. El aseguramiento de que el sistema se acomoda a los estándares técnicos desarrollados por la industria, tales como medidas tecnológicas que usan los autores para proteger sus trabajos y obras frente al acceso ilegal o la violación de sus derechos de autor<sup>59</sup>.

La DMCA fija los supuestos bajo los cuales opera la limitación de responsabilidad de los ISP cuando sus usuarios cometen infracciones a los derechos de autor en Internet, previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa en cuestión (sección 215): (i) Que el ISP no tenga conocimiento efectivo –actual knowledge-, ni sea consciente –not aware- de hechos o circunstancias que evidencien la actividad infractora; y (ii) que cuando el ISP tenga conocimiento de la actividad infractora, actúe con prontitud para retirar los contenidos o imposibilitar el acceso a los mismos<sup>60</sup>.

Además de limitar la responsabilidad de los prestadores de servicios, y de fijar el procedimiento de notificación y desmonte de contenidos, la norma bajo estudio establece un procedimiento mediante el cual el propietario de derechos de autor puede obtener una orden judicial de un tribunal federal que exija a un proveedor de servicios revelar la identidad del suscriptor que se encuentra presuntamente participando o realizando las actividades infractoras (“subpoena to identify infringer”).<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup> Section 215 (c) (2) Limitation on Liability for Copyright Infringement. DMCA

<sup>59</sup> *Ibidem*

<sup>60</sup> PEGUERA POCH, Miquel. *¿Inmunidad para el mensajero? La protección otorgada a los proveedores de servicios de Internet en el derecho europeo y español*. En: Revista Iberoamericana de Derecho de Autor (CERLALC), año 1, no. 2 (julio – diciembre 2007), p.28 – 44.

<sup>61</sup> Section 512 (h) Section 215 (c) (2) Limitation on Liability for Copyright Infringement. DMCA

Se evidencia que la DMCA contiene dos secciones principales, por un lado, las disposiciones anti-elusión que crea dos nuevas prohibiciones en materia de derechos de autor e incorpora a la legislación estadounidense en materia de derechos de autor, medidas civiles y penales por violación de dichas prohibiciones; y por el otro, el acta sobre “las limitaciones y responsabilidades a la violación de los derechos de autor en línea”, en la cual se estableció un régimen de exención de responsabilidad para los ISP, otorgándoles protección a los proveedores de servicios que cumplan con ciertas condiciones frente a daños o perjuicios ocasionados por las actividades ilegales de sus usuarios y de terceros en la red.

Es de destacar, que las precitadas limitaciones, operan únicamente con relación a la indemnización de perjuicios causados al propietario de los derechos de autor y no respecto de la responsabilidad penal o medidas precautorias o cautelares<sup>62</sup>.

La DMCA contempla entonces herramientas adicionales en materia de protección de los derechos de autor en Internet, al fijar el procedimiento de notificación y desmonte de material; la obligación que les impone a los intermediarios de revelar al titular de los derechos vulnerados los datos del usuario infractor; el establecimiento de políticas de expulsión de usuarios infractores reincidentes y la exención de responsabilidad a favor de los prestadores de servicios de enlace y motores de búsqueda y de las instituciones de educación sin ánimo de lucro.

---

<sup>62</sup> PIÑERO UGARTE, Julieta. Responsabilidad de los ISPs por violación a la propiedad intelectual: Estados Unidos, Europa y Chile. Revista chilena de Derecho Informático. Disponible en web: <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewFile/10737/11003>

### **2.3. Diferencias entre las legislaciones de Estados Unidos de América y Colombia en materia de derechos de autor en la Internet**

Como se ha reiterado a lo largo de esta monografía, en Colombia no existe legislación alguna que regule los derechos de autor en la Internet, a diferencia de Estados Unidos de América, país en el que la DMCA, se encarga de establecer ciertos parámetros en la materia.

La principal diferencia entre ambas legislaciones, es la existencia de un régimen de responsabilidad civil aplicable. Mientras la normatividad estadounidense consagra la posibilidad de que los ISP sean responsables civilmente por los daños causados a los autores, con ocasión de las infracciones cometidas a las obras de estos últimos, por parte de los navegantes en Internet; en Colombia no existe ningún tipo de norma que consagre una responsabilidad especial para los proveedores de servicios, si no que en casos de violación a los derechos de autor en la red, -como se expresó anteriormente-, “*debería calificarse como una responsabilidad extracontractual especial, derivada de un acto abusivo de carácter profesional, en la cual se debería presumir la responsabilidad*”<sup>63</sup>.

Una segunda diferencia entre el ordenamiento jurídico estadounidense y el colombiano, es que en el primero de ellos, la DMCA consagra ciertos supuestos bajo los cuales los ISP

---

<sup>63</sup>CARRILLO ZULUAGA, Paola Andrea. *Atribución y limitación de responsabilidad civil a los proveedores de servicios de internet (ISP) en Colombia como medida de protección de los derechos de autor en la red*. Tesis (Derecho). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana 2012, p. 40

pueden estar libres de algún tipo de responsabilidad, mientras que al no existir una norma regulatoria de la materia en el ordenamiento jurídico colombiano, y partiendo de una responsabilidad subjetiva, se aplicarían las causales generales de exoneración y justificación, para que a través de alguna de ellas se rompa el nexo causal entre el hecho dañoso y la culpa. Dichas causales en Colombia son, caso fortuito o fuerza mayor, hecho de un tercero, culpa exclusiva de la víctima, prudencia y diligencia, estado de necesidad, legítima defensa, ejercicio legítimo de un derecho y cumplimiento de un deber legal.

Otra visible diferencia entre las dos normativas, es que la ley estadounidense le da a los prestadores de servicios, el deber-potestad de retirar con prontitud de la Internet, los contenidos violatorios a derechos de autor, mientras que en Colombia hay una laguna al respecto.

### **3. ANALISIS DE LA EFECTIVIDAD DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL TLC**

Como se estudió en el acápite anterior, la obligación contraída por Colombia en el Tratado de Libre Comercio celebrado con Estados Unidos, se reduce a la adopción de varios postulados consagrados en el acuerdo, y que se encuentran claramente influenciados por la *Digital Millennium Copyright Act*, esto quiere decir que Colombia debe adoptar internamente ciertas figuras propias de la legislación que rige en el país anglosajón en materia de derechos de autor. A continuación, se estudiará si sería eficiente implementar dichos postulados en la legislación de nuestro país, teniendo en cuenta que la adopción que se pretende realizar se limita a ciertas figuras e instituciones de la DMCA, y no a la totalidad de la misma. En este contexto es válido preguntarse si la adopción de apartes o rezagos de la mencionada Ley garantizaría la real protección de los derechos de autor en nuestro país.

#### **3.1 Falencias del sistema actual en Estados Unidos. Caso Viacom Vs. Google y YouTube**

El 13 de marzo de 2007, Viacom presentó una demanda por 1000 millones de dólares contra Google y YouTube, alegando que el sitio de videos había participado en la infracción de derechos de autor de forma "descarada" al permitir a los usuarios subir y ver el material con derechos de autor propiedad de Viacom. En la demanda se indicaba que más del 150.000 videos no autorizados por el accionante y la programación del mismo, se

habían puesto a disposición en el sitio web de YouTube, y que estos videos conjuntamente habían sido vistos más de 1.5 millones de veces<sup>64</sup>.

La empresa demandante manifestó que Google y YouTube habían infringido sus derechos de autor por ejecución, visualización y reproducción de obras con *copyright* de Viacom, pues la página de videos YouTube debe revisar ciertos contenidos antes de publicarlos en lugar de esperar que los dueños de los derechos de autor le pidan que retire el contenido ilegal. Por otra parte, sostuvo que los demandados "se dedican a promover e inducir" la infracción, y que se había construido intencionalmente una biblioteca de obras infractoras con el fin de aumentar el tráfico del sitio web<sup>65</sup>.

El 23 de junio de 2010, el juez de distrito a cargo del caso, Louis Lee Stanton, falló a favor de Google y YouTube, afirmando que estaban protegidos por las disposiciones de la DMCA, a pesar de la evidencia de la infracción de *copyright*. El juez sostuvo que si bien es cierto que el intercambiador de videos tenía conocimiento general de que algún material subido a su portal por parte de los usuarios está protegido por derechos de autor, éste no podía diferenciar qué videos se habían subido con permiso y cuales no<sup>66</sup>. Stanton concluyó que obligar a los sitios de intercambio de videos para vigilar proactivamente cada video subido "iría en contra de la estructura y funcionamiento de la DMCA", pues ella solo

---

<sup>64</sup> [https://www.docketalarm.com/cases/New\\_York\\_Southern\\_District\\_Court/1--07-cv-02103/Viacom\\_International\\_Inc\\_et\\_al\\_v\\_Youtube\\_Inc\\_et\\_al/1/](https://www.docketalarm.com/cases/New_York_Southern_District_Court/1--07-cv-02103/Viacom_International_Inc_et_al_v_Youtube_Inc_et_al/1/)

Citado en Mayo de 2013

<sup>65</sup> Ibidem

<sup>66</sup> LASAR, Matthew. *Google triumphant, beats back billion dollar Viacom lawsuit*. En: <http://arstechnica.com/tech-policy/2010/06/google-beats-viacom-in-billion-dollar-lawsuit/>

Consultado en Septiembre de 2013.

establece un sistema de notificación y contra-notificación, el cual a su parecer funcionó eficazmente en el presente caso, toda vez que los demandados habían abordado con éxito el desmonte masivo de videos producto de una notificación emitida por Viacom en 2007.

Viacom interpuso recurso de apelación ante el Segundo Tribunal del Circuito de Apelaciones<sup>67</sup>, centrándose en correos electrónicos internos entre los empleados de Google y YouTube que estaban al tanto de la infracción. En el dictamen de esta instancia, el tribunal de apelaciones estuvo de acuerdo con los demandados en que los ISP deben estar al tanto de las infracciones antes de convertirse en responsable de las mismas, también determinó que el juez federal no había considerado debidamente si la parte demandada pudo haber tenido conocimiento efectivo de los videos infractores específicos, o si por el contrario quiso hacerse el ciego voluntariamente. Sin embargo el tribunal estimó que “un jurado razonable podría encontrar que YouTube tuvo conocimiento efectivo de la actividad infractora específica en su página web” y que el derecho y la capacidad de controlar la actividad infractora no tiene por qué requerir el conocimiento de infracciones específicas. El tribunal envió el caso de vuelta a Stanton para considerar si Google y YouTube habían llevado a cabo una "omisión premeditada" sobre este asunto.

---

<sup>67</sup> [http://www.nytimes.com/2010/06/24/technology/24google.html?\\_r=0](http://www.nytimes.com/2010/06/24/technology/24google.html?_r=0)  
Citado en Mayo de 2013



En la decisión<sup>68</sup>, Stanton consideró que no se presentaba una "omisión premeditada" y que los demandados no tenían la capacidad de controlar la actividad infractora, ello después de haberse pronunciado sobre cuatro aspectos en su decisión:

1) Si en el presente caso, la página de videos tuvo conocimiento o conciencia de las infracciones específicas; 2) Si en el presente caso, el intercambiador de videos de forma voluntaria omitió premeditadamente las infracciones específicas; 3) Si el sitio web tenía el "derecho y la capacidad de controlar" la actividad infractora en el sentido que establece el puerto seguro consagrado en la DMCA; 4) Si cualquier video en el expediente se le puede syndicar a un tercero, en caso afirmativo, si dicha distribución se produjo en razón del almacenaje en la dirección del usuario en el sentido de la DMCA, por lo que el sitio de videos podría reclamar la protección del puerto seguro.

El juez Stanton dio la razón a Google y YouTube en los cuatro problemas para encontrar que el canal de videos no tenía conocimiento real de un caso concreto de violación a los derechos de autor en los trabajos de Viacom, y por lo tanto no podía haber "omisión premeditada".

En el presente caso es evidente que solo se pudo cumplir uno de los dos objetivos de la DMCA: limitar la responsabilidad de los prestadores de servicios por violación a los derechos de autor en la Internet, pues el segundo objetivo –disminuir la piratería en aras de proteger las obras de los creativos- no se logra, toda vez que el titular del derecho debe realizar una notificación al ISP para que éste retire el material, lo cual puede resultar

---

<sup>68</sup>United States District Court Southern District of New York Case 1:07-cv-02103-LLS Document 452 Pag. 1

engorroso y poco práctico, teniendo en cuenta el número de usuarios que navegan a diario en la Internet.

Salta a la vista que en el presente caso aunque se dio aplicación de los postulados de la DMCA y se actuó conforme a derecho, la principal falencia tuvo como fundamento la inexistencia de acciones que permitan la persecución directa de los usuarios infractores, teniendo como consecuencia la falta de protección y garantía de los derechos de autor en la Internet.

### **3.2 Proyectos de ley en Estados Unidos**

En vista de las falencias de la DMCA, los proyectos de ley Stop Online Piracy Act –SOPA y Protect Intellectual Property Act –PIPA, tenían como objetivo principal terminar con la piratería y el robo de material protegido por los derechos de autor en Estados Unidos. Ambos fueron diseñados, como se expondrá a continuación, para hacer frente a los sitios web con sede en el extranjero que venden películas piratas, música y otros productos de manera ilegal, violando como ya se mencionó los derechos de sus titulares.

#### **3.2.1 Proyecto de Ley SOPA**

Este proyecto de Ley, pretendía autorizar en Estados Unidos al Fiscal General para solicitar una orden judicial en contra de un sitio web estadounidense con base en el extranjero que

cometiera o facilitara la piratería en línea, para que éste requiriera o exhortara al propietario, operador o titular del nombre de dominio, al sitio o al nombre de dominio mismo (ante la imposibilidad de encontrar a estas personas), a cesar y desistir de la realización de actividades que constituyeran delitos de propiedad intelectual tipificados en el código penal federal, incluida la infracción de derechos de autor criminal, la fijación no autorizada y el tráfico de grabaciones sonoras o vídeos musicales en directo, la grabación de películas exhibidas, o el tráfico de etiquetas falsificadas, bienes o servicios.

SOPA establecía un proceso que constaba de dos pasos<sup>69</sup> y que permitía al titular de derechos de propiedad intelectual que se viera perjudicado por un sitio web bajo las circunstancias precitadas en el párrafo anterior, para que presentara una notificación escrita a los proveedores de servicios de Internet y a los servicios de publicidad de Internet; requiriéndolos para que dieran respuesta a dicha notificación y suspendiera sus servicios al sitio identificado, salvo que el propietario del sitio, el operador, o el titular del nombre de dominio, al recibir la notificación enviada, proporcionara una contra notificación explicando que no realizaba actividades ilícitas como las endilgadas y probara la legalidad del material contenido en el sitio web.

Como segunda medida a tomar, este proceso consagraba en favor del titular del derecho de autor vulnerado, la posibilidad de instaurar una demanda de medidas cautelares en contra del propietario, operador, titular del nombre de dominio, del sitio web o del nombre de

---

<sup>69</sup> <http://beta.congress.gov/bill/112th-congress/house-bill/3261>  
Visitado en Junio de 2013.

dominio en sí mismo, (ante la imposibilidad como se mencionó anteriormente, de encontrar a estas personas), si: (i) se presentaba una reclamación en contra de la notificación efectuada, y si se trataba de un sitio web con sede en el extranjero, autorizaba a la justicia de Estados Unidos para decidir si el sitio realizaba actividades violatorias de derechos de propiedad intelectual o no; o (ii) un proveedor de servicios de Internet o de servicios de publicidad en Internet no suspendía sus servicios ante la existencia de una reclamación en contra de la notificación.

Con el proyecto se buscaba exigir entonces a los proveedores de servicios en línea, motores de búsqueda de Internet, los proveedores de las redes de pago y servicios de publicidad en Internet, al recibir una copia de una orden judicial, la toma de medidas preventivas como la retención de servicios a los sitios web infractores o prevenir a los usuarios ubicados en los Estados Unidos sobre el acceso al sitio web infractor. Así mismo, a requerir a los proveedores de redes y servicios de publicidad en Internet, para que tomaran medidas preventivas similares.

SOPA proporcionaba inmunidad<sup>70</sup> de responsabilidad a los proveedores de servicios, proveedores de las redes de pago, los servicios de publicidad en Internet, los anunciantes, los motores de búsqueda de Internet, los registros de nombres de dominio, o registradores de nombres de dominio; que tomaran las acciones consagradas en la ley o que de manera voluntaria bloquearan el acceso o pusieran fin a la afiliación financiera con dichos sitios

---

<sup>70</sup> *Ibíd*em

web; y con la misma finalidad, permitía a dichas entidades detener o rechazar los servicios de los sitios web que pusieran en peligro la salud pública mediante la distribución de medicamentos con receta adulterada, mal etiquetada o sin una prescripción válida.

### **3.2.2 Proyecto de Ley PIPA**

La PROTECT IP Act (en adelante PIPA)<sup>71</sup>, fue un proyecto de ley que tuvo por objetivo brindar al gobierno de Estados Unidos y a los titulares de derechos de autor, herramientas adicionales para restringir el acceso y violación a los derechos de autor en la Internet. El proyecto fue introducido el 12 de mayo de 2011, por el Senador demócrata Patrick Leahy y un grupo bipartito de 11 promotores, y consagraba un sistema a través del cual el gobierno de los Estados Unidos estaría autorizado para dar fin a los sitios web dedicados a realizar o permitir la práctica de actividades ilícitas.

Este proyecto de Ley, definía como conducta infractora la distribución de copias ilegales, bienes falsificados o tecnología, que permitieran evadir las protecciones anticopia, es decir, que la infracción existía toda vez que los hechos o circunstancias sugirieran que el sitio web estaba siendo utilizado primariamente como medio para participar, permitir o facilitar las actividades descritas.

Según exponían sus creadores, PIPA se enfocaba en proveer mejoras en la aplicación contra sitios web operados y registrados por fuera del territorio estadounidense y autorizaba al Departamento de Justicia de los Estados Unidos a obtener órdenes judiciales en contra de

---

<sup>71</sup> <http://www.leahy.senate.gov/imo/media/doc/BillText-PROTECTIPAct.pdf>  
Visitado en Junio de 2013

sitios web dedicados a actividades infractoras, ante la imposibilidad de ubicación de sus propietarios u operadores. Así las cosas, este proyecto de Ley, se enfocaba en la persecución de los sitios de Internet dedicados a realizar actividades ilícitas, siendo éstos, según lo definido por la misma norma, sitios de Internet que no tienen uso distinto a la realización, permisión o colaboración en la ejecución de actividades causantes de violaciones de los derechos de autor, elusión de los sistemas de protección de derechos de autor, o la dilución de marcas, concepto que también cobijaba a los sitios web que por diversos hechos o circunstancias sugirieren, se utilizan principalmente como un medio para realizar o permitir ese tipo de actividades.

Entre las medidas que se podían tomar en virtud de la precitada norma a efectos de dar una real protección a los derechos de propiedad intelectual en Internet, PIPA consagraba en cabeza del Fiscal General, la posibilidad de presentar una demanda en contra de toda persona que se registrara o poseyera un nombre de dominio, usado por un sitio de Internet dedicado a realizar actividades delictivas o ilícitas. La norma requería que el Fiscal general notificara al demandado, y una vez que la corte publicara una orden, esta podía ser utilizada para requerir a los proveedores de servicios financieros, servicios de avisos publicitarios en Internet, proveedores de servicios de Internet y herramientas para localizar información, a que cesaran de realizar transacciones financieras con el sitio infractor y removieran los enlaces que los vinculaban con el mismo.

Este proyecto de ley también facultaba al Fiscal General para iniciar un procedimiento de confiscación, en contra de un nombre de dominio utilizado por un sitio web dedicado a

realizar actividades ilícitas, en virtud de lo anterior, si la corte concedía la medida cautelar (como se mencionó anteriormente), los oficiales de la ley federal (con la aprobación previa de la corte) quedaban facultados para entregar una copia de la orden judicial a las siguientes entidades, las cuales debían tomar las acciones que a continuación se especifican:

- Operadores de servidores no acreditados de nombres de dominio: Los servidores no acreditados de nombres de dominio, son intermediarios utilizados para resolver o acabar con un nombre de dominio, conducta que realizan mediante la retención de una copia de la información almacenada en ellos. Los operadores de estos servidores (por lo general, proveedores de servicios de Internet), tenían como función impedir el acceso a los nombres de dominio incautados.
- Los proveedores de transacciones financieras: Las empresas que facilitan las transacciones en línea (como compañías de tarjetas de crédito), estaban obligados a evitar la realización de transacciones entre los clientes que se encuentren dentro de los Estados Unidos y el sitio de Internet.
- Servicios de avisos publicitarios en Internet: estaban obligados a dejar de vender y proporcionar publicidad al sitio web.
- Proveedores herramientas para localizar información: motores de búsqueda como Google y Yahoo debían tomar las medidas técnicas posibles para eliminar o desactivar el acceso al sitio de Internet.

- Titulares de derechos de autor tenían la posibilidad y el derecho de instaurar una acción en contra los solicitantes de registro de nombres de dominio nacionales y no domésticos, más puntualmente, de demandar a una persona que registró el nombre de dominio utilizados por un sitio de Internet dedicado a las actividades infractoras.

PIPA también consagraba a su favor el derecho a instaurar una demanda en contra de todo nombre de dominio no utilizado por un sitio web dedicado a las actividades infractoras. En respuesta, un tribunal federal podía emitir una orden judicial contra el nombre de dominio si este se utilizaba en los Estados Unidos para acceder a la página web, si perjudicaba claro está, a los titulares de derechos de propiedad intelectual.

Finalmente, al igual que SOPA, PIPA preveía la inmunidad de responsabilidad de los actores cuando éstos se negaran a prestar servicios a sitios web infractores que pusieran en peligro la salud pública. Los registros de nombres de dominio, los registradores de nombres de dominio, los proveedores de las transacciones financieras, motores de búsqueda y servicios de publicidad en Internet podían negarse a prestar servicios a esos sitios de Internet cuando creyeran de buena fe que el sitio estaba infringiendo.

### **3.2.3 Fracaso de SOPA y PIPA**

Los proyectos de ley SOPA y PIPA, introducidos en la Cámara de Representantes y en el Senado de los Estados Unidos respectivamente, tuvieron como se explicó anteriormente, como único objeto combatir agresivamente la difusión no autorizada de material protegido



con derechos de autor en la Internet, ambas propuestas brindaban dos opciones para combatir la violación de copyright en sitios web extranjeros. Por un lado, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos podía pedir la expedición de órdenes judiciales para exigirle a los proveedores de servicios de Internet el bloqueo de los nombres de dominio de sitios infractores; y por el otro, se facultaba a los titulares de los derechos vulnerados para solicitar órdenes judiciales pidiendo a los proveedores de pago, anunciantes y motores de búsqueda que dejen de hacer negocios con los sitios infractores. Aunque SOPA y PIPA parecían brindar una efectiva y real protección a los derechos de autor en la Internet, la benévola iniciativa no fue suficiente para que dichos proyectos se convirtieran en Ley formal.

Fueron varias las razones que inhibieron el proceso de formación de ley, entre ellas encontramos la impopularidad de las propuestas, dado que los usuarios de la Internet, y diferentes sectores de la economía se oponían a las mismas por considerar que:

1. Se restringía la libertad de expresión en la Internet<sup>72</sup>.
2. Habría un impacto negativo en los sitios web construidos con contenidos alojados por sus usuarios<sup>73</sup>.
3. Se podría presentar un debilitamiento de la protección de los puertos seguros para sitios web, establecida en la DMCA<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup>BRITDO, Jerry. *Congress's Piracy Blacklist Plan: A cure Worse than the Disease?* En: <http://techland.time.com/2011/11/07/congresss-piracy-blacklist-plan-a-cure-worse-than-the-disease/#ixzz1eG1bPxLM> Consultado en Septiembre de 2013

<sup>73</sup>MACKINNON, Rebecca. *Stop the great Firewall of America*. New York Times, 15 de noviembre de 2011. Consultado en Septiembre de 2013.

<sup>74</sup>LASAR, Matthew. *Google triumphant, beats back billion dollar Viacom lawsuit*. En: <http://arstechnica.com/tech-policy/2010/06/google-beats-viacom-in-billion-dollar-lawsuit/> Consultado en Septiembre de 2013.

4. La ambigüedad de los proyectos de Ley, constituían una fuerte amenaza a las transacciones electrónicas de carácter comercial<sup>75</sup>.
5. Representaba una amenaza para los usuarios que suben contenidos<sup>76</sup>.
6. Significaba una violación al derecho de intimidad, toda vez que los ISP podían inspeccionar a los usuarios<sup>77</sup>.
7. Constituía una limitación al acceso a la información y al derecho a la educación.

Los anteriores argumentos fueron presentados en múltiples escenarios y medios de comunicación con el fin de generar grandes movimientos políticos, económicos y sociales, que impidieran la promulgación de las leyes que contenían las disposiciones antipiratería<sup>78</sup>. En una fuerte campaña liderada por la industria tecnológica y de la Internet, diferentes sitios web como Wikipedia, Flickr, y Cuevana, rechazaron los proyectos en una simbólica protesta en la que *apagaron* sus servicios, difundiendo mensajes como “*Internet debe seguir siendo libre*”, e “*Imagina un mundo sin conocimiento libre*”.

Finalmente, y como consecuencia de las diferentes protestas contra las normas antipiratería, el Senado de Estados Unidos, seguido por la Cámara de Representantes del mismo país, decidieron posponer indefinidamente “*la consideración de la legislación hasta que haya un acuerdo más amplio acerca de una solución*”<sup>79</sup>.

---

<sup>75</sup>RUSHE, Dominic. *Sopa condemned by web giants as 'internet blacklist bill*. The Guardian. Disponible en: <http://www.theguardian.com/technology/2011/nov/16/sopa-condemned-internet-blacklist-bill>

Consultado en Septiembre de 2013.

<sup>76</sup>MINOR, Jack. *Internet giants oppose bill that could make posting online videos a crime*. Greeley Gazette. <http://www.greeleygazette.com/press/?p=11974>

Consultado en Septiembre de 2013.

<sup>77</sup>MCCULLAGH, Declan. *SOPA's latest threat: IP blocking, privacy-busting packet inspection*. Privacy Inc. CNET. En: [http://news.cnet.com/8301-31921\\_3-57328045-281/sopas-latest-threat-ip-blocking-privacy-busting-packet-inspection/](http://news.cnet.com/8301-31921_3-57328045-281/sopas-latest-threat-ip-blocking-privacy-busting-packet-inspection/).

Consultado en Septiembre de 2013.

<sup>78</sup>KELION, Leo. *Sopa: Sites go dark as part of anti-piracy law protests*.

Disponible en: <http://www.bbc.co.uk/news/technology-16612628> Consultado en Septiembre de 2013

<sup>79</sup>Diario el Mundo de España. *El Congreso de EEUU pospone la votación de sus polémicas leyes 'antipiratería' en Internet*. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/01/20/navegante/1327096080.html>

### 3.3 ¿Sería eficiente para Colombia adoptar las disposiciones contenidas en el TLC?

Habiendo realizado un análisis de la normatividad vigente en los Estados Unidos de América, es preciso afirmar que el sistema legal presenta falencias estructurales que inhiben la eficacia jurídica de la regulación, es decir, la norma legal carece de aptitud para producir efectos jurídicos<sup>80</sup>. Es evidente que en el país anglosajón, la regulación no supe las necesidades reales del entorno virtual, ello se puede constatar en:

- (i) La necesidad de presentar dos proyectos de ley ante el órgano legislativo del mencionado país, a efectos de implantar acciones y procedimientos efectivos en contra de los cada vez más frecuentes actos atentatorios de los derechos de autor en la red. La revolución digital, propia de nuestra era, ha eliminado las barreras y límites fronterizos, permitiendo que se tenga acceso a todo tipo de información desde cualquier parte del mundo, de forma inmediata. Analizada esta situación, a la luz de la Digital Millennium Copyright Act, es claro que ésta es insuficiente para garantizar los derechos de los titulares de las obras creativas, toda vez que la mencionada ley no otorga facultades a los entes de control estadounidenses para perseguir a los infractores por fuera de su territorio nacional.
  
- (ii) El procedimiento de notificación y contra-notificación consagrado en la DMCA, es ineficaz, ya que solo son formalismos que no garantizan la protección real y efectiva a los derechos de autor. En Colombia, implementar una norma que otorgue la

---

Consultado en Septiembre de 2013

<sup>80</sup> Sentencia de la Corte Constitucional C-025 de 2012. MP.: Mauricio González Cuervo

potestad a los ISP de retirar contenidos que se consideren violatorios a los derechos de autor, sin ningún tipo de orden de la autoridad competente, puede estimarse como atentatoria del derecho fundamental al debido proceso consagrado en la constitución nacional.

(iii) Tomando como referencia el ya expuesto proceso judicial, suscitado en los tribunales estadounidenses, entre las compañías Viacom y Youtube, salta a la vista que las limitaciones a la responsabilidad a favor de los prestadores de servicios ISP consagradas en la DMCA, son excesivamente garantistas de los derechos de estos últimos, lo que dificulta la posibilidad de endilgar algún tipo de culpa a estas entidades. Como se puede observar, esta norma, contrario a garantizar los derechos de autor en la red, enumera causales de exoneración de responsabilidad a favor de los prestadores de servicios.

Por los argumentos expuestos en los tres numerales anteriores, es indiscutible que la implementación de las disposiciones consagradas en el acuerdo comercial binacional, permitiría a Colombia cumplir con la obligación suscitada con ocasión del TLC, pero no garantizaría la real protección de los derechos morales y patrimoniales de los autores en la red. En otras palabras, implementar la normatividad estadounidense en materia de responsabilidad civil por violación a los derechos de autor en Internet, sería un formalismo legislativo al que se le podría atribuir el calificativo de *letra muerta*.

## **4. CONSIDERACIONES FINALES**

Las cláusulas del TLC son bastante precisas y específicas en lo que se refiere a la normatividad que debe adoptar Colombia en materia de responsabilidad de los ISP por violación a los derechos de autor en la red. Sin embargo, dada la alta influencia de la *Digital Millennium Copyright Act* en los postulados del acuerdo bilateral, el legislativo colombiano debe tener en cuenta los principios que rigen el ordenamiento jurídico nacional en aras de no incurrir en una transliteración de normas.

### **4.1. Alternativas de protección de los derechos de autor en Internet**

En la actualidad, muchos países han introducido a su cotidianidad el uso de la Internet, al ser ésta, una herramienta que facilita la creación de conocimiento, la satisfacción de necesidades y el desarrollo general de la comunidad de manera libre, inmediata y ubicua. Es justamente por la importancia que tiene la Internet en el desarrollo del día a día de la sociedad, que los autores se ven obligados a promocionar y comercializar sus creaciones en ésta, sin embargo lo hacen en un entorno que carece de seguridad jurídica, pues no cuentan con un marco legal especial que garantice sus derechos. Como bien es sabido, la Internet facilita el acceso a obras protegidas por derechos de autor a miles de personas alrededor del mundo, haciéndose fácil la reproducción masiva no consentida. Realizar un control sobre dichas reproducciones es una tarea excesivamente difícil dado la casi imposible

individualización de los usuarios; esta situación significa una gran preocupación para los autores, pues la propiedad de sus creaciones se pierden en la red.

En busca de cumplir la obligación contraída con Estados Unidos tras la suscripción del Tratado de Libre Comercio<sup>81</sup>, pero sobre todo, en busca de garantizar los derechos derivados de las creaciones del intelecto humano, Colombia debe actualizar su normatividad e implementar nuevos regímenes que sopesen las necesidades del entorno virtual en el que transcurren nuestros días.

No es un secreto que la realidad universal exige figuras jurídicas que pongan fin a la pugna de intereses existente entre los autores que reclaman la exclusividad de los derechos sobre sus obras, y los usuarios que aclaman el acceso sin límites a la información. Aunque la situación no es nada fácil, se debe regular la materia de tal forma que se hagan concesiones recíprocas, en las que ambas partes se beneficien de la reglamentación legal, para ello, sería útil que el Congreso nacional realice estudios de derecho comparado, en los que se analice la efectividad de las diferentes legislaciones en sus respectivos territorios. Se pueden estudiar, entre otras:

- Las ventajas de los proyectos de ley SOPA y PIPA en Estados Unidos, tales como la persecución incluso por fuera del territorio nacional de los infractores de los derechos de autor en la Internet y la posibilidad de tomar medidas cautelares en

---

<sup>81</sup> En virtud del cual se pretende regular en Colombia las infracciones cometidas por los usuarios de Internet a los derechos de autor, reglamentando la posible responsabilidad de los ISP en dichas actuaciones.

contra de los propietarios de los sitios web que permitan voluntariamente la infracción.

- La posibilidad de establecer sanciones administrativas por parte de una autoridad competente y en contra de los infractores cuando vulneren los derechos de autor en la Internet, tal como lo establecían los objetivos iniciales de la ley HADOPI en Francia.
- Las disposiciones que establecían inicialmente el proyecto de Ley SINDE en España, las cuales consagraban en cabeza de la Comisión de la Propiedad Intelectual, la potestad de cerrar las páginas web que tuvieran un ánimo de lucro indirecto o la intención de causar daño a los derechos de autor.

#### **4.2 Recomendaciones para la implementación de normativas futuras en esta materia**

Si bien es cierto que en nuestro país no existe regulación especial en esta materia, y que las realidad del día a día exige soluciones con prontitud, no se puede dejar de lado la inminente necesidad de expedir leyes que solucionen de manera efectiva la problemática suscitada. Con tal fin, a continuación se exponen ciertas recomendaciones que pueden ser de gran utilidad para la adopción de futuras normativas.

En primer lugar, se debe tener en cuenta nuestro sistema jurídico continental, para evitar la transcripción literal de la norma. Así mismo se debe enmarcar la futura norma dentro de los fundamentos, bases y principios constitucionales que nos rigen, ello con el objetivo de

prevenir que el articulado de la nueva norma sea declarado contrario a la Carta Magna, evitando a su vez que surja nuevamente una laguna jurídica.

En segundo lugar se debe estudiar la posibilidad de crear una autoridad pública independiente que proteja la difusión de obras y los derechos de autor en Internet, a la cual se le otorgue la potestad de imponer sanciones administrativas de forma gradual a quienes vulneren dichos derechos (una primera notificación vía correo electrónico, una segunda notificación de carácter personal, y finalmente la suspensión de la conexión a Internet).

En este punto es importante traer a colación las modificaciones que introdujo la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) en materia de protección de los derechos de propiedad intelectual en nuestro país:

1. En principio los temas relativos a derecho de autor serán de competencia de los jueces civiles del circuito en primera o única instancia (Arts.19-20). Al mismo tiempo, la Ley le otorga funciones jurisdiccionales a la Dirección Nacional de Derecho de Autor (Art. 24).
2. Sin excluir la competencia otorgada a los jueces, la Ley reviste a la DNDA con facultades preventivas en la materia. Esta función jurisdiccional de la DNDA se empezará a ejercer conforme al principio de gradualidad de la oferta. Por lo cual la DNDA deberá informar las condiciones y la fecha a partir de la cual ejercerá estas funciones (Art. 24).



3. Los asuntos relativos al derecho de autor se tramitarán, en principio, a través del proceso verbal (artículo 368 y siguientes) salvo los relativos a conflictos relacionados en el artículo 243 de la Ley 23 de 1982 -cuestiones civiles que se susciten con motivo del pago de los honorarios, por representación y ejecución pública de obras y de las obligaciones consagradas en el artículo 163 de la Ley 23 de 1982- asuntos estos que se tramitarán por medio del Proceso Verbal Sumario (artículo 390, numeral 5).

Finalmente, teniendo en cuenta la dificultad de que esto se lleve a cabo en la realidad, sería preciso que el procedimiento que señale la ley bien sea administrativo o judicial, cuando reglamente este aspecto, suscite la instrucción de peritos especializados en temas de comunicación y, que tanto las medidas cautelares de las que se pueda valer el supuesto infringido como las sanciones que pueda recibir el investigado estén expresamente determinadas en la ley.

## CONCLUSIONES

En la actualidad, muchos países han introducido a su cotidianidad el uso de la Internet, al ser ésta, una herramienta que facilita la creación de conocimiento, la satisfacción de necesidades y el desarrollo general de la comunidad de manera libre, inmediata y ubicua. La Internet facilita el acceso a obras protegidas por derechos de autor a miles de personas alrededor del mundo, haciéndose fácil la reproducción masiva no consentida. Realizar un control sobre dichas reproducciones es una tarea excesivamente difícil dado la casi imposible individualización de los usuarios; esta situación significa una gran preocupación para los autores, pues la propiedad de sus creaciones se pierden en la red.

Los derechos de autor son una parte de los derechos de propiedad intelectual que protegen bienes inmateriales que constituyen creaciones del intelecto humano, es un conjunto de normas encaminado a proteger a los autores y a los titulares de obras, concediéndole a éstos la facultad de controlar todo lo relativo al uso o explotación de su obra. Debido a la importancia que tiene la Internet en el desarrollo del día a día de la sociedad, los autores se ven obligados a promocionar y comercializar sus creaciones en ésta, sin embargo lo hacen en un entorno que carece de seguridad jurídica, pues no cuentan con un marco legal especial que garantice sus derechos. Cada vez se hace más necesaria la expedición de leyes que regulen el mundo virtual.

La preocupación mundial por la protección de los derechos de autor se encuentra latente, diferentes países se hallan ante la disyuntiva de impulsar el uso libre de la red o de establecer límites y parámetros al desbordado intercambio de información que la Internet

posibilita. Colombia no ha sido extraña a esta preocupación, situación que llevó al constituyente de 1991 a incluir como deber del estado la protección de los derechos de propiedad intelectual, de la misma manera que ha llevado al Congreso a expedir leyes que regulen lo relativo a derechos de autor y que determinen el marco de funcionamiento de las sociedades de gestión de los mismos.

Sin embargo, Colombia todavía no posee un sistema de responsabilidad civil especial que les permita a los titulares de los derechos de autor interponer acciones con pretensiones indemnizatorias en virtud del daño que estiman que sufren cuando estos derechos les son violados en la red. Teniendo de referencia legislaciones de otros países, como la estadounidense y la española, el Gobierno colombiano propuso, a través del fracasado proyecto de ley 241 de 2011, mejor conocido como “Ley Lleras” establecer un régimen de responsabilidad civil en cabeza de los Proveedores de Servicios de Internet para controlar la violación de los derechos de autor en Internet. En dicho proyecto se proponía implementar una especie de procedimiento prejudicial en el que se le otorgaría la potestad a los ISP de bloquear o incluso retirar los contenidos que circularan a través de ellos si recibían reclamos por parte de cualquiera que alegara vulneración de sus derechos de autor, de la misma manera contemplaba la posibilidad de que los ISP entregaran información confidencial de sus usuarios en caso de una supuesta comisión de ilícitos relacionados con los derechos de autor. La razón por la que se pretendía fijar la responsabilidad en los ISP para contrarrestar las violaciones de derechos de autor obedece a que, además de ser intermediarios importantes entre los usuarios y la Internet, son fácilmente determinables e individualizables.

Como quiera que sea, Colombia en aras de suministrar una protección efectiva y particular a los derechos de autor, debe expedir una o varias normas legales en las que se regule de manera especial la responsabilidad por violación de los mismos, toda vez que entró en vigencia el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América en el que se obligó a ello de manera explícita. Sin embargo, después de lo analizado en la presente monografía jurídica, se pudo determinar que la adopción de las cláusulas del TLC, harían que Colombia transcriba los postulados de la *Digital Millennium copyright Act*, los cuales como se estudió presentan varias deficiencias, tales como el excesivo garantismo en la limitación de responsabilidad de los ISP y la insuficiente protección a los derechos de autor. Logrando justo el efecto contrario de los objetivos que se buscan con cualquier ley antipiratería.

Se puede concluir entonces, que a pesar de las numerosas diferencias formales existentes entre las legislaciones colombiana y estadounidense, en materia de responsabilidad civil de los ISP por violación a los derechos de autor en la Internet, la realidad indica que ambas legislaciones son igual de insuficientes al no suplir las necesidades que se presentan en el entorno digital. La adopción de las disposiciones contenidas en el TLC, sería un mero formalismo que no solucionaría la problemática actual del país. Esto es, aun siendo semejantes las dos regulaciones, los autores seguirían viendo perdida la paternidad de sus obras en la Internet.

## BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ AMÉZQUITA, David Felipe; GARZÓN ZULUAGA, Andrea Liliana; MUÑOZ HERNÁNDEZ, Laura Yolanda y PADILLA HERRERA, Julio Cesar. *Proveedores de Servicios de Internet y de contenidos, responsabilidad civil y derechos de autor*. Studiositas, Edición Diciembre 2009. Pág. 51-64.

ÁLVAREZ, Carlos M. Responsabilidad de los ISP's en Colombia. En: Comercio Electrónico. GECTI (Grupo de Estudios en "Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informática). Bogotá: Legis, 2005, p. 532.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles*. Legis Editores. Bogotá, 2012. Pág. 262

BENÍTEZ QUINTERO, Natalia. *Efectos del TLC en materia de propiedad intelectual y en medicamentos*. Tesis (Derecho). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

BERNAL VARGAS, Alexandra. *La responsabilidad de los proveedores de servicios en internet (ISP) y las entidades de certificación*. Tesis (Especialización en Derecho Comercial). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2006.

BOHÓRQUEZ B., Luís F. y BOHÓRQUEZ B., Jorge I. Diccionario Jurídico Colombiano. Tomo I. Editorial Jurídica Nacional, p. 541.

BRITDO, Jerry. *Congress's Piracy Blacklist Plan: A cure Worse than the Disease?* En: <http://techland.time.com/2011/11/07/congresss-piracy-blacklist-plan-a-cure-worse-than-the-disease/#ixzz1eG1bPxLM>

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 4ª edición. Abeledo-Perrot. Bs.As., 1983, p.116

CARRILLO ZULUAGA, Paola Andrea. *Atribución y limitación de responsabilidad civil a los proveedores de servicios de internet (ISP) en Colombia como medida de protección de los derechos de autor en la red*. Tesis (Derecho). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

CASTRO CASTRO, Carlos Alberto. *Nuevas tecnologías y propiedad intelectual*. Madrid, España: Editorial Reus: Aisge, 1999.

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. *Responsabilidad Civil y Relación de Causalidad*. Buenos Aires. Ed. Astrea, p. 36.

Constitución Política 1991, artículo 150, numeral 24

Corte Constitucional, Sentencias C-276 de 1996, C-871 de 2010.

DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo. *Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet por infracción de los derechos de autor*. Fundación Fernando Fueyo Laneri, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones, artículo 14

Diario el Mundo de España. *El Congreso de EEUU pospone la votación de sus polémicas leyes 'antipiratería' en Internet*. Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/01/20/navegante/1327096080.html>

DI PIETRO, Marcelo. *Protección de obras y prestaciones en internet*. XI Curso académico regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y derechos conexos para países de América Latina: “El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital” organizado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

Digital Millennium Copyright Act (DMCA). Estados Unidos, 1998.

Directiva 2000/31/CE de la Unión Europea.

ERDOZAÍN LÓPEZ, José Carlos. *Derechos de autor y propiedad intelectual en internet*. Madrid, España: Editorial Tecnos, 2002.

FUNDINAGA, Katherine. *Responsabilidad de los Proveedores de Servicios Internet*. Revista Alfa-Redi, Número 091, Febrero 2006.

GARCÍA CABEZAS, Sandra. *La responsabilidad de los proveedores de servicios: consecuencias de la ausencia de regulación del sistema de notificación y retirada en la Directiva Europea de Comercio Electrónico*. Portal de la Universidad de Alicante sobre Propiedad Industrial e Intelectual y Sociedad de la Información.

GARCÍA CABEZAS, Sandra. *La responsabilidad civil de los proveedores de servicios de internet por infracciones de derechos de propiedad intelectual*. Publicación conmemorativa XV Aniversario AAAML. <http://www.uaipit.com/aaaml/SandraGarc.pdf>

Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (“Ley HADOPI”). Francia.

JULIÀ-BARCELÓ, R., “Liability for On-Line Intermediaries: A European Perspective”, p. 3. *Disponible en web: en [www.droit.fundp.ac.be/Textes/online.pdf](http://www.droit.fundp.ac.be/Textes/online.pdf)*.

JUST, M, “*Internet File Sharing and the Liability of Intermediaries for Copyright Infringement: A Need for International Consensus*”, 2003. The Journal of Information, Law and technology (JILT).

KELION, Leo. *Sopa: Sites go dark as part of anti-piracy law protests*. Disponible en: <http://www.bbc.co.uk/news/technology-16612628>

LASAR, Matthew. *Google triumphant, beats back billion dollar Viacom lawsuit*. En: <http://arstechnica.com/tech-policy/2010/06/google-beats-viacom-in-billion-dollar-lawsuit/>

Ley 2 de 2011 o Ley de Economía Sostenible (disposición final cuadragésima tercera: “Ley Sinde”). España.

Ley 23 de 1982 de la República de Colombia, sobre derechos de autor.

LIPSZYC, Delia. *El derecho de autor en el ámbito digital*. Jornadas de derecho de autor organizadas por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi\\_da\\_mex\\_05/ompi\\_da\\_mex\\_05\\_2.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_da_mex_05/ompi_da_mex_05_2.pdf)

LIPSZYC, Delia. *Responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por las infracciones del derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital: análisis de la jurisprudencia internacional*. XI Curso académico regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y derechos conexos para países de América Latina: “El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital”.

LÓPEZ ROMERO, Tatiana. *Internet service provider's liability for online copyright infringement the US approach*. En: *Universitas Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas*. Número 112, Julio - Diciembre 2006. Pág. 193-214.

MACKINNON, Rebecca. *Stop the great Firewall of America*. *New York Times*, 15 de noviembre de 2011.

MÁRQUEZ ROBLEDO, Santiago. *Principios generales del derecho de autor*. Tesis (Derecho). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2004.

MCCULLAGH, Declan. *SOPA's latest threat: IP blocking, privacy-busting packet inspection*. *Privacy Inc. CNET*. En: [http://news.cnet.com/8301-31921\\_3-57328045-281/sopas-latest-threat-ip-blocking-privacy-busting-packet-inspection/](http://news.cnet.com/8301-31921_3-57328045-281/sopas-latest-threat-ip-blocking-privacy-busting-packet-inspection/).

MINISTERIO DE GOBIERNO. *Régimen de propiedad intelectual: leyes, decretos y resoluciones vigentes sobre la materia*. Bogotá: Ministerio de Gobierno, 1962

MINOR, Jack. *Internet giants oppose bill that could make posting online videos a crime*. *Greely Gazette*. <http://www.greeleygazette.com/press/?p=11974>

NIÑO HERNÁNDEZ, Fanny Patricia. *Responsabilidad civil de los prestadores de servicios de intermediación por las infracciones al derecho de autor cometidas por sus usuarios; situación de España y Colombia*. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona, 2010.

OSPINA NOGUERA, Ana María. *Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet por la utilización no autorizada de las obras protegidas por el derecho de autor*. Tesis (Derecho). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2010.

PARRA GUZMAN, Mario Fernando. *Responsabilidad civil*. Ed.: Doctrina y Ley. Bogotá, p. 203.

PEGUERA POCH, Miquel. *¿Inmunidad para el mensajero? La protección otorgada a los proveedores de servicios de Internet en el derecho europeo y español*. En: Revista Iberoamericana de Derecho de Autor (CERLALC), año 1, no. 2 (julio – diciembre 2007), p.28 – 44.

PIÑERO UGARTE, Julieta. Responsabilidad de los ISPs por violación a la propiedad intelectual: Estados Unidos, Europa y Chile. Revista chilena de Derecho Informático. Disponible en web: <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewFile/10737/11003>

PLATA LÓPEZ, Luis Carlos. *Responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor*. Barranquilla: Ediciones Uninorte: Grupo Editorial Ibáñez, 2010.

Proyecto de Ley 201 de 2012, hoy Ley 1520 de la República de Colombia.

REGLERO CAMPOS, Luis Fernando. *Tratado de responsabilidad civil*. 3ª edición Ed. Aranzadi. Navarra, España, p. 250

RÍOS RUIZ, Wilson Rafael. *Propiedad intelectual en el entorno digital: infracción de los derechos de autor en la red (Internet)*. Bibliotecas & Tecnologías de la Información. Volumen 4, Número 1, Enero - Marzo 2007. Pág. 22-33.

RODRÍGUEZ TURRIAGO, Omar. Aproximación a la problemática de los derechos de autor en el internet. En: Comercio Electrónico. GECTI (Grupo de Estudios en “Internet, Comercio Electrónico & Telecomunicaciones e Informática). Bogotá: Legis, 2005, p. 327.

RUSHE, Dominic. *Sopa condemned by web giants as 'internet blacklist bill*. The Guardian. Disponible en: <http://www.theguardian.com/technology/2011/nov/16/sopa-condemned-internet-blacklist-bill>

SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *Instituciones de responsabilidad civil*. Tomo II. Segunda Edición. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

Sentencia de la Corte Constitucional C-025 de 2012. MP.: Mauricio González Cuervo

Sentencia de la Corte Constitucional C-966 de 2012 M.P. María Victoria Calle

TAMAYO JARAMILLO Javier. De la Responsabilidad Civil, las presunciones de responsabilidad y sus medios de defensa. 2da Edición. Bogotá: Editorial Temis, tomo 1, vol 2., 1996. pp. 245 - 246.



Tratado de Libre Comercio celebrado entre Colombia y Estados Unidos de América.

UNESCO Y CERLAC. *Foro académico sobre derecho de autor y tratados de libre comercio*. Edición 1, Octubre – Diciembre 2004.

United States District Court Southern District of New York Case 1:07-cv-02103-LLS Document 452 Pag. 1

ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad civil*. Ed. Astrea, Bs. As., 1993, p.11

ZUCCHINO, Clara. *La responsabilidad de los ISP por los contenidos generados y transmitidos por sus usuarios*. Certamen IP 2008, Mentis Innovadoras para el Desarrollo. 2da Edición.