

**“RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET
POR LA UTILIZACIÓN NO AUTORIZADA DE LAS OBRAS PROTEGIDAS POR
EL DERECHO DE AUTOR”.**

**ANA MARÍA OSPINA NOGUERA
MILLER JOSÉ KOY FONSECA**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
BOGOTÁ D.C
2010**

**“RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET
POR LA UTILIZACIÓN NO AUTORIZADA DE LAS OBRAS PROTEGIDAS POR
EL DERECHO DE AUTOR”.**

**ANA MARÍA OSPINA NOGUERA
MILLER JOSÉ KOY FONSECA**

Trabajo de Grado para optar al Título de Abogado(a)

Director

María Consuelo Velásquez Vela

Profesor Investigador

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
BOGOTÁ D.C**

2010

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará porque 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”.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN.....	9
 Capítulo I El Derecho de Autor 	
1.1. Concepto.....	12
1.2. Contexto histórico.....	14
1.3. Teorías sobre Derechos de Autor.....	18
1.3.1. Teoría monista.....	18
1.3.2. Teoría dualista.....	19
1.4. Contenido de los Derechos de Autor.....	19
1.4.1. Derechos patrimoniales.....	19
1.4.1.1 Derecho de reproducción.....	20
1.4.1.2. Derecho de comunicación pública.....	20
1.4.1.3. Derecho de transformación.....	21
1.4.1.4. Derecho de distribución.....	21
1.4.1.5. Derecho de seguimiento.....	21
1.4.2. Derechos morales.....	22
1.4.2.1. Derecho de paternidad.....	22
1.4.2.2. Derecho de integridad.....	23
1.4.2.3. Derecho de divulgación.....	24
1.4.2.4. Derecho de modificación.....	24
1.4.2.5. Derecho de retracto o retiro.....	24

1.5. Derecho Conexos.....	25
1.5.1. Derechos conexos a los artistas ejecutantes.....	25
1.5.2. Derechos conexos a los productores de las grabaciones de sonido.....	26
1.5.3. Derechos conexos a los Organismos de Radiodifusión.....	27

Capítulo II

Los Derechos de Autor en el Servicio de Internet

2.1. Contexto histórico.....	28
2.2. Reglas generales que protegen los Derechos de Autor en internet. Caso colombiano.....	37

Capítulo III

Proveedores de Servicios de Internet

3.1.1. En servicios básicos de transmisión.....	42
3.1.2. Enrutamiento o servicio de conexiones.....	43
3.1.3. Servicios de almacenamiento temporal.....	44

Capítulo IV

Sistema de responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet en Estados Unidos

4.1. Régimen legal.....	44
4.2. El D.M.C.A.....	46
4.3. Referencias jurisprudenciales.....	52
4.4. Soluciones que se plantean al problema.....	61

Capítulo V

Sistema de responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet en España

5.1. Régimen legal.....	63
-------------------------	----

5.2. Referencias jurisprudenciales.....	78
5.3. Soluciones que se plantean al problema.....	87

Capítulo VI

Sistema de la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet en Sur y Centro América

6.1. Referencias legales generales de algunos Países latinoamericanos, concretamente de Chile y Perú.....	90
6.2. Algunas referencias jurisprudenciales.....	99
6.3. El Cafta.....	103
6.4. Soluciones generales que se plantean al problema.....	111

Capítulo VII

Sistema de la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet en Colombia

7.1. El servicio de internet en Colombia. Contexto general.....	114
7.2. Quienes se consideran Proveedores de Servicios de Internet en Colombia.....	116
7.3. El sistema de la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet a la luz de la regulación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Colombia.....	117
7.4. Posibles soluciones que podrían plantearse al tema objeto de estudio en el caso colombiano.....	130
7.5. Conclusiones.....	137
Bibliografía.....	143

INTRODUCCIÓN

La legislación colombiana ha destacado su preocupación por regular el tema de los Derechos de Autor y los demás relacionados con la Propiedad Intelectual. Para ello, han existido leyes como la Ley 23 de 1982 y sus modificaciones, las cuales han dado una luz en la prevención, protección y sanción contra las infracciones al Derecho de Autor y Derechos Conexos.

A nivel internacional también fueron celebrados diversos tratados y Convenios, como el Convenio de Berna, la Convención de Roma y la Convención Universal de Derechos de Autor, los cuales se encargaron de establecer regímenes de protección para tales derechos. No obstante, la regulación existente sobre derechos de autor no resultó suficiente para tratar esta serie de derechos en internet, es por ello que surgen los “Tratados Internet” (el TDA y el TOIEF), los cuales fueron creados como consecuencia del surgimiento de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante OMPI).

Dichos Tratados, consolidaron varios aspectos de la Propiedad Intelectual que trataron el tema en diversos ámbitos, logrando una regulación más estrecha que abarcara posteriormente el entorno del internet y los derechos de los autores en este medio, lo cual constituyó un gran avance. Sin embargo, los “Tratados Internet” no abordan de manera alguna el tema objeto de estudio: “La Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet” (en adelante ISP), tema que tuvo que ser abarcado posteriormente de una u otra forma por las legislaciones de cada país en particular.

Pese a lo mencionado en el párrafo anterior, dichos Tratados de la OMPI, fueron implementados en diversos países, con ellos surgieron normas que destacaron la importancia de tener un régimen de limitación de responsabilidad de los proveedores de servicios, cuando las infracciones a los derechos de autor se consolidaran a través del internet. Tales normas, resultaron necesarias debido a que a través de un medio como el internet en ocasiones no resultaba fácil determinar quién era el responsable de las

infracciones, cuando existían unos intermediarios como los proveedores y otros sujetos que con sus actos, como es el caso de los usuarios, resultaban quebrantando los límites a los derechos de autor.

Para solucionar dichos inconvenientes, después de la creación e implementación de los “Tratados Internet” se logró poner un límite ante la responsabilidad de los proveedores, sin embargo, dichas limitaciones no se encuentran claramente establecidas en todos los regímenes, debido a que solo algunos países como es el caso de Estados Unidos y los miembros de la Unión Europea, cuentan con un régimen completo que permite identificar en qué momentos los Proveedores de Servicios de Internet, resultan eximidos de responsabilidad ante las infracciones, como se verá en el desarrollo del presente trabajo.

En el caso de Centro y Sur América los sistemas de responsabilidad de los ISP no se han presentado tan consolidados y claramente establecidos como ocurre con Estados Unidos y España, ya que en cuanto al desarrollo de este tema, claramente estos dos países tienen ventajas sobre Latinoamérica, porque su régimen regula expresamente esta problemática. Sin embargo, al igual que en Colombia, en algunos países de Centro y Sur América se han celebrado Tratados de Libre Comercio con Estados Unidos, en los cuales se establece un régimen de tratamiento para los ISP cuando se presenten infracciones a los derechos de autor y se cuestione su responsabilidad ante dichas infracciones.

Para Colombia no ha sido fácil enfrentar los casos en los cuales se cree que existe algún tipo de responsabilidad en éste ámbito. A pesar de que se creó en el año 2001 un Proyecto de Ley con el cual se buscaba desarrollar de forma más detallada este tema, dicho proyecto fracasó, porque el representante que lideraba el proyecto perdió su investidura y la regulación quedó en limbo, llegando a la necesidad de utilizar otros instrumentos para abarcar el tema. No obstante, el tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Colombia, ha dado una luz bastante importante para creer en la necesidad de crear una regulación en la cual se logre implementar lo referente a las limitaciones de los “Proveedores de Servicios de Internet”.

En virtud de lo expuesto en frases anteriores, en el desarrollo del presente trabajo, se busca conocer, comprender y analizar más a fondo el sistema de la responsabilidad en que pueden incurrir los Proveedores de Servicios de Internet por las infracciones cometidas contra el Derecho de Autor. Para ello se analizará de manera general la regulación en materia de Derecho de Autor; posteriormente se definirán algunos conceptos que resultan esenciales para el entendimiento de los servicios que prestan dichos Proveedores; Se analizarán de manera general algunas legislaciones como la de Estados Unidos y España, y los Tratados de Libre Comercio con Estados Unidos que tienen Chile y Perú; así como también el Tratado del Cafta, para conocer el régimen legal general que se encuentra establecido dentro de estos países en la materia objeto de estudio. Asimismo, serán analizadas algunas referencias jurisprudenciales existentes en dichos países, para concluir de qué manera cada uno de ellos se encarga de resolver las controversias que surgen al respecto.

Finalmente, tomando como punto de partida la regulación existente en los países anteriormente mencionados y los Tratados de Libre Comercio que serán analizados en este tema, se concluirán las soluciones que pueden ser planteadas en Colombia, para complementar el marco legal que resulta necesario.

Como corolario de lo anterior, es importante destacar que el desarrollo de este trabajo, tiene por objeto nutrir a la legislación colombiana de lo dispuesto de manera general en otras legislaciones, para lograr un régimen legal más completo que permita dirimir de manera clara los conflictos que surgen ante las infracciones de derechos de autor en internet, donde se cuestiona la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet y se hace necesaria la limitación de dicha responsabilidad

CAPITULO I

EL DERECHO DE AUTOR

1.1. Concepto.

Es importante destacar que para ahondar en la definición del Derecho de Autor, resulta necesario referirse a la propiedad intelectual. Esta última hace referencia a aquellos derechos intangibles, aquellos que físicamente no resultan visibles pero que debido a su importancia trascienden de dicho ámbito. El concepto de propiedad intelectual se refiere a las creaciones de la inspiración humana, ya que debido a su importancia se protege por la legislación de los diferentes países. De esta forma, existen dentro de la propiedad intelectual dos tipos de derechos inmateriales: 1. El Derecho de Autor 2. La Propiedad Industrial. “El primero de ellos (Derecho de Autor), hace alusión a todas aquellas creaciones que son propiedad de su autor, es decir de la persona que lo ha creado y que por ello mismo tiene el derecho a autorizar que su obra,(bien sea un poema, una canción, entre otros), sea publicada o autorizada para cumplir con diversos fines, ya sea porque otra persona quiere citarla o simplemente quiere usarla modificando ciertas cosas, como por ejemplo: ocurre en el caso de una canción, cuando su autor autoriza que se le cambie algo a la letra o que se le cambie su ritmo”¹.

El derecho de autor se define como “el conjunto de leyes que busca proteger a aquellas obras artísticas y literarias en las que la persona que las ha creado ha dejado una huella particular que le da el privilegio de ser reconocida por dicha creación, permitiéndole el ejercicio del sistema legal sancionatorio cuando las personas que deben respetar su autoría, han obviado este deber”. En síntesis, “el Derecho de autor es aquel conjunto de normas que protegen las creaciones de obras artísticas y literarias, permitiendo al autor de las mismas, gozar del reconocimiento económico e intelectual que estas proporcionan. Esto implica que su autor tiene el derecho de determinar que quiere hacer con su creación o de permitir que

¹ MCCARTHY Thomas. Artículo sobre Patentes, marcas registradas y Derechos de Autor. 28-01/2010. Dirección en internet: http://www.sba.gov/espanol/Anuncios_Comerciales/patentes.html. ; REYES Yolanda. Texto: Los Oficios de la Imaginación. Revista: Guía de Derecho de Autor para nuevos creadores. Unesco - Dirección General de Derechos de autor. Bogotá, Agosto de 2005.

otra persona haga uso de ella para un fin determinado, siempre y cuando cumpla con ciertos requisitos que la ley impone”².

El término obra que se utiliza en las leyes de los derechos de autor se refiere a cualquier creación original producida por un autor en un medio tangible. Por lo tanto, las obras que se pueden proteger con los derechos de autor son “obras literarias, composiciones musicales, selecciones dramáticas, bailes, fotografías, dibujos, pinturas, esculturas, diagramas, anuncios, mapas, películas, programas de radio y de televisión, grabaciones auditivas, y programas de "software" e informática”. Es importante destacar que la mencionada lista es meramente enunciativa, ya que Ley Colombiana no limita esto en ninguna disposición normativa³.

Por tanto el derecho de autor protege todas las creaciones intelectuales, Artísticas o literarias que pueden ser divulgadas y reproducidas de diversas formas, siendo la obra el objeto que protege el derecho de autor y siendo el autor quien goza de dicha protección.

El derecho de autor, permite que la obra sea de su autor y protegida como tal desde su nacimiento. Igualmente, permite que se genere un monopolio de explotación para el creador de la obra, de tal forma que se beneficie por la reproducción de su creación y en caso de que otra persona quiera usar su obra para algún fin, deba pagar por los derechos que tiene el autor, “esto implica para la persona que quiere usar la obra no solamente una erogación patrimonial si no también el cumplimiento de otros parámetros morales como por ejemplo: citar al autor de la obra y reconocerle que a pesar de que la obra es modificada o utilizada de otra forma por quien la usa, esta proviene de la creación intelectual del autor que se cita”⁴.

El segundo tipo de derechos inmateriales dentro de la Propiedad intelectual, es la propiedad industrial⁵. Conforme a la Decisión Andina 486 de 2000, este tipo de propiedad recae sobre

² ibídem

³ Ibídem

⁴ Ibídem

⁵ Ibídem.

las marcas, las patentes de invención, modelos de utilidad, diseños industriales, lemas comerciales, nombre comercial, enseñas y signos distintivos.

1.2. Contexto histórico.

Para traer a colación la historia de los derechos de autor es importante destacar que su origen proviene precisamente de la creación de grandes instrumentos que fueron una gran innovación para el mundo. Gracias a creaciones como la imprenta (atribuida al Alemán Juan Gutenberg en el Siglo XV), entre otras, llevaron a que fuera necesario proteger las creaciones de personajes que se destacaban por su gran ingenio. La aparición de la imprenta permitió la distribución y copia de las obras, esto llevó a que surgiera la necesidad de protegerlas como fuentes de propiedad intelectual. No obstante el verdadero nacimiento del derecho de Autor se sitúa básicamente en el siglo XVIII.

En 1710, fue establecida en Inglaterra la que se conoce como **la primera ley de derecho de autor**, denominada el estatuto de la *Reina Anne Queen Statue*. “Esta ley prohibió la impresión, reimpresión e importación de libros por un número estipulado de años. Con esta ley los autores de las diversas obras conocieron la posibilidad de tener el derecho exclusivo de disposición sobre sus obras”⁶. “A partir de este Estatuto, en el derecho anglosajón nace la figura del Copyright, que es el derecho de copia, el cual indica que únicamente el autor u otra persona autorizada por este, cuenta con el permiso de reproducir la obra o hacer uso de ella”⁷.

En el año de 1777 en Francia, un autor de comedia fundó la organización para promover el reconocimiento de los derechos de todos los autores, pero fue solamente al final de la revolución francesa que la Asamblea Nacional aprobó la primera ley de derecho de autor en 1791⁸. En ella se declara el derecho de los autores de toda clase de obras a reproducirlas. Al

⁶ MCCARTHY Thomas. Artículo sobre Patentes, marcas registradas y Derechos de Autor. 28-01/2009. Dirección en internet: http://www.sba.gov/espanol/Anuncios_Comerciales/patentes.html

⁷ MCCARTHY Thomas. Artículo sobre Patentes, marcas registradas y Derechos de Autor. 28-01/2010. Dirección en internet: http://www.sba.gov/espanol/Anuncios_Comerciales/patentes.html.

⁸ Ibídem.

respecto Jean Le Chapelier en la Asamblea de 1791 de Paris argumento lo siguiente:

“La más sagrada y personal de todas las propiedades, es el fruto del trabajo del pensamiento de un escritor [...] así que es extremadamente justo que los hombres que cultivan el campo del pensamiento disfruten de los beneficios de su trabajo, es esencial que durante su vida y algunos años después de su muerte, nadie pueda disponer del producto de su ingenio, sin su consentimiento”⁹.

Por su parte, Estados Unidos reconoció también la necesidad de proteger la creatividad de los autores. Fue así como en la Constitución de los Estados Unidos se incluyó una norma que le permitía al congreso el poder de “promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles”, asegurando un derecho exclusivo para los autores y los inventores sobre sus obras por un período determinado. En 1790, el Congreso aprobó la primera ley de Derechos de Autor, la cual se mantuvo por un tiempo, pese a todas sus modificaciones. Posteriormente se expidió la ley 1976 que actualmente constituye la base legal para la protección de los derechos de autor, realizando modificaciones importantes en las leyes de Estados Unidos. Esta ley estableció un sistema único de protección federal para todas las obras, así fueran publicadas como no publicadas. Asimismo, estableció las condiciones bajo las cuales las bibliotecas podían reproducir copias, prohibiendo la duplicación de grabaciones auditivas no autorizadas.

Posteriormente, Estados Unidos se convirtió en miembro de la Convención Universal de los Derechos de Autor. Dicha organización nació en 1955 y fue diseñada para eliminar la discriminación contra los extranjeros en lo referente a la protección de los derechos de autor. Con esta organización, cada país miembro debe otorgar a las obras extranjeras la misma protección en derechos de autor, que le proporciona a las obras y a los autores nacionales.

Asimismo, gracias a diferentes convenciones internacionales, la regulación sobre derechos

⁹ LOREDO Alejandro. Revista de Derecho Informático No 091, Febrero del 2006. Artículo: Derecho Comparado: Derecho de Autor y Copyright. Dos caminos que se encuentran. Dirección en internet: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=4700>.

de autor tomó fuerza, por ejemplo, “en 1886 se firmó el primer texto del Convenio de Berna, el cual ha tenido varias enmiendas. Este convenio estableció básicamente que las obras originadas en alguno de los Estados contratantes podían recibir la misma protección que estos otorgan a las obras de sus propios ciudadanos; dicha protección no debía sujetarse a formalidad alguna, además sería independiente a la protección que otorgaba el país de origen de la obra”¹⁰.

En Julio de 1971 en Paris Francia, es revisada la Convención Universal sobre Derechos de Autor, estableciendo básicamente que los países miembros debían adoptar todas las disposiciones necesarias para asegurar una protección suficiente y efectiva de los derechos de los autores sobre las obras musicales, dramáticas, cinematográficas, las de pintura, grabado y escultura.

“En febrero de 1995, Estados Unidos y China firman un acuerdo para prevenir que las compañías chinas fabricaran ilegalmente artículos, como por ejemplo discos compactos y software informático, llegando a infringir los derechos de autor de Estados Unidos. China accedió a establecer fuerzas operantes y a aumentar el poder de los oficiales de la aduana en su país”¹¹.

Igualmente, en este punto es importante no dejar de lado la Convención de Roma, los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual de 1996 y los “Acuerdos sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio” (ADPIC), que han tenido una gran influencia en materia de Propiedad Intelectual a nivel internacional. Sin duda alguna, todos estos Acuerdos han marcado una tendencia sobre la propiedad intelectual y particularmente sobre los derechos de autor, incluso en la era internet.

Por su parte, la Convención de Roma para la protección de los artistas, Intérpretes o

¹⁰ MCCARTHY Thomas. Artículo sobre Patentes, marcas registradas y Derechos de Autor. 28-01/2010. Dirección en internet: http://www.sba.gov/espanol/Anuncios_Comerciales/patentes.html.

¹¹ MCCARTHY Thomas. Artículo sobre Patentes, marcas registradas y Derechos de Autor. 28-01/2010. Dirección en internet: http://www.sba.gov/espanol/Anuncios_Comerciales/patentes.html

Ejecutantes, los Productores de fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, fue establecida el 26 de Octubre de 1961, bajo la administración de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Dicha Convención asegura la protección de las interpretaciones o ejecuciones de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los fonogramas de los productores de fonogramas y las emisiones radiodifundidas de los organismos de radiodifusión.

Los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) de 1996, sobre “Interpretación, o Ejecución y Fonogramas y sobre Derechos de Autor (los cuales serán estudiados de manera más detallada en el capítulo siguiente), consolidaron varios aspectos de la Propiedad Intelectual que trataron el tema en diversos ámbitos, logrando una regulación más estrecha que abarcaría posteriormente el entorno del internet y los derechos de los autores en este medio.

Por su parte, en Colombia, la Ley 23 de 1982 otorgó la protección a los derechos de autor, en lo referente a los derechos patrimoniales y su duración, derechos morales, las limitaciones y excepciones al derecho de autor, las obras extranjeras, las limitaciones al derecho de reproducción, de traducción, los derechos conexos entre otros. Sin embargo, esta ley fue modificada por la Ley 44 de 1993 subrogando algunos capítulos de la Ley 23 de 1982 como por ejemplo: el Registro Nacional de los Derechos de Autor, de las sanciones, la asociación de autores, entre otros.

En este punto también es importante destacar que la Decisión Andina 351 de 1993 ha consagrado disposiciones referentes a la regulación de los derechos de Autor, al respecto dicha Decisión sostiene que: “la protección reconocida por ella recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer”. Se resalta que esta decisión no solamente tiene efectos para Colombia, sino también para todos los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones.

En conclusión, Las disposiciones anteriores que se han presentado a manera de contexto histórico han consolidado hasta nuestros días, parámetros importantes que llevaron a que fuera posible contar cada día con una regulación más completa en materia de Derechos de Autor y Derechos Conexos.

1.3 Teorías sobre Derechos de Autor.

Dos teorías han surgido a partir de la creación de los derechos de autor como medida de protección a las creaciones. Dichas teorías han sido consignadas como la teoría monista y la teoría dualista del derecho de autor:

1.3.1 Teoría Monista

Para los defensores de esta teoría, el derecho del autor está compuesto por unos derechos morales y otros patrimoniales (de los cuales se hablará más adelante). Según esta teoría no resulta posible separar totalmente estos dos conjuntos de derechos, ya que tanto los derechos morales como los patrimoniales, son la manifestación de un derecho único que garantiza ambos tipos de derechos, es decir, garantiza tanto los intereses intelectuales del autor, tales como el reconocimiento a su ingenio, como los derechos pecuniarios. En otras palabras, esta teoría no desconoce la diferenciación entre ambos derechos, lo que hace es que interpreta unitariamente las facultades que le corresponden al autor, porque las considera una figura única. Por ello, para esta teoría esa diferencia entre los derechos morales y patrimoniales no puede considerarse, porque los derechos que se conceden a través de la explotación de las obras, de alguna forma también sirven a los intereses intelectuales y viceversa¹².

¹² ZAPATA López Fernando. Referencia a la conferencia sobre Estructura Y contenido del derecho de autor. Dirección en internet:
<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:MSCJJD5whWEJ:190.24.8.3/moodle/file.php/1/Propiedad+Intelectual/Conferencia+Estructura+y+C+del+D+de+A+Fernando+Zapata+1+.doc+Fernando+Zapata.+conferencia+sobre+Estructura+Y+contenido+del+derecho+de+autor&cd=5&hl=es&ct=clnk&gl=co>

REYES Yolanda. Texto: Los Oficios de la Imaginación. Revista: Guía de Derecho de Autor para nuevos creadores. Unesco - Dirección General de Derechos de autor. Bogotá, Agosto de 2005.

1.3.2. Teoría Dualista

Para esta teoría, al contrario de la anterior, se considera que los derechos patrimoniales y los derechos morales no pueden ser considerados de manera unitaria. Quienes defienden esta teoría, se justifican en que “ambos derechos pueden ser diferenciados en cuanto a su nacimiento, extinción, objetivos. Así por ejemplo, mientras que el derecho moral surge simplemente de la creación de la obra, los derechos patrimoniales solamente surgen cuando el autor toma la decisión de explotarlos a través de su publicación. Por otra parte, los derechos patrimoniales se extinguen por el transcurso del tiempo, en cambio, los derechos morales son de carácter perpetuo en cuanto a la garantía de la paternidad y de la integridad de la obra”¹³. En síntesis, “esta teoría no concibe el carácter unitario de los derechos individuales que otorga el derecho de autor, es decir, la unidad entre los derechos morales y los derechos patrimoniales”¹⁴.

1.4. Contenido de los derechos de autor.

Los derechos del autor se clasifican en derechos patrimoniales y en derechos morales. “Los primeros hacen referencia al carácter pecuniario derivado de la explotación de la obra, y los morales hacen referencia al derecho que se le otorga al autor de gozar del reconocimiento por haber creado gracias a su ingenio una determinada obra”¹⁵.

1.4.1. Derechos Patrimoniales:

Esta serie de derechos hace referencia a aquellas prerrogativas económicas que goza el

¹³ ZAPATA López Fernando. Referencia a la conferencia sobre Estructura Y contenido del derecho de autor. Dirección en internet:
http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:MSCJJD5whWEJ:190.24.8.3/moodle/file.php/1/Propiedad_Intelectual/Conferencia_Estructura_y_C_del_D_de_A_Fernado_Zapata_1_.doc+Fernando+Zapata.+conferencia+sobre+Estructura+Y+contenido+del+derecho+de+autor&cd=5&hl=es&ct=clnk&gl=co

REYES Yolanda. Texto: Los Oficios de la Imaginación. Revista: Guía de Derecho de Autor para nuevos creadores. Unesco - Dirección General de Derechos de autor. Bogotá, Agosto de 2005.

¹⁴ Ibídem.

¹⁵ Ibídem.

autor, derechos que pueden explotarse económicamente y también pueden transferirse. Este derecho surge porque si bien las obras son derivadas del ingenio humano, de su inspiración, de su intelecto, el interés económico de dicha creación no puede obviarse, debido a que su explotación proporciona beneficios económicos, generando ingresos, que ocasionan un incremento patrimonial para el autor. Los derechos patrimoniales le proporcionan al autor la posibilidad de controlar todos aquellos actos que impliquen explotación económica, y dicha explotación económica materializa otra serie de derechos como: el derecho a reproducir la obra, el derecho de comunicación pública, el derecho de transformación, el derecho de distribución y el derecho de seguimiento.

A diferencia de los derechos morales, los derechos patrimoniales no son eternos, “pero se extienden por lo menos durante toda la vida del autor más otros años después de su muerte, dependiendo de cada país, lo que significa que incluso los familiares del autor puedan heredarlos”¹⁶.

1.4.1.1 Derecho de Reproducción

Es la posibilidad exclusiva con la que cuenta el autor “para decidir en qué forma quiere que su obra sea explotada y que medio quiere utilizar para permitir su comunicación, así como también la cantidad de copias que quiere de la obra. Este derecho incluye la copia, edición o inclusión en películas cinematográficas, grabación, dibujo, o cualquier otra forma de fijación”¹⁷.

1.4.1.2 Derecho de Comunicación Pública:

Este derecho hace referencia a la posibilidad de acceder a una obra por medios diferentes a la distribución de ejemplares o reproducción de los mismos. “La comunicación pública se logra a través de diferentes medios como la radiodifusión audiovisual o sonora, la comunicación por cable, Internet, fibra óptica, entre otros. Es por ello, que a través de los

¹⁶ Ibídem.

¹⁷ Ibídem.

diferentes medios de comunicación pública las personas en los diversos lugares del mundo pueden disfrutar ciertas creaciones. No obstante, para lograr este privilegio se necesita el permiso previo del autor o de quienes lo representan y negocian con los medios de comunicación pública”¹⁸.

1.4.1.3 Derecho de Transformación:

En primer lugar es importante destacar que la transformación es la modificación de una obra que ya existe. “Las modificaciones a la obra ya existente dan origen a una obra derivada que a su vez debe ser protegida. Este derecho que se genera para el autor hace que cualquier modificación o alteración de la obra esté sujeta a la autorización de la persona que goza de la titularidad del derecho de autor”¹⁹.

1.4.1.4. Derecho de Distribución:

El derecho de distribución es “el derecho que tiene el autor para autorizar o prohibir la distribución al público de copias de su obra, por medio de la venta o arrendamiento o préstamo de esta”²⁰.

1.4.1.5. Derecho de Seguimiento:

Consiste en el derecho con que cuenta el autor, en virtud del cual “puede reclamar una parte de los ingresos que son obtenidos con cada venta nueva de ejemplares, durante el término de protección del derecho de autor sobre la obra que este ha creado. Cuando el autor muere este derecho pasa a sus herederos por un tiempo”²¹.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ *Ibíd.*

²⁰ *Ibíd.*

²¹ *Ibíd.*

1.4.2 Derechos Morales.

Esta serie de derechos se define como: “aquella deuda que nace para con el autor, de parte del conglomerado social que se beneficia con su propiedad intelectual”²². Roubiere define los derechos morales como: “los derechos que tiene el autor para hacer respetar su pensamiento y sus concepciones lo mismo que su honor o personalidad”. Tomando esta definición es claro que los derechos morales le permiten al autor asegurarse del “buen uso” de la obra, lo cual lo faculta a determinar “las condiciones en que esta debe ser utilizada, como el respeto a la integridad de esta, y el reconocimiento de su paternidad intelectual o la observación de su voluntad de valerse de un seudónimo o de permanecer anónimo”²³.

Asimismo, los derechos Morales son definidos por la mayoría de la doctrina como un derecho personal e inalienable, de ahí el nombre de morales, para referirse a los derechos más íntimos del autor, que le permiten incluso mantener su obra inédita. Por tanto son definidos como la “máxima expresión de la soberanía del Autor”²⁴

1.4.2.1 Derecho de Paternidad

Entre las facultades otorgadas por los derechos morales, se destacan los derechos de paternidad. Dichos derechos son aquellos que le permiten al autor “reivindicar en todo tiempo la paternidad de la obra”²⁵. En otras palabras por medio del derecho de paternidad, el autor puede velar porque se incluya su nombre o seudónimo en todo uso que se le dé a la obra. En este punto se debe aclarar que el derecho de paternidad le permite al autor incluso velar porque no sea incluido su nombre, aunque este derecho no se limita únicamente a ello. Numerosos tratadistas han desarrollado más expresiones del derecho moral de paternidad donde se mencionan “el derecho a incluir o excluir sus cualidades o trayectoria

²² RIVEROS Lara Juan Pablo. Derechos De Autor en Colombia. Pág. 95. Editorial Hojas e Ideas. Bogotá. Abril de 1995

²³ LIPSZYC Delia. Derechos De Autor y Derechos Conexos. Pág. 45. Editorial UNESCO. Bogotá. 2001.

²⁴ RIVEROS Lara Juan Pablo. Derechos De Autor en Colombia. Pág. 96. Editorial Hojas e Ideas. Bogotá. Abril de 1995.

²⁵ RIVEROS Lara. Juan Pablo. Derechos De Autor En Colombia. Pág. 96. Editorial Hojas e Ideas. Bogotá. Abril de 1995

en el cuerpo de la obra y el derecho de reivindicar la obra”.

En otras palabras, los derechos morales de paternidad le permiten al autor el correcto uso de su nombre en la obra, buscando que la sociedad no olvide quien le aportó con una creación, sin importar el medio por el que se exprese su contenido, con esto no solo se busca armar de herramientas al autor para defender su paternidad sobre la obra, sino también incentivar a los nuevos autores, asegurándoles un reconocimiento de sus creaciones, los cuales tendrán directa relación con el contenido patrimonial de sus obras.

1.4.2.2 Derecho de Integridad

Con los derechos morales de integridad se afirma aún más la idea, según la cual los derechos morales permiten la “máxima expresión de soberanía”, ya que el autor tiene la facultad de conservar la “integridad” de la obra. Esta potestad es amplia, por tanto el autor puede propender porque no se modifique el contenido de la obra si este no lo permite, así como también determinar los usos que se le den a esta, evitando así que se llegue a interpretar la obra fuera de contexto o en contra del mensaje que el autor en realidad quiere dar.

El derecho de integridad ha sido definido como “aquel que le permite al autor oponerse de toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o causen perjuicios a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por estos”²⁶. Esta definición permite ver la continua relación entre los derechos morales y patrimoniales. Igualmente, por otro lado muestra el inmenso poder del autor sobre su obra, ya que puede evitar distintos usos sobre esta, entre los que se incluyen modificaciones o usos en contra de lo que este quería expresar.

Sin embargo, para algunos tratadistas o doctrinantes son claros los casos donde una modificación resulta absolutamente necesaria, un ejemplo de ello es dado por el Doctor Juan Pablo Riveros Lara, en su libro “Derechos de Autor en Colombia”. Dicho autor ha utilizado el ejemplo del arquitecto. En dicho ejemplo representa a aquellas obras en las que

²⁶ Ibídem. Pág. 100

su autor solicita que lo indemnicen porque su obra fue destruida para satisfacer el interés general, en este caso claramente no cabe ningún tipo de indemnización ya que “la mutilación de su obra fue necesaria, no se produjo por abuso del derecho sino en razón de la prevalecía del interés general sobre el particular”²⁷.

1.4.2.3 Derecho de Divulgación

Este derecho moral también ha sido conocido con el nombre de derecho inédito, manteniendo una relación directa con el derecho de paternidad sobre la obra, ya que permite que el autor o creador revele su obra cuando lo considere necesario, no antes ni después, permitiendo que mantenga un total control sobre la divulgación de su obra, hasta el punto que podrá mantenerla inédita hasta el momento de su muerte.

1.4.2.4 Derecho de Modificación

Este es el derecho que el autor tiene sobre el contenido de la obra, el cual se ve reflejado en la facultad de modificar o introducir lo que crea conveniente en su creación. En este punto surge el interrogante sobre la capacidad del autor de modificar la obra después de que haya sido publicada, ya que en principio una obra no publicada no debería acarrear ningún problema a quien la adquiriera, sin embargo es necesario tener en cuenta los contratos de edición²⁸, ya que un cambio de la obra momentos antes de ser publicada, traería perjuicios irremediables para el editor; por lo tanto, bajo este supuesto el autor si podría tener cierto grado de responsabilidad.

1.4.2.5 Derecho de Retracto o Retiro

El autor puede suspender la publicación de su obra o retirar la publicación de esta; este es uno de los derechos más controvertidos y más amplios con los que cuenta el autor, ya que con el retracto o retiro, irremediamente le causa perjuicios a terceros. Por lo tanto, la

²⁷ *Ibidem*. Pág. 102

²⁸ *Ibidem*. Pág. 104

correcta interpretación de este derecho debe permitirle al autor el retracto o retiro, siempre y cuando se indemnice el perjuicio que se le cause a terceros.

1.5 Derechos Conexos

Los derechos conexos son aquellos derechos entendidos a favor “de personas naturales y jurídicas, quienes si bien no crean las obras, asumen el importante papel de su divulgación”²⁹. A este punto debe agregársele que según el glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual “se entiende generalmente que se trata de derechos concedidos en un número creciente de países para proteger los intereses de los artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión en relación con sus actividades referentes a la utilización pública de obras de autores, toda clase de representaciones de artistas o transmisiones al público de acontecimientos, información y sonido o imágenes”³⁰; estas definiciones nos demuestran la necesidad no solo de proteger al autor sino a todos aquellos que tienen una directa relación con su divulgación.

El nombre de derechos conexos obedece a la directa relación que tiene la “difusión” de las creaciones, sin embargo es menester resaltar la crítica que ha realizado gran parte de la doctrina, la cual se centra en la clara diferencia que existe entre “difundir” y “crear”, de esto surge la necesidad de crear unos derechos paralelos pero aparte de los derechos de autor³¹. Sin embargo, otra parte de la doctrina cree que deben ir de la mano, ser conexos, como su nombre lo dice, ya que no entienden que desarrollo tendría la creación sin la correspondiente difusión.

1.5.1 Derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes

En estos derechos se incluyen todos los derechos que tienen quienes realizan “interpretaciones o ejecuciones de obras literarias, dramáticas y musicales”³², estos

²⁹ Ibídem. Pág. 156

³⁰ LIPSZYC Delia. Derechos De Autor y Derechos Conexos. Pág. 347. Editorial UNESCO. Bogotá 2001.

³¹ Ibídem. Pág. 348

³² LIPSZYC Delia. Derechos De Autor y Derechos Conexos. Pág. 361. Editorial UNESCO. Bogotá. 2001

derechos se ven reflejados en varios tipos de actuaciones, donde se destacan las actuaciones directas, actuaciones destinadas a una fijación, y utilidades secundarias de fonogramas. En las actuaciones directas se encuentran todos aquellos artistas que mantienen una relación directa para su público, donde para lograr esto se ven llamados a tener una “relación contractual” con un empresario³³. Por lo tanto los artistas, intérpretes o ejecutantes van a tener una serie de derechos tanto personales como patrimoniales, subrayándose aquellos derechos conferidos de publicidad, uso de sus nombres, y público que recibirá la interpretación o ejecución.

Por su parte las actuaciones destinadas a una fijación, van a otorgar derechos exclusivos a los artistas dentro de los cuales se destaca la posibilidad de determinar en qué forma va a ser reproducida la obra manteniendo el “respeto de la interpretación”³⁴. Por último las utilidades secundarias de fonogramas, obedecen al uso de la interpretación o ejecución en lugares masivos accesibles a varias personas, otorgándoles a los artistas un control sobre estos.

1.5.2 Derechos Conexos a los Productores de las Grabaciones de sonido

Es menester aclarar que a estos derechos acceden tanto las personas naturales como jurídicas, “bajo cuya iniciativa y responsabilidad se fijan por primera vez los sonidos de una ejecución”³⁵; a esto debe agregarse que los productores de grabaciones de sonido tienen una serie de derechos exclusivos, destacando los derechos de reproducción y distribución, donde es claro que no solo tendrán derechos de reproducción directa, sino también indirectos, derechos de distribución y derechos de importación³⁶.

Respecto al derecho que protegen, es claro que existe una división de criterios en los distintos ordenamientos jurídicos, por ejemplo en el sistema jurídico continental europeo

³³ *Ibidem*. Pág. 361

³⁴ *Ibidem*. Pág. 361

³⁵ *Ibidem*. Pág. 390

³⁶ *Ibidem*. Pág. 395

“no es posible atribuir el carácter de obra al fonograma”³⁷, ya que se entienden los fonogramas como algo aparte de la creación de la música sin importar la incidencia que tengan a la hora de “difundirla”.

Por otro lado, en otros países, este derecho tiene un contenido netamente “individualista”, porque la noción de autor solo le corresponde a quienes producen “expresiones formales que son el resultado de una actividad intelectual de naturaleza creativa”³⁸. En síntesis, “la calidad de autor le corresponde a la persona física que crea la obra”³⁹.

Por último, en el sistema angloamericano si se permite de manera práctica proteger las grabaciones, debido a su alcance más amplio⁴⁰.

1.5.3 Derechos Conexos de los Organismos de Radiodifusión

Los organismos de radiodifusión, tienen varias definiciones entre las cuales se destacan “la empresa de radio o televisión que transmite programas al público”⁴¹; o “empresa de radiodifusión es la empresa de radio o de televisión, o un medio análogo que transmite, con o sin la utilización de hilo, programas al público”⁴².

En estos derechos conexos se busca proteger la emisión de programas que tienen como principal fin llegar a un público definido bajo ciertos estándares; dichos organismos de radiodifusión tienen amplias facultades respecto a sus emisiones, ya que pueden determinar las condiciones en que se dan las retransmisiones, la publicidad que se les realiza a estas, el tipo de público que va a acceder a la emisión, y los requisitos para acceder a dicha emisión.

³⁷ Ibídem. Pág. 391

³⁸ Ibídem. Pág. 392

³⁹ Ibídem. Pág. 392

⁴⁰ Ibídem. Pág. 393

⁴¹ Ibídem. Pág. 398

⁴² Ibídem. Pág. 398

CAPITULO II

LOS DERECHOS DE AUTOR EN EL SERVICIO DE INTERNET

2.1 Contexto Histórico General.

Para desarrollar este punto, es importante destacar que en muchas ocasiones ha surgido el interrogante “¿si la regulación y el tratamiento tradicional de los derechos de autor son aplicables al escenario del internet?”⁴³. Se considera que esta respuesta debe darse desde la legislación de cada país, debido a que cada legislación se encarga de delimitar los parámetros bajo los cuales el derecho de autor tradicional resulta aplicable al escenario de internet, bajo la perspectiva de que las obras que se utilizan por medio de esta, son las mismas que se encuentran en medios físicos, solamente que con la característica de haber sido desmaterializadas.⁴⁴

No obstante lo anterior y dentro de un contexto histórico, es importante señalar que en un momento se hizo necesaria la creación de una legislación más profunda sobre el tema, que tratara de manera más especializada las situaciones que se presentaran en Internet. De esta forma, surgieron el Tratado sobre Derechos de Autor y el Tratado sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas, creados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en el año de 1996, los cuales trazaron parámetros esenciales en el escenario de los derechos de autor y de gran parte de su regulación en internet.

La organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), creadora de los Tratados mencionados en el párrafo anterior, fue entonces la respuesta idónea para la creación de normas que regularan los derechos intangibles derivados de dicho tipo de propiedad, ya que tal Organización se encargó de tratar el tema de los Derechos de autor en la era tecnológica

⁴³ RODRÍGUEZ Turriago Omar. Internet, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones. Primera edición 2002. Editorial Legis. Bogotá D.C 2002. Artículo: “Aproximación a la problemática de los derechos de autor en internet”. Pág. 417.

⁴⁴ Ibídem.

que se desarrollaba gracias al Internet.

Gracias a ella, en Diciembre de 1996 se celebró una Conferencia Diplomática, con el fin de diseñar una normatividad internacional que respondiera a los nuevos interrogantes que las Tecnologías de la Información, y en especial el Internet, habían generado sobre los derechos de propiedad intelectual. Como resultado de dicha conferencia, los países participantes suscribieron dos tratados internacionales: el Tratado sobre Derechos de autor (TDA) y el Tratado sobre Interpretación o Ejecución y sobre Fonogramas (TOIEF), conocidos como los “Tratados Internet”.

El surgimiento de dichos Tratados se dio como resultado del adelanto tecnológico. Esta situación implicaba adecuar las normas tradicionales del Derecho de Autor al entorno del internet. Por ello, tales Tratados implicaron un avance significativo dentro de la historia de los derechos de autor en este ámbito, ya que gracias a ellos la protección general que hasta el momento existía para todos los autores, también se haría efectiva en gran medida a nivel virtual.

Particularmente, el Tratado de la OMPI sobre derechos de autor (TDA) hace referencia a todos los aspectos relevantes en este tema, no solamente a nivel general, sino en internet. Dentro de este Tratado se consagraron las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas de protección (Art 11). Dentro de este artículo se consagra la obligación de las partes contratantes de dar protección adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir medidas tecnológicas efectivas, que en virtud de la protección de las obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores o permitidos por la ley.

Es importante destacar en este punto que las medidas tecnológicas de protección surgieron como “una respuesta técnica a la creciente violación de los autores sobre sus obras intelectuales. Se podría definir a las medidas tecnológicas de protección como sistemas informáticos cuya función es controlar y, en caso que sea necesario, impedir o restringir el

uso en Internet de obras intelectuales protegidas por derechos de propiedad intelectual”⁴⁵. Su importancia radica en la creación de barreras, incluso en internet, para evitar que las obras que se encuentren consignadas en este medio sean reproducidas sin haber sido previamente autorizada dicha reproducción.

Por su parte, el Tratado sobre Interpretación o ejecución y fonogramas (TOIEF) fue creado para hacer referencia a los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas, y otras disposiciones, en virtud de los cuales, también se estableció lo referente a las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas de protección para evitar las infracciones a los derechos de autor en internet, teniendo en cuenta la convergencia de las tecnologías de la información.

Para la creación de medidas tecnológicas que de manera efectiva impidieran el acceso a usuarios no autorizados sobre obras en internet, se utilizaron las contraseñas o encriptaciones. “La encriptación es el proceso mediante el cual se convierte en ilegible información considerada importante. La información una vez encriptada solo puede leerse aplicándole una clave. Se trata de una medida de seguridad que es usada para almacenar o transferir información delicada que no debería ser accesible a terceros. Pueden ser por ejemplo contraseñas.”⁴⁶

Sin embargo y de manera no tan afortunada para la protección de estos derechos, a esta respuesta tecnológica, surgió otra tecnología: dispositivos diseñados para eludir las medidas tecnológicas de protección de los derechos de autor en internet, como aparatos decodificadores de señales encriptadas. La solución a este nuevo problema se dio por el terreno del Derecho: que consistió en la creación de una prohibición legal de eludir las medidas tecnológicas de protección.

A pesar de lo anterior, los “Tratados Internet”, a nivel internacional y muchas legislaciones trataron de implementar estas medidas, “con el objeto de restablecer el balance perdido. Sin

⁴⁵ FERNÁNDEZ Delpech Horacio. La protección jurídica contra la elusión. Dirección en internet: http://www.cecolda.org.co/index.php?option=com_content&task=view&id=237&Itemid=40.

⁴⁶ Diccionario Informático. Dirección en internet: <http://www.alegsa.com.ar/Dic/encriptacion.php>.

embargo, tales medidas generaron en algunos casos muchas críticas, ya que se llegó a cuestionar si esta legislación había llegado demasiado lejos creando un nuevo desequilibrio, que en este caso, sería a favor de los titulares de los derechos de autor; asimismo, llegó a cuestionarse si las medidas adoptadas realmente conseguirían su objetivo”⁴⁷.

Los artículos 11 del Tratado sobre Derechos de Autor y el 18 del Tratado sobre Interpretación o Ejecución y sobre Fonogramas, establecieron las obligaciones relativas a las medidas tecnológicas de protección como se mencionó anteriormente. “En dichos artículos se consagró la obligación de los Estados contratantes de proporcionar protección jurídica adecuada contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que fueran utilizadas por los autores, intérpretes o productores en relación con Derechos reconocidos por el Tratado de Derechos de Autor o el Convenio de Berna”⁴⁸

Cabe señalar que las medidas tecnológicas planteadas para la protección de los Derechos de Autor, particularmente en internet, fueron también definidas por el Digital Millennium Copyright Act de Estados Unidos y por la Directiva sobre Derechos de Autor y Derechos Afines en la sociedad de la Información (DDASI), quienes implementaron los “Tratados Internet”, y siguieron sus lineamientos, propiamente, lo establecido en el artículo 11 de TDA y en el artículo 18 de TOIEF. La Digital Millennium Copyright, definió las medidas tecnológicas de protección como “aquella que efectivamente controla el acceso a una obra en el curso ordinario de su operación, y que requiere de una información, proceso o tratamiento para acceder a la misma con autorización del titular de los derechos de autor”

Por su parte, la Directiva sobre Derechos de Autor y derechos afines en la Sociedad de la Información (DDASI) de la Unión Europea, precisó el concepto como “toda técnica, dispositivo, o componente que en su funcionamiento normal, este destinado a impedir, o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la

⁴⁷ GAMBOA Benavides Javier. Derecho de Internet y Telecomunicaciones. Primera edición 2003. Editorial Legis. Bogotá D.C. 2003. Artículo: “Marco Jurídico de las medidas tecnológicas para la protección de los derechos de autor en el entorno digital”. Pág. 525.

⁴⁸ Ibídem. Pág. 528

autorización del titular de los derechos de autor”.

La propuesta dirigida por Estados Unidos y la Unión Europea inicialmente no tuvo éxito, ya que ellos buscaban sancionar la acción de eludir las medidas de protección independientemente de cuál fuera su propósito y esto no podía ser así, porque los países sancionan el acto de eludir las medidas de protección, siempre y cuando dicho acto no estuviera permitido por la Ley, como ocurre con el caso de “los límites y excepciones al derecho de Autor” que son permitidos por la Ley.

Los “límites y excepciones al Derecho de Autor”, mencionados en el párrafo anterior, permiten un uso de manera limitada del material que es protegido por las leyes de Derechos de Autor, sin requerir del permiso de los titulares de dichos derechos, como lo es el caso, del uso de material para temas académicos. En el derecho Estadounidense dichos “límites y excepciones al derecho de autor” fueron consagrados como: “Fair Use”. Este término que en español significa “uso justo”, se define como: “la apropiación razonable no autorizada de un primer trabajo, cuando con la apropiación, el público se benefició, y adicionalmente no se deterioró sustancialmente el valor económico actual o potencial, del primer trabajo”⁴⁹.

La promulgación del DMCA en Octubre de 1998 en Estados Unidos, permitió delimitar los parámetros sobre los cuales los derechos de autor en la era internet debían ser respetados. A pesar de contener una serie de excepciones a las prohibiciones sobre medidas tecnológicas, la DMCA propende de manera general, sancionar las infracciones sobre los derechos de autor, la producción y distribución de la tecnología que permitan evadir las medidas de protección del derecho de autor, incrementando las penas por las infracciones al derecho de autor en internet. Asimismo, ha contribuido en gran medida al aporte recibido por los demás países de Latinoamérica y el mundo para la constitución de regímenes que protegen los derechos de autor y la presencia de estos en internet.

⁴⁹ RODRÍGUEZ Turriago Omar. Internet, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones. Primera edición 2002. Editorial Legis. Bogotá D.C .2002. Artículo: “Aproximación a la problemática de los derechos de autor en internet”. Págs. 423-424.

Por su parte, la Directiva Europea que también fue creada como reacción a la necesidad de proteger los derechos de autor en internet, al igual que las normas de la DMCA, tuvo como uno de sus propósitos la implementación de los Tratados de la OMPI. Dentro de esta normativa también se implementaron “Obligaciones relativas a las medidas tecnológicas”, confirmando una vez más la existencia de los derechos de autor en Internet, con la necesidad de protegerlos en un ámbito donde las obras eran desmaterializadas. No obstante, su aproximación a dichas medidas, resultó ser más general que en el caso de Estados Unidos con el D.M.C.A. Esta situación se explicó en gran medida porque la Directiva pertenece al Derecho Comunitario, y aunque esta es obligatoria, solo establece los estándares generales que los Estados Miembros de la Unión Europea deben incorporar en sus correspondientes legislaciones nacionales.

La DDASI trae la prohibición general de eludir las medidas tecnológicas de protección de obras amparadas por los derechos de autor. En contraste con el D.M.C.A, la norma prevé expresamente que el acto de elusión debe ser “a sabiendas”, o teniendo “motivos razonables para saber” que se está eludiendo una medida tecnológica de protección.

Al igual que en el D.M.C.A, en la DDASI, también se crearon excepciones a las prohibiciones sobre medidas tecnológicas, no obstante, se estableció de manera un poco diferente a la consagrada por el D.M.C.A⁵⁰.

En Colombia, los Tratados conocidos como “Tratados Internet” mencionados en frases anteriores para la protección en gran medida de los derechos de autor a nivel general y de estos también en internet, fue implementada con la participación en la Conferencia de la OMPI en diciembre de 1996 y con la firma de los Tratados Internet. Colombia fue uno de los primeros países en depositar sus instrumentos de ratificación en Noviembre del año 2000. El Tratado sobre Derechos de autor (TDA) fue aprobado mediante la Ley 565 de 2000. El Tratado sobre Interpretación Ejecución y Fonogramas (TIEF), fue aprobado mediante la Ley 545 de 1999. Por lo tanto, ambos tratados entraron en vigencia para el país en Marzo y Mayo de 2002 respectivamente.

⁵⁰ Ibídem Págs. 537 a 542.

En contraste con las demás legislaciones, como por ejemplo Estados Unidos, y la Unión Europea, Colombia no ha promulgado una normatividad especial para tratar el tema de la Propiedad Intelectual en internet, más allá de los Tratados de la OMPI⁵¹, a diferencia de lo que ocurrió en Estados Unidos, por ejemplo con el D.M.C.A y en la Unión Europea con la DDASI. Sin embargo, el Congreso decidió incluir el tema de las medidas tecnológicas en el Código Penal aprobado mediante la Ley 599 del año 2000. El artículo 272 del Código Penal, crea un nuevo delito denominado “violación a los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales de autor y otras defraudaciones”.

Asimismo, a pesar de no contar con una normatividad especializada sobre el tema, Colombia encontró regulación sobre la protección de los derechos de autor dentro de la Comunidad andina de Naciones de la cual hace parte. Para ello, en la Decisión 351 del 17 de Diciembre de 1993, de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, se establece que: “ la protección reconocida por la presente decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras... L. los programas de ordenador. LL. Las antologías o compilaciones de obras diversas y las bases de datos, que por la selección o disposición de las materias constituyan creaciones personales”. Se establece que los programas de ordenador serán protegidos al igual que las obras literarias.

Igualmente, se establece que: “el software es protegido por los derechos de autor y al mismo tiempo autoriza al adquirente de realizar una copia cuando sea indispensable para su funcionamiento o con fines de precaver su daño o pérdida”⁵².

En otras palabras, la decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, sentó ciertos parámetros para la regulación de los Derechos de autor en la era internet, al regular de una

⁵¹ GAMBOA Benavides Javier. Derecho de Internet y Telecomunicaciones. Primera edición 2003. Editorial Legis. Bogotá D.C. 2003. Artículo: “Marco Jurídico de las medidas tecnológicas para la protección de los derechos de autor en el entorno digital”. Págs. 542-543.

⁵² RODRÍGUEZ Turriago Omar. Internet, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones. Primera edición 2002. Editorial Legis. Bogotá D.C .2002. Artículo: “Aproximación a la problemática de los derechos de autor en internet”. Pág. 419.

u otra forma, disposiciones relativas a las bases de datos, programas de ordenador, software, entre otros. Dicha normatividad fue adoptada por Colombia como parte integrante de la Comunidad Andina de Naciones, en virtud de los principios establecidos dentro de esta normativa, frente a los cuales, la normatividad proferida por la Comunidad Andina de Naciones será vinculante para los países que forman parte de ella, siempre y cuando dichas disposiciones no sean atentatorias a la Constitución de cada país miembro.

En síntesis, como fue mencionado en frases anteriores, Colombia no tiene en si una normatividad especial que trate el tema de los derechos de Autor en Internet, diferente a lo ya establecido por los Tratados TDA y TOIEF de la OMPI. A pesar de contar con una regulación general dentro del Código Penal, y tener cierta regulación sobre algunos temas importantes de la era digital en la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (Comunidad Andina de Naciones) de la cual hace parte, se considera que dicha regulación no resulta suficiente, ya que de tenerse una regulación más detallada y especializada sería posible obtener un mayor logro en la protección de los derechos de autor en este ámbito, en especial cuando en muchas ocasiones van también involucrados los Proveedores de Servicios de Internet. Si bien es cierto que la decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena establece disposiciones que sirven para regular el tema en la Comunidad, dichas disposiciones no constituyen la regulación específica que resulta necesaria.

Por otra parte, de manera general, es importante destacar que a nivel internacional, muchos obstáculos existieron antes de encontrar una regulación eficaz que protegiera las violaciones de los derechos de autor en internet, cuando estas afectaban indudablemente sus intereses. Sin embargo, la regulación que para el momento existía, no pareció suficiente para enfrentar ciertos desafíos que cuestionaban la fortaleza de dichas normas. Un ejemplo de ello ocurrió en el año de 1999, antes de que los Tratados Internet entraran en vigor. Un hombre llamado Shawn Fanning, “empezó a desarrollar un sistema que permitiera buscar archivos en formato MP3, y fuera posible realizar envíos y recepciones sin necesidad de usar un servidor central para hablar con la otra persona mientras se realizaba la transferencia “Napster”. Este programa logró facilitar una serie de operaciones que ya estaban funcionando. En principio fue utilizado por unos pocos, pero al cabo de un año, ya

era utilizado por millones de personas en el mundo entero. Su gran atractivo consistía en la posibilidad de obtener “música gratis”, lo cual se podía lograr sin mayor esfuerzo de una gigantesca base de datos alojada en millones de computadores alrededor del mundo. Todos los usuarios del Napster sabían que lo que estaban haciendo era ilegal, pero había un componente que resultaba de gran motivación, el cual era la impunidad. Los titulares de los derechos de autor centraron sus esfuerzos en buscarle una debilidad al Napster, y esta la tenía, la cual era su arquitectura, es decir, la forma en que sus creadores diseñaron el sistema. Desde luego, este fenómeno terminaría con una orden de la Corte por violación de los Derechos de Autor a través del internet”⁵³.

De esta forma una vez más, eran evidentes las infracciones cometidas a los derechos de autor, que regulaciones que parecían débiles no lograban subsanar, por lo cual fue necesario crear instrumentos que contrarrestaran esta situación, lo cual no solo se consolidó con los Tratados de la OMPI, sino también con la regulación de cada país en particular, que en algunos de ellos, se hizo más fuerte.

Es evidente que a manera de historia, no son muchos los acontecimientos que sobre el tema de derechos de autor en internet se puedan destacar, debido a la insuficiente legislación que hasta el momento ha existido para tratar este tema. Es por ello, que hasta el momento se siguen presentando violaciones a los derechos de autor a través del internet sin que pueda darse una respuesta efectiva para la solución de estas controversias, pues el régimen general sobre derechos de autor sigue rigiendo de manera imperante a nivel mundial, sin tenerse en cuenta muchos avances tecnológicos que actualmente requieren mayor preocupación.

Por ello, se considera que aún hace falta una regulación más detallada y suficiente en este tema que involucre tantos sujetos y aspectos relevantes a nivel tecnológico. Una regulación a nivel nacional que tocara los puntos esenciales del tema y que permitiera ponerlos acorde con la legislación internacional, servirían de gran ayuda para la consolidación de una protección óptima que le diera tanto a los usuarios de internet como a los titulares de los

⁵³ GAMBOA Bernate Rafael Hernando. Derecho de Internet y Telecomunicaciones. Primera edición 2003. Editorial Legis. Bogotá D.C. 2003. Artículo: “P2P La nueva amenaza a la Propiedad Intelectual en Internet”. Págs. 501-503.

derechos que a través de este se perciben, la certeza de contar con la defensa apropiada de sus intereses y así conocer los límites que cada uno de ellos tiene. Sin embargo, es importante destacar que dicha regulación no solamente surge como una necesidad, sino como una obligación que en el caso de Colombia se vería derivada del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, el cual, gracias a sus disposiciones detalladas sobre las limitaciones a la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet, permitiría una regulación más completa para el País en este aspecto.

2.2 Reglas generales que protegen los Derechos de Autor en Internet. Caso colombiano.

Con la constitución política de 1991, el Estado Colombiano reconoce la necesidad de proteger los derechos de autor como deber inherente a sus funciones, por ello el artículo 61 de dicha Constitución sostiene lo siguiente: “El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley”. Esta disposición deja claramente establecido que los derechos de autor deben ser protegidos como parte de la Propiedad Intelectual, siendo independiente la forma en que las obras sean reproducidas.

En este punto es importante destacar que para regular los derechos de autor en internet, Colombia se nutre de otras normas de carácter trasnacional, como la Decisión Andina 351 de 1993 y los Tratados Internet establecidos por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

En lo referente a la regulación de los derechos de autor en internet, la Decisión Andina tiene efectos no solamente para Colombia, sino también para los países miembros de dicha Decisión, como partes de la Comunidad Andina de Naciones. Esta norma da un paso hacia adelante respecto a la normal interrelación entre los derechos de autor y las nuevas tecnologías, por ello, reconocen los “Programas de ordenador y las bases de datos”. Frente a este tema, aclara que los programas de ordenador y bases de datos tendrán la misma protección que tienen las obras de arte o literarias, con la posibilidad de permitir cualquier

modificación que genere un mejor desarrollo de sus programas. Asimismo, la Decisión Andina aclara que se podrán “realizar copias o adaptaciones” a los programas de ordenador y bases de datos, pero para poder realizarlas, será necesario que dicha copia o adaptación sea con el único fin de lograr un mejor desarrollo del programa, permitiendo su correcta utilización. Por último, se aclara que para la reproducción del programa de ordenador, es necesario contar con la autorización del autor así sea para usos personales. Este tema resulta importante en lo referente al objeto de este capítulo, debido a que por medio de las nuevas tecnologías y de otros instrumentos como el computador, es posible reproducir y distribuir las obras protegidas por el derecho de autor, ya que en ocasiones, los programas de ordenador o bases de datos que existen en un computador, pueden infringir las normas de derecho de autor a través del internet al usar simplemente una conexión a este.

Por su parte, los Tratados Internet, con su incidencia en varios países, fueron aprobados en Colombia por medio de la ley 565 de 2000 (Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor), y por medio de la ley 545 de 1999 (Tratado de la OMPI sobre Interpretación o ejecución y fonogramas). Con dichos Tratados se han establecido ciertos parámetros relativos a los derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes; a los derechos de los productores de fonogramas; a los programas de ordenador, a las compilaciones de bases de datos, a la comunicación al público, entre otras disposiciones que permiten sentar bases y reglas importantes en virtud del internet, debido a que con estos Tratados se reconoce la importancia de proteger las creaciones intelectuales sin que interese por qué medio sean reproducidas o transmitidas, lo cual incluye al internet, como medio a través del cual también pueden llevarse a cabo modificaciones, cambios y reproducciones no autorizados a las creaciones de cualquier tipo.

Asimismo, es importante destacar que en materia de las leyes que regulan los derechos de autor en internet en el caso colombiano, no se puede dejar de lado la ley 23 de 1982. Se considera importante mencionar esta ley debido a que, si bien es cierto que ella, es la ley que regula de manera general el tema de los derechos de autor sin que en su contenido existan disposiciones concretas para regularlos en internet, deja por sentado ciertos puntos importantes que permiten interpretar de manera analógica que los derechos de autor que se

protegen en ella, comprenden todas aquellas obras científicas, artísticas y literarias sin que importe su modo de creación, expresión o destino. Estableciendo además, que dichas obras pueden ser reproducidas “en cualquier medio conocido o por conocer”. Se considera que con este último término se deja abierta la posibilidad de interpretar que la ley 23 de 1982 abarca también un medio como el internet, y no solo este medio, sino también, cualquier otro medio conocido o por conocer, por el cual se puedan reproducir todo tipo de creaciones intelectuales.

La ley 23 de 1982 fue modificada por la ley 44 de 1993. Sin embargo, de manera general lo establecido para los derechos de autor no se vio afectado de forma negativa bajo las modificaciones de la ley 44 de 1993.

No obstante lo anterior, surge el siguiente interrogante: ¿la ley 23 de 1982 y sus modificaciones resultan suficientes para regular no solamente los derechos de autor en general, sino también los derechos de autor en internet? Resolver este interrogante no resulta sencillo, ya que si bien podría ser posible tratar los casos de violaciones de derechos de autor en internet con dicha ley, lo cierto es que la determinación y atribución de la responsabilidad en dichas violaciones no es determinada por esta ley, así como tampoco es determinada en muchas otras leyes que incluso tienen un carácter internacional, y que aún no cuentan con normas que regulen de manera detallada aquellos aspectos que surgen en la era del internet.

Por otra parte, resulta imposible que una norma colombiana tenga carácter internacional, debido a que así no se estableció ni pudo establecerse desde el momento de su promulgación. Esto último se destaca ya que al ser el internet un medio que contacta al mundo entero, una norma como esta resulta en cierta medida incompleta. Sin embargo, como fue mencionado en frases anteriores, en alguna medida las creaciones intelectuales de autores colombianos que resultarán cobijados por esta norma, podrían tener en cuenta lo dispuesto en ella cuando su reproducción se dé por medio del internet, debido a que la ley 23 de 1982 establece que las creaciones de los autores serán protegidas independientemente al medio que se utilice, con lo cual podría considerarse incluido el internet, tal como fue

mencionado anteriormente.

Igualmente, resulta importante destacar que en el ámbito del derecho penal, el Código Penal, en el título VII, establece los Delitos contra los derechos de autor. El artículo 270 del Código Penal, establece la sanción por violación a los derechos morales del autor. El artículo en mención fue modificado, por la ley 890 de 2004 en su artículo 14, aumentando las penas establecidas por el código Penal. Por lo tanto, el tipo penal impone penas que van desde los treinta y dos a noventa meses, y una multa que será comprendida entre 26.66 a trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Para incurrir en este tipo penal será necesario “publicar total o parcialmente sin la autorización previa y expresa del autor una obra inédita” “Inscribir en el registro de autor con nombre de persona distinta del autor verdadero” “Por cualquier medio o procedimiento que compendie, mutile o transforme, sin autorización previa o expresa de su titular, una obra”.

El artículo 271, del Código penal, fue modificado por la ley 1032 de 2006, por tanto, todo aquel que defraude los derechos patrimoniales del autor, podrá tener penas comprendidas entre cuatro a ocho años y multas entre 26.66 a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El artículo 272, del Código Penal, establece las sanciones en que incurrirán todos aquellos que violen los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales de autor y otras defraudaciones. Este artículo también fue modificado por la ley 1032 de 2006, donde se establecen que las penas serán de cuatro a ocho años de cárcel, y multas comprendidas entre 26.66 y mil salarios mínimos legales mensuales vigentes. Se dará este tipo penal cuando se realicen usos no autorizados, vulnerando medidas tecnológicas de protección, o se modifique en alguna medida información “esencial para la gestión electrónica”, o aquel que “Fabrique, importe, venda, arriende o de cualquier forma distribuya al público un dispositivo o sistema que permita descifrar una señal de satélite cifrada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de esa señal” o “Presente declaraciones o informaciones destinadas directa o indirectamente al pago, recaudación, liquidación o distribución de derechos económicos de autor o derechos conexos, alterando

o falseando, por cualquier medio o procedimiento, los datos necesarios para estos efectos”.

Frente al punto anterior que trata la regulación de los delitos contra los derechos de autor en el Código Penal, surge igualmente el siguiente interrogante: ¿la aplicabilidad de estos delitos también puede considerarse cuando se trate de los derechos de autor en internet? La respuesta resulta ser casi la misma que la que surgió en frases anteriores con la ley 23 de 1982, ya que si bien podría ser aplicable, hay que tener en cuenta que el internet abarca legislaciones de diversos países, ya que este medio traspasa todos los límites existentes entre las naciones. Debido a ello se concluye que las sanciones penales, al involucrar no solamente el dinero de las personas con multas, si no principalmente la libertad de ellas, la legislación penal de un solo país no puede llegar a cubrir los delitos y sanciones que se presentan a nivel internacional a través del internet.

Por la connotación internacional que tiene un medio como el internet, desde un punto de vista personal, se considera que las disposiciones nacionales que existen a nivel general sobre derechos de autor podrían ser aplicadas para el escenario de los derechos de autor en internet, solamente en lo que tenga que ver directamente con Colombia, porque como se dejó claramente establecido en frases anteriores, un tema como este debe ser abarcado por una legislación con carácter internacional como lo son por ejemplo, los Tratados TDA y TOIEF de la OMPI que también fueron ratificados por Colombia. Por ello, si bien es cierto que en este punto fueron mencionadas normas colombianas como solución al problema, se considera que las reglas generales que concreta y actualmente regulan los derechos de autor en internet en el caso colombiano, son los Tratados de la OMPI anteriormente mencionados (TDA y TOIEF).

Por otra parte, es importante no dejar de lado que el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Colombia es actualmente otra de las disposiciones legales que regula en cierta medida el tema de los derechos de autor en internet en el caso colombiano. Sin embargo para su completa aplicación, resulta necesaria la implementación de este a través de leyes internas que le den carácter obligatorio.

En síntesis, se considera que la legislación colombiana en materia de derechos de autor en internet, necesita ser complementada por otras disposiciones, debido al carácter internacional de un medio como el internet.

Asimismo, se considera que Colombia en este momento no cuenta con las disposiciones legislativas suficientes para regular las situaciones que surgen en internet con los derechos de autor. Para ello, resultaría necesario adoptar o aprobar Tratados y Convenios que a nivel internacional puedan hacer frente a esta problemática.

CAPITULO III

PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET

Dentro de este capítulo serán contemplados algunos servicios prestados por los Proveedores de Servicios de Internet (ISP), siendo explicados de manera breve. Al respecto, cabe señalar que los términos utilizados dentro de este capítulo son sinónimos de los que se encuentran mencionados en la tabla de contenido o índice de este trabajo como servicios prestados por los ISP.

1. Servicios de mera transmisión

Se presentan este tipo de servicios cuando se transmiten o enrutan datos o se suministra una conexión a una red mundial de información que facilite el acceso a una red de comunicaciones. Dentro de dicha red se encuentran involucrados servicios como el de almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos, siempre y cuando dicho almacenamiento sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y sea transitorio, es decir, se excluye la posibilidad de que sea permanente⁵⁴.

⁵⁴ RIOS Ruiz Wilson Rafael. La Propiedad Intelectual en la Era de las Tecnologías. Editorial Temis 2009. Bogotá. Pág. 557.

En otras palabras, los servicios de mera transmisión “consisten en transmitir por una red de telecomunicaciones, datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones. Estos servicios de mera transmisión engloban el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos siempre que dicho almacenamiento sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para la transmisión”⁵⁵.

2. Servicios de memoria tampón o “caching”

De manera general al acceder a un sitio web, el sistema lo busca en la red, lo cual puede ser un proceso bastante largo. Para evitar este inconveniente, el almacenamiento de la información que hace el Proveedor de Servicios de Internet en la “memoria caché” o temporal busca que no sea necesario ir a la red a localizar dicha información, sino que busca a esa memoria provisional y accede a ella. Este es un almacenamiento de carácter provisional y temporal⁵⁶.

En otras palabras, por medio de este servicio se regula la responsabilidad de los prestadores del servicio de transmisión de datos a través de una red de comunicaciones cuando el almacenamiento de la información es automático, provisional y temporal, realizado además con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de esa información a otros destinatarios del servicio a petición de éstos⁵⁷.

⁵⁵ VALLEPUGA González Paula. Revista de Derecho Informático. Enero del 2001. Artículo: “Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”. Dirección en internet: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=615>.

⁵⁶ RIOS Ruiz Wilson Rafael. La Propiedad Intelectual en la Era de las Tecnologías. Editorial Temis 2009. Bogotá. Pág. 557.

⁵⁷ Vallepuga González Paula. Revista de Derecho Informático. Enero del 2001. Artículo: “Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”. Dirección en internet: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=615>

3. Servicio de alojamiento de datos

Se presenta este tipo de servicio cuando se almacenan datos a petición del usuario en un sistema o red del proveedor, que podrá hospedar en sus instalaciones archivos de texto, imágenes, videos o sonidos, material multimedia, archivos HTML, que a su vez podrán ser accedidos públicamente. Generalmente este servicio lo presta el ISP de manera continua, sin ninguna interrupción. En otras palabras, por medio de este se almacenan datos facilitados por el destinatario del servicio⁵⁸

CAPITULO IV

SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET EN ESTADOS UNIDOS

4.1. Régimen legal

A través de los años, Estados Unidos ha sido un país que le ha dado gran importancia a la Propiedad Intelectual. Dicha importancia se encuentra manifestada de forma clara en la Constitución de 1787 (Sección 8, Artículo Primero), donde se estableció el deber del Estado de proteger los Derechos de los Autores, con el fin de promover mayores avances en el plano intelectual y científico.

Dicho país se basó en los lineamientos trazados por Inglaterra, adoptando el sistema del Copyright, que tiene como principal característica concederles derechos patrimoniales a los autores por un tiempo determinado.

En 1790 entró en vigencia la primera Ley de Copyright, la cual se destacó por buscar fines públicos y no la prevalencia de los derechos de autor. Dicha situación conllevó a que el

⁵⁸ RIOS Ruiz Wilson Rafael. La Propiedad Intelectual en la Era de las Tecnologías. Editorial Temis 2009. Bogotá. Pág. 557.

término de protección de los Derechos del Autor no sobrepasara los 14 años mientras este se mantuviera con vida.

Bajo esta regulación el autor debía demostrar que su obra era útil para sus negocios, pues de esta forma podía lograr extender sus derechos otros 14 años más. En todos los casos donde el autor no lograra demostrar la utilidad de la obra o pasara el término mencionado anteriormente, los derechos de la obra serían de dominio público.

En un principio, el derecho del autor consistía en la facultad de hacer públicas las obras, ocasionando que cualquier reimpresión del texto del autor sin su autorización se considerara violatorio de sus derechos. Sin embargo vale aclarar que la noción inicial de Copyright era simple, por tanto no abarcaba temas fundamentales como “obras derivadas” permitiendo cierto tipo de modificaciones y traducciones.

En 1998 se aprueba el Copyright Term Extension Act, donde se establece un mayor margen de protección a los Derechos de autor. Esta ley extendió los plazos del Copyright durante la vida del autor más 70 años; y para obras de Corporate Authorship se prolongo durante 120 años tras la creación, o 95 años después de su publicación.

A manera de crítica, Se considera que un término de duración de los derechos de autor tan alto, hace muy poco probable que los derechos de una obra pasen a dominio público. Sin embargo es imposible negar que estos términos de duración permiten motivar en mayor medida las creaciones artísticas e intelectuales, lo cual en algunos casos conlleva a mayores avances para la sociedad.

En este punto, es importante destacar que el Régimen Legal de los Proveedores de Servicios de Internet en la legislación Estadounidense, se encuentra regulado en gran medida por el Digital Millennium Copyright Act. (D.M.C.A), el cual, debido a su gran importancia será analizado de manera más detallada y separada en el próximo punto.

4.2 El D.M.C.A

El sistema de responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet en Estados Unidos, se encuentra regulado en el Digital Millennium Copyright Act de 1998 (D.M.C.A), como fue mencionado en frases anteriores⁵⁹. La norma en mención, fue creada debido a la necesidad de cumplir con las obligaciones derivadas del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derechos de Autor (TDA), el cual fue aprobado el 20 de Diciembre de 1996⁶⁰.

Con la creación del D.M.C.A se consolidó el régimen de limitaciones y obligaciones para los ISP en Estados Unidos. Dicho régimen estableció los parámetros dentro de los cuales tales proveedores deben actuar a favor de la protección de los derechos de los autores. Asimismo, sentó las bases de regulación en otros países, que actualmente se encuentran configurando su propio régimen de responsabilidad de los ISP y que toman como ejemplo la legislación Estadounidense.

En este punto es importante destacar que dentro del Título II del D.M.C.A se define a los Proveedores de Servicios de Internet como “aquellas entidades que ofrecen la transmisión, enrutamiento, o facilitan las conexiones para la línea digital, sin modificar el material que les es enviado o recibido”. Por tanto una definición amplia de proveedor de internet, implica que serán proveedores de servicios en línea, o de acceso a la red.

El Digital Millennium Copyright Act tiene siete capítulos, que a su vez están compuestos por títulos, donde se tiene como fin primordial seguir lo establecido en “The World Intellectual Property Organization Copyright Treaty” (WCT)⁶¹.

El primer capítulo del D.M.C.A llamado “Provisiones”, está integrado por cinco Títulos que regulan: Título I: el Tratado OMPI sobre Derechos de Autor y la implantación del

⁵⁹ RIOS Ruiz Wilson Rafael. La Propiedad Intelectual en la Era de las Tecnologías. Editorial Temis 2009. Bogotá. Pág. 581.

⁶⁰ Ibídem. Pág. 580

⁶¹ Ibídem. Pág. 582

WCT; Título II: Responsabilidad por infracciones a Derechos de Autor en línea; Título III: Mantenimiento de Computadoras; Título IV: Disposiciones Varias y el Título V en el cual se encuentra la protección a diseños originales⁶².

Dentro de estos, toma vital importancia el Título II, el cual regula la “Responsabilidad por infracciones a derechos de autor en línea”, ya que en este capítulo se encuentran las normas que regulan a los Proveedores de Servicios de Internet a la hora de cumplir con las normas de Derechos de Autor. Esta disposición establece una obligación a todos aquellos que se consideren proveedores de Internet, la cual consiste en el deber de revelar los datos de sus suscriptores, con el simple requisito previo de que se manifieste una violación a los derechos de Autor⁶³. Por lo tanto, la violación o la presunta violación, se convierten en un requisito esencial o en condición para que puedan ser revelados los datos de los suscriptores.

Las limitaciones a la responsabilidad de los proveedores de internet, los beneficiarán siempre y cuando los proveedores de internet, tengan “políticas razonables” que permitan hacer un seguimiento de los infractores reincidentes eliminando sus cuentas de conexión, también los proveedores de internet deberán implementar “medidas técnicas estándar”, esto implica medidas que identifiquen y protejan las obras protegidas por las normas de derecho de autor; estas medidas, según recomendación de la DMCA; deben ser previstas o realizadas en consenso con los titulares de los derechos de autor.

Otro de los deberes que se les impone a los Proveedores de Servicios de Internet dentro del D.M.C.A, consiste en el “Sistema de Notificaciones y Contranotificaciones”⁶⁴. Dicho sistema funciona de una manera clara y expedita, donde todo aquel que vea vulnerados sus derechos de autor, debe notificarle tal vulneración al Proveedor de Internet. No obstante, vale aclarar que aquel que esté vulnerando los derechos de un autor o al cual se culpa de estarlo vulnerando, también cuenta con la posibilidad de realizar una Contranotificación. Una vez terminado el sistema de notificaciones y contranotificaciones, el proveedor de

⁶² Ibídem. Pág. 582

⁶³ Ibídem. Pág. 583

⁶⁴ Ibídem. Pág. 583

Internet estará obligado a eliminar todo aquel material que vulneró el Derecho de Autor, si fuera el caso.

El Digital Millennium Copyright Act (D.M.C.A), establece el procedimiento para el sistema de notificaciones y contranotificaciones en el artículo 512, denominado “Notice And Take Down Counter Notification”. Como su nombre lo indica, consiste en el procedimiento que debe cumplir aquel que ve vulnerado su derecho de Autor⁶⁵. El mencionado titular debe cumplir con requisitos formales como dar su queja por escrito y firmada (ya sea por él, o por quien lo represente), además debe brindar todos aquellos datos que permitan su correcta identificación permitiendo hallarlo donde se encuentre. Después de cumplidos los requisitos mencionados, deberá describir de manera clara e inequívoca la infracción que está sufriendo; además dicha queja o notificación que se realiza, debe estar motivada por la buena fe, en caso contrario la sanción que se impone es que su declaración será considerada como falso testimonio⁶⁶.

Es importante destacar, que con la contranotificación se busca ejercer un constante equilibrio entre los derechos de los titulares del Derecho de Autor y aquellos que son demandados por violar los mencionados derechos (presuntos infractores). Por ello, a estos últimos se les da la posibilidad de ejercer la denominada Contranotificación, siempre y cuando se tenga como fin principal demostrar que los hechos que contiene la queja no se dieron, o por el contrario que con los hechos dados no se está vulnerando ningún Derecho de Autor. Para esto deben cumplirse ciertos requisitos formales, dentro de los cuales se destacan los siguientes: los datos del sindicado como “nombre, dirección, teléfono, e-mail” y además, se debe describir donde se encontraba el material removido por el Proveedor de Servicio.⁶⁷ Igualmente, se debe cumplir el deber de buena fe, ya que la contranotificación también se considera realizada bajo juramento.

Como característica fundamental, la contranotificación debe tener por una parte, la declaración del sindicado donde consta que este utilizó el material de acuerdo a las normas

⁶⁵ Ibidem. Pág. 588

⁶⁶ Ibidem. Pág. 589

⁶⁷ Ibidem. Pág. 590

del Derecho de Autor; y por la otra, que se someterá a acudir a la jurisdicción competente para terminar el conflicto.⁶⁸

Frente a las contranotificaciones, el Proveedor de Servicios de Internet deberá actuar acorde a lo establecido en el Digital Millennium Copyright Act, por tanto tendrá que notificarle a quien presuntamente se le violaron sus derechos de autor, que se restablecerá la información que fue objeto de la controversia; sin embargo, se le dará la posibilidad de realizar demanda judicial⁶⁹ (el termino para interponer dicha demanda no debe ser menor a 10 días ni mayor de 14 días hábiles). En caso de que el proveedor de servicios de Internet reciba notificación de que se realizará demanda judicial, no podrá restablecer la información⁷⁰.

El caso de las notificaciones y contranotificaciones falsas está regulado en el D.M.C.A, por tanto todos aquellos que dentro del proceso actúen de mala fe o con temeridad, ocasionando sin justa causa la acción del Proveedor de Servicios de Internet (bloquear o suspender un contenido), tendrán como sanción la obligación de reparar todos los daños que con su conducta hayan generado.

Sería un craso error pensar que el papel de los Proveedores de Internet dentro del D.M.C.A es pasivo, creer que sus funciones y deberes solo emanan cuando se están ejerciendo demandas por los Titulares de Derechos de Autor, porque es todo lo contrario, ya que el Digital Millennium Copyright Act, les impone deberes activos como generar métodos y herramientas que les permitan a los Titulares de Derechos de Autor, garantizar la prevalencia de sus derechos. Además “tienen que cumplir con unos deberes mínimos de diligencia y cuidado, que se traducen en la adopción de estándares que sean de frecuente uso en el estado de la técnica de seguridad en ambiente de redes.”⁷¹

Así mismo, todo aquel que se considere Proveedor de Servicios, debe tener herramientas

⁶⁸ *Ibidem*. Pág. 590

⁶⁹ *Ibidem*. Pág. 590

⁷⁰ *Ibidem*. Pág. 591

⁷¹ *Ibidem*. Pág. 583

claras y efectivas que permitan dentro del menor tiempo posible, suspender la conexión de todos aquellos que sean violadores del derecho de autor; y tener sistemas que permitan una protección adecuada de los materiales sobre los cuales recae este derecho.

Es importante destacar que el Digital Millennium Copyright Act, también regula el denominado “deber de custodia” de los Proveedores de Servicios de Internet⁷². Este deber emana del servicio que Prestan los ISP, ya que brindan un “servicio de almacenamiento, alojamiento o Hosting de Contenidos e informaciones que se introducen en un sistema controlado por el Proveedor de Internet”⁷³. Al ejercer esta función de recibir toda clase de información, el proveedor de Internet, tiene funciones iguales al del depositario, por tanto no podrá generar alguna modificación al material que recibe. Este punto es básico en el correspondiente equilibrio de derechos y deberes de los proveedores de Internet, ya que para que su responsabilidad se limite, será necesario que se den ciertos requisitos como:

- no podrá bajo ninguna circunstancia conocer que el material recibido vulnera los Derechos de Autor de algún titular;
- además no debe obtener algún lucro de esa infracción a los derechos de Autor. En este punto es fundamental aclarar que el proveedor de Servicios de Internet, debe contar con las herramientas necesarias para controlar la vulneración de los derechos de autor; y si prueba que no le genera ningún beneficio económico podrá limitar su responsabilidad.⁷⁴

Conforme al D.M.C.A, es claro que los deberes de los Proveedores de Servicios de Internet, se activan o nacen cuando reciban alguna notificación por parte del titular de que se están vulnerando sus derechos, y cuando tengan la posibilidad de conocer, sin necesidad de quejas, dichas vulneraciones.⁷⁵

⁷² Ibídem. Pág. 587

⁷³ Ibídem. Pág. 586

⁷⁴ Ibídem. Pág. 586

⁷⁵ Ibídem. Pág. 587

El D.M.C.A también otorga responsabilidad a los ISP, en aquellos casos relacionados con las descargas sin autorización de videojuegos o fotografías, que se dieron gracias a que el proveedor de Internet motivó, o facilitó⁷⁶, ya que el ISP debe propender en la medida de sus posibilidades por el respeto de los derechos de autor.

Otro de los servicios prestados usualmente por los ISP son los “servicios de búsqueda”, que en algunos casos podrían facilitarle a los usuarios encontrar ciertos sitios que vulneran e irrespetan el derecho de autor de los titulares. Este caso también es regulado por el D.M.C.A, donde no son responsables los Proveedores de Internet, en aquellos casos donde les sea absolutamente imposible conocer que ciertos sitios violan los derechos de autor; al conocer de las mencionadas infracciones deben imposibilitar de la manera más eficaz el acceso a sus usuarios⁷⁷.

En síntesis, dentro del D.M.C.A, el sistema de responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet se maneja a través de un sistema de notificaciones y contranotificaciones, que busca proteger de manera eficaz los derechos de los autores a través de la actuación de los ISP, los cuales en caso de encontrar de manera evidente la infracción al derecho de autor, deberán retirar el contenido de las paginas que resulte violatorio. Igualmente, se tienen en cuenta otro tipo de servicios prestados, en los cuales, si dichos proveedores cumplen con ciertos requisitos establecidos, pueden verse eximidos de responsabilidad, cuando se presente alguna infracción a los Derechos de Autor y tales proveedores hayan tomado todas las medidas necesarias para evitar dicha infracción o para contrarrestar su efecto. Asimismo se establecen otras situaciones en las cuales el proveedor incurre directamente en responsabilidad sin que se admita justificación alguna.

⁷⁶ *Ibídem.* Pág. 587

⁷⁷ *Ibídem.* Pág. 587

4.3. Referencias Jurisprudenciales

1. Caso GOOGLE INC contra SCRL COPIEPRESSE⁷⁸.

Una de las sentencias más nombradas en los últimos años, debido al desarrollo que en esta se presenta sobre la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet, es el caso de la compañía GOOGLE INC (bajo ley estadounidense) contra la Sociedad Colectiva de Responsabilidad Limitada SCRL COPIEPRESSE. Esta última, es una sociedad dedicada a velar por el cabal cumplimiento de los derechos de autor de sus miembros (dentro de los cuales se destacan los editores Belgas de prensa diaria, y los derechos adquiridos por los periodistas). Entre sus funciones se destaca asegurar el debido uso, por parte de terceros, de las obras de sus miembros. Por su parte la Compañía Google desarrolla “motores de búsqueda” a sus usuarios, permitiendo tener “referencias automáticas de las informaciones disponibles en la Web”.

Asimismo, según lo declarado por Google en dicha sentencia, sus motores de búsqueda están compuestos por programas que buscan de manera automática dentro de los sitios Web, con el fin de organizar dentro de un índice todas las páginas que son de contenido público, lo cual implica que sus usuarios solamente deberán consignar dentro del índice “palabras claves” y el motor de búsqueda se encargará de mostrar las páginas disponibles que más se asemejan a lo buscado por el usuario. Sin embargo, vale aclarar que estas no son las únicas funciones de Google, ya que desde el año 2002 desarrolló otro servicio denominado “Google News”, como un servicio de búsqueda avanzado y especializado, que se centra en las páginas Web de artículos de prensa, servicio que a su vez se encuentra funcionando en Bélgica desde el 2006 denominándose “Google.Actualites”.

Ante eso, no tardo en verse la reacción de la S.C. Copiepresse, quien calificó el servicio

⁷⁸ REVISTA Iberoamericana de Derechos de Autor. Editorial Cerlac. Bogotá, Julio-Diciembre de 2007. Págs. 97-141.

prestado por “Google Actualites” como un “portal de prensa escrita”, dejando a un lado sus funciones de motor de búsqueda, ya que Google tenía el poder de mostrar el contenido de los textos de noticias, sin necesidad de tener algún acuerdo previo con los editores de los periódicos, los cuales como se mencionó anteriormente son los miembros de S.C. Copiepresse.

En consecuencia, S.C Copiepresse, acudió a los medios judiciales demandando a Google, por daños al derecho de autor, ya que el motor de Búsqueda de Google.News debe ser catalogado como un portal de información. Por su parte Google argumento que no estaba generando violación alguna a los derechos de autor, ya que en palabras de ellos, “pueden valerse de las excepciones de citas y reseñas noticiosas”.

La excepción de cita se encuentra regulada en la ley Belga del 30 de junio de 1994, relativa a “los Derechos de Autor y Derechos Conexos” (modificada por la ley Belga del 22 de mayo de 2005), la cual sostiene: “las citas realizadas de una obra legalmente, efectuadas con un fin de crítica, polémica, revista, enseñanza o en obras científicas, de conformidad con los usos honestos de la profesión y en la medida justificada por la finalidad perseguida, no constituye una violación al derecho de autor. Las citas indicadas en el párrafo anterior deben mencionar la fuente y el nombre del autor salvo que se comprobara que es imposible”. El Tribunal de Bruselas aclara que la correcta interpretación de este Artículo debe ser restrictiva, para lograr generar un “equilibrio entre el derecho de Autor y otros Derechos”, implicando que las excepciones al Derecho de Autor deben ser acorde al Derecho Internacional, por tanto una correcta aplicación de la norma no debe permitir que se deteriore “la explotación normal de la obra, ni causar un daño injustificado a los intereses legítimos del titular de derechos”

Google considera que su sitio Google.News ejerce funciones de “revista de prensa”, ya que su actuar implica citar noticias y extractos de artículos, siendo justificable su manera de proceder por la norma anteriormente mencionada. El Tribunal de Bruselas analiza qué se entiende por REVISTA, para eso se vale de la definición dada por el diccionario “Larousse”, donde se entiende REVISTA como “Acción de examinar con cuidado y de manera metódica un conjunto de elementos”; y agrega la definición de Revista de Prensa

como: “un informe comparativo de los principales artículos de periódicos sobre la misma materia”.

Como se mencionó anteriormente, el servicio prestado por Google.News se realiza mediante “un robot similar al de un motor de búsqueda”, en consecuencia los artículos periodísticos son clasificados de manera automática, esto implica que se aleja de manera clara e inequívoca de las definiciones dadas anteriormente para “revista” y “revista de prensa”, al no existir “informes comparativos que impliquen examinar con cuidado los artículos seleccionados” agregando el Tribunal que, “en conclusión, el objeto final de una revista no parece ser la recolección de elementos con el fin de dar una visión general del tema, sino el comentario de una Obra”. Por estas razones Google.News, en principio no podrá valerse de la excepción de cita, ya que su actividad solo implica clasificar artículos de manera automática, sin realizar ningún “análisis, comparación o crítica”.

Otro punto que analiza el Tribunal es la “Excepción de Reseña Noticiosa”, establecida en la Ley del 30 de junio de 1994 sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos (perteneciente al ordenamiento jurídico de Bélgica), Artículo 22, que consagra lo siguiente: “Cuando la obra ha sido legalmente publicada, el autor no puede prohibir: 1) la reproducción al público con la finalidad de información, de fragmentos cortos de las obras u obras plásticas en su totalidad con ocasión de un informe de noticias de actualidad”, además dice: en lo que nos concierne “la reproducción y comunicación al público de obras con ocasión de un informe de noticias de actualidad, de conformidad con la sección primera debe estar justificada en la finalidad de información perseguida y la fuente, incluyendo el nombre de autor, debe indicarse salvo que se comprobara que es imposible”; Google se basa en este artículo, ya que al ofrecer un informe de noticias, en principio el autor no podría oponerse a “la reproducción de fragmentos cortos de los Artículos”.

El Tribunal presta atención, en aclarar la finalidad del Artículo 22, definiendo que la naturaleza de este es “permitir a los medios reaccionar rápidamente ante eventos de actualidad, ya que la velocidad con la que la información debe ser reportada, no les permite solicitar la autorización previa del autor”, dicho esto, se establece que no aplicaría la

excepción de reseña noticiosa a Google, ya que la mencionada empresa si estaría en posibilidad de solicitar a los editores del sitio las correspondientes autorizaciones.

Otro de los Argumentos Utilizados por la Compañía Google, es la posibilidad que tienen la totalidad de Compañías de evitar “aparecer en el sistema cache”, ocasionando como consecuencia lógica, la imposibilidad de que aparezcan en Google.News. Además manifestaron que no les es posible ubicar a todos aquellos que aparecen en el “motor de búsqueda”, y ven la conducta de S.C Copiepresse como un abuso del derecho al iniciar la demanda. El Tribunal no ve ninguna razón para establecer un abuso del derecho por S.C Copiepresse, ya que estas “tienen un carácter legítimo”, debido a que la actividad de Google.News, les está causando perjuicio.

Por las razones dadas anteriormente, el Tribunal de Primera Instancia de Bruselas, confirma las órdenes judiciales y solo realiza pequeñas modificaciones, respecto a los valores; por tanto la Compañía Google es condenada a: “una multa de 25.000 euros por día de retraso en relación con la condena a Google de retirar de todos sus sitios (Google.News y “cache” de Google bajo cualquier denominación) todos los artículos, fotografías y presentaciones gráficas; y en 25.000 euros en relación con la condena concerniente a la publicación de la sentencia”. Además el Tribunal Declara “concluimos que Google no puede valerse de ninguna excepción estipulada en la ley, relativa al derecho de autor y derechos conexos” y “concluye que las actividades de Google.News (esto es la reproducción y comunicación pública de los títulos de artículos y extractos cortos de los artículos) y el uso del cache de Google (esto es el registro accesible para el público en la llamada memoria “cache” de artículos y documentos) viola la ley de derechos de Autor”; por tanto, se condena a la compañía Google a “retirar de todos estos sitios (particularmente Google.News así como los vínculos en cache visibles) todos los artículos, fotografías y representaciones graficas en que los autores los terceros intervinientes y la compañía S.C Copiepresse demostraron detentar sus derechos”.

Como se mencionó anteriormente, acorde a lo establecido por el D.M.C.A, sobre la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet, una de las funciones de los

ISP, es realizar funciones de almacenamiento temporal, con el fin inequívoco de lograr prestar un acceso a internet mucho más ágil y eficiente. En estas funciones los Proveedores de Internet solo son beneficiarios de normas que limiten su responsabilidad en los casos en que su actuar sea pasivo. En la presente sentencia la compañía GOOGLE INC, realizó una selección automática de obras o artículos de noticias, gracias a sus motores de búsqueda. Su actuar en el tránsito de la información por internet no se puede definir como pasivo, por lo tanto, su actividad debe y debió ser autorizada por los titulares de los derechos, en cuanto a creaciones se refieren.

De esta forma, se concluye que es deber de la empresa GOOGLE INC, actuar bajo las autorizaciones de los titulares de los derechos, realizando modificaciones en los contenidos de sus motores de búsqueda, en todos los casos en que los titulares lo requieran, para evitar incurrir en responsabilidad.

Es importante mencionar que en este caso, si bien es cierto que Google es un buscador de internet, se consideró de gran importancia hacer referencia a este, porque aquí la responsabilidad de Google no se debate como buscador, si no como proveedor de servicios de internet por el hecho de estar cumpliendo funciones de ISP en este caso.

2. Caso HARLAN ELLISON contra. AOL (América Online Inc.)⁷⁹.

Esta sentencia, toma vital importancia, al analizar de manera directa cual es la responsabilidad del Proveedor de Servicios de Internet por permitir violaciones a los derechos de los Autores. Los hechos de la presente Sentencia (proferida por el juzgado de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Central de California) toman vida, cuando el Demandante Harlan Ellison (reconocido Escritor), registra sus obras conforme a la Ley, otorgándosele los Derechos de Autor sobre la mayoría de sus Obras.

⁷⁹ REVISTA Iberoamericana de Derechos de Autor. Editorial Cerlac. Bogotá, Julio-Diciembre de 2007. Págs.142-172.

El señor Stephen Robertson escaneó varias Obras del mencionado Autor, convirtiéndolas en archivos digitales. Asimismo, Robertson procedió a copiar las obras en un grupo de noticias denominado “alt.binaries.e-book”. Todo esto lo realizó entrando a Internet por medio de su Proveedor de Servicios de Internet “Tehama Country Online” y de su servicio de USENET (User Network, es un conjunto de organizaciones y personas naturales⁸⁰ que interconectan sus computadores intercambiando todo mensaje que se publique). La Compañía AOL pertenece a USENET desde 1994, tiempo donde Robertson copio las obras en la mencionada página. AOL tenía como política que todos los mensajes de USENET “que contuvieran archivos binarios permanecerían en los servidores de la compañía durante 14 días”.

Después de realizar la copia de las obras, estas fueron reenviadas a través de USENET a servidores en todo el mundo, lo cual logró que todos los usuarios de AOL tuvieran acceso a la página Alt.binaries.e-book. Cabe recordar que al ser copias ilegales estaban en formato binario, y como se mencionó debieron haber estado durante catorce días en los servidores de AOL.

El 24 de Abril de 2000 se presentó demanda contra AOL. Ante esta situación, AOL bloquea a sus usuarios la página Alt.Binaries.e-book. La Sentencia empieza, por analizar si se da una Infracción Directa a los Derechos de Autor por parte de AOL. Para esto el tribunal aclara que es necesario que concurren dos requisitos, “se debe demostrar la titularidad del material presuntamente violado” y “demostrar que los presuntos infractores violaron al menos un derecho exclusivo otorgado a los titulares del derecho de autor”; respecto del primer requisito, no cabe duda que Harlan Ellison posee los derechos de autor sobre sus obras que fueron copiadas ilegalmente. La controversia se genera ante el segundo requisito, ya que la compañía AOL sostiene que no ha realizado alguna copia de las obras de Harlan Ellison. En la Sentencia, son enfáticos aclarando que no puede existir responsabilidad por infracción directa de AOL, ya que su papel se limitó a ser un “proveedor pasivo” de acceso a sus usuarios de USENET.

⁸⁰ Dichas personas naturales se denominan “peer”

Definido lo anterior, se analiza la “infracción coadyuvante de derechos de autor”, es menester retomar la definición que a Coadyuvante se le da en la Sentencia. Al respecto, sostiene: “aquel que con conocimiento de la actividad induce, causa o contribuye materialmente con la conducta violatoria de otro, podrá ser responsable como infractor”. En esta definición se debe resaltar que para que sea considerado coadyuvante se debe conocer de la actividad; sin embargo la Corte aclara que, “el requisito de conocimiento significa que el infractor coadyuvante debe saber o tener razones para saber de la infracción directa”.

AOL aclara que al ser demandado, su primera acción fue bloquear el acceso, mientras Harlan Ellison manifiesta que antes de la notificación de la Demanda envió otra carta a AOL, la cual jamás fue contestada, sin embargo La Corte termina por darle más valides a lo dicho por los Empleados de AOL.

Harlan Ellison responde que la Compañía AOL inexplicablemente modificó su correo electrónico de copyright@aol.com a aolcopyrighth@aol.com, sin notificarle a la oficina de Derechos de Autor el cambio, lo cual imposibilitó que Harlan Ellison pudiese comunicarse con ellos. Por lo tanto, la Corte aclara que si esto se dio por “descuido” o “acción intencional” debe ser tomado en cuenta, ya que de lo contrario se estaría dando una herramienta a otros proveedores de Internet para evitar responder por infracción coadyuvante, manteniéndose ignorantes de lo que suceda.

Es menester revisar ahora si la compañía AOL, contribuyó materialmente a la violación de derechos de autor que alega Harlan Ellison. Para esto, la Corte recuerda el caso NETCOM donde se establece que: “proveer un servicio que permite la distribución automática de todos los mensajes de USENET, infractores o no, puede constituir una contribución material cuando el Proveedor de Servicios de Internet sabe o debería saber que la actividad infractora en su sistema, todavía continúa ayudando al logro del propósito del infractor directo”.

La defensa de AOL se concentra en ver las limitaciones a la responsabilidad que consigna

el D.M.C.A, basándose en los “puertos Seguros” que si bien no conceden “inmunidad absoluta” a los Proveedores de Servicios de Internet, si reducen en un grado muy alto los casos en que estos serían responsables. Para lograr valerse de los mencionados puertos seguros, era necesario que AOL cumpliera con dos requisitos “adoptar e implementar razonablemente, e informar a los suscriptores y titulares de cuentas del sistema o red del proveedor de servicios, una política que estableciera la cancelación, en circunstancias apropiadas, de suscriptores y titulares de cuentas del sistema o red del proveedor de servicios que sean infractores reincidentes”. A esto agrega la Corte “el Proveedor de Servicios debe notificar a sus miembros sobre la política de cancelación de infractores reincidentes, al momento en que la presunta actividad infractora ha ocurrido”, por tanto se concluye que el proveedor de servicios debe actuar antes y no después de que se dé el hecho infractor para poderse beneficiar de la limitación de responsabilidad.

Harlan Ellison se basa en los mencionados requisitos para demostrar que la Acción de AOL debió ser más eficaz, ya que AOL para cumplir con el requisito de los “infractores reincidentes”, debió también regular el procedimiento para identificar a los infractores, además debió crear mecanismos dentro de los cuales se pueda notificar a la compañía sobre la infracción de derechos de autor que se den en su sistema.

La defensa de AOL recuerda que todos sus miembros, a la hora de ser aceptados, reciben una notificación informándoles sobre la imposibilidad que tienen de realizar “copias” sobre todo aquello que esté protegido por el derecho de Autor, y establece como sanción la cancelación de cuentas si se dan copias no autorizadas. Por último, ante esta afirmación de AOL, Harlan Ellison dice que no existe una sola cancelación por parte de AOL, a alguno de sus usuarios, lo cual genera bastantes dudas, teniendo en cuenta el número tan alto de usuarios que tiene.

La Corte aclara que el servicio prestado por AOL (almacenar los mensajes de Robertson en sus Servidores de USENET), se entiende cómo “almacenamiento intermedio y transitorio”, ya que fueron almacenados por un periodo relativamente corto y “razonable”.

Por último el Demandante manifiesta que en los acuerdos de interconexión de USENET, la Compañía AOL se compromete con las entidades que ella seleccione, por tanto AOL incurriría en responsabilidad. Este argumento es desvirtuado por la Corte, aclarando que AOL “no seleccionó a ciertos destinatarios”, sino que por el contrario la información estuvo abierta a todos sus usuarios.

Basados en los mencionados argumentos, la Corte decide beneficiar a la compañía AOL de las normas de limitación de la responsabilidad, la cual está establecida así “comunicaciones transitorias en redes digitales”. Dentro de estas se establece que: un proveedor de servicios no será responsable por la reparación de daños económicos, o salvo lo establecido en la subsección (j), por reparación de mandato judicial u otras reparaciones equitativas que se deriven de la infracción del derecho de autor por razón de la transmisión, enrutamiento o provisión de conexiones para materiales a través de un sistema o red controlada u operada por o para el proveedor de servicios, o por razón del almacenamiento intermedio o transitorio de este material en el curso de la transmisión, enrutamiento de provisión de conexiones, si:

- 1) la transmisión del material fue iniciada por o bajo la dirección de una persona distinta al proveedor de servicios
- 2) la transmisión enrutamiento, provisión de conexiones o almacenamientos se lleva a cabo a través de un proceso técnico automático sin selección del material por parte del proveedor de servicios
- 3) el proveedor de servicios no selecciona a los destinatarios del material salvo que sea una respuesta automática a la solicitud de otra persona
- 4) ninguna copia del material hecha por el proveedor de servicios en el curso de dicho almacenamiento intermedio o transitorio es mantenida en el sistema o red en una forma normalmente accesible para cualquiera distinto a los destinatarios anticipados, y ninguna copia se mantendrá en el sistema o red de una forma normalmente accesible para tales destinatarios anticipados por más del periodo razonablemente necesario para la transmisión, enrutamiento y provisión de conexiones

5) El material es transmitido a través del sistema sin modificaciones en su contenido⁸¹”.

En resumen, de esta forma con los anteriores argumentos AOL como ISP resultó beneficiada, por las consideraciones de la Corte al creer que su actuación tenía cabida dentro de las normas de limitación de responsabilidad que en este punto se mencionan.

4.4) Soluciones que se plantean al problema

El D.M.C.A regula el tema de la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet, a través de un sistema de notificaciones y contranotificaciones, que permite la correcta interrelación entre los derechos de los autores y los presuntos infractores, generado un mecanismo eficiente y eficaz, donde la participación de los Proveedores de Internet es clara, ya que estos no asumen un papel pasivo, sino que por el contrario tienen que estar atentos a retirar todo material que sea presuntamente violatorio de los derechos de autor, permitiendo así, que la infracción no se propague por el mundo del internet.

Los deberes de los Proveedores de Internet no son pocos en el mundo de los derechos de autor, ya que además de retirar el material infractor, deben mediante sus páginas y sistemas de conexiones realizar campañas, que tengan como fin principal mostrarles a sus clientes qué acciones son lesivas a los derechos de autor, aclarando como el mal uso de notificaciones, o falsas denuncias sobre violaciones a los derechos de autor, ocasiona innumerables perjuicios a ese falso denunciante, ya que es necesario contar con sistemas claros que permitan que dichas denuncias no ocasionen retirar material sin justa causa, o que atente contra los derechos de comunicación que todos tenemos.

Es importante destacar el papel que deben tener los Proveedores de Internet, dentro del D.M.C.A, ya que estos deben ser agentes que garanticen neutralidad, por lo tanto, deben evitar cualquier tipo de interés en los contenidos que están apareciendo en sus páginas, ya

⁸¹ REVISTA Iberoamericana de Derechos de Autor. Editorial Cerlac. Bogotá, Julio-Diciembre de 2007. Págs.142-172.

que si el material violatorio del derecho de autor, presenta cierto tipo de ventajas para los proveedores, su papel en el sistema de notificaciones y contranotificaciones no garantizará seguridad, ocasionando de manera obligatoria la necesidad de las partes de acudir al sistema jurisdiccional, sistema que durará aún más en el tiempo, teniendo como principal consecuencia, permitir que se vulneren en mayor medida los derechos del autor o del presunto infractor.

Además de lo mencionado anteriormente, el D.M.C.A impone a los proveedores de internet, el deber de “adoptar, implementar razonablemente e informar a los suscriptores y titulares de cuentas del sistema o red del Proveedor de Servicios, una política que establezca la cancelación, en circunstancias apropiadas, de suscriptores y titulares de cuentas del sistema o red del proveedor de servicios que sean infractores reincidentes”. Se destaca que el papel de los proveedores de internet no es absoluto, ya que para retirar algún material deben seguir unos requisitos establecidos previamente “en circunstancias apropiadas”. Además, tienen el deber de informar a sus usuarios de las sanciones que tendrán por sus actividades que infringen los derechos de autor, ya que no solamente se retira el material infractor de derechos sino que tendrán sanciones y multas más personales, como la cancelación de su cuenta.

Por lo tanto, para dar solución al tema de la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet, el D.M.C.A consagra un sistema de notificaciones y contranotificaciones que se aplica en el momento en que haya una presunta infracción o una infracción como tal a los derechos de autor en internet. Dicho sistema lo que busca es retirar de la página de internet, la información que resulte violatoria para salvaguardar los derechos que resulten infringidos. De esta forma, se logra un equilibrio entre la información a la que todas las personas tienen derecho, y el debido reconocimiento que deben tener los autores por su aporte en el campo intelectual o científico. Con ello, la participación de los Proveedores de Servicios de Internet resulta activa, ya que ellos deben estar atentos a que no exista una infracción, y en caso tal de que esta se presente deben actuar de tal manera que sea retirada la información que trasgreda los parámetros establecidos en el Derecho intelectual y en los derechos conexos a este. Además para evitar

incurrir en la responsabilidad deriva de las infracciones a los derechos de autor en internet, estos no deben haber conocido o haber participado en dichas infracciones, porque de lo contrario, deberán responder por su conducta.

CAPITULO V

SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET EN ESPAÑA

5.1. Régimen Legal.

Al hacer referencia al régimen legal español, resulta importante destacar, que con los avances tecnológicos, con el desarrollo de la propiedad intelectual y con el desarrollo de la era internet, donde surgen los ISP, sus usuarios y la posibilidad de reproducir todo tipo de obras en este medio, nació la necesidad de crear leyes que limitaran y controlaran la reproducción desahorada de las diferentes obras, y con ello, leyes que también ejercieran control sobre los actores de este medio, haciendo incurrir en diferentes tipos de responsabilidad a los proveedores o intermediarios que atenten contra los derechos de los autores.

De esta forma, surge en la Comunidad Europea, la Directiva 2000/31 CE (de 8 de Junio de 2000, de Comercio electrónico). Esta Directiva dio luz al ordenamiento comunitario y de paso fue implementada en España por la Ley 34 del 11 de Julio de 2002, sobre Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio electrónico, constituyendo de esta forma el pilar de regulación, sobre el tema referente a los Proveedores de Servicios de Internet y el régimen de su responsabilidad.

La Directiva Europea sobre Comercio Electrónico (en adelante DCE) y la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (en adelante LSSICE), han sido normas concretas que esencialmente han contemplado los supuestos en que los ISP, son excluidos de responsabilidad por las infracciones cometidas por los usuarios, cuando

dichos proveedores han cumplido con ciertos requisitos que las leyes en mención exigen.

Corolario de lo anterior, cuando los intermediarios en mención se encuentran ante una infracción y no han cumplido con los requisitos que estas leyes exigen para ser excluidos de responsabilidad, estos resultan responsables.

En otras palabras, la Directiva Europea sobre Comercio Electrónico (DCE) de 8 de Junio de 2000, contiene las normas sobre exclusión de responsabilidad de los intermediarios. “Dichas normas se encuentran establecidas en los capítulos 12 a 15, dentro de los cuales excluyen bajo ciertas condiciones, la responsabilidad de los prestadores de servicios de transmisión de datos (art 12), de los prestadores de servicios que copian contenidos de cache (art 13) y de los prestadores de almacenamiento de datos (art 14), por los contenidos ajenos transmitidos. Estas normas se completan con una regla que establece la inexistencia de un deber general de supervisión de los contenidos (art 15)”⁸².

Es importante destacar, que las normas mencionadas en frases anteriores se inspiraron en el Digital Millenium Copyright Act estadounidense de 1998 (en adelante D.M.C.A). Sin embargo, la Directiva de la Comunidad Europea guarda ciertas diferencias con el D.M.C.A, “debido a que las normas de la DCE tienen un alcance horizontal, por lo cual son aplicables a todo tipo de contenido ilícito y a todo tipo de responsabilidad. Por el contrario, el D.M.C.A tiene un contenido vertical, que se limita particularmente a excluir la responsabilidad civil por infracciones de Copyright”⁸³. Asimismo, en el margen de diferencias, “la DCE prescinde de los requisitos de orden general establecidos en el D.M.C.A como condición previa para otorgar exclusiones de responsabilidad, particularmente, del requisito de establecer y poner en práctica una política de expulsión de usuarios infractores reincidentes”⁸⁴.

Según los lineamientos trazados por la Directiva en mención y por la Ley de Servicios de la

⁸² PEGUERA Poch Miguel. Revista Iberoamericana de Derechos de Autor, No 3. Bogotá; Julio-Diciembre de 2007. Artículo “¿Inmunidad para el mensajero? La protección otorgada a los Proveedores de Servicios de Internet en el Derecho Europeo y español. Págs. 16-17.

⁸³ *Ibidem*. Págs. 16-17.

⁸⁴ *Ibidem*. Págs. 16-17.

Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, el intermediario queda libre de responsabilidad tanto si la información o actividad transmitida o alojada infringe derechos de autor, como si constituye un atentado, ya sea al honor o al derecho a la intimidad, revelación de secretos o cualquier supuesto de ilicitud del que pueda derivarse responsabilidad.

Las reglas de la DCE han servido como punto de partida dentro de la Unión Europea para regular ciertos aspectos que interesan a todas las legislaciones europeas, es por ello que en el caso de España, la incorporación al derecho español de las normas sobre exclusión de la responsabilidad que fueron establecidas en la DCE, se llevó a cabo en los artículos 13 a 17 de la Ley 34 del 11 de julio de 2002, mejor conocida como la “Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico” (LSSICE), donde además de los 3 supuestos de exclusión contemplados por la norma comunitaria (mera transmisión, caching y alojamiento de datos) se añadió, una exclusión para los supuestos de provisión de enlaces e instrumentos de búsqueda de contenidos.

Para delimitar su ámbito de aplicación, la DCE toma como punto de partida lo referente a los Servicios de la Sociedad de la Información (en adelante SSI), “debido a que en el momento de decidir sobre la aplicabilidad de la exclusión de responsabilidad a un caso concreto, habrá que comprobar en primer lugar si la actividad que se está llevando a cabo constituye como tal un servicio de la sociedad de la información”⁸⁵.

La noción sobre Servicios de la Sociedad de la Información fue definida por la Directiva de la Transparencia (Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de Junio de 1998, modificada por la Directiva 98/48 CE de 20 de Julio de 1998). La Directiva en mención definió los Servicios de la Sociedad de la Información como: “todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”. Esta definición fue adoptada por la DCE en su artículo 2.b, mediante remisión expresa a la Directiva de la Transparencia.

⁸⁵ *Ibidem*. Págs. 18-19

De acuerdo con lo mencionado en frases anteriores, la definición dada de SSI consta entonces de dos elementos: a) La prestación debe ser consecuencia de la iniciativa del destinatario, a cuya solicitud se responde prestando el servicio y b) Que la transmisión electrónica de dicho servicio se realice de modo individual.

Por su parte, la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE) implementada en España, “adopta la misma noción sobre la Sociedad de Servicios de la Información que la adoptada por la DCE, a pesar de que en ella ha precedido una ampliación del concepto, añadiendo el servicio de intermediación, consistente en la provisión de enlaces o instrumentos de búsqueda”⁸⁶.

Como consecuencia de lo anterior, resulta evidente la importancia del concepto sobre Servicios de la Sociedad de la Información, toda vez que la exclusión de la responsabilidad es inaplicable a las actividades que no reúnan las características necesarias para ser consideradas como tales servicios.

Cabe señalar que, las exclusiones de responsabilidad establecidas tanto en la DCE como en la LSSICE no son ilimitadas, ya que no protegen al proveedor de manera general frente a cualquier tipo de responsabilidad que pueda derivarse del desarrollo de sus actividades de intermediación, tan solo se dejan a salvo de las responsabilidades de todo tipo, siempre y cuando se deriven de la naturaleza de los datos transmitidos o almacenados. Dicho de otro modo, gracias a la exclusión de responsabilidad, el proveedor no podrá ser obligado a responder por el hecho de que los datos transmitidos o almacenados sean ilícitos, o porque aún siendo lícitos en sí mismos, sean objeto de una actividad ilícita llevada a cabo por los usuarios. “Así por ejemplo, un proveedor del servicio de transmisión que transmite copias ilícitas de obras protegidas por el derecho de autor, si cumple con las condiciones exigidas para la exclusión de responsabilidad, no puede ser obligado a responder por los daños que haya causado o contribuido a causar al titular de derechos de propiedad intelectual. Pero es

⁸⁶ *Ibíd*em Págs. 19-20

obvio que por ejemplo, una prestación defectuosa del servicio de transmisión de datos puede dar lugar a responsabilidad contractual por incumplimiento o por cumplimiento defectuoso, frente a los usuarios que han contratado sus servicios; y, frente a una reclamación de este tipo, de nada le aprovechará al prestador la exclusión de responsabilidad prevista en el artículo 12 DCE y 14 LSSICE⁸⁷.

Las normas de exclusión de responsabilidad, establecidas dentro de la legislación española en la LSSICE y a la vez dentro de norma comunitaria que ha sido mencionada, por tanto, fijan claramente que los prestadores que cumplan con los requisitos establecidos no serán responsables de los contenidos, es decir, de su ilicitud o de los daños que tengan su origen en ellos. Asimismo, “el carácter horizontal de las normas de la DCE y de la LSSICE no solo se manifiesta en que resultan aplicables a cualquier tipo de contenido ilícito; también se pone de manifiesto en el hecho de que excluyen todo tipo de responsabilidad, incluyendo tanto la civil como la penal”⁸⁸.

Es importante mencionar que las exclusiones de responsabilidad de la DCE en el ámbito penal, no se establecen expresamente en ella, solamente se limita a decir que el proveedor no podrá ser considerado como “responsable”, pero sin mencionar concretamente a la responsabilidad penal. No obstante, ha sido general la conclusión de que la prohibición de ser declarado responsable, se refiere tanto a la responsabilidad civil como penal. Asimismo, “en la LSSICE tampoco hay una declaración expresa que indique que las exclusiones de responsabilidad alcanzan también a excluir la responsabilidad penal. En la doctrina penal española parece pacífica la opinión de que las reglas de la LSSICE excluyen también la responsabilidad penal del intermediario”⁸⁹.

Sin embargo, “las reglas de exclusión de responsabilidad no alcanzan a proteger al proveedor frente al ejercicio de *acciones de cesación*. Dichas acciones tienen por finalidad poner fin o prohibir cualquier infracción que atente contra los intereses colectivos de los

⁸⁷ Ibídem. Págs. 22-23

⁸⁸ Ibídem. Pág. 23

⁸⁹ PEGUERA Poch Miguel. Revista Iberoamericana de Derechos de Autor, No 3. Bogotá; Julio-Diciembre de 2007. Artículo “¿Inmunidad para el mensajero? La protección otorgada a los Proveedores de Servicios de Internet en el Derecho Europeo y español. Págs23-24.

consumidores”⁹⁰. Los artículos 12.3, 13.2 y 14.3 de la DCE, con una redacción similar, establecen para cada uno de los supuestos de exclusión de responsabilidad que el artículo correspondiente “no afectará la posibilidad de que un tribunal o autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembros, exija al prestador de servicios que ponga fin una infracción o que la impida”. De esta forma es posible constatar que la continuación de la actividad podrá impedirse por la vía de las *acciones de cesación*.

En síntesis, la disponibilidad de acciones para obligar a poner fin o a impedir una infracción se deja a discreción de los Estados Miembros, donde su normatividad determinará en qué casos será posible hacer efectivas este tipo de acciones. Sin embargo, “si bien es cierto que según la DCE, las exclusiones de responsabilidad no afectan la posibilidad de que de conformidad con el ordenamiento de los Estados miembros, se dicten ordenes obligando al prestador a poner fin a una infracción o a impedirla, la LSSICE no ha considerado necesario incorporar esta mención al transponer las exclusiones de responsabilidad. Resulta evidente que la norma comunitaria no pretende derogar en ninguna medida, las reglas que en los ordenamientos internos permiten este tipo de acciones”⁹¹.

No obstante lo anterior, en la primera resolución judicial que en España ha tocado este tema, conocida como el caso “Bitmailer”, (auto del 10 de noviembre de 2004, Juzgado de lo mercantil No 2 de Madrid. Ponente: Pedro María Gómez Sánchez), se llega a la conclusión de que “las normas de exclusión de la responsabilidad de la LSSICE, han venido a excluir la posibilidad de ejercitar acciones de cesación frente al prestador intermediario que lleve a cabo una actividad de mera transmisión y que reúna los requisitos para acogerse a la exclusión de responsabilidad; salvo, que la cesación se solicite a dicho intermediario en el marco del denominado deber de colaboración establecido en el artículo 11 de LSSICE, que obliga al intermediario a prestar su colaboración, cuando esta resulte necesaria para hacer efectiva una resolución dictada por un órgano competente, ordenando que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada

⁹⁰ Síntesis de la legislación de la Unión Europea. Dirección en internet:

http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/l32024_es.htm.

⁹¹ PEGUERA Poch Miguel. Revista Iberoamericana de Derechos de Autor, No 3. Bogotá; Julio-Diciembre de 2007. Artículo “¿Inmunidad para el mensajero? La protección otorgada a los Proveedores de Servicios de Internet en el Derecho Europeo y español. Pág. 25

de determinados contenidos”⁹².

El caso Bitmailer mencionado en el párrafo anterior fue constituido por el Procurador Ortiz Cañavate Levenfeld. En éste, en nombre y representación de Emi Music Spain, S.L, BMG Music Spain, S.A, Universal Music Spain S.L, y Sony Music Entertainment Spain S.A, se solicitó la adopción de la medida cautelar contra Bitmailer, “que consistía en el cese de su servicio de acceso a Internet y, en su caso, de alojamiento o almacenamiento de datos respecto de la página web www.weblisten.com, oponiéndose la demandada (Bitmailer) a la adopción de tal medida”⁹³.

En este punto, conforme a lo mencionado en frases anteriores y después de lo comentado, se considera importante profundizar en el tema objeto de estudio dentro de este capítulo. Para ello, serán analizados de manera más profunda, los supuestos en los cuales dentro de la legislación española, siguiendo los lineamientos trazados por la DCE de 8 de junio de 2000, se han establecido para excluir la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet. Tales supuestos son conocidos como: 1. La mera transmisión 2. El Caching y 3.El alojamiento de datos; y la LSSICE incluye un nuevo supuesto conocido como: 4. La provisión de enlaces e instrumentos de búsqueda.

El primero de ellos, conocido como *Mera Transmisión*, está contemplado en el artículo 12 de la DCE. Este precepto menciona básicamente dos actividades: a) la prestación del servicio de transmisión de datos y b) el servicio de provisión de acceso. El primero de ellos (prestación del servicio de transmisión de datos) se define como: “un servicio de la sociedad de la información que consista en transmitir en una red de comunicaciones, datos facilitados por el destinatario del servicio”.

El servicio de provisión de acceso es definido por su parte como “un servicio de la sociedad de la información que consista en (...) facilitar el acceso a una red de comunicaciones”. En este punto se destaca, que dentro del Derecho interno español el legislador transcribió de

⁹² Ibídem. Págs. 25-26

⁹³ GÓMEZ Sánchez Pedro María. 21-01/2010. Dirección en internet: <http://www.uoc.edu/idp/2/dt/esp/auto1004.pdf>.

manera casi idéntica el artículo 12 de la DCE, solo que en el derecho español, se encuentra dentro del artículo 14 de la LSSICE, en el que se introdujeron algunas variaciones. Por ejemplo, en lugar de limitarse como lo hace la DCE a definir el supuesto de hecho dependiendo de quién sea el sujeto que presta el servicio, la LSSICE menciona de manera específica las categorías de sujetos que resultan beneficiarios de la regla de exclusión. Tales sujetos son los “operadores de redes de telecomunicaciones” y los “proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones”.

Para que exista una causal de exclusión de la responsabilidad por mera transmisión se requiere en primer lugar que los materiales sean ajenos. En la descripción del servicio de transmisión de datos que hace la Directiva se menciona como elemento esencial “que los datos hayan sido facilitados por el destinatario del servicio”. Las exclusiones de responsabilidad parten de la base de que el proveedor actúa como simple intermediario respecto de unos contenidos ajenos; si se tratara de contenidos propios del proveedor, las exclusiones de responsabilidad perderían la razón de su existencia.

Los requisitos para el primer supuesto de exclusión consisten en que el prestador de servicios, en primer lugar, no haya originado él mismo la transmisión. En segundo lugar, que éste no seleccione el destinatario de la transmisión y en tercer lugar que no seleccione ni modifique los datos transmitidos.

El primer requisito (que no haya generado el mismo la transmisión) “significa que la transmisión tiene que haberse llevado a cabo a solicitud del proveedor del contenido y no por iniciativa del prestador del servicio de transmisión”.

El segundo requisito (que no seleccione al destinatario de la transmisión), equivale a la “idea de que al intermediario tampoco le corresponde decidir a quién debe ser transmitido”.

El tercer requisito exigido por el artículo 12 de la DCE (que el proveedor no seleccione ni modifique los datos transmitidos). Frente a este supuesto se está destacando que “el legislador impone una intervención pasiva en relación con los contenidos, en los cuales no

sería viable que el intermediario modificara los materiales, en el sentido de transmitir un material distinto al que se le suministró”⁹⁴.

Es importante mencionar, que la transmisión de datos no puede entenderse como una actividad de almacenamiento de información, si no de transporte de esta. Sin embargo, “algunas veces con ocasión de la transmisión de información se producen de forma automática fijaciones o reproducciones efímeras de datos en los equipos de los operadores que intervienen en la transmisión. Precisamente por venir exigidas por la propia actividad de transmisión, el legislador considera que tales copias forman parte de dicha actividad”⁹⁵.

En consecuencia, si de la reproducción efímera se ocasiona alguna responsabilidad para el proveedor, este se vería beneficiado de la regla de exclusión. El artículo 12 de la DCE expresa lo siguiente: “2. Las actividades de transmisión y concesión de acceso enumeradas en el apartado 1 engloban el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos siempre que dicho almacenamiento sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión”⁹⁶. Automático, significa que el almacenamiento se produce en el normal funcionamiento del proceso tecnológico; provisional, significa que el almacenamiento se produce en el curso de la transmisión; y transitorio significa que el almacenamiento debe ser limitado en el tiempo, este no puede ser indefinido. Si este almacenamiento se torna de carácter duradero ya no formaría parte de la actividad de mera transmisión y por lo tanto no quedaría cubierto por la exclusión de responsabilidad establecida por el artículo 12 de la DCE⁹⁷.

Otro de los supuestos de exclusión de responsabilidad, es conocido como: “alojamiento de datos”. Este consiste en almacenar a petición del destinatario de este servicio, datos

⁹⁴ PEGUERA Poch Miguel. Revista Iberoamericana de Derechos de Autor, No 3. Bogotá; Julio-Diciembre de 2007. Artículo “¿Inmunidad para el mensajero? La protección otorgada a los Proveedores de Servicios de Internet en el Derecho Europeo y español. Págs. 29-30-31

⁹⁵ Ibídem Pág. 32.

⁹⁶ Ibídem Pág. 32

⁹⁷ Ibídem. Pág. 32

facilitados por dicho destinatario. El artículo 14 de la DCE manifiesta lo siguiente: “los Estados miembros garantizan, que cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no puede ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario a condición de (...)”⁹⁸. De acuerdo con la DCE, la exclusión de responsabilidad para el caso de alojamiento de datos es aplicable si se cumplen las siguientes condiciones: “a) Que el prestador no tenga conocimiento efectivo de que la actividad-información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción de daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que, b) En cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible”⁹⁹.

El artículo 14.2 DCE advierte que la exclusión de responsabilidad no se aplicará cuando quien suministra los contenidos (es decir, “el destinatario del servicio” de alojamiento), “actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios”. “Con ello se quiere asegurar que el intermediario no ha tenido ninguna participación en la elaboración de los contenidos y que estos proceden de un tercero verdaderamente independiente. Esta cautela es coherente con el fundamento de la exclusión de responsabilidad, que se halla en que el proveedor realiza una función de intermediación, puramente técnica y pasiva, respecto de contenidos de terceros”¹⁰⁰.

No obstante, el artículo 14.2 DCE tan solo dispone que en este caso no será de aplicación lo mencionado en frases anteriores, es decir, no será válida la exclusión de responsabilidad. La norma niega el beneficio de dicha exclusión, “estableciendo que cuando el destinatario del servicio se halle bajo el control del proveedor, este último responderá en todo caso de la posible ilicitud de los contenidos”¹⁰¹.

⁹⁸ *Ibidem*. Págs. 33-34

⁹⁹ *Ibidem*. Pág. 35

¹⁰⁰ *Ibidem*. Pág. 36

¹⁰¹ *Ibidem*. Págs. 36-37

En este punto, resulta importante destacar, que la Directiva no abarca algunos casos, cuya interpretación le ha correspondido y le corresponde a la jurisprudencia, por ejemplo, no define lo que debe entenderse por “conocimiento efectivo”, ni por hechos que pueden llevar a demostrar la ilicitud. Tampoco establece parámetros que sean útiles para obtener alguno de estos dos tipos de conocimiento. Sin embargo, al respecto, la Directiva establece el principio de que: “los ordenamientos de los Estados miembros no podrán exigir al proveedor que supervise los contenidos ni que realice búsquedas activas de posibles elementos de ilicitud”. Este principio está consagrado en el artículo 15.1 DCE, bajo la rúbrica de “inexistencia de obligación general de supervisión”: “1. Los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios contemplados en los artículos 12, 13 y 14”¹⁰².

En frases anteriores, se mencionó que cuando se trate de responsabilidad civil, la Directiva exige que el proveedor del servicio de alojamiento, no solo carezca de conocimiento efectivo de la ilicitud de los contenidos alojados, sino que además: “no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito. La LSSICE por su parte, elimina este requisito, de modo que para gozar de la exclusión de responsabilidad, tanto penal como civil basta de acuerdo con esta, que el prestador del servicio no haya tenido conocimiento efectivo”. Sin embargo, la LSSICE española a diferencia de la Directiva, si menciona lo que debe ser considerado como “conocimiento efectivo”

La LSSICE en su artículo 16.1.II. establece lo siguiente: “Se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo cuando: a) un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada, o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenido que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento

¹⁰² Ibídem. Pág. 37

efectivo que pudieran establecerse”.

En síntesis, el texto hace referencia a tres supuestos: a) El primero de ellos es “que haya mediado una resolución de un órgano competente de la cual ha tenido conocimiento el prestador. La resolución del órgano competente puede: 1. Declarar que los datos son ilícitos. 2. Ordenar que se retiren los datos. 3. Ordenar que se bloquee el acceso a los datos. 4. Declarar que se ha producido una lesión de bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización. Siempre que se haya dictado una resolución con algunos de estos contenidos y la misma ha llegado al conocimiento del prestador, “se entenderá” que dicho prestador posee el conocimiento contemplado en el párrafo a) del mismo artículo, es decir, “el conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero, susceptibles de indemnización”.

El segundo supuesto: “b) contempla el caso en que el prestador, en virtud de acuerdos voluntarios, aplique procedimientos de detección y retirada de contenidos. La consecuencia jurídica de este supuesto que se recoge bajo la cláusula “sin perjuicio” no se determina con claridad en este precepto”.

Por último y también bajo la cláusula “sin perjuicio”, se contempla el supuesto de “otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse”. Sin embargo, no es claro que puede quedar incluido bajo esta categoría. Es importante mencionar que todos estos supuestos son objeto de discusión por parte de la doctrina¹⁰³.

El último de los supuestos de exclusión de la responsabilidad del intermediario (ISP) por los contenidos ajenos, fue mencionado en frases anteriores como: “la provisión de enlaces e instrumentos de búsqueda” supuesto que ha sido establecido por la LSSICE española y no propiamente por la DCE, debido a que este supuesto no fue contemplado por esta última. Es primordial resaltar, que en el supuesto de hecho comentado resultan reunidas diversas situaciones dada la amplitud de los vínculos en Internet. Con esta regla de exclusión, pueden verse beneficiados tanto los buscadores profesionales de la clase de google o AOL,

¹⁰³ Ibídem. Págs. 38-39

como cualquier sitio web que contenga enlaces o contenidos de terceros.

Conforme a lo anterior, el proveedor actúa como un simple “intermediario”. Por lo tanto, también quien establece un enlace desde una página web, debe calificarse prestador del servicio de intermediación de “provisión de enlaces a otros sitios de internet”, cuando cuente con los requisitos esenciales para ser calificado de “servicio de la sociedad de la información”. En este punto es importante no olvidar el carácter normalmente remunerado o la naturaleza económica del servicio, el cual no se presenta en las páginas personales, debido a que la naturaleza de estas no es económica y por lo tanto no tienen el carácter de “Servicio de la Sociedad de la Información”.

“Este supuesto de exclusión de responsabilidad en la LSSICE, no protege frente a cualquier tipo de responsabilidad que pueda derivarse del establecimiento de enlaces, sino que únicamente se excluye la responsabilidad que pudiera seguirse del hecho de ofrecer enlaces a contenidos ilícitos. En efecto, el beneficio de la exclusión de responsabilidad consiste en que quienes proporcionen los enlaces o los instrumentos de búsqueda no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios”¹⁰⁴.

Es esencial en la interpretación del artículo 17 de la LSSICE que hace referencia a este supuesto, la noción de “conocimiento efectivo”, que se formula en términos idénticos a los mencionados en frases anteriores. “El requisito de la falta de conocimiento demuestra que se está contemplando el supuesto de remisión a contenidos o actividades ilícitas, es decir, que no se tenga un conocimiento efectivo de que la actividad o información que remiten es ilícita o lesiona bienes susceptibles de indemnización”¹⁰⁵.

Al igual que en el caso de alojamiento de datos, “se excluye la aplicabilidad de la exclusión de responsabilidad en los supuestos en que el autor del contenido enlazado actúa bajo la dirección, autoridad o control del intermediario, es decir, de quien proporciona el

¹⁰⁴ *Ibidem*. Págs. 45-46

¹⁰⁵ *Ibidem* Pág. 47.

enlace”¹⁰⁶.

Las normas de la DCE que tienen que ver con la responsabilidad de los intermediarios, determinan que en los supuestos ya examinados, los intermediarios no podrán ser declarados responsables de los contenidos proporcionados por terceros. Este régimen de responsabilidad lo que busca es dar una garantía a los ISP en virtud de la cual, tengan la certeza de que si se someten a los requisitos que exige la Directiva en los diferentes casos, ellos no resultarán responsables por las infracciones.

Cuando las exclusiones de responsabilidad que se encuentran en la Directiva no sean aplicables, por no cumplirse los requisitos exigidos en ella, serán los Estados quienes a través de sus normas determinarán si el intermediario debe responder o no. En otras palabras, los artículos de la Directiva que establecen exclusiones de responsabilidad fijan el marco en que los intermediarios deben quedar libres de responsabilidad, pero no pueden predecir si en caso de que no queden cubiertos por la exclusión deberán responder o no, porque esto sería potestad exclusiva de cada uno de los Estados.

Siguiendo los lineamientos trazados por la DCE del 8 de junio de 2000, un Proveedor de Servicios de Internet “podrá beneficiarse entonces, de las exenciones de mera transmisión y de memoria tampón o también conocida como “caching”, cuando este no tenga ni conocimiento ni control sobre la información transmitida o almacenada. Todo esto supone que el proveedor de servicios no modifique la información transmitida, que no interfiera con los mecanismos establecidos en origen y en el caso del caching, que actúe con prontitud para retirar los datos o impedir su acceso cuando tenga conocimiento de que los mismos han sido retirados o su acceso ha sido deshabilitado en su origen o de que un tribunal o autoridad administrativa haya ordenado su retirada o acceso”¹⁰⁷.

En la legislación española, la ausencia de conocimiento efectivo se exige para eximir al

¹⁰⁶ *Ibidem*. Págs. 46-47

¹⁰⁷ XALABARDER Plantada Raquel. Revista Iberoamericana de Derechos de Autor, No. 3. Editorial Cerlac. Bogotá, Julio-Diciembre 2007; Artículo “La responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios”. Págs. 60-61.

Proveedor de Servicios de Internet (ISP) de todo tipo de responsabilidad (civil o penal). Además la ilicitud debe haber sido establecida por la “autoridad competente” y el ISP debe ser debidamente notificado¹⁰⁸.

En síntesis, la Directiva de la Comunidad Europea de 8 de Junio de 2000, traza los parámetros a partir de los cuales la legislación española se nutre para regular lo referente a la “responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet”. A la vez, dentro de la legislación española, se contemplan otros supuestos que dentro de la DCE no se establecen y resultan necesarios para lograr una completa regulación en España sobre este tema.

La DCE traza para toda la comunidad europea las reglas que considera importante incluir dentro de cada legislación, para excluir de responsabilidad bajo ciertos requisitos a los Proveedores de Servicios de Internet. No obstante, esto no significa que cada país no pueda establecer por si mismo las causales que pueden considerarse como excluyentes de responsabilidad, así como también las que pueden considerarse componentes de responsabilidad. Frente a este punto es importante destacar, que si bien es cierto que la legislación española toma en gran medida lo establecido por la DCE como punto de partida, en la LSSICE española, existen otros puntos no contemplados dentro de la Directiva europea, que resultan importantes en esta materia, como ya fue mencionado en frases anteriores.

Además de lo anterior, el establecimiento de acciones de cesación, para la protección de los intereses colectivos de los consumidores ante las infracciones de los ISP, en las que intervienen los Tribunales y otras autoridades, se deja a disponibilidad de los Estados miembros de la Comunidad Europea, en este caso del Estado español, aunque la posibilidad de ejercerlas dentro de la legislación española no se encuentre expresamente mencionada.

¹⁰⁸ Ibídem. Pág. 62

5.2. Referencias Jurisprudenciales.

1. Caso Promusicae contra Telefónica España.

En Enero de 2008, El Tribunal Europeo de Justicia se pronunció por medio de una sentencia, sobre el tema de la Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet por las posibles infracciones de sus suscriptores, y sobre el intercambio de archivos P2P (File Sharing Technology).

El quid del asunto se presenta cuando en un proceso iniciado en el año 2005, se solicita que Telefónica en su condición de ISP, proporcionara la dirección IP, la identidad y los datos de contacto de varios de sus usuarios que usaran redes de intercambio de música (P2P)¹⁰⁹, lo cual era impuesto como medida cautelar a Telefónica.

Generalmente, en la mayoría de las legislaciones, los ISP deben guardar los archivos que contengan los datos de sus usuarios y suscriptores, así como también de todos los registros de conexión y todos aquellos que resulten necesarios, para cuando dichos archivos sean requeridos por una autoridad dentro de una acción penal o para efectos de seguridad nacional, tal como establece la legislación española sobre servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en desarrollo de la Directiva Europea que trata sobre este tema (la DCE)¹¹⁰.

A pesar de lo anterior, frente a esta medida, Telefónica España argumentó que no estaba obligada a cumplir con lo dispuesto por el Juzgado de Madrid, debido a que ella no estaba obligada a entregar la información solicitada, ya que la acción indicada era de carácter civil, y tal situación estaba regulada solo para acciones de tipo penal.

Es importante destacar que si bien en este caso se estaba dando aplicación a una norma

¹⁰⁹ Ibídem. Pág. 621

¹¹⁰ Ibídem. Pág. 621

interna española consignada en el artículo 12 de la Ley de Servicios de la Información, que tiene sustento en la Directiva Europea 31 de 2000, sobre la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico, se solicitó la interpretación e intervención del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE). El Tribunal de Luxemburgo valoró, además, las implicaciones que sobre el tema tendrían otras normas comunitarias, como la Directiva 29 de 2001, sobre Derechos de autor y derechos conexos en la sociedad de la Información y la Directiva 48 de 2004, sobre los derechos de propiedad intelectual, entre otras¹¹¹.

EL Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, al analizar si la obligación de los ISP de proporcionar la información de sus suscriptores se extendía al campo civil y no solo al penal, encontró pertinente traer a colación, la Directiva Europea 58 de 2002, sobre tratamiento de datos personales y protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas. Con fundamento en ella, concluyó que los Estados miembros de la unión, y por lo tanto, los ISP, solo estaban obligados a proporcionar información cuando las causas adelantadas fueran de carácter penal y no en otros casos. Sin embargo, el mismo Tribunal de Justicia, dejó abierta la posibilidad para que conforme al derecho comunitario europeo, las legislaciones nacionales, mediante sus normas, extendieran tal obligación de los ISP no solo al campo penal, sino también al civil¹¹².

La conclusión que permite vislumbrar el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, demuestra que aún cuando los Estados no están obligados a imponer a los ISP un deber de información en los procedimientos civiles, sería aconsejable que lo hicieran; y que resulta indispensable que los jueces, aún no estando obligados por el derecho comunitario, interpretaran la ley en tal sentido¹¹³.

¹¹¹ Ibídem Pág. 621

¹¹² Ibídem Pág. 621

¹¹³ Ibídem Pág. 621

2. Sentencia No 773/2009. TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil.

Casación Número 914/ 2006.

Ponente: Sr.D.: José Ramón Ferrándiz Gabriel¹¹⁴.

El 9 de Diciembre de 2009 en Madrid (España), la Asociación de Internautas, representada por la señora Sofía Pereda Gil, interpone recurso de casación contra la sentencia dictada el seis de febrero de 2006 por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Madrid, que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que había pronunciado el Juzgado de Primer Instancia número Cuarenta y dos de Madrid. En este caso, resulta como parte recurrida, la Sociedad General de Autores y Editores y don Eduardo Bautista García, representados por el Procurador de los Tribunales don Alfonso Juan Antonio Blanco Fernández. Siendo parte el Ministerio Fiscal¹¹⁵.

Antecedentes de hecho.

El día 31 de Marzo de dos mil cuatro ante el Juzgado Decano de Madrid, el representante de la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) y de don Eduardo Bautista García (don Alfonso Blanco Fernández), interpuso demanda contra la Asociación de internautas en defensa de los derechos de los poderdantes al honor. Dicha representación manifestó que la Sociedad General de Autores y Editores, era una sociedad de gestión de derechos de propiedad intelectual, que tenía como presidente del consejo de dirección a don Eduardo Bautista García. Asimismo, se declaró que la Asociación de internautas estaba inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones y prestaba servicios de la sociedad de la información a sus asociados por medio de su dirección virtual www.internautas.org. Entre dichos servicios prestaba el de alojamiento de datos. Igualmente, se puso de manifiesto que en la pagina anteriormente mencionada se contenían las direcciones de www.putasgae.org y www.antisgae.intermaturas.org y estas a su vez, contenían expresiones que atentaban contra el honor de los demandantes, tales como: “una banda de desocupados..., prácticas

¹¹⁴ <http://www.internautas.org/archivos/pdf/sentenciasupremoputasgae.pdf>.

¹¹⁵ PONENTE SR. D.: FERRANDIZ GABRIEL JOSÉ RAMÓN. Sentencia No 773 de 2009.Casación No 914 de 2006. Tribunal Supremo de lo Civil. Madrid, España.

mafiosas..., putasgae...¹¹⁶” Y en particular varias palabras y frases que según los demandantes resultaban deshonrosas.

Por lo anterior, se invocaron los artículos 18, apartado 1, de la Constitución Española, 1, 2 y 7 de la Ley 1/1.1982 de 5 de Mayo, y como pretensiones se señalaron las siguientes: “1. Que la utilización de la dirección de internet www.putasgae.org perteneciente al dominio de la pagina “web” <http://antisgae.internautas.org>, titularidad de la Asociación de Internautas, supone una intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor de la sociedad general de Autores y Editores; y además, suponen también una intromisión ilegítima al mismo derecho en la persona de don Eduardo Bautista García. 2. Que como consecuencia de ello, se condene a la demandada a lo siguiente: a) Cesar en la perturbación ilegítima en el derecho al honor de los demandantes, eliminando la expresión “putasgae” de la dirección de internet www.putasgae.org, así como todos los artículos y sitios web en que se contenga dicha palabra, para que de esta forma sean eliminadas todas las palabras atentatorias contra el derecho al honor de los demandantes. 3. A nivel de indemnización de perjuicios por las mencionadas infracciones atentatorias al honor de los demandantes, se solicita abonar a estos una suma de 18.000 euros para cada uno de ellos. 4. Por último se solicita publicar en la página <http://www.internautas.org>, la sentencia que sea dictada, por un periodo temporal equivalente a aquel en que se ha prolongado la intromisión ilegítima. Y en caso de oposición a esta demanda que se condene al abono en costas”.

La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia número Cuarenta y dos de Madrid, que la admitió a trámite por auto del 20 de abril de dos mil cuatro. Frente a ello, se realizó el emplazamiento de la Asociación demandada, representada como fue mencionado en frases anteriores, por doña Sofía Pereda Gil, quien contestó la demanda oponiéndose a ella, y negando la responsabilidad de su representada como prestadora de servicios de intermediación de la sociedad de la información.

El Juzgado de primera Instancia número Cuarenta y Dos de Madrid dictó sentencia, con

¹¹⁶ PONENTE SR. D.: FERRÁNDIZ GABRIEL JOSÉ RAMÓN. Sentencia No 773 de 2009. Casación No 914 de 2006. Tribunal Supremo de lo Civil. Madrid, España.

fecha de 15 de junio de 2004 y del 9 de junio de 2005, estableciendo lo siguiente: “estimando la demanda inicial interpuesta por el representante de la Sociedad General de Autores y Editores y de don Eduardo Bautista García, contra la Asociación de Internautas, se declara lo siguiente: 1. Que la utilización de la dirección de internet www.putasgae.org supone una intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor de la sociedad actora. 2. Que la divulgación por parte de la demandada en la página de internet <http://antisgae.internautas.org> supone una intromisión ilegítima al derecho fundamental al honor de los demandantes.

Por lo tanto se condena a la sociedad demandada a lo siguiente: 1. Cesar en la perturbación ilegítima en el derecho al honor de los actores: a. Eliminando la expresión “putasgae” de la dirección de internet www.putasgae.org; así como los enlaces en los que se contenga dicha palabra. b) Eliminando de las páginas reseñadas las expresiones atentatorias contra el honor de los actores. 2. Abonar a los demandantes por indemnización de perjuicios derivados de la mencionada infracción, la suma de 18.000 euros para cada uno. 3. Publicar en la página web <http://www.internautas.org>, la sentencia firme que recaiga por un tiempo equivalente a aquel en que se ha prolongado la infracción. 4. Abonar las costas causadas para el mencionado procedimiento.

No obstante lo anterior, la sentencia de primera instancia fue recurrida en Apelación por la Asociación de Internautas. La sentencia que resolvió dicho recurso fue dictada el día seis de febrero de 2006, en la cual se sostuvo lo siguiente: “Fallamos que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad Asociación de Internautas, contra la sentencia dictada con fecha de quince de junio de 2005, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia con expresa imposición de costas del presente recurso a la parte apelante”.

Posteriormente, la Asociación de Internautas interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada el seis de febrero de 2006. Dicho recurso fue decidido el veinticuatro de Junio de 2008 por la Sala Primera del Tribunal Supremo, donde se estableció lo siguiente:

1. Admitir el recurso de casación mencionado en frases anteriores, contra la sentencia

- dictada en fecha de seis de febrero de 2006 por la Audiencia Provincial de Madrid.
2. El recurso de casación de Asociación de Internautas se funda en el artículo 477, apartado 2, ordinales 1 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento civil y se compone de dos motivos, en los que la recurrente denuncia lo siguiente:
 - a) La infracción de los artículos 18 y 20 de la Constitución española.
 - b) La infracción del artículo 16 de la ley 34 del 11 de julio de 2002, sobre Servicios de La Sociedad de La Información y del Comercio Electrónico.
 3. El representante de la Sociedad General de Autores y Editores (don Alfonso Blanco Fernández) y de don Eduardo Bautista García, impugnó el recurso, solicitando que se declarara que dicho recurso no tenía lugar. El Ministerio Fiscal, impugna los dos motivos del recurso de casación impuesto, demostrando interés por la confirmación de la sentencia recurrida.

Fundamentos de Derecho

Durante las sentencias de las dos instancias la demandada fue declarada responsable de una lesión del derecho al honor de los demandantes y condenada como consecuencia de ello, a poner fin a dicha conducta y a indemnizar los perjuicios causados con tal comportamiento.

El primer planteamiento fáctico del que se deriva el conflicto de intereses, se presenta con las expresiones que atentaron contra el honor de los demandantes y que fueron contenidas en las páginas web “www.antisgae.org” y “www.putasgae.org”, alojadas en los servidores de la asociación demandada. En la sentencia recurrida, se declaró ilícito conforme a la Ley 1 del 5 de mayo de 1982 el contenido de dichas páginas, así como civilmente responsable a la prestadora de los servicios de alojamiento.

En el recurso de casación, la Asociación de Internautas niega su responsabilidad por los contenidos alojados en sus servidores. Para negar dicha responsabilidad se justifica en dos motivos: la libertad de expresión reconocida a nivel constitucional y la concurrencia de la causa de exclusión de responsabilidad prevista en el artículo 16 de la Ley 34 del 11 de julio de 2002.

Como fue mencionado en frases anteriores, en su recurso, Asociación de Internautas denuncia la infracción de los artículos 18, apartado 1 y 20, apartado 1, letra a), de la Constitución Española. Al fundamentar este motivo la Asociación alega que, “declararle responsabilidad civil a quien presta servicios de intermediación de la sociedad de la información, por razón de unos materiales puestos en línea por los usuarios y proveedores de contenidos, significaba poner un control efectivo de los pensamientos, ideas y opiniones exteriorizadas por terceros, y una censura incompatible con el derecho que reconoce el artículo 20 apartado 1, letra a) de la Constitución Española”. A pesar de dicha justificación por parte de la asociación demandada, en la interpretación de dicha norma, el Tribunal Constitucional declaró en la sentencia 204 de 1997, que la libertad de expresión no es ilimitada y que por lo tanto, las expresiones utilizadas en las páginas web mencionadas en frases anteriores, son una extralimitación al derecho a la libre expresión.

Sin embargo, la recurrente no niega encontrarse en una ilegítima intromisión, a lo que se niega es a responder por esa intromisión, porque según esta quien debe responder por dicha intromisión es quien fuera su autor, ya que de lo contrario, se le estaría exigiendo un control que iría en detrimento de la libertad de expresión de los proveedores de contenidos.

De esta forma, expone la necesidad de que sea armonizado un régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, particularmente en lo que tiene que ver con el alojamiento y almacenamiento de datos, los cuales son los que presta la Asociación de Internautas y son los servicios por los que ha sido condenada.

La preocupación de armonizar el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información ha sido evidente, debido a que conforme a la Directiva 2000/31/CE del Parlamento y del Consejo, de 8 de Junio de 2000, incorporada al ordenamiento jurídico español por la Ley 34 de 2002, se excluye la posibilidad de que los estados miembros impongan a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmiten o almacenan. No obstante, a la vez, se reconoce la potestad por parte de los estados miembros de exigir a los prestadores de servicios que

proporcionan alojamiento a datos suministrados por los destinatarios de aquellos, lo que constituye un deber de diligencia a fin de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales; igualmente, las exclusiones de responsabilidad se condicionan al cumplimiento de un deber de diligencia para reconocer la ilicitud e impedir su persistencia. Además, se planteó un régimen particular de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación, en la Directiva 2000/31/CE y en la Ley 34 de 2002 que incorporó sus normas al ordenamiento español. Lo cual según la recurrente, resulta un poco contradictoria, ya que como fue mencionado en frases anteriores, no existe un régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, completamente armonizado.

En el segundo motivo del recurso, Asociación de Internautas afirma la existencia de una infracción del artículo 16 de la Ley 34 de 2002 “Ley de Servicios de la Sociedad de la información y de Comercio electrónico”, en relación con los artículos 14 y 15 de la Directiva 2000/31/CE, mencionada en frases anteriores. Frente a este punto afirma la recurrente que aunque permitió a la “Plataforma de coordinación de movilizaciones contra la SGAE” que alojara contenidos, información y opiniones en su servidor y le atribuyó un subdominio independiente -www.antiesgae.org-, no tuvo ninguna participación en la elaboración de aquellos ni en su selección. Afirma que se limitó a prestar un servicio de mediación en términos absolutamente neutrales, por lo que no cabe atribuirle responsabilidad alguna por el comportamiento que le sea imputable. De la misma manera, deja por sentado que no había tenido conocimiento efectivo ni podido tenerlo de las opiniones y de la información suministrada por aquella “plataforma”, pese a que las hubiera acogido y almacenado. Y en consecuencia, que no había conocido ni debido conocer que los contenidos alojados lesionaban derechos de terceros.

La Asociación concluye afirmando que concurriría a su favor la exención de responsabilidad que el artículo 16 apartado 1, letra a) de la Ley 34 de 2002 consagra. Para dar respuesta a este motivo es importante destacar todos los datos obtenidos a lo largo de este proceso.

1. Asociación de Internautas ha sido condenada como prestadora de servicios de la sociedad de la información y particularmente, como prestadora del servicio de intermediación que consiste, en albergar o alojar en servidores o espacios propios, datos suministrados por los destinatarios de aquellos- “hosting”. Al respecto, ninguna cuestión se ha planteado sobre la naturaleza de los servicios de intermediación prestados por la recurrente ni sobre la interpretación e integración de dicha condición.

2. Los demandantes decidieron dirigir la demanda no contra los proveedores de contenidos si no contra la Asociación intermediaria. Al optar por tal opción estos sometieron las pretensiones al régimen jurídico aplicable a quienes prestan servicios de alojamiento o almacenamiento de datos.

3. Dos son los supuestos de de exclusión de responsabilidad establecidos en el artículo 16 de la Ley 34 de 2002, incorporados en el ordenamiento jurídico español en el artículo 14 de la Directiva 2000/31/CE, en los cuales se favorece a los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, que han sido negados en la sentencia recurrida. El Tribunal de apelación negó que la demandada desconociera el contenido de los datos alojados en sus servidores (aquellos a que se refiere la demanda y que resultan ofensivos para los actores). Igualmente, negó que hubiera vínculos de subordinación, dependencia o control entre aquella y los proveedores de contenidos.

4. Por su parte la recurrente niega haber sabido sobre la ilicitud de las opiniones de “plataforma”, para justificarse utiliza el término de “conocimiento efectivo” atribuido por el legislador español en el artículo 16, apartado 1, de la Ley 34 de 2002, el cual establece lo siguiente: “se entenderá que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo: cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión y el prestador conociera la correspondiente resolución”. Asimismo, la Asociación afirma que ningún órgano competente había declarado de manera previa a la demanda la ilicitud de los datos almacenados o la lesión de los derechos de los autores y mucho menos ordenaron la retirada de los contenidos.

5. El motivo mencionado en el numeral anterior fue desestimado ya que la interpretación propuesta por la Asociación recurrente reduce de manera injustificada las posibilidades de obtener “conocimiento efectivo”, ampliando en gran medida el ámbito de exenciones sobre conocimiento efectivo, aún cuando el propio artículo 16 mencionado en frases anteriores permite una interpretación favorable al dar la posibilidad de considerar “otros medios de conocimiento efectivo que puedan establecerse”

6. Por lo anterior, en esta ocasión, el Tribunal declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Asociación de Internautas, contra la sentencia dictada el 6 de Febrero de 2006, por la Sección Diecinueve de la Audiencia Provincial de Madrid, reiterando su posición frente a la situación de la demandada¹¹⁷.

5.3 Soluciones que se plantean al problema

En primer lugar, es importante destacar que la legislación española se basó en gran medida en los parámetros establecidos por la Directiva Europea del 8 de Junio del 2000. Tanto en la Directiva Europea como en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSICE española), se establecieron reglas de Exclusión de la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet, siempre y cuando estos cumplan con ciertos lineamientos.

Dentro de los parámetros establecidos en la legislación europea hay inexistencia del deber general de supervisión de los contenidos. En dichas normas se establece de que no van a ser responsables los prestadores de servicios de internet que cumplan con los requisitos establecidos para la exclusión de la responsabilidad. No obstante, dichas exclusiones no protegen al proveedor de manera general (por cualquier tipo de responsabilidad en desarrollo de sus actividades de intermediación), debido a que lo que se establece es que no sean responsables de los contenidos.

¹¹⁷ *Ibidem*. Texto extraído de la Dirección en internet:
<http://www.internautas.org/archivos/pdf/sentenciasupremoputasgae.pdf>.

En segundo lugar, en cuanto al ámbito de responsabilidad penal, dentro de la Directiva de la Comunidad Europea no se declara de forma expresa la exclusión de este tipo de responsabilidad, solo se limita a decir que el proveedor no podrá ser considerado como “responsable”, pero no se menciona de manera concreta que ocurre con la responsabilidad penal. Sin embargo, ha sido unánime la conclusión de que la prohibición de ser declarado responsable, no se refiere únicamente a la responsabilidad civil, si no que cobija también una posible responsabilidad penal.

En la LSSICE tampoco se consagra de manera expresa que las exclusiones de responsabilidad alcanzan también a excluir la responsabilidad penal. Sin embargo, en la doctrina penal española también ha sido uniforme la interpretación según la cual, las reglas de la LSSICE también excluyen la responsabilidad penal del intermediario.

La DCE toma como punto de partida para delimitar el alcance de su aplicación, que el servicio que se esté prestando sea de la Sociedad de la Información, debido a que este es un requisito necesario para poder llevar a cabo la exclusión de la responsabilidad de un Proveedor de Servicios de Internet, es decir, es un requisito esencial para poder hablar de exclusión de la responsabilidad de dichos proveedores. Para ello, la Directiva de la Transparencia (Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de Junio de 1998, modificada por la Directiva 98/48 CE de 20 de Julio de 1998) definió tiempo atrás lo que significa un “Servicio de la Sociedad de la Información”, al respecto sostuvo que consistía en “todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”, definición que fue adoptada por la DCE en su artículo 2b. La ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, adopta la misma noción anteriormente mencionada, pero amplía el concepto añadiendo el servicio de intermediación, que consiste en la provisión de enlaces o instrumentos de búsqueda como fue explicado a lo largo de este trabajo.

Es importante destacar que la DCE y la LSSICE se aplican de manera horizontal, lo cual

quiere decir que se aplican para cualquier supuesto de ilicitud que pueda generar responsabilidad, no obstante, las exclusiones de responsabilidad establecidas en la DCE y en la LSSICE no tienen un alcance ilimitado, ya que no protegen al proveedor específicamente del desarrollo de actividades de intermediación, es decir, el proveedor no podrá ser obligado a responder por el hecho de que los datos almacenados y transmitidos sean ilícitos o porque sean objeto de una actividad ilícita llevada a cabo por los usuarios.

Los supuestos de exclusión de responsabilidad se presentan en los siguientes casos: 1. Mera transmisión 2. Caching y 3. Alojamiento de datos. La LSSICE incluye un nuevo supuesto conocido como: 4. La provisión de enlaces e instrumentos de búsqueda.

Por lo tanto, dentro de la legislación española la solución que se plantea al tema de la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet es un conjunto de reglas dispuestas dentro de la Directiva de la Comunidad Europea y de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, en las que en primer lugar, se establece que para que un proveedor de servicios de internet sea excluido de responsabilidad, deberá hacer parte de los Servicios de la Sociedad de la Información y en segundo lugar, cumplir con los lineamientos trazados dentro de esta regulación para considerar que dicho proveedor puede ser excluido de la responsabilidad que comporte una infracción dentro del entorno digital. Igualmente, se establece que los proveedores de servicios de internet no podrán ser responsables de los contenidos.

Por último, dichas exclusiones conforme a la unanimidad de la doctrina exoneran al proveedor tanto de responsabilidad civil como penal. Sin embargo, tal situación no ha sido regulada de manera detallada dentro de dichas disposiciones.

De acuerdo a lo mencionado en frases anteriores, es posible concluir que tanto en la Comunidad Europea como en la legislación española, existen normas claramente establecidas que permiten tratar de manera más concreta las situaciones en las cuales los proveedores de servicios resultan responsables de las infracciones, situación que se presenta cuando estos no cumplen con los requisitos para poder ser considerados como “libres de

responsabilidad.”

Frente a este punto se considera que la legislación española cuenta con un régimen completo en el tema objeto de estudio, y que su regulación resulta un modelo a seguir y un punto de partida para la legislación colombiana en el tema de la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet, la cual hasta el momento resulta en cierta medida incompleta. Para ello es importante destacar que para lograr en este tema un régimen uniforme dentro de la legislación colombiana, resultaría necesaria la implementación de reglas específicas de limitación de responsabilidad de los ISP, tal como lo establece la DCE y la LSSICE, especificando de manera clara las situaciones en las cuales se presentan tales exclusiones. Igualmente, se considera importante que dentro del régimen colombiano se lleve a cabo una clara diferenciación entre la responsabilidad penal y civil que puede presentarse frente a un régimen de responsabilidad, sin dejar a la deriva o a la simple interpretación de la jurisprudencia su determinación.

CAPÍTULO VI

SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET EN SUR Y CENTRO AMÉRICA

6.1. Referencias Legales de algunos países latinoamericanos

1. Chile.

A la hora de ver la evolución de los derechos de autor, y el correspondiente desarrollo de la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet en Sur y Centroamérica, es menester destacar a Chile, País donde se ha discutido a cabalidad hasta donde pueden llegar las facultades de los ISP sin vulnerar los derechos de autor, buscando el correspondiente equilibrio entre los deberes de los proveedores de servicios y la generación de censura en Internet.

En Chile se encuentra consagrada la Ley 17.336, la cual abarca todo lo relacionado a la Propiedad Intelectual (publicada el 2 de Octubre de 1970). Dicha ley protege todos aquellos derechos que emanan “solamente de la creación de la obra”, beneficiando a todos los autores chilenos, y aquellos que se encuentren domiciliados en este país; además reconoce las convenciones internacionales para proteger los derechos de aquellos autores que no se encuentran domiciliados en Chile. Esta ley también desarrolla los derechos patrimoniales y morales con los que cuentan los autores. Asimismo, la Ley 19.166, publicada el 17 de septiembre de 1992, la cual introduce modificaciones a la Ley 17.336, establece que los fondos que no sean recaudados por las entidades públicas (más exactamente entidades de gestión colectiva de derechos de autor), al no ser cobrados por sus titulares, después de tres años, serán destinados a los recursos del Ministerio de Educación, dicho Ministerio a su vez se verá obligado a financiar proyectos de desarrollo artístico y cultural. Igualmente, por medio de esta ley se crea el Departamento de Derechos Intelectuales y la Corporación Cultural Chilena.

Es importante destacar que en la actualidad existe en Chile el boletín 5012, Proyecto de Ley que busca modificar la ley de Propiedad Intelectual vigente en Chile. Entre los puntos más controvertidos se destaca la Responsabilidad de los Proveedores de Internet. El 21 de Diciembre de 2009, el Congreso Chileno, más exactamente la cámara de Diputados, voto en contra del Artículo que establecía lo siguiente “el prestador de servicios que de buena fe constatará presuntas infracciones a los derechos de propiedad intelectual, estaría exento de responsabilidad civil, si las notificara por carta certificada al presunto infractor.”

A pesar de contar con un régimen de propiedad intelectual que podría considerarse “adecuado”, Chile no cuenta al igual que otros países de Latinoamérica, con un régimen concreto de limitación de responsabilidad para los Proveedores de Servicios de Internet por las infracciones cometidas a los derechos de autor a través de este medio. Es por ello que en lo referente a este tema, dentro de esta legislación se destaca el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Chile, dentro del cual las limitaciones a la responsabilidad de los ISP y su forma de regulación encuentran sustento.

Dentro de dicho Tratado se establece en primer lugar, la creación de incentivos legales para que los proveedores de servicios cooperen con los titulares de los derechos de autor para evitar la transmisión no autorizada de materiales protegidos por los derechos de autor. (Art. 23 (a). (i)).

En segundo lugar, se establecen limitaciones a la legislación referentes al alcance de los recursos disponibles contra los proveedores de servicios por infracciones a los derechos de autor que tales proveedores no controlen, o que de alguna manera inicien o dirijan y estos ocurran a través de sistemas de redes controladas u operadas por ellos o en su representación (Art 23 (a). (ii)).

Asimismo, en el literal (b) del mismo artículo, se establece que tales limitaciones excluirán las reparaciones pecuniarias, estableciendo también límites razonables a los mandamientos judiciales para ordenar o restringir cierto tipo de actos para las siguientes funciones:

(b)(i) transmisión, enrutamiento o suministro de conexiones para el material sin modificar su contenido¹¹⁸;

(b)(ii) almacenamiento temporal (*caching*) llevado a cabo mediante un proceso automático;

(b)(iii) almacenamiento a petición de un usuario de material que se aloja en un sistema o red controlada u operada por o para el proveedor, incluidos correos electrónicos y sus archivos adjuntos almacenados en el servidor del proveedor, y páginas web alojadas en el servidor del proveedor; y

(b)(iv) referir o vincular a los usuarios a un sitio en línea mediante la utilización de herramientas de búsqueda de información, incluidos hipervínculos y directorios.

Frente a dichas limitaciones se establece que, estas solo se aplicarán en caso de que el proveedor no inicie la transmisión o seleccione el material o sus destinatarios, salvo a que una función descrita en el numeral anterior (iv) conlleve en si misma a alguna forma de selección. Igualmente, se establece que lo mencionado en frases anteriores, no excluye la

¹¹⁸ La modificación del contenido del material no incluirá la manipulación tecnológica del material para los efectos de facilitar la transmisión de red, como la división en paquetes.

disponibilidad de otras defensas de aplicación general ante violaciones al derecho de autor.

Respecto de la función (ii) (almacenamiento temporal o caching), el Tratado establece literalmente que las limitaciones estarán condicionadas a que el proveedor de servicio:

- (i) Cumpla con las condiciones de acceso de usuarios y reglas relativas a la actualización del material almacenado impuestas por el proveedor del material;
- (ii) no interfiera con tecnología compatible con normas de la industria ampliamente aceptados, utilizadas legalmente en el sitio de origen para obtener información sobre el uso del material, y a que no modifique su contenido en la transmisión a otros usuarios; y
- (iii) retire o inhabilite en forma expedita el acceso a material almacenado que ha sido retirado o al que se ha inhabilitado el acceso en su sitio de origen, cuando reciba una notificación efectiva de una supuesta infracción, de acuerdo con el subpárrafo (f).

Respecto de las funciones (iii) y (iv), las limitaciones se condicionan a que el proveedor de servicio:

- (i) no reciba un beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, en circunstancias en que tiene el derecho y la capacidad para controlar dicha actividad;
 - (ii) retire o inhabilite en forma expedita el acceso al material que se aloja en su sistema o red al momento de obtener conocimiento efectivo de la infracción o al enterarse de hechos o circunstancias a partir de los cuales se hacía evidente la infracción, incluso mediante notificaciones efectivas de supuesta infracción de acuerdo con la subpárrafo (f); y
 - (iii) designe públicamente un representante para recibir dichas notificaciones.
- (d) De manera textual el Tratado establece que la aplicabilidad de las limitaciones contempladas en este párrafo estarán condicionadas a que el proveedor de servicio:
- (i) Adopte e implemente en forma razonable,¹¹⁹ una política que estipule que en circunstancias apropiadas que se pondrá término a las cuentas, de los infractores reincidentes; y
 - (ii) se adapten y no interfieran con medidas técnicas estándar que legalmente protegen e identifican material protegido por derecho de autor, que se desarrollen mediante un proceso abierto y voluntario por un amplio consenso de partes interesadas, aprobado por las

¹¹⁹ Una Parte podrá establecer en su legislación interna que “implemente en forma razonable” implica, entre otras cosas, que dicha política se encuentre continuamente a disposición de los usuarios de su sistema o red.

autoridades pertinentes, cuando sea aplicable, que estén disponibles en términos razonables y no discriminatorios, y que no impongan costos significativos a los proveedores de servicio o cargas significativas a sus sistemas o redes.

La aplicabilidad de las limitaciones de este párrafo no podrá estar condicionada a que el proveedor de servicio realice controles de su servicio, o que decididamente busque hechos que indiquen actividad infractora, salvo en la medida que sea coherente con tales medidas técnicas.

(e) Si el proveedor de servicio califica para la limitación relativa a la función (b)(i), los mandamientos judiciales que ordenan o restringen ciertos actos, se limitarán a terminar determinadas cuentas, o a la adopción de medidas razonables para bloquear el acceso a un determinado sitio en línea no doméstico. Si el proveedor de servicio califica para las limitaciones respecto de cualquier otra función señalada en el subpárrafo (b), los mandamientos judiciales que ordenan o restringen ciertos actos se limitarán al retiro o inhabilitación de acceso al material infractor, la terminación de determinadas cuentas y otras medidas correctivas que un tribunal pueda considerar necesarias, a condición de que dichas medidas correctivas sean lo menos gravosas para el proveedor de servicio, para los usuarios y para los suscriptores entre formas comparables de reparación efectiva. Cualquier otra reparación se emitirá con la debida consideración de la carga relativa para el proveedor de servicio, para los usuarios y para los suscriptores y el daño al titular del derecho de autor, la factibilidad técnica y la eficacia de la medida, considerando además, si existen formas de observancia relativamente menos gravosas para asegurar el cumplimiento. Con la excepción de órdenes que aseguran la preservación de evidencia, o de otras órdenes que no tengan un efecto adverso real en la operación de la red de comunicaciones del proveedor de servicio, la reparación sólo estará disponible en caso que el proveedor de servicio haya sido notificado y se le haya dado la oportunidad de comparecer ante la autoridad judicial.

(f) Para los efectos de la notificación y el proceso de bajada de las funciones (b)(ii),(iii) y (iv), cada Parte establecerá procedimientos adecuados mediante un proceso abierto y transparente establecido en su legislación interna, para notificaciones efectivas de supuestas infracciones y contra notificaciones efectivas por parte de aquellas personas cuyo material fue retirado o inhabilitado por equivocación o identificación errónea. Como mínimo, cada Parte requerirá que la notificación de una supuesta infracción sea una

comunicación escrita, firmada física o electrónicamente,¹²⁰ por una persona que represente, bajo la pena de perjurio u otra sanción penal de que es un representante autorizado del titular del derecho del material que se alega ha sido infringido y, que contenga información razonablemente suficiente para que el proveedor de servicio sea capaz de identificar y localizar el material que la parte reclamante alega de buena fe que está infringiendo, y que permita contactar a dicha parte reclamante. Como mínimo, cada parte requerirá que una contra notificación efectiva contenga la misma información, *mutatis mutandis*, que una notificación que alegue una infracción, y además, contenga una declaración que el suscriptor que realiza la contra notificación acepta someterse a la jurisdicción de los tribunales de la Parte. Cada Parte además establecerá indemnizaciones pecuniarias contra cualquier persona que realice una notificación o contra notificación con información falsa a sabiendas, que cause daño a cualquier parte interesada como consecuencia de que el proveedor de servicios se haya basado en esa información.

(g) Si el proveedor de servicio retira o inhabilita, de buena fe, el acceso a material basándose en una infracción aparente o presunta, estará exento de responsabilidad ante cualquier reclamo que de ella resulte, siempre que, en el caso de material alojado en su sistema o red, adopte sin demora las acciones necesarias para notificar al proveedor del material que así lo ha hecho y, si el proveedor del material presenta una contra notificación efectiva y está sometido a la jurisdicción en un proceso por infracción, restablezca el material en línea, a menos que el primer notificante busque obtener una reparación judicial dentro de un tiempo razonable.

(h) Cada Parte establecerá un procedimiento administrativo o judicial que permita a los titulares de derechos de autor, que han efectuado una notificación efectiva de supuesta infracción, obtener en forma expedita de parte de un proveedor de servicio la información que éste posea para identificar al supuesto infractor.

Asimismo, se deja claramente establecido quien se considera un proveedor de servicio,

¹²⁰ De acuerdo con la legislación interna.

consagrando lo siguiente: (i) **Proveedor de servicio** significa, para los efectos de la función (b)(i), un proveedor de transmisión, enrutamiento o conexiones para comunicaciones digitales en línea sin modificación de su contenido entre puntos especificados por el usuario del material que selecciona el usuario, o para los efectos de las funciones (b)(ii) a (iv), un proveedor u operador de instalaciones de servicios en línea (incluyendo aquellos casos en que el acceso a la red es proporcionado por otro proveedor) o de acceso a redes.

A manera de resumen dentro de este capítulo, se debe destacar que en Chile existen reglas como las mencionadas en frases anteriores, que permiten vislumbrar un bosquejo a nivel general de la Propiedad Intelectual y con base en ello, se pueden deducir otras normas que limitan la responsabilidad de los ISP. Sin embargo, el TLC entre Estados Unidos y Chile es el que realmente podría sentar las bases de una regulación más completa dentro de dicha legislación respecto al tema objeto de estudio. Asimismo, se considera que Chile al igual que Colombia (como se verá más adelante) aún no cuenta con un régimen legal que resulte satisfactorio para determinar en qué momentos resultan responsables los ISP por las infracciones a los derechos de autor. Se considera que el TLC entre Estados Unidos y Chile sería una gran herramienta para tratar de manera completa este sistema.

De la misma manera, cabe señalar que como se verá en el capítulo VII del presente trabajo, el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Estados Unidos y Chile guarda disposiciones similares a las establecidas en el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Colombia. Particularmente en ambos Tratados se destaca la necesidad de crear incentivos legales para que los proveedores de servicios cooperen con los titulares de derechos de autor para disuadir el almacenamiento y transmisión de materiales que se cuenten protegidos por el derecho de autor; así como también de las limitaciones en su legislación relativas al alcance de los recursos contra los proveedores de servicio por infracciones a los derechos de autor que tales proveedores no controlen y/o ocurran en redes que sean controladas u operadas por dichos proveedores.

Con lo anterior se destaca el interés de ambos países por firmar un Tratado que contribuya

al control del quebrantamiento de los derechos de autor, para lo cual Estados Unidos es un gran apoyo. Gracias a ello, tanto en Colombia como en Chile, con dichos Tratados existe un punto de partida que permite visualizar este tema de manera más amplia.

2. Perú

Dentro de la legislación Peruana se encuentra el Decreto Legislativo 822, el cual corresponde a la Ley de Derechos de Autor. Este Decreto Legislativo, siguiendo la tradición Suramericana, inicia por aclarar cuál es el ámbito de protección en este tema, definiendo los términos que tienen directa relación con el ejercicio de los Derechos de Autor (Autor, Artista, Base de Datos, Copia, Etc.). Además incluye todos los derechos y deberes de aquellos que tienen alguna relación con las publicaciones o copias, aclarando la primacía de los Derechos Patrimoniales y Morales que tienen Los Autores.

Concretamente, en lo que tiene que ver con el tema objeto de estudio, es importante destacar que al igual que en otros países de América Latina, la regulación peruana es insuficiente en este tema, ya que no existe una normatividad específica y completa que permita enfrentar los problemas que surgen debido a dicha carencia.

No obstante, al igual que Chile y Colombia, Perú cuenta con el establecimiento de un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, el cual ha sembrado la ilusión de contar con una gran herramienta de regulación. Para tratar el tema de la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet, en el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Perú y Estados Unidos, se establecen algunos parámetros importantes: en primer lugar, ambos países se comprometen a implementar las leyes necesarias para proteger los derechos de Autor y establecer los deberes de los proveedores de Internet. Con estas disposiciones se deja claro que las Leyes peruanas deberán fomentar la actividad de protección de los Proveedores de servicios de Internet con incentivos legales, y las limitaciones de responsabilidad en los casos donde las infracciones no se generen por la inoperancia de los Proveedores de Internet.

El acuerdo del Tratado de Libre Comercio entre Perú y Estados Unidos empezó a tener

vigencia desde el primero de febrero del año 2009. Concretamente, dentro del capítulo de Propiedad Intelectual se establece de manera textual lo siguiente: “con el fin de garantizar procedimientos que permitan una acción efectiva contra cualquier infracción de los derechos de autor, se deben garantizar:

- incentivos legales para que los proveedores de servicios colaboren con los titulares de derechos de autor en disuadir el almacenaje y transmisión no autorizada de materiales protegidos por derechos de autor; y

- limitaciones en la legislación relativas al alcance de los recursos disponibles contra los proveedores de servicios por infracciones a los derechos de autor que no estén en su control, ni hayan sido iniciados o dirigidos por ellos, y que ocurran a través de sistemas o redes controladas u operadas por ellos, o en su representación.

Es importante aclarar que el Tratado de Libre Comercio entre Perú y Estados Unidos respeta la autonomía de los ordenamientos jurídicos de cada país, por tanto se delega en el respectivo país la facultad de establecer las distintas responsabilidades e imputaciones a los proveedores, que vulneren los derechos de autor, en los casos no previstos por el Tratado.

De esta manera se destaca que gracias a este Tratado Perú también puede encontrar un régimen que llene los vacíos hasta el momento existentes en esta materia, y con base en dicho Tratado crear las normas que puedan completar el tema. Asimismo, permitir que la jurisprudencia peruana en los casos que no parezca completa la regulación se encargue de sentar tales vacíos y de esta forma crear los precedentes que más adelante puedan ser convertidos en ley.

6.2 Referencias jurisprudenciales

1. PERÚ.

Asociación Peruana de Artistas Visuales (APSAV) contra la Universidad Cesar Vallejo S.A.C¹²¹.

El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual de Perú, en resolución 2238-2007, falló el caso entre La ASOCIACIÓN PERUANA DE ARTISTAS VISUALES (APSAV) y la UNIVERSIDAD CESAR VALLEJO S.A.C. Los hechos de la Demanda, tuvieron origen en los “actos de reproducción, distribución y comunicación pública de la obra consistente en el dibujo del rostro de Cesar Vallejo, del autor Pablo Picasso”. En este punto es fundamental resaltar que los derechos del autor Pablo Picasso son representados por la Asociación Peruana de Artistas Visuales, ya que tienen un contrato de representación con la entidad “Sucesión de Pablo Picasso”.

Los actos de reproducción que dieron origen a la demanda, se realizaron por medio de folletos, afiches, maletines, libretas de apuntes, boletas, entre otros, además se reprodujo públicamente el material a través del portal de Internet de la Universidad: www.ucv.edu.pe. Por lo tanto, la demandante solicita que se paguen sus derechos de autor por parte de la Universidad Cesar Vallejo; además deberán cesar por completo los actos de reproducción. Por su Parte, la Universidad Cesar Vallejo alega que no conocía la normativa existente, y que su único fin era resaltar la imagen del poeta Peruano “Cesar Vallejo”, sin el fin de buscar una comercialización de la imagen realizada por el autor Pablo Picasso. Paso siguiente se le ordeno a la Universidad Cesar Vallejo suspender todo acto de reproducción y difusión de la obra, sin embargo esto no se cumplió a plenitud ya que se siguió utilizando la obra de Picasso en el portal www.ucv.edu.pe. Por tanto mediante providencia del 15 de mayo de 2006, se realiza una inspección a la página de internet confirmando el no cumplimiento de la orden de suspender la utilización de la imagen en su Página Web. Ante esto la Universidad Cesar Vallejo manifestó que suprimió el material de la Página Web,

¹²¹ http://sistemas.indecopi.gob.pe/SPI_Jurisprudencia/documentos/1-45/2007/20070002238.pdf.

pero por un “error involuntario” no pudo suprimir el link que remitía a la imagen en cuestión.

Bajo estos hechos la Sala de Propiedad Intelectual procede a determinar si corresponde ordenar a la denunciada el pago de los derechos de autor, por el uso indiscriminado de la imagen de obra del autor Pablo Picasso por la Universidad Cesar Vallejo. Para la Sala es absolutamente claro que se vulneraron los derechos de autor, ya que en resoluciones anteriores fue evidente durante repetidas inspecciones el uso y los actos de reproducción de la imagen, a pesar de existir un proceso donde ya se manifestó al demandado el incorrecto uso de la imagen y la errónea interpretación de las leyes peruanas que versan sobre derechos de autor. Para establecer las sanciones la sala acude al Decreto Legislativo 822, Artículo 189: “De ser el caso, sin perjuicio de la aplicación de la multa, la autoridad impondrá al infractor, el pago de las remuneraciones devengadas a favor del titular del respectivo derecho o de la sociedad que lo represente”.

La Sala de propiedad intelectual a la hora de definir las sanciones por el uso indiscriminado de la obra del autor Cesar Vallejo, precisa que el uso de una sola obra en diferentes artículos y en la Página Web, ocasionará sanciones acorde al número de reproducciones efectuadas por la Universidad Cesar Vallejo, estableciendo para el caso del uso de la imagen en la página web, la sanción de “Reproducción y comunicación pública a través de redes. La reproducción de una obra: USD 36,00; y la comunicación pública de una obra por el tiempo mayor de seis meses US\$ 48,00”, sin embargo, dicho esto **la Sala Aclara** Respecto a la tarifa por comunicación pública en Internet, no obstante que la APSAV ha presentado abundante material probatorio tendiente a determinar la cantidad de veces que la obra ha sido reproducida en la página Web, se debe tener en cuenta que la tarifa establecida por la misma denunciada no considera la cantidad de veces que la misma obra se reproduce en la página Web como un factor para calcular la tarifa. En consecuencia, la Universidad Cesar Vallejo S.A.C. deberá cancelar por concepto de remuneraciones devengadas la suma total de US\$ 16 585,00)

Se destaca que en todo el proceso, y en las consideraciones de la Sala, no se definió el papel del Proveedor de Servicios de Internet de la Universidad Cesar Vallejo, ya que la

parte demandante la APSAV no buscó la colaboración de dichos proveedores, con el fin de que retiraran el material presuntamente infractor de los Derechos de Autor.

Cabe recordar que conforme al Tratado de Libre Comercio entre Perú y Estados Unidos, el papel de los proveedores de internet no debe ser excluyente o pasivo, ya que la Legislación Peruana debe otorgar incentivos legales a los Proveedores de Servicios de Internet, con el fin de que sean parte activa a la hora de retirar el material que infrinja los derechos del autor, lo cual en este caso no ocurrió. Por lo anterior, se confirma que en Perú el tema objeto de estudio se encuentra regulado de manera incompleta, ya que por ejemplo en este caso ni siquiera se menciona dicho tema, cuando debió haber sido contemplado por las implicaciones que en este surgen.

2. Chile.

Caso de la Empresa Nacional de telecomunicaciones, caso Entel¹²².

Una de las sentencias más representativas de la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet que se da en Chile, es el caso contra la empresa ENTEL “Empresa Nacional de Telecomunicaciones” de Orlando Fuentes. La sentencia toma lugar por los hechos ocurridos el 31 de Julio de 1999, día en el cual en la sección de avisos de la Pagina Web de ENTEL aparece la hija de Orlando Fuentes, en “ofrecimiento sexual”. Vale destacar que la hija es menor de edad para la época de los hechos, tenía 17 años.

Por estos hechos la Familia de Orlando Fuentes, fue víctima de innumerables llamadas que atentaron contra la tranquilidad de los miembros de su hogar, y además afectó la esfera íntima de los derechos de su hija. Por tales motivos, la familia se vio en la obligación de pedir la suspensión del servicio. El 6 de Agosto de 1999 Orlando fuentes interpone recurso

¹²² <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=554>.

de protección¹²³ en contra de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones “Entel S.A”

Ante estos acontecimientos la compañía ENTEL manifiesta no tener ninguna responsabilidad, ya que el aviso se origina desde un computador personal, que en principio no guarda ninguna relación con ENTEL S.A. Además explica que el proceso de selección de avisos clasificados que aparece en su página es administrada por la empresa “GRUPO WEB”, mediante un sistema bastante sencillo, que se caracteriza por delegar la responsabilidad a los mismos participantes, ya que estos son los que asumen la responsabilidad, completando unos mínimos requisitos.

Aunque la acción interpuesta por Orlando Fuentes fue fuera de tiempo, (la interpuso cuando ya no existía el anuncio), en la sentencia se desarrollaron importantes directrices sobre la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet. Por un lado, da un paso adelante al definir los distintos proveedores que participan cuando un sujeto se conecta a internet, en los siguientes términos *“El proveedor de acceso permite que un determinado usuario se conecte con la red Internet, que de no existir ese acceso haría imposible la comisión del ilícito; el proveedor de sitio o de almacenamiento, en la medida que permita que un determinado sitio Web en el que se cometan actos ilícitos permanezca almacenado en su propio servidor, que de no contar con este dispositivo técnico haría imposible la existencia o permanencia de ese sitio Web en Internet; y el proveedor de contenido, por ser el que directamente incorpora contenidos ilícitos bajo su protección en un determinado sitio Web.”*

Una vez definidos los distintos proveedores que participan cuando un sujeto se conecta a internet, se empiezan a analizar dentro de la sentencia, los casos donde el Proveedor de contenidos puede ser responsable. Estableciéndose que dicha situación se presentará cuando el proveedor no tome todas las medidas necesarias y pertinentes para lograr identificar, de manera inequívoca, quienes publican ciertos mensajes que puedan atentar contra los derechos más inherentes a las personas; en este punto la Doctrina destaca que la

¹²³ Este recurso es una acción de carácter constitucional similar a la tutela. Para que sea posible interponer este recurso se requiere también de una perturbación o amenaza a los derechos o garantías Consagrados en la Constitución Chilena.

Jurisprudencia Chilena, establece el deber de identificar, y no de controlar los contenidos. En la sentencia, sin embargo, también se sigue el tratamiento que se le ha dado en otros países a la responsabilidad de los ISP, ya que también tendrán responsabilidad en los casos donde no tomen medidas eficaces y eficientes para retirar los contenidos violatorios de derechos.

De esta forma en la sentencia se aclaran las obligaciones de los Proveedores de Servicios de Internet, las cuales consisten en identificar quienes son los infractores de los derechos de autor y su deber de retirar dicho material de manera inmediata, debido a que en esta ocasión uno de los principales problemas radica en que se debate si el Proveedor de Servicios resulta responsable por la publicación que se hace de las imágenes violatorias de los derechos de la menor.

El caso en mención resulta relevante, ya que en este se dejan claras las obligaciones de los Proveedores de Servicios de Internet, al establecerse que estos deben identificar quienes son los infractores de los derechos de autor y como corolario de ello, deben retirar el material infractor de manera inmediata.

En este caso La Corte considera que a Entel S.A como proveedor de acceso y alojamiento, no debe imputársele responsabilidad si este no conocía la actividad ilícita que se estaba realizando, pues de conocer dicha actividad o de haberla podido conocer y no tomar las medidas necesarias para retirar el material que resultaba atentatorio contra los derechos de la hija de Orlando Fuentes, sin tampoco impedir el acceso a este, es evidente que cabría imputarle responsabilidad. No obstante, según la Corte, en el presente caso, Entel S.A no podía haber tenido conocimiento sobre el aviso de servicios sexuales, por lo que no debe ser considerado “responsable”.

6.3) El Cafta

Dentro de la regulación de los “Proveedores de Servicios de Internet”, es importante destacar El CAFTA, esencial para desarrollar el contenido del presente capítulo de este

trabajo, en el cual algunos países de Sur y Centroamérica recobran su importancia. El Cafta es el Tratado de Libre Comercio entre los países de Centroamérica (Honduras, Guatemala, Nicaragua, El Salvador y Costa Rica), La Republica Dominicana y Estados Unidos. El Tratado en mención busca generar canales de comunicación comercial entre los países, brindando acceso a los mercados, con ciertas condiciones de favorabilidad para los países miembros. Se destaca que por medio del CAFTA se disminuyeron los aranceles en un 80% de los productos “manufacturados” en Estados Unidos. El objetivo principal de este Tratado, es eliminar las barreras del comercio entre los países miembros.

El CAFTA, también contempla ciertos beneficios para los Proveedores servicios de Internet y limita su responsabilidad, imponiendo un deber general que consiste en realizar todo lo necesario para hacer prevalecer los Derechos de los Autores.

La responsabilidad de los Proveedores de Internet en el CAFTA, se encuentra en el Capítulo 15, dentro del cual se encuentran las disposiciones relativas a la Propiedad Intelectual. Dentro de este capítulo en el numeral 27, se establecen todos los parámetros que dentro de este Tratado deben seguirse para regular el tema de “las limitaciones en la responsabilidad de los proveedores de servicios”. Igualmente, se establece la posibilidad de otorgarles a los Proveedores de Servicios de Internet, incentivos legales para que la Conducta de estos sea encaminada a no permitir la “transmisión no autorizada de derechos de autor”.

El CAFTA, busca el correspondiente equilibrio entre los Derechos de Autor y los Deberes de los Proveedores de Servicios de Internet, por tanto se asegura de imponer la obligación a las legislaciones nacionales, de limitar sus acciones y “recursos” contra los proveedores de internet, en los casos donde las vulneraciones a los derechos de Autor se hayan dado por acciones absolutamente externas a dichos Proveedores, y que en principio exista una imposibilidad de evitarlas, aclarando que estas limitaciones a la responsabilidad solamente serán aplicables en los casos donde las vulneraciones a los derechos de autor no hayan empezado por la misma acción del proveedor.

Asimismo, se establece un sistema de notificaciones (siguiendo el modelo Estadounidense del Sistema de notificaciones y contra notificaciones), buscando que en las legislaciones nacionales se den sistemas eficientes y eficaces de notificación a las partes. Es así como se ve la importancia de que estas comunicaciones sean por escrito, con la necesidad de que estas contengan la información necesaria para que el Proveedor no pueda retirar el presunto material infractor, sin antes comunicárselo al Presunto infractor.

En los casos donde el Proveedor de Servicios actúa de buena fe en contra del material que es presuntamente infractor, ya sea inhabilitando o retirando su contenido de la red, el CAFTA establece que las legislaciones nacionales deberán garantizar que las partes, en el sistema de notificaciones y contra notificaciones, no podrán realizar reclamos a los proveedores de internet, siempre y cuando estos últimos, hayan cumplido con las respectivas notificaciones en un tiempo justificado y dado por ley.

De manera textual el Cafta establece lo siguiente:

Limitaciones en la Responsabilidad de los Proveedores de Servicios

27. Con el fin de garantizar procedimientos de observancia que permitan una acción efectiva contra cualquier acto de infracción de derechos de autor¹²⁴ cubiertos por este Capítulo, incluyendo recursos expeditos para prevenir infracciones, y recursos penales y civiles que constituyan un medio de disuasión de futuras infracciones, cada Parte garantizará, en forma consistente con la estructura establecida en este Artículo:

(a) incentivos legales para que los proveedores de servicios colaboren con los titulares de derechos de autor en disuadir el almacenaje y transmisión no autorizada de materiales protegidos por derechos de autor; y

(b) limitaciones en su legislación relativas al alcance de los recursos disponibles contra los proveedores de servicios por infracciones a los derechos de autor que no estén en su control, ni hayan sido iniciados o dirigidos por ellos, y que ocurran

¹²⁴ Para fines de este párrafo, “derecho de autor” incluirá también derechos conexos.

a través de sistemas o redes controladas u operadas por ellos, o en su representación, según se describe en este subpárrafo¹²⁵:

(i) Estas limitaciones excluirán las reparaciones pecuniarias y proveerán restricciones razonables en la compensación ordenada por un tribunal para ordenar o prevenir ciertas acciones para las siguientes funciones y se limitarán a esas funciones:

(A) 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;

(B) almacenamiento temporal llevado a cabo mediante un proceso automático (*caching*);

(C) 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; y

(D) referir o vincular a los usuarios a un sitio en línea mediante la utilización de herramientas de búsqueda de información, incluyendo hipervínculos y directorios.

(ii) Estas limitaciones se aplicarán solo en el caso de que el proveedor de servicios no inicie la cadena de transmisión del material, y no seleccione el material o sus destinatarios (salvo en el caso de que una función descrita en la cláusula (i)(D) involucre en sí misma alguna forma de selección).

(iii) Los requisitos de un proveedor de servicios para las limitaciones en relación con cada función establecida en las cláusulas (i)(A) al(D) deberán ser consideradas en forma separada de los requisitos para las limitaciones en relación con cada una de las otras funciones, de conformidad con las condiciones para los requisitos establecidos en las cláusulas (iv) a (vii).

¹²⁵ Las Partes entienden que este subpárrafo es sin perjuicio de la disponibilidad de defensas contra la infracción de derechos de autor de aplicación general.

(iv) Con respecto a la función a que se refiere la cláusula (i) (B), las limitaciones estarán condicionadas a que el proveedor de servicios:

(A) permita el acceso al material en una parte significativa, únicamente a los usuarios de su sistema o red que hayan cumplido con las condiciones de acceso de usuarios a ese material;

(B) cumpla con las reglas relativas a la actualización o recarga del material cuando así lo 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;

(C) no interfiera con la tecnología compatibles con normas de la industria aceptados en el territorio de la Parte utilizados en el sitio de origen para obtener información acerca del uso del material, y que no modifique su contenido en la transmisión a otros usuarios; y

(D) retire o inhabilite de forma expedita el acceso, tras recibir una notificación efectiva de reclamo por infracción, al material almacenado que ha sido removido o al que se le ha inhabilitado su acceso en el sitio de origen.

(v) respecto a las funciones a que se refieren las cláusulas (i) (C) y (D), las limitaciones quedarán condicionadas a que el proveedor de servicios:

(A) no reciba beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, en circunstancias en que tenga el derecho y capacidad de controlar tal actividad;

(B) retire o inhabilite en forma expedita el acceso al material que reside en su sistema o red al momento de obtener conocimiento efectivo de la infracción o al darse cuenta de los hechos o circunstancias a partir de los cuales se hacía evidente la infracción, tal como mediante notificaciones efectivas de las supuestas infracciones de conformidad con la cláusula (ix); y

(C) designe públicamente a un representante para que reciba dichas notificaciones.

(vi) La aplicabilidad de las limitaciones de este subpárrafo quedará condicionada a que el proveedor de servicios:

(A) adopte e implemente en forma razonable una política que estipule que en circunstancias apropiadas se pondrá término a las cuentas de los infractores reincidentes; y

(B) adapte y no interfiera con medidas técnicas estándar aceptadas en el territorio de la Parte que protegen e identifican material protegido por derechos de autor, que se hayan desarrolladas mediante un proceso abierto y voluntario y mediante un amplio consenso de los titulares de derechos de autor y proveedores de servicios, que estén disponibles en términos razonables y no discriminatorios, y que no impongan costos sustanciales a los proveedores de servicios ni cargas significativas a sus sistemas o redes.

(vii) La aplicabilidad de las limitaciones contempladas en este subpárrafo no se podrán condicionar a que el proveedor de servicios realice controles de su servicio o que decididamente busque hechos que indiquen una actividad infractora, excepto en la medida que sea coherente con dichas medidas técnicas.

(viii) Si el proveedor de servicios califica para las limitaciones relativa a la función a que se refiere la cláusula (i)(A), la compensación ordenada por un tribunal para ordenar o prevenir ciertas acciones estará limitada a la terminación de cuentas específicas, o a la adopción de medidas razonables para bloquear el acceso a un sitio específico en línea no doméstico. Si el proveedor de servicios califica para las limitaciones con respecto a cualquier otra función especificada en la cláusula (i), la compensación ordenada por un tribunal para ordenar o prevenir ciertas acciones estará limitada a el retiro o inhabilitación del acceso al material infractor, la terminación de determinadas cuentas, y otros recursos que un tribunal pudiera encontrar necesarios siempre que tales otros recursos sean los menos onerosos para el proveedor de servicios entre otras formas comparables de compensación efectivas. Cada Parte deberá garantizar que toda compensación de esta naturaleza deberá ser emitida

prestando debida atención a la carga relativa para el proveedor de servicios y el daño al titular del derecho de autor, la factibilidad técnica y la efectividad del recurso y si existen métodos de observancia menos onerosos y comparativamente efectivos. Con excepción de las órdenes que aseguran la preservación de la evidencia, u otras órdenes que no tengan un efecto adverso significativo a la operación de la red de comunicaciones del proveedor de servicios, cada Parte garantizará que dicha compensación deberá estar disponible únicamente en el caso que el proveedor de servicios hubiese recibido una notificación y una oportunidad para comparecer ante la autoridad judicial de la Parte.

(ix) Para los fines de la notificación y el proceso de remoción para las funciones a que se refieren las cláusulas (i) (C) y (D), cada Parte deberá establecer procedimientos apropiados para la notificación efectiva de infracciones reclamadas, y contra notificaciones efectivas por parte de aquellas personas cuyo material haya sido removido o deshabilitado por error o mala identificación. Como mínimo, cada Parte deberá exigir que una notificación efectiva de una infracción reclamada se haga por escrito y esté firmada física o electrónicamente por una persona que declare, bajo pena de perjurio u otra sanción penal, que es un representante autorizado del titular de derecho en cuanto al material que se reclama como objeto de infracción, y que contenga información suficiente que permita al proveedor de servicios identificar y ubicar el material que la parte demandante reclama de buena fe como material infractor y contactar a esa parte demandante. Como mínimo, cada Parte requerirá que una contranotificación efectiva contenga la misma información, mutatis mutandis, que la notificación de la infracción reclamada, y que contenga una declaración de que el suscriptor de la contra-notificación consiente sujetarse a la jurisdicción de los tribunales de la Parte. Cada Parte también establecerá sanciones pecuniarias contra cualquier persona que a sabiendas realice una falsa representación en una notificación o contra-notificación que lesione a cualquier parte interesada debido a que el proveedor de servicios se haya apoyado en esa falsa representación.

(x) Si el proveedor de servicios , de buena fe, retira o inhabilita el acceso al material basado en una infracción aparente o presunta, cada Parte deberá garantizar que el proveedor de servicios estará exento de responsabilidad por cualquier reclamo resultante, a condición

que, en relación con material que resida en su sistema o red, tome prontamente los pasos razonables para notificar la persona que pone el material a disposición en su sistema o red que así lo ha hecho y, si dicha persona hace una contra-notificación efectiva y está sujeto a la jurisdicción en una demanda por infracción, restaure el material en línea a menos que la persona que realizó la notificación efectiva original busque compensación judicial dentro de un plazo razonable de tiempo.

(xi) Cada Parte deberá establecer un procedimiento administrativo o judicial que le permita a los titulares de derechos de autor que hayan notificado en forma efectiva la supuesta infracción para obtener de forma expedita por parte de un proveedor de servicios la información que esté en su posesión que identifica al supuesto infractor.

(xii) **Proveedor de servicio** significa:

(A) para efectos de la función a que se refiere la cláusula (i)(A), un proveedor de transmisión, enrutamiento o conexiones para comunicaciones digitales en línea sin modificar su contenido entre los puntos especificados por el usuario del material seleccionado por el usuario; y

(B) Para efectos de las funciones a que se refieren las cláusulas (i)(B) hasta (D), un proveedor u operador de instalaciones para servicios en línea o acceso a redes.

En síntesis, El Cafta es el Tratado de Libre Comercio entre los países de Centroamérica (Honduras, Guatemala, Nicaragua, El Salvador y Costa Rica), La Republica Dominicana y Estados Unidos. A través de incentivos legales y limitaciones de responsabilidad para los proveedores de servicios frente a las infracciones de derechos de autor en internet, se ha destacado el interés de estos países en la implementación de barreras que contrarresten las violaciones a los derechos patrimoniales y morales de los que son acreedores los autores y que de alguna forma pierden su esencia a través del internet, debido a las innumerables reproducciones que a diario se presentan sin ningún reconocimiento.

Asimismo, en el Cafta se establece un sistema de notificaciones para los proveedores de servicios dándoles la oportunidad de comparecer ante la autoridad judicial, como fue mencionado en frases anteriores.

Con lo anterior, se destaca que en los países que hacen parte del Cafta también se percibió la necesidad de establecer un regulación que fuera más allá de los dispuesto dentro de las legislaciones internas y que resultaban de alguna manera deficientes para tratar un tema derivado de la tecnología, que aún no se encontraba regulado a profundidad. Este Tratado fue celebrado entre Estados Unidos y los países anteriormente mencionados, sin duda alguna porque la legislación estadounidense ha sido en gran medida pionera en el tema de la limitación de la responsabilidad de los proveedores, incluso el D.M.C.A mencionada en capítulos anteriores sentó grandes bases que fueron seguidas por otros países y sin duda alguna la jurisprudencia existente al respecto de alguna manera ha sido un precedente bastante importante para encontrar soluciones y hallar los vacios que deben ser llenados a medida que avanza la tecnología y como consecuencia de ello, la era internet.

6.4. Soluciones que se plantean al problema

En primer lugar es relevante señalar que como soluciones planteadas al problema de la responsabilidad de los ISP, en las legislaciones de Centro y Sur América que de manera general fueron analizadas, es posible encontrar un paralelo entre ellas. Al respecto, es posible encontrar varias similitudes entre el Tratado de Libre Comercio celebrado entre Estados Unidos y Chile, Estados Unidos y Perú y el Cafta.

En primer lugar, en el tema de la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet”. Tanto el en TLC Chile- Estados Unidos (Artículo 17.11.23) como en el Cafta, (Artículo 15.11.27), se contemplan incentivos legales y limitación de responsabilidad para los proveedores de servicios con respecto a la infracción de derechos de autor. Con tales disposiciones se busca limitar las sanciones existentes contra los proveedores de servicios de internet si estos colaboran con los titulares de derechos de autor ante infracciones de materiales sobre los cuales no tienen control, ni han sido iniciados o dirigidos por estos y

que ocurren a través de redes o sistemas operadas o controladas por ellos o en su representación¹²⁶.

Los dos Tratados incluyen una definición de “*proveedor de servicios*”, llegando a identificar funciones específicas que son objeto de limitación de responsabilidad (transmisión, almacenamiento temporal automático (caching) almacenamiento, vinculación), especificando las condiciones para establecer las limitaciones. En ambos capítulos se deja claramente establecido que los proveedores de servicios de internet no están obligados a monitorear con el fin de detectar actividad infractora. (Art 17.11.23 (b)(c)(d) del TLC Chile-Estados Unidos; Artículo 15.11.27 (b)(i)-(vii) del Cafta¹²⁷.

Asimismo, en ambos capítulos se establece que las *limitaciones* excluirán las reparaciones pecuniarias y contemplarán límites razonables a los mandatos judiciales para ordenar o restringir ciertos actos, como por ejemplo para retirar o inhabilitar el acceso a material no autorizado. En ambos Tratados se establece que las indemnizaciones relativas a las infracciones al derecho de autor se harán efectivas, teniendo en cuenta la carga relativa al proveedor de servicios y el daño causado al titular del derecho de autor; igualmente, se requiere que el proveedor de servicio haya sido notificado y se le haya dado la oportunidad de comparecer ante la autoridad judicial¹²⁸.

Por otra parte, tanto en el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos como en el Cafta, existen reglas para llevar a cabo los procedimientos de notificación, retiro o inhabilitación de funciones. Y finalmente, en ambos Tratados se requiere el establecimiento de un procedimiento administrativo o judicial para obtener de parte de un proveedor de servicios, la información que dicho proveedor posea para identificar al supuesto infractor. (Art 17.11.23(h) TLC Chile-Estados Unidos; (Art 15.11.27(b)(xi) del Cafta¹²⁹.

¹²⁶ Guía comparativa del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana-Centroamérica y Estados Unidos. Dirección en Internet:

http://www.sice.oas.org/tpcstudies/USCAFTAChl_s/CompStudy17.htm.

¹²⁷ *Ibíd.*

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ *Ibíd.*

De la misma manera, en el TLC entre Estados Unidos y Perú, se establecen incentivos legales para que los Proveedores de Servicios de Internet colaboren contra las infracciones a los derechos de autor. Así como también limitaciones en la legislación relativas al alcance de los recursos disponibles contra los proveedores de servicios, por infracciones que no estén en su control ni hayan sido iniciados por ellos. Con ello se deja claramente establecido que las bases sentadas por los Tratados de Libre Comercio en mención son similares y que el tratamiento de estos frente a un tema como la responsabilidad de los ISP, resulta solucionado a través de estos recursos, los cuales buscan ser implementados dentro de las legislaciones internas a través de leyes que le den más importancia al tema y lo regulen de manera más concreta. Por lo tanto, es posible encontrar que las legislaciones de Chile y Perú no cuentan tampoco con una regulación suficiente en este tema y que los Tratados de libre comercio con Estados Unidos son los que les darían a estos países la posibilidad de darle solución con los supuestos planteados en ellos.

En cuanto a lo dispuesto en el Cafta, cabe señalar que si bien no se ha profundizado en la legislación interna de los países miembros de este, dicho Tratado pone de manifiesto la necesidad de consagrar las disposiciones que en él se establecen y que fueron anteriormente mencionadas para tratar este tema dentro de tales países.

En general los países mencionados en este capítulo coinciden en la solución planteada para tratar el tema de la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet a través de los Tratados de Libre Comercio establecidos en ellos, dentro de los cuales se señalan incentivos legales para que los proveedores de servicios colaboren con los titulares de los derechos de autor en la idea de evitar infracciones a tales derechos. Igualmente, en ellos se establecen limitaciones relativas al alcance de los recursos disponibles y demás disposiciones que fueron mencionadas en frases anteriores, y que permiten vislumbrar una vez más la importancia que todos estos países le dan a sus Tratados de Libre Comercio, ya que estos son tomados como una herramienta que debe ser implementada en sus legislaciones para el adecuado tratamiento de este tema.

CAPITULO VII

SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET EN COLOMBIA

7.1. El servicio de Internet en Colombia. Contexto general.

Para hablar del internet en Colombia, es importante destacar que este ha pasado por distintas etapas, iniciando por un desarrollo un poco lento en relación con otros países, pero poco a poco, Colombia ha ido logrando hacer frente a dichas carencias y en el país se ha ido avanzando en cuanto a la posibilidad de permitir que a diario más personas tengan acceso a este servicio. En un principio, entre finales de los años 90 y mediados de la primera década del 2000, el acceso a internet era un aspecto que resultaba de gran dificultad para las familias de bajos recursos. El acceso a internet era en gran medida de carácter suntuario y no toda la población podía pagar por él. Para poder acceder a este, era necesario pagar una suma de dinero que en ocasiones resultaba un poco onerosa para muchas familias. Sin embargo se crearon los “café internet” los cuales se consolidaron como salas de internet que a cambio de una suma de dinero, permitieron y siguen permitiendo que las personas que no cuentan con el servicio de internet en su casa, puedan contar con el servicio desde estos lugares. De esta forma ha sido posible que el internet se haga cada día más conocido y utilizado por muchos usuarios.

No obstante, a pesar de que actualmente haya más acceso a internet, es importante destacar que todavía sigue siendo necesario que en aras de su desarrollo todas las personas puedan tener el servicio desde su casa, oficina, colegio y universidades, pues si bien es cierto que se ha ampliado su cobertura por lo menos a nivel académico como es el caso de las universidades, aún sigue siendo necesario que se promuevan en mayor medida las posibilidades de todos.

Asimismo, es importante destacar que junto al progreso que ha tenido el internet, en un principio no se contaba con la posibilidad de tener internet inalámbrico, banda ancha,

debido a que no existían los avances y la gran tecnología de hoy en día, ya que el acceso a internet se manejaba a través de cables conectados al computador.

Actualmente, el país cuenta con posibilidades de acceso a internet inalámbrico y dicho servicio ya es prestado incluso por empresas de celulares, de tal forma que sus usuarios pueden hacer uso del internet desde cualquier lugar en el que se encuentren. Igualmente, ya no es necesario utilizar los cables que antes se debían usar y que ocasionaban de manera bastante dispendiosa serios problemas de facilidad al momento de aprovechar esta herramienta que da la posibilidad de viajar por todo el mundo de manera virtual.

En la actualidad, después de pasar por un largo proceso es posible constatar que de acuerdo al informe presentado el año pasado (año 2009) (informe trimestral de conectividad dado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC)), en Colombia aumentó en un millón el número de suscriptores a internet fijo y móvil en el último año. Esto ha significado que en el país ya existen 2.746.816 suscriptores. María del Rosario Guerra, Ministra de Tecnologías de la Información y Comunicaciones para el momento en que dio este reporte, sostuvo que: “al crecer el número de suscriptores entre junio de 2008 y junio de 2009, estamos muy cerca de superar la meta de 3 millones de suscriptores”

Se ha sostenido que dicho incremento es el resultado de ofertas comerciales de los operadores, junto con un marco normativo y regulatorio bastante cuidadoso, así como también de la política pública de masificación al acceso a internet que ha sido liderada por el Gobierno Nacional¹³⁰. Asimismo, la Ministra señaló que a junio 30 de 2009 fue superada en 14 puntos la meta de usuarios de internet por cada 100 habitantes que inicialmente había sido propuesta para Agosto de 2010, de 30 usuarios por cada 100 habitantes¹³¹.

Por otra parte, de acuerdo con el informe de la Comisión de Regulación de Comunicaciones

¹³⁰ Periódico el Espectador- Tecnología. Artículo: “Aumenta el acceso a internet en Colombia”. Agosto 26 de 2009. Dirección en internet:

<http://www.elespectador.com/articulo158112-colombia-aumenta-el-acceso-internet>

¹³¹ Ibídem.

(CRC), en el país el 99,3 % del territorio nacional cuenta con acceso a internet. El documento también señala que persiste la tendencia de crecimiento en las conexiones dedicadas fijas que se clasifican como banda ancha, al pasar de 81,8 % en marzo de 2009 a 86,9 en junio del mismo año¹³².

Los ingresos generados por concepto de acceso a internet por medio de redes móviles también se comportaron de manera positiva, ascendieron a 92 mil millones en el 2009. En relación con los mensajes de texto se presentó también un incremento de 200 millones de mensajes en el último trimestre (Junio-Agosto de 2009)¹³³.

A manera de síntesis, es importante destacar que el servicio de internet en Colombia ha presentado un gran avance, debido a que implementarlo no ha sido tarea fácil, para ello ha sido necesario pasar por un largo proceso que ha permitido poco a poco que cada vez más personas puedan gozar de este servicio. Asimismo, de acuerdo a esto, ha sido posible que el internet ya no solo sea concebido a través de un computador, si no, que sea posible utilizarlo incluso a través de teléfonos celulares. Sin embargo, es importante tener en cuenta que todavía queda un camino necesario que permita que toda la población colombiana quede cobijada por completo y pueda contar con el internet desde sus hogares.

7.2. ¿Quiénes se consideran Proveedores de Servicios de Internet en Colombia?

De manera general, se entiende que estamos frente a un Proveedor de Servicios de Internet “cuando se ofrece el servicio de acceso a internet a todo tipo de usuarios, permitiendo que estos intercambien información desde internet y hacia internet, es decir, cargando (up load) contenidos y descargándolos (down load), o simplemente acudiendo a ellos”¹³⁴. Igualmente, el ISP puede ofrecer varias clases de servicios, tales como: correo electrónico, cibercharla, links, motores de búsqueda, antispam, etc. Debido a todos los servicios que presta un ISP es importante aclarar que actualmente se considera que un Proveedor de

¹³² *Ibíd.*

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ RIOS Ruiz Wilson Rafael. La Propiedad Intelectual en la Era de las Tecnologías. Editorial Temis 2009. Bogotá. Págs. 556-557.

Servicios de Internet no es solamente aquel que ofrece el servicio de acceso a internet, sino también, aquel que presta servicios en internet y no solamente el de acceso a la red.

Dentro del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Estados Unidos y Colombia, también se define a los Proveedores de Servicios de Internet. En este caso son definidos como: “aquellos proveedores de transmisión, enrutamiento o conexión para comunicaciones digitales en línea que no modifica su contenido entre los puntos especificados por el usuario del material seleccionado por el usuario, y proveedor de servicios (ISP) para los efectos de **caching, hosting y motores de búsqueda y link**, como proveedor u operador de instalaciones para servicios en línea o acceso a redes”.

7.3. El sistema de responsabilidad de los proveedores de servicios de internet, a la luz de la regulación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Colombia.

El Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Colombia (TLC), se encargó de regular el tema relacionado con la limitación a la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet (ISP) de manera específica y similar a otros Tratados celebrados entre Estados Unidos y otros países, como por ejemplo, Singapur, Australia y Chile.

En el caso de Colombia se establecieron como anexos o cartas adjuntas, las referentes al tema de notificaciones y contra notificaciones (Cartas adjuntas ISP-1 e ISP-2). Estas cartas son ejemplos para realizar los procesos de notificación y contra notificación que deben surtirse antes los Proveedores de Servicios de internet (ISP), “el titular de derechos y el usuario o suscriptor cuyos contenidos sean bloqueados o inhabilitados”¹³⁵. Este sistema resulta bastante similar al establecido dentro del D.M.C.A estadounidense que ha servido de ejemplo a tantas legislaciones. Dentro de la carta adjunta en mención se establece un sistema de comunicación en el que la persona que vea infringidos sus derechos de autor debe notificarle dicha situación al ISP, de tal forma que pueda llevarse a cabo un proceso

¹³⁵ Ibídem. Pág. 605.

rápido donde en caso de verificarse tal violación, el material que resulte infractor pueda ser retirado inmediatamente. Asimismo, se consagra un sistema de contranotificación, por medio del cual, aquel que este vulnerando los derechos de autor o al que se le culpe de estarlo haciendo, cuente con la posibilidad de comunicar tal situación al Proveedor de Servicios de Internet, de manera que dicho presunto infractor pueda defenderse. Una vez terminado este sistema de notificaciones y contranotificaciones, el ISP estaría obligado a eliminar todo el material que haya resultado infractor del derecho de autor en caso de que si existiera una infracción¹³⁶.

Se establece un modelo de notificación efectiva hecha por el titular del derecho de autor o por la persona autorizada para actuar en nombre del titular de un derecho exclusivo para quien sea públicamente designado como representante del proveedor de servicios. Al respecto se consagran los requisitos que deben consignarse, estos son: la identidad, domicilio, y dirección de correo electrónico de la parte recurrente; la información que permita al ISP identificar las obras protegidas por el derecho de autor que se alegan haber sido infringidas; la información suficientemente razonable que permita al ISP identificar y localizar el material que reside en una red controlada por este, el cual se reclama de estar infringiendo el material protegido por el derecho de autor, y el cual debe ser removido; una declaración donde se demuestre que el recurrente es el titular del derecho exclusivo que es alegado como infringido, o que por lo menos es una persona que actúa de manera autorizada por el titular de tal derecho. Y por último la firma de la persona que hace la notificación¹³⁷.

De la misma manera, se establece el modelo de la contranotificación que puede llevar a cabo la persona que se acusa de ser el presunto infractor donde debe incluir los siguientes aspectos: la identidad, el domicilio, número telefónico y dirección de correo electrónico del suscriptor; la identificación del material que ha sido removido; la ubicación en el sitio en que se encontraba antes de ser removido dicho material; una declaración confiable de que el suscriptor es quien provee el material y en la que se exprese que cree de buena fe que el

¹³⁶ *Ibidem*. Págs. 605-609.

¹³⁷ *Ibidem*. Págs. 605-609.

material fue removido o inhabilitado como consecuencia de un error o de una indebida identificación dicho material; una declaración en la que el suscriptor acceda a estar sujeto a las ordenes impuestas por cualquier Corte que tenga jurisdicción en su domicilio o en cualquiera donde el Proveedor de servicios pueda ser encontrado; una declaración de que el suscriptor aceptará ser notificado de cualquiera de estas demandas; la firma del suscriptor.

Dentro de las negociaciones sobre este punto en particular de la responsabilidad y eximentes de responsabilidad de los ISP, se vio un marcado debate entre el modelo estadounidense del D.M.C.A y el modelo europeo. Sin embargo, en la creación de este Tratado se consideró más conveniente adoptar el modelo del D.M.C.A estadounidense¹³⁸.

La ley 1143 de 2007 aprobó el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Colombia. Dicho Tratado contempla en su capítulo XVI, el tema de los Derechos de propiedad intelectual. Asimismo, trata el tema de patentes y ciertos productos regulados, así como también lo referente a temas de salud pública.

A partir del artículo 16.11, en el cual se establece el tema de “observancia de los derechos de propiedad intelectual”, se disponen las obligaciones generales, y desde el numeral 29 se regula lo atinente a las “limitaciones a la responsabilidad de los Proveedores de Servicios”, los cuales han sido denominados como Internet Service Providers (ISP) o Proveedores de Servicios de Internet¹³⁹.

Dentro del TLC se define a los Proveedores de Servicios de Internet, como “aquel proveedor de transmisión, enrutamiento o conexión para comunicaciones digitales en línea que no modifica su contenido entre los puntos especificados por el usuario, del material seleccionado por el usuario, y proveedor de servicios (ISP) para los efectos de caching, hostin y motores de búsqueda y link, como proveedor u operador de instalaciones para servicios en línea o acceso a redes”¹⁴⁰.

¹³⁸ *Ibidem*. Págs. 605-609.

¹³⁹ *Ibidem* Pág. 606

¹⁴⁰ *Ibidem*. Pág. 606.

En las negociaciones del TLC se presentó un tema que de manera significativa resultó bastante discutido, referente a la obligación de los ISP de entregar información que permitiera identificar a los suscriptores que resultaren infractores. Tal obligación resultó incluida dentro del artículo 16.11 del TLC, después de haber sido tan controvertida. Dicha obligación tuvo como punto de partida la fórmula planteada sobre este tema por el D.M.C.A. El artículo 16.11 numeral XI sostiene que “cada parte deberá establecer un procedimiento administrativo o judicial que les permita a los titulares de derechos de autor que hayan adelantado el proceso de notificación de sus derechos ante el ISP, obtener en forma expedita y eficaz los datos de identificación del presunto infractor que tengan en su poder”¹⁴¹.

Por otra parte, otro punto discutido es el que tiene que ver con el tema de jurisdicción, competencia y legislación aplicable que se debe tener en cuenta cuando, por ejemplo, una “autoridad administrativa o judicial situada fuera del territorio colombiano requiere a un ISP localizado en Colombia para que bloquee el acceso a un sitio web. Un ISP situado en Colombia y cuyo domicilio principal se encuentra también en Colombia, ¿debe atender una orden de una autoridad de un país extranjero, o solo está obligada a aplicar y hacer cumplir la ley colombiana? Esta situación ha resultado de difícil decisión, debido a que en un asunto como este, existen múltiples jurisdicciones del internet y las fronteras físicas han sido superadas por el desarrollo tecnológico. Por ello, en este punto son muy importantes los acuerdos internacionales sobre “ciberdelitos” y los acuerdos y las normas de conducta que expidan los mismos ISP para que puedan adaptarse a estas circunstancias¹⁴².

Es importante destacar que a pesar de los puntos discutidos dentro de la negociación del TLC, existen otros puntos que resultan claros y que conforme al texto de dicho Tratado, han quedado expresamente regulados.

Finalmente, el punto de la responsabilidad de los ISP quedó consagrado. Como fue

¹⁴¹ *Ibidem* Pág. 607.

¹⁴² *Ibidem* Pág. 608.

mencionado en frases anteriores, el punto de partida para la regulación del tema de los Proveedores de Servicios de Internet, y posteriormente poder llegar a una regulación concreta que defina explícitamente en que momentos éstos son responsables y en qué situaciones resultan eximidos de dicha responsabilidad, resulta importa destacar el **Capítulo Dieciséis** de la disposición en mención. En este capítulo se trata el tema de la Propiedad Intelectual y poco a poco se abarca lo referente al tema de los Proveedores de Servicios de Internet de una manera que podría decirse, general.

En primer lugar, el Capítulo dieciséis del TLC establece para las partes el deber de aplicar algunos acuerdos internacionales, como por ejemplo: el Convenio sobre la Distribución de Señales Portadoras Transmitidas por Satélite (1974); El Tratado de Budapest sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos para los fines del procedimiento en materia de patentes (1977), y enmendado en 1980; El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996); El Tratado de la OMPI sobre Interpretación o ejecución y fonogramas (1996).

Básicamente, dentro de este capítulo se regula lo referente a la Propiedad Intelectual, lo cual incluye todo el tema de marcas, los nombres de dominio en internet, los derechos de autor, así como todas las obligaciones comunes al derecho de autor y a los derechos conexos, patentes y el tema que interesa a este trabajo: “Las limitaciones a la Responsabilidad de los Proveedores de Servicios”, que hasta el momento no habían sido tratadas en ninguna otra disposición con la exactitud que trata de abordarlo el TLC. Sin embargo, antes de profundizar sobre su contenido, es importante destacar que a pesar de que el TLC menciona en gran medida los eventos de limitación de responsabilidad de los proveedores, hay ciertas cosas que se mencionan en este Tratado con las que Colombia todavía no cuenta, es decir, hay muchos puntos que se encuentran en el limbo, por definir, por ejemplo, en el TLC se menciona 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”, y para ello se proponen incentivos legales. El problema, es que por ejemplo en la legislación colombiana todavía no se ha establecido que tipo de incentivos legales podrían contribuir para hacer efectivo este objetivo propuesto

en el TLC. Por lo anterior, resulta importante subrayar, la necesidad de tener dentro del derecho interno puntos más específicos que desarrollen realmente las propuestas del Tratado.

El Artículo 16.11.29 sostiene lo siguiente:

“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, cada parte dispondrá, en forma compatible con el marco establecido en este Artículo:

a) 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 no autorizados por el derecho de autor;

b) Sobre este punto es importante resaltar que algunos de los incentivos que los doctrinantes han planteado como posibles son: “beneficios tributarios, facilidades para la inversión o endeudamiento”¹⁴³.

Se considera que esta solución podría resultar beneficiosa para los titulares de los derechos de autor que verían protegidos sus derechos intelectuales por los proveedores de servicios de internet; y a la vez, los proveedores de servicios se verían motivados por beneficios inherentes a sus intereses económicos. Una exención o disminución en los impuestos consagrada en la ley, implicaría sin duda alguna una gran oportunidad de evitar la violación a los derechos de autor en internet que a diario se quebrantan, porque los proveedores de servicios harían todo lo posible para evitar infracciones y lograr beneficios tributarios por este hecho. Sin duda alguna existiría una doble motivación para dichos proveedores: por un lado no ser responsables por las infracciones cometidas por los usuarios, y en segundo lugar, verse beneficiados a nivel tributario, a través de una exención o disminución de impuestos al proporcionar su mayor colaboración con la ley en este tema.

¹⁴³ JARAMILLO Mejía Andrés. Revista Iberoamericana de Derechos de Autor, No 3. Editorial Cerlac. Bogotá, Julio-Diciembre de 2007. Artículo: “Limitaciones a la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet. Una obligación para Colombia derivada del TLC”. Pág. 79.

c) En segundo lugar, el TLC en este mismo artículo, señala de manera literal las Limitaciones en su legislación relativas al alcance de los recursos disponibles 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, según se describe en este subpárrafo (b)¹⁴⁴.

En este punto es importante destacar que hasta el momento en la legislación colombiana no existe un tipo de regulación general en virtud de los postulados de la responsabilidad civil para los proveedores de servicios de internet, esta situación ha conllevado a que hasta ahora no exista ningún tipo de recurso penal o civil o de cualquier otra naturaleza que permita ir en contra de los ISP por infracciones cometidas en contravía de los derechos de autor para los casos en que no existe una responsabilidad directa del ISP a dicha infracción, sino, por el hecho de ocurrir en las redes controladas u operadas por estos. Por lo tanto, en este punto lo primero que debe definir el legislador son los recursos disponibles con los que cuentan los titulares de derecho, en contra de los ISP, por las infracciones cometidas en las redes operadas o controladas por estos, pero que no hayan sido iniciadas o dirigidas por ellos¹⁴⁵.

Una vez se cuente con dicha regulación será posible proceder a limitar dichos recursos hasta ahora inexistentes, en cabeza de los titulares de derecho, acorde con las disposiciones que trae el Tratado¹⁴⁶.

Siguiendo con el orden de TLC, dicho subpárrafo (b) del que se venía hablando, dispone lo siguiente:

i) Estas limitaciones excluirán las indemnizaciones pecuniarias y proveerán restricciones razonables en las medidas dictadas por un Tribunal para ordenar o prevenir ciertas acciones

¹⁴⁴ El TLC en este artículo adiciona lo siguiente: “Para mayor certeza el incumplimiento de un proveedor de servicios para calificar a las limitaciones del párrafo b) no implica en sí mismo su responsabilidad. Adicionalmente este subpárrafo (b) es sin perjuicio del derecho de defensa para las infracciones del derecho de autor que son de aplicación general”

¹⁴⁵JARAMILLO Mejía Andrés. Revista Iberoamericana de Derechos de Autor, No 3. Editorial Cerlac. Bogotá, Julio-Diciembre de 2007. Artículo: “Limitaciones a la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet. Una obligación para Colombia derivada del TLC”. Pág. 79-80

¹⁴⁶ Ibídem Pág. 80.

para las siguientes funciones y se limitarán a esas funciones:

- A. 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.
- B. Almacenamiento temporal mediante un proceso automático llamado (Caching)
- C. 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; y
- D. Referir o vincular a los usuarios a un sitio en línea mediante la utilización de herramientas de búsqueda de información, incluyendo hipervínculos y directorios.

ii) Estas limitaciones se aplicarán solo en el caso que el proveedor de servicios no inicie la cadena de transmisión del material, y no seleccione el material o sus destinatarios (salvo en el caso que una función descrita en la cláusula (i) (D) involucre en sí misma una forma de selección).

iii) La calificación por parte de un proveedor de servicios para las limitaciones en relación con cada función establecida en las cláusulas (i) (A) a (D) deberá ser considerada en forma separada de la calificación para las limitaciones en relación con cada una de las otras funciones, de conformidad con las condiciones establecidas en las cláusulas (iv) a (vii)

iv) Con respecto a las funciones a que se refiere la cláusula (i) (B), las limitaciones estarán condicionadas a que el proveedor de servicios:

A. Permita el acceso al material almacenado temporalmente (caching) en una parte significativa, únicamente a los usuarios del sistema o red que hayan cumplido con las condiciones de acceso de usuarios a ese material;

B. Cumpla con las reglas relativas a la actualización, recarga u otra actualización del material almacenado temporalmente (caching) cuando así lo 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;

C. 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 modifique su contenido en la transmisión a otros usuarios subsecuentes; y

D. Retire o inhabilite de forma expedita el acceso, tras recibir una notificación efectiva de reclamo por infracción, al material almacenado temporalmente (caching) que ha sido removido o al que se le ha inhabilitado su acceso en el sitio de origen.

v) Respecto a las funciones a que se refieren las clausula (i) (C) y (D), las limitaciones quedarán condicionadas a que el proveedor de servicios:

A. No reciba beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, en circunstancias en que tenga el derecho y capacidad de controlar la actividad;

B. Retire e 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 de conformidad con la cláusula (ix); y

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

(vi) La elegibilidad para las limitaciones de este subpárrafo quedará condicionada a que el proveedor de servicios:

A. Adopte e implemente en forma razonable una política que estipule que en circunstancias apropiadas se pondrá termino a las cuentas de los infractores reincidentes; y

B. Adapte y no interfiera con medidas técnicas estándar aceptadas en el territorio de la parte que protegen e identifican material protegido por Derechos de Autor, que se hayan desarrollado mediante un proceso abierto y voluntario y mediante un amplio consenso de los titulares de derecho de autor y de los proveedores de servicios, que estén disponibles en términos razonables y no discriminatorios, y que no impongan costos sustanciales a los

proveedores de servicios ni cargas significativas a sus sistemas o redes.

(vii) La elegibilidad de las limitaciones contempladas en este subpárrafo no puede estar condicionada a que el proveedor de servicios monitoree su servicio o que decididamente busque hechos que indiquen una actividad infractora, excepto en la medida que sea compatible con dichas medidas técnicas.

(viii) Si el proveedor de servicios califica para las limitaciones relativas a la función a que se refiere la cláusula (i) (A), las medidas dictadas por un tribunal para ordenar o prevenir ciertas acciones estarán limitadas a la terminación de cuentas específicas o a la adopción de mecanismos razonables para bloquear el acceso a un sitio específico en línea no doméstico. Si el proveedor de servicios califica para las limitaciones con respecto a cualquier otra función especificada en la cláusula (i), las medidas dictadas por un tribunal para ordenar o prevenir ciertas acciones estarán limitadas al retiro o inhabilitación del acceso al material infractor, la terminación de determinadas cuentas, y otros recursos que un tribunal pudiera encontrar necesarios, siempre que tales recursos, dentro de todas las medidas comparables efectivas, sean los menos onerosos para el proveedor de servicios. Cada parte garantizará que cualquiera de las medidas de esta naturaleza deberán ser emitidas prestando adecuada atención a la carga relativa para el proveedor de servicios y el daño al titular del derecho de autor, la factibilidad técnica y la factibilidad del recurso y la disponibilidad de métodos de observancia menos onerosos y comparativamente más efectivos. Con excepción de las ordenes que aseguran la preservación de la evidencia, u otras órdenes que no tengan un efecto material adverso significativo a la operación de la red de comunicaciones del proveedor de servicios, cada parte dispondrá que dichas medidas deberán estar disponibles únicamente en el caso de que el proveedor de servicios hubiese recibido una notificación de los mandatos judiciales a que se refiere este subpárrafo y con la oportunidad de comparecer ante la autoridad judicial.

(ix) Para los fines de notificación y el proceso de remoción para las funciones a que se refieren las cláusulas (i) (C) y (D), cada parte deberá establecer procedimientos apropiados para la notificación efectiva de infracciones reclamadas, y contra notificaciones efectivas

por parte de aquellas personas cuyo material haya sido removido o inhabilitado por error o errores en la identificación. Cada parte también establecerá sanciones pecuniarias contra cualquier persona que a sabiendas realice una falsa representación sustancial en una notificación o contra-notificación que lesione a cualquier parte interesada debido a que el proveedor de servicios se haya apoyado en esa falsa representación.

(x) Si el proveedor de servicios, de buena fe retira o inhabilita el acceso al material basado en una infracción reclamada o aparente, cada Parte dispondrá que el proveedor de servicios estará exento de responsabilidad por cualquier reclamo resultante, a condición que, en relación con el material que resida en su sistema o red, tome prontamente los pasos razonables para notificar a la persona que pone el material a disposición en su sistema o red que así lo haya hecho y si esa persona hace una contra-notificación efectiva y está sujeta a la notificación en una demanda por infracción, restaure el material en línea a menos que la persona que realizó la notificación efectiva original procure ordene una orden judicial dentro de un plazo razonable.

(xii) Para efectos de la función a que se refiere la cláusula (i) (A), **proveedor de servicio** significa un proveedor de transmisión, enrutamiento o conexiones para comunicaciones digitales en línea sin modificar su contenido entre los puntos especificados por el usuario del material seleccionado por el usuario; y para efectos de las funciones a que se refieren las cláusulas (i) (B) hasta (D), **proveedor de servicio** significa un proveedor u operador de instalaciones para servicios en línea o acceso a redes.

A pesar de los anteriores condicionamientos impuestos a los ISP, el Tratado trae una salvaguardia en el sentido de que no exige a los ISP, que dentro de sus actividades normales de prestadores de servicios de telecomunicaciones, deban realizar monitoreos o buscar de manera directa hechos que indiquen la existencia de una actividad infractora¹⁴⁷.

Asimismo, dentro de la regulación de las limitaciones del ISP, el TLC contiene unos parámetros para el juez, en caso de que deba intervenir en la resolución de un conflicto que se presente por una supuesta infracción a las obras, prestaciones o fonogramas protegidos

¹⁴⁷ *Ibidem* Pág. 82

por el derecho de autor o los derechos conexos, a través de las redes de la internet¹⁴⁸.

Dichos parámetros otorgados para el juez fueron determinados de la siguiente forma: para los casos en que un ISP califique a las limitaciones en relación con la función de transmisión o enrutamiento, las medidas que tome un juez en contra del ISP deberán limitarse a la exigencia de determinación de cuentas de sus clientes infractores y a medidas para bloquear el acceso a un sitio en línea no doméstico¹⁴⁹.

Asimismo, cuando el ISP califique para una limitación en relación con cualquier otra función diferente a la de transmisión o enrutamiento, las medidas adoptadas por el juez en contra del ISP deberán limitarse al retiro o inhabilitación del acceso al material infractor, la terminación de cuentas de usuarios infractores y cualquier otro recurso necesario siempre que sea lo menos oneroso para el ISP. (Art.16.11.29. (b) (viii)¹⁵⁰.

En opinión del Dr., Andrés Jaramillo Mejía, Abogado experto en materia de Propiedad Intelectual y parte del equipo negociador del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Colombia, el legislador colombiano deberá incluir en la implementación del tratado ciertos aspectos importantes para concluir con ellos, una detallada regulación sobre las limitaciones a la responsabilidad de los ISP. Dichos aspectos son los siguientes:

1. Establecer procedimientos de notificación y contranotificación efectivos para los casos de infracción a obras protegidas por el derecho de autor o los derechos conexos que circulan en la red¹⁵¹. Igualmente, deberán establecerse sanciones pecuniarias para aquellas personas naturales o jurídicas que presenten notificaciones falsas o temerarias (Art. 16.11.29. (b) (ix)¹⁵².

¹⁴⁸ *Ibidem* Pág. 83.

¹⁴⁹ *Ibidem* Pág. 83

¹⁵⁰ *Ibidem* Pág. 83.

¹⁵¹ La manera de implementar esta obligación ha sido regulada completamente a través de una carta adjunta al Tratado, la cual será objeto de análisis más adelante.

¹⁵² JARAMILLO Mejía Andrés. Revista Iberoamericana de Derechos de Autor, No 3. Editorial Cerlac. Bogotá, Julio-Diciembre de 2007. Artículo: “Limitaciones a la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet. Una obligación para Colombia derivada del TLC”. Pág. 83

2. Exonerar a los ISP de cualquier tipo de responsabilidad, para los casos en que actúen de manera oportuna y de buena fe, frente a una notificación que resulte ser falsa o temeraria (Art. 16.11.29. (b) (x)).¹⁵³

3. Implementar un procedimiento administrativo o judicial para que los titulares de derecho de autor o derechos conexos que hayan realizado una notificación efectiva de una infracción a un ISP, puedan obtener de este último la información que se encuentre en su poder para identificar el supuesto infractor (Art. 16.11.29. (b) (xi)).

Por lo tanto, conforme a lo anterior, Colombia debe propiciar los medios efectivos y adecuados para hacer realidad todas las propuestas presentadas por el TLC que en efecto pueden resultar un avance en gran medida para limitar la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet cuando estos cumplan con los requisitos propuestos por el TLC, y colaboren de manera efectiva con el respeto de los derechos de autor.

La regulación sobre los ISP en Colombia se ha mantenido dentro de un régimen general de responsabilidad, sin tener en particular una forma de regulación que de la posibilidad de distinguir en que momentos los ISP son responsables de las infracciones y en qué momentos específicos se encuentran eximidos de ella. Por ello, en Colombia los ISP todavía se encuentran sujetos de manera general en el régimen de responsabilidad extracontractual en la mayoría de los casos, sin que se les pueda predicar una responsabilidad directa u objetiva, en la medida de que sus funciones son netamente de intermediación y prestación de un servicio de conexión de red¹⁵⁴.

Lo mencionado anteriormente deja claramente establecida una obligación para Colombia de implementar el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y así llenar los vacíos existentes dentro de la legislación Colombiana.

¹⁵³ *Ibídem* Pág. 84.

¹⁵⁴ *Ibídem*. Pág. 564

7.4. Posibles soluciones que podrían plantearse al tema en estudio en el caso colombiano.

A manera de síntesis, podría decirse que como posibles soluciones que podrían plantearse en el tema objeto de estudio para el caso colombiano, serían sin lugar a dudas, en primer lugar: las medidas propuestas por el Tratado de Libre Comercio frente a las limitaciones de responsabilidad, teniendo en cuenta que en ellas se contempla un incentivo legal para los proveedores de servicios de internet, generando que de tal forma, estos colaboren con los titulares de los derechos de autor, lo cual equivaldría a una medida preventiva de gran ayuda, que en virtud de la gran motivación que reportaría, permitiría y ayudaría no solo a evitar las infracciones y abusos, sino que se consolidaría como un fuerte estímulo, ya que los ISP se encargarían de realizar todo aquello que estuviera a su alcance con el fin de evitar incurrir en responsabilidad. Es decir, en otras palabras, este efecto tendría un doble estímulo: por un lado, no solamente se evitarían las infracciones a cambio de un incentivo legal en virtud del cual los ISP harían todo lo que estuviera a su alcance para evitar un menoscabo de los derechos de autor en el ámbito del internet, sino que también se verían exentos de la responsabilidad que para ellos implicaría asumir los quebrantamientos hechos por los usuarios, en cierta medida, con la complicidad de dichos proveedores.

Por otra parte, la inclusión de límites concretos que delimitaran la actuación de los ISP, ayudaría sin duda alguna a determinar específicamente en que momentos incurrirían en responsabilidad, lo cual ayudaría a que su tratamiento no tuviera que definirse por las normas generales de responsabilidad civil si no por unas disposiciones concretas que permitieran una regulación más profunda.

Sin duda, la implementación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Colombia sería de gran ayuda para lograr este cometido, conforme a lo mencionado en frases anteriores, toda vez que con éste, Colombia se vería en la total obligación de crear una ley en virtud de la cual se llevara a efecto lo dispuesto en éste. Asimismo, el TLC le da

a Colombia una visión más amplia, que constituye un punto a favor para el país en el desarrollo de este tema.

Como fue mencionado en frases anteriores, por largo tiempo los ISP se han mantenido dentro de un régimen general de responsabilidad. No obstante, en el año 2001 se llegó a concebir la posibilidad de contar con un régimen que regulara profundamente el tema en cuestión a través del fallido proyecto de ley 35 de 2001 sobre la Sociedad de la Información. Dicho proyecto de ley buscaba contemplar ciertos aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en desarrollo del Comercio Electrónico.

En el fallido proyecto de ley, se encontraban disposiciones sobre el régimen de responsabilidad y eximentes de responsabilidad de los ISP. Este proyecto de ley se basaba casi en su integridad en las normativas estadounidense y europea sobre sociedad de la información, consignadas en el D.M.C.A de 1998 y en la Directiva Europea 31 de 2000 sobre determinados aspectos jurídicos de la sociedad de la información. Sin embargo, dicho proyecto se inclinaba más hacia el modelo europeo¹⁵⁵.

Debido a lo completo e innovador que era este proyecto, se considera importante traerlo a colación, puesto que una nueva ley que fuera implementada en Colombia y que trajera todo lo que este proyecto llevaba en su contenido, podría ser otra solución al problema que tenemos en el país con la insuficiente regulación de los ISP y el régimen de su responsabilidad.

Este proyecto de ley, tanto en su exposición de motivos como en su articulado, presentaba una serie de definiciones. Por ejemplo definía lo que se entiende por Sociedad de la Información, en los siguientes términos:

“La definición de servicios de la sociedad de la información se refiere a cualquier servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, mediante un equipo electrónico para el tratamiento (incluida la comprensión digital) y el almacenamiento de datos, y a petición

¹⁵⁵ *Ibidem*. Pág. 573-574

individual de un receptor de un servicio. Son extensivos a servicios no remunerados por sus destinatarios, como aquellos que consisten en ofrecer información en línea o comunicaciones comerciales, o los que ofrecen instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos”

“Los servicios de la sociedad de la información cubren también servicios consistentes en transmitir información a través de una red de comunicación, o albergar información facilitada por el destinatario del servicio; los servicios que se transmiten entre dos puntos, como el video a la carta o el envío de comunicaciones comerciales por correo electrónico, son servicios de la sociedad de la información”¹⁵⁶.

Consideramos importante incluir dentro de la legislación colombiana la definición sobre “servicios de la sociedad de la información” que existía en el proyecto de ley en mención, porque desde nuestro punto de vista, es esencial tener claro que servicios se deben considerar como de la sociedad de la información para poder incluir dichos servicios dentro de un régimen de exclusión o de inclusión de responsabilidad siempre que se cumplan ciertos requisitos. Esta situación llevaría en gran medida a que el régimen propuesto por nosotros tuviera una gran porción de características del régimen establecido en la legislación española a través de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico y por supuesto, de la Directiva de la Comunidad Europea del 8 de Junio de 2000.

Precisamente, en este punto queremos destacar que las posibles soluciones que planteamos, no solo se nutrirían del fallido proyecto de ley 35 de 2001, sino también, como consecuencia de este, del régimen legal español, en cierta medida del estadounidense y a la vez del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Colombia, el cual guarda una estrecha relación con los Tratados de Libre Comercio entre Estados Unidos con Perú y Chile y el Cafta. Sin embargo, por el momento nos concentraremos en el fallido proyecto de ley 35 de 2001 y posteriormente, iremos desglosando lo que creemos importante destacar de cada uno de los regímenes mencionados.

¹⁵⁶ Ibídem 574.

En cuanto a la responsabilidad y los eximentes de responsabilidad de los ISP, se propone como solución lo que disponía el fallido proyecto de ley, que en gran medida se convierte en una mixtura con la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio electrónico española (LSSICE), dentro de la cual, se destaca la importancia de que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tenga conocimiento ni control sobre la información transmitida o almacenada. Al respecto, dicho proyecto señalaba textualmente lo siguiente:

“Las exenciones de responsabilidad solo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esta actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada”.

“Un prestador de servicios puede beneficiarse de las exenciones por mera transmisión y por la forma de almacenamiento automático, provisional y temporal, denominada “memoria tampón” (caching) cuando no tenga participación alguna en el contenido de los datos transmitidos; esto requiere, entre otras cosas, que no modifique los datos que transmite. Un prestador de servicios que colabore deliberadamente con uno de los destinatarios de su servicio a fin de cometer actos ilegales rebasa las actividades de mero transporte o la forma de almacenamiento automático, provisional y temporal, denominada “memoria tampón” (caching) y no puede beneficiarse, por consiguiente, de las exenciones de responsabilidad establecidas para dichas actividades”.

Por otra parte, consideramos también importante incluir las acciones de cesación mencionadas no solamente en este fallido proyecto de ley, sino también en la legislación española. Dichas acciones de cesación podrían consistir, en órdenes dadas por los tribunales o autoridades administrativas para exigir que se ponga fin a cualquier infracción

o impedir que se cometa, incluso retirando la información ilícita o haciendo imposible el acceso a ella, tal como fue mencionado en el capítulo V que hace referencia al régimen legal español sobre la responsabilidad de los ISP.

Compartimos lo establecido en el artículo 18 del Proyecto de ley 35 de 2001, que consagraba clara e inequívocamente los casos en que los ISP, al actuar como prestador de servicios de mera transmisión, caching, hosting y servir como motor de búsqueda, quedaba excluido de responsabilidad por las acciones de sus suscriptores. Este artículo guarda estrecha relación con el régimen legal español, el cual no solamente consideramos completo, sino una gran estrategia que podría implementarse dentro del régimen colombiano y que gracias a este proyecto, buscaba ser implementado, pero de manera desafortunada fue un intento fallido.

Al igual que en el artículo 18 del fallido proyecto de ley y que lo regulado en otras palabras por la legislación española y por el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Colombia, destacamos la necesidad de contar con una ley que establezca la responsabilidad de los prestadores de servicios de internet o prestadores de servicios intermediarios en los servicios de: “mera transmisión, memoria tampón (caching) y alojamiento de datos”. Al respecto, señalamos que lo dispuesto en el TLC en este tema, resultaría suficiente, pero para ello, es necesaria su implementación a través de la legislación interna, donde se establezcan claramente los siguientes parámetros, propuestos por las disposiciones anteriormente mencionadas:

En el primer caso (mera transmisión), es importante establecer que el Estado garantice que en un servicio como este, que consista en transmitir en una red de comunicaciones datos que son facilitados por el destinatario del servicio, no pueda considerarse al prestador de servicios responsable de los datos transmitidos, siempre y cuando este no haya originado el mismo la transmisión, no seleccione al destinatario de la transmisión, y no seleccione ni modifique los datos transmitidos.

En el segundo caso (memoria tampón o caching), planteamos el deber del Estado de

garantizar que cuando se preste un servicio de la sociedad de la información que consista en transmitir por una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de tal servicio no pueda ser considerado responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de la información, siempre y cuando, el prestador de servicios no modifique la información, cumpla con las condiciones necesarias de acceso a la información, y que este actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado.

Por último, cuando se trate del alojamiento de datos consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de dicho servicio no puede ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que este no tenga conocimiento efectivo de que la información es ilícita; en caso de que el prestador de servicios llegue a tener conocimiento de tal situación este debe actuar con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos resulte imposible.

Consideramos igualmente la necesidad de plantear la posibilidad de establecer una “inexistencia de obligación general de supervisión”, tal como lo disponía el fallido proyecto de ley colombiano en su artículo 21 y la legislación española según se mencionó en el capítulo V del presente trabajo. Con esta disposición los prestadores de servicios de internet en Colombia no tendrían una obligación general de supervisar los datos transmitidos o almacenados. No obstante, al margen de esta disposición es posible considerar la posibilidad de establecer obligaciones para los ISP de comunicar a las autoridades públicas los presuntos datos o actividades ilícitas llevadas a cabo por los destinatarios de su servicio, y de esta forma hacer más activo el papel de los ISP en la prevención y sanción de las infracciones a los derechos de autor.

En cuanto a lo referente a la legislación estadounidense y las soluciones que basándose en esta podrían plantearse, consideramos importante que en Colombia sea implementado el sistema de “notificaciones y contranotificaciones” similar al planteado por el D.M.C.A estadounidense, el cual también fue planteado de manera afortunada por la carta adjunta del 22 de Noviembre de 2006 del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y

Colombia, donde aquel que vea vulnerado sus derechos de autor deba notificarle dicha situación al ISP, de tal forma que pueda llevarse a cabo un proceso rápido donde en caso de verificarse tal violación, el material que resulte infractor pueda ser retirado inmediatamente.

Asimismo, se considera necesario mantener un sistema de contra notificación, tal como se plantea también en el TLC, por medio del cual, aquel que este vulnerando los derechos de autor o al que se le culpe de estarlo haciendo, cuente con la posibilidad de comunicar tal situación al proveedor de servicios de internet, de manera que dicho presunto infractor pueda defenderse. Una vez terminado este sistema de notificaciones y contranotificaciones, el ISP estaría obligado a eliminar todo el material que haya resultado infractor del derecho de autor en caso de que si existiera una infracción.

Por otra parte, consideramos importante conservar lo establecido en el 2007 para los ISP en Colombia, año en el cual se estableció que estos deben tramitar y obtener una licencia que desde el primero de Agosto de 2007 es conocida como “título habilitante convergente” (en adelante THC), el cual debe otorgarse ante el Ministerio de Comunicaciones y le permite al ISP operar como tal en el país.

Con el Decreto 2870 de 2007, expedido el primero de Agosto de ese año, se adoptaron medidas para facilitar la convergencia de los servicios y las redes en materia de telecomunicaciones. El artículo sexto de dicho Decreto regula de manera particular las obligaciones que deben cumplir los ISP que obtengan el título habilitante convergente, el cual comprende las licencias y concesiones para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Si bien esta disposición no determina el régimen de responsabilidad para los ISP que es importante destacar en este punto, este Decreto constituye una obligación para los ISP que debe mantenerse y considerarse como posible solución en el caso colombiano en lo que tiene que ver con completar el régimen legal de estos.

Igualmente, es importante tener en cuenta que todo ISP que opera en Colombia debe cumplir con otras normas que regulan su actividad. Dichas normas buscan proteger la explotación sexual de menores, la pornografía y el turismo sexual del que puedan ser

objeto. Por ello, las leyes que regulen los ISP y su régimen de limitación de responsabilidad deben abarcar también estos aspectos.

Adicionalmente como ha sido mencionado a lo largo de este trabajo, es importante destacar que el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Colombia podría ser un elemento clave para lograr un aporte significativo en un tema que ha sido deficientemente regulado, a pesar de su significativa trascendencia. La gran influencia de la legislación norteamericana y en parte europea, han trazado dentro del marco legal del Tratado de Libre Comercio, una visión de lo que podría ser para Colombia una regulación similar a la de estos países, regulación que sin duda resultaría bastante útil para nuestro país que aún se encuentra en un incompleto estado de normas que hagan frente a los temas tecnológicos que actualmente interesan en gran medida.

En cuanto a los aportes que podrían ser planteados como posibles soluciones para el caso colombiano en este tema, consideramos que las legislaciones de Chile y Perú aún no cuentan con un régimen que permita de manera completa regular aquellas situaciones en las que los ISP podrían ver cubierta su responsabilidad, pues los países en mención al igual que Colombia también tienen la expectativa de implementar dentro de sus legislaciones internas un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos que regula esta problemática. Al respecto es importante mencionar que los Tratados de Libre Comercio de Chile, Perú y Colombia con Estados Unidos al igual que el Cafta, tienen un tratamiento similar sobre las limitaciones de responsabilidad de los ISP. Por lo anterior, creemos que las disposiciones consagradas en los TLC de Estados Unidos con Estos países latinoamericanos, constituyen un gran incentivo para complementar sus legislaciones gracias a lo que en ellos se establece y que fue mencionado a lo largo de este trabajo.

7.5. Conclusiones.

A manera de conclusiones generales podemos destacar que el sistema de responsabilidad de los Proveedores de Servicios de internet encuentra su mayor fortaleza en el D.M.C.A

estadounidense, en la Directiva Europea del 8 de Junio de 2000 (DCE) y en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico española (LSSICE). Los Tratados de Libre Comercio entre Estados Unidos y algunos países como Chile, Perú y Colombia, al igual que el Cafta han dado muestras claras de la preocupación por regular y limitar la responsabilidad de los ISP.

Los Proveedores de Servicios de Internet se definen dentro de un contexto general, en las diversas legislaciones como: “aquel que ofrece el servicio de acceso a internet a todo tipo de usuarios, permitiendo que estos intercambien información desde internet y hacia internet, es decir, cargando (up load) contenidos y descargándolos (down load), o simplemente acudiendo a ellos”¹⁵⁷. Igualmente, el ISP puede ofrecer varias clases de servicios, tales como: correo electrónico, cibercharla, links, motores de búsqueda, antispam, etc. El ISP es en otras palabras, un intermediario que ofrece los servicios de acceso a la red.

A lo largo de este trabajo se destacaron las situaciones en las que los ISP podrían resultar responsables por las infracciones a los derechos de autor; asimismo, se destacaron los eventos en los cuales es importante hacerles saber a estos de las posibles infracciones a tales derechos, para que de esta forma puedan encontrarse soluciones que contrarresten los efectos negativos para los derechos de los autores. Con ello se quiere destacar que la relación entre los ISP y los usuarios es una relación de consumo regulada por el derecho, que encuentra en si misma limites tanto para los proveedores de servicios de internet como para los consumidores como tal, generando que los todos los sujetos mantengan un papel activo, donde los mismos autores y los usuarios serán garantes de sus derechos, permitiendo que en el ejercicio de las constantes y crecientes funciones de los ISP no se vulneren los derechos de autor, ya que se genera una relación de consumo activa en su ejercicio.

Dentro de los regímenes analizados, destacamos una pauta esencial dada por el D.M.C.A estadounidense con el sistema de notificaciones y contranotificaciones, que además es

¹⁵⁷ RIOS Ruiz Wilson Rafael. La Propiedad Intelectual en la Era de las Tecnologías. Editorial Temis 2009. Bogotá. Págs. 556-557.

tomado como ejemplo por el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Colombia, a partir del cual, los titulares de Derechos de Autor que vean infringidos sus derechos intelectuales por medio del internet, cuentan con la posibilidad de notificar dicha situación a su ISP, para que en caso de encontrar tal infracción, sea retirado el contenido del material infractor. De la misma manera, el presunto infractor cuenta con la posibilidad de defenderse de tal situación a través del sistema de las contranotificaciones.

El sistema del D.M.C.A fue creado con la idea de implementar los tratados de la OMPI sobre Derechos de Autor (TDA) y sobre Interpretación o ejecución y fonogramas (TOIEF). Dentro del D.M.C.A fueron definidos los proveedores de servicios de internet, como “aquellas entidades que ofrecen la transmisión enrutamiento o facilitan conexiones para la línea digital sin modificar el material que les es enviado o recibido”. El capítulo II que hace referencia sobre la “responsabilidad por infracciones a derechos de autor en línea” establece una obligación a todos aquellos que se consideren proveedores de Internet, la cual consiste en el deber de revelar los datos de sus suscriptores, con el simple requisito previo de que se manifieste una violación a los derechos de Autor. Por lo tanto, la violación o la presunta violación, se convierten en un requisito esencial o en condición para que puedan ser revelados los datos de los suscriptores.

Asimismo, Las limitaciones a la responsabilidad de los ISP, beneficiarán a tales proveedores, cuando estos tengan “políticas razonables” que permitan hacer un seguimiento de los infractores reincidentes eliminando sus cuentas de conexión.

España por su parte ha implementado lo establecido dentro de la Directiva de la Comunidad Europea del 8 de junio de 2000 (DCE) dentro de su legislación, a través de la Ley 34 de 2002 conocida como la Ley de Servicios de la Sociedad de La información y Comercio Electrónico (LSSICE). En la legislación española se dejan claramente establecidos los casos en los cuales el ISP resulta eximido o limitado de responsabilidad por las infracciones al derecho de autor en internet. Para ello, la Directiva Europea en mención y la LSSICE han consagrado los supuestos específicos en los que cabe tal limitación siempre y cuando se

cumplan ciertos requisitos.

Tales exclusiones pueden contemplarse en los supuestos de “mera transmisión, alojamiento de datos, almacenamiento temporal y en la provisión de enlaces e instrumentos de búsqueda”. Para que exista una exclusión de la responsabilidad en el supuesto de la mera transmisión, es necesario que los materiales sean ajenos, es decir, en este caso el ISP actúa como simple intermediario. Asimismo, el prestador de servicios, no debe haber originado él mismo la transmisión; ni haber seleccionado el destinatario de la transmisión; ni haber seleccionado ni modificado los datos transmitidos.

Para el caso de la exclusión de responsabilidad del ISP en el “alojamiento de datos” la legislación española exige que el prestador no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción de daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o que, en caso de tener conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios haya actuado con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.

En el caso de provisión de enlaces e instrumentos de búsqueda el beneficio de la exclusión de responsabilidad consiste en que quienes proporcionen los enlaces o los instrumentos de búsqueda no serán responsables por la información a la que dirijan a los destinatarios de sus servicios.

Para que todos los supuestos de responsabilidad puedan llevarse a efecto dentro de la legislación española, es importante que el ISP no tenga conocimiento de que la información es ilícita, porque de lo contrario las exclusiones perderían sentido, debido a que el ISP de una u otra forma sería participe de la infracción.

Las legislaciones de América latina han mostrado su preocupación por regular esta situación donde todavía no queda claramente establecido cual es la responsabilidad de los ISP por las infracciones ante el derecho de autor en internet y cuáles son las situaciones específicas en las cuales podría existir una exclusión a tal responsabilidad. Para ello han

sido suscritos algunos Tratados de Libre Comercio con Estados Unidos, entre los cuales se destacan, el del país en mención con Chile, Perú y Colombia.

De manera general podemos concluir en cuanto a estos Tratados de Libre Comercio, que todos ellos guardan una estrecha relación al consagrar incentivos legales, para que los Proveedores de Servicios colaboren con los titulares de derechos de autor en la prevención de las infracciones a sus derechos de carácter intelectual; también guardan una estrecha relación al preocuparse por contar con limitaciones en sus legislaciones, relativas al alcance de los recursos disponibles 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. En estos países (Chile Perú y Colombia) se ha visto la preocupación por implementar por medio de los Tratados de libre Comercio con Estados Unidos, una legislación profunda en el tema, que contemple los casos concretos de exclusión de responsabilidad, como por ejemplo en los supuestos de mera transmisión, alojamiento de datos y almacenamiento temporal. En ellos es posible percibir una marcada influencia del D.M.C.A estadounidense y en mayor medida de la DCE europea y de la LSSICE española.

La preocupación de contar con una regulación sobre las limitaciones de responsabilidad de los ISP ha surgido en la medida que ha ido avanzando la tecnología, debido a que las infracciones a los derechos de autor se han presentado en gran medida con el avance del internet, esto ha llevado a cuestionar la responsabilidad de los sujetos que de alguna manera intervienen en todo este proceso, particularmente de los que proporcionan el acceso a este medio como es el caso de los proveedores de servicios de internet.

Los autores merecen un reconocimiento por sus creaciones intelectuales, es por ello que cuentan con una serie de derechos tanto a nivel moral como a nivel patrimonial que debe ser respetado independientemente al medio que se utilice para divulgar sus obras. En Colombia así como en diversos países del mundo han surgido reglas que han permitido la protección para esta serie de derechos. Sin embargo, en muchas ocasiones no han quedado claramente establecidas las reglas que particularmente pueden aplicarse para su protección

en Internet.

Para finalizar, destacamos la importancia de fortalecer el régimen colombiano en esta materia. Creemos que hasta el momento contamos con un régimen incompleto que no permite abarcar de manera adecuada las infracciones de los derechos de autor en internet para darles solución. Consideramos bastante completo el régimen establecido dentro de la legislación española que abarca específicamente los casos de exclusión de la responsabilidad para los ISP, el cual fue establecido claramente a través de la Ley española sobre Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico. Posiblemente una ley como esa sería la que necesitaría Colombia para dejar a un lado el régimen general de responsabilidad civil que ha utilizado, para resolver diferentes casos donde se encuentra cuestionada la responsabilidad de los ISP.

Los Tratados de la OMPI sobre Derechos de Autor y sobre Interpretación o Ejecución y fonogramas, si bien demostraron un avance a nivel mundial sobre la regulación de varias situaciones en internet, consideramos que dichos Tratados tan solo son el comienzo de una era en la que el internet controla al mundo.

Igualmente, consideramos que el TLC entre Estados Unidos y Colombia sería una gran herramienta, debido a los estímulos que generaría para los ISP en la prevención de infracciones de las obras en internet, así como también por los supuestos específicos que señala para los límites de la responsabilidad de estos intermediarios. Lo importante es llevarlo a efecto a través de leyes colombianas que permitan hacer posible su realización. Indudablemente, la tecnología es un aporte que tenemos a nuestro favor, pero depende de nuestra legislación sacar el mayor provecho de ésta, a través de leyes que limiten los parámetros de su existencia.

BIBLIOGRAFIA

RIVEROS Lara Juan Pablo. Derechos De Autor en Colombia. Editorial Hojas e Ideas. Bogotá. Abril de 1995.

RODRIGUEZ Turriago Omar. Internet, Comercio Electrónico y Telecomunicaciones. Primera edición 2002. Editorial Legis. Bogotá D.C 2002. Artículo: “Aproximación a la problemática de los derechos de autor en internet”.

REYES Yolanda. Texto: Los Oficios de la Imaginación. Revista: Guía de Derecho de Autor para nuevos creadores. Unesco - Dirección General de Derechos de autor. Bogotá, Agosto de 2005.

LOREDO Alejandro. Revista de Derecho Informático No 091, Febrero del 2006. Artículo: Derecho Comparado: Derecho de Autor y Copyright. Dos caminos que se encuentran. Dirección en internet: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=4700>.

MCCARTHY Thomas. Artículo sobre Patentes, marcas registradas y Derechos de Autor. Dirección en internet: http://www.sba.gov/espanol/Anuncios_Comerciales/patentes.html;

ZAPATA López Fernando. Referencia a la conferencia sobre Estructura Y contenido del derecho de autor. Dirección en internet:

http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:MSCJJD5whWEJ:190.24.8.3/moodle/file.php/1/Propiedad_Intelectual/Conferencia_Estructura_y_C_del_D_de_A_Fernando_Zapata_1_.doc+Fernando+Zapata.+conferencia+sobre+Estructura+Y+contenido+del+derecho+de+autor&cd=5&hl=es&ct=clnk&gl=co

LIPSZYC Delia. Derechos De Autor y Derechos Conexos. Editorial UNESCO. Bogotá 2001.

GAMBOA Benavides Javier. Derecho de Internet y Telecomunicaciones. Primera edición

2003. Editorial Legis. Bogotá D.C. 2003. Artículo: “Marco Jurídico de las medidas tecnológicas para la protección de los derechos de autor en el entorno digital”

GAMBOA Bernate Rafael Hernando. Derecho de Internet y Telecomunicaciones. Primera edición 2003. Editorial Legis. Bogotá D.C. 2003. Artículo: “P2P La nueva amenaza a la Propiedad Intelectual en Internet”.

FERNÁNDEZ Delpech Horacio. La protección jurídica contra la elusión.

Dirección en internet:

http://www.cecolda.org.co/index.php?option=com_content&task=view&id=237&Itemid=40

DICCIONARIO INFORMATICO. Dirección en internet:

<http://www.alegsa.com.ar/Dic/encryptacion.php>.

RIOS Ruiz Wilson Rafael. La Propiedad Intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones. Editorial Temis 2009. Bogotá.

VALLEPUGA González Paula. Revista de Derecho Informático. Enero del 2001. Artículo: “Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”. Dirección en internet: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=615>

SINTESIS de la legislación de la Unión Europea. Página en internet: http://europa.eu/legislation_summaries/consumers/protection_of_consumers/132024_es.htm

XALABARDER Plantada Raquel. Revista Iberoamericana de Derechos de Autor, No. 3. Editorial Cerlac. Bogotá, Julio-Diciembre 2007; Artículo “La responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios”.

JARAMILLO Mejía Andrés. Revista Iberoamericana de Derechos de Autor, No 3. Editorial Cerlac. Bogotá, Julio-Diciembre de 2007. Artículo: “Limitaciones a la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet. Una obligación para Colombia derivada del TLC”.

PEGUERA Poch Miguel. Revista Iberoamericana de Derechos de Autor, No 3. Bogotá; Julio-Diciembre de 2007. Artículo “¿Inmunidad para el mensajero? La protección otorgada a los Proveedores de Servicios de Internet en el Derecho Europeo y español.

SENTENCIA del Tribunal Supremo de lo Civil. Ponente Sr. D.: Ferrándiz Gabriel José Ramón. Sentencia No 773 de 2009. Casación No 914 de 2006. Madrid, España

Publicaciones del Periódico el Espectador- Tecnología. Artículo: “Aumenta el acceso a internet en Colombia”. Bogotá, Agosto 26 de 2009. Dirección en internet: <http://www.elespectador.com/articulo158112-colombia-aumenta-el-acceso-internet>

CENTRO Colombiano del Derecho de Autor. Dirección en internet:

<http://www.cecolda.org.co>.

http://www.cecolda.org.co/index.php?option=com_content&task=view&id=237&Itemid=40

REVISTA Iberoamericana de Derechos de Autor, No. 3. Editorial Cerlac. Bogotá, Julio-Diciembre 2007

DERECHO de Internet y Telecomunicaciones. Primera edición 2003. Editorial Legis. Bogotá D.C. 2003

INTERNET Comercio Electrónico y Telecomunicaciones. Primera edición 2002. Editorial Legis. Bogotá D.C 2002

- DIGITAL MILLENIUM COPYRIGHT ACT 1998.
- DIRECTIVA DE LA COMUNIDAD EUROPEA DEL 8 DE JUNIO DE 2000 (DCE)
- LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DE COMERCIO ELECTRONICO (LSSICE No 34 de 2002). ESPAÑA.
- TRATADO de Libre Comercio entre Estados Unidos y Colombia.
- TRATADO de libre Comercio entre Estados Unidos y Perú.
- TRATADO de Libre Comercio entre Estados Unidos y Chile.
- TRATADO del Cafta.
- CASO Asociación Peruana de Artistas Visuales (APSAV) contra la Universidad Cesar Vallejo S.A.C. Perú.
- CASO ENTEL. Empresa Nacional de telecomunicaciones. Página en internet:
- CASO Promusicae contra Telefónica España.
- CASO HARLAN ELLISON contra. AOL (América Online Inc.)
- CASO GOOGLE INC contra SCRL COPIEPRESSE.
- LEY 23 de 1982
- DECISIÓN 351 de la Comunidad Andina de Naciones

- TRATADOS de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derechos de Autor (TDA) y Tratado sobre interpretación o ejecución y fonogramas (TOIEF)