

Proveedores de Servicios de Internet y de contenidos, responsabilidad civil y derechos de autor

David Felipe Álvarez Amézquita¹, Julio Cesar Padilla Herrera², Andrea Liliana Garzón Zuluaga² y Laura Yolanda Muñoz Hernández²

Arbitrado y aceptado: junio 2 de 2009

Recibido: enero 28 de 2009

Resumen

Mediante un análisis de la manera en que los dos sistemas jurídicos que han regulado la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet, denominados en adelante ISP, en relación con las infracciones al derecho de autor, así como de la presentación de la estructura general en la que se soportan los servicios de internet y los sujetos que interactúan en estos, son sugeridos algunos elementos de análisis con respecto a la adopción de un sistema de limitación de la responsabilidad de los ISP en Colombia. El sistema mencionado podría derivarse de la adopción y adecuación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Colombia.

Palabras Clave: Derecho de autor, internet, responsabilidad, reforma jurídica.

Challenges for Colombia related with the Internet Service Provider and Copyright

Abstract

From an analysis about the way adopted by two of the leaders on the regulation of ISP liability related with copyright infringement, and also, presenting the general structure that support internet services, and de subjects that interact in that environment, the article present some analysis issues leading to the possible adoption of a legal system that rules the limitation on liability from copyright infringement to ISPs. The above mentioned legal system may be or maybe not the result of the approval and later adequacy of the FTA between US and Colombia.

Key words: Copyright, internet, liability, law reform.

¹ Director del proyecto “*Implicación de la adopción del TLC con Estados Unidos en el Sistema de Propiedad Intelectual Nacional*”, investigador adscrito al Grupo de Estudios en Propiedad Intelectual y docente de la Facultad de Derecho Universidad Católica de Colombia Investigador principal.

² Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia vinculados, en calidad de auxiliares de investigación durante el año 2008, al Grupo de Estudios en Propiedad Intelectual.

Introducción

En el contexto de la globalización ha surgido la que hoy se denomina era de la información y la comunicación. Esto ha generado cambios significativos en la manera en que las personas y la sociedad en general acceden a la información. Aunque desde hace siglos la información y la comunicación han sido usadas como instrumentos de dominación, en la actualidad esto representa una gran paradoja. La tecnología hace posible el acceso a mucha información de carácter mundial mediante recursos cuyo uso es sumamente sencillo (como el teléfono móvil, internet o la televisión); aun cuando la mayoría de los contenidos que transitan por las redes de comunicación son objeto de protección del derecho de autor o de los derechos conexos.

La información sobre los múltiples puntos de vista que se refieren al ejercicio de los derechos de propiedad intelectual en la sociedad de la información, es amplia. En el mismo sentido, la discusión sobre el balance o equilibrio que debe existir entre los derechos de los creadores (o aquellos que adquirieron por transferencia tales derechos) y el derecho de los usuarios de acceder a ciertos contenidos, aún no ha sido resuelta.

Uno de los aspectos fundamentales de esta discusión se refiere a la regulación del uso de la Internet, particularmente a la necesidad de establecer la responsabilidad de quienes ejecutan actividades a través de la red. En contraste con años anteriores (década de los años 90), el derecho de autor ha sido relevante en la regulación de los avances de la tecnología, particularmente en lo que se refiere a su aplicación en el contexto digital. Con la inclusión de la propiedad intelectual en el ámbito de las negociaciones comerciales (mediante el Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Relacionados con el Comercio)³, la Organización Mundial del Comercio (OMC) dio uno de los primeros pasos en este sentido.

Posteriormente, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) resolvió de manera directa las inquietudes relacionadas con la aplicación del derecho de autor y de los derechos conexos en el ámbito digital. Para esto, les dio plena aplicación en el nuevo entorno, resaltando entre otras circunstancias, el deber de tutelar estos derechos en lo relacionado con las medidas tecnológicas que adoptan sus titulares para proteger, identificar y gestionar sus contenidos.

Como ya se anotó, algunos de los sujetos que frecuentan la red son simples usuarios que navegan en busca de información; otros (que cada vez se confunden más con los anteriores) son propietarios o licenciatarios de información en forma de contenidos protegidos y finalmente, algunos sujetos disponen de sus redes y sistemas para que los dos primeros puedan realizar sus respectivas actividades. La anterior descripción pretende ser un acercamiento sencillo a las clases principales de actores que es posible encontrar en la red; aunque su organización social puede ser mucho más compleja que la que ha sido expuesta, es útil para determinar su responsabilidad en lo que se refiere al ejercicio de los derechos relacionados con los contenidos que transitan en la red.

Un usuario es responsable de los usos que hace de los diversos contenidos que encuentra al acceder a la red; de acuerdo con las condiciones que le imponga la legislación nacional sobre derecho de autor o el titular del derecho.

Es habitual encontrar individuos que disponen de ciertos contenidos hallados en la red; de hecho, cualquier sujeto puede “obtener” - incluso de manera gratuita - un poco de espacio para cargar o descargar información (lo que comúnmente es denominado contenido y que en adelante, será llamado Proveedor de Contenidos de Internet).

³ En adelante el Acuerdo sobre los ADPIC

Dicho sujeto es responsable de los derechos relacionados, en cada caso, con un contenido determinado; pues al ponerlo en la red a disposición de los usuarios, favorece la explotación de tal contenido en forma indiscriminada.

En relación con esto, existen sujetos que permiten el tránsito de la información que el proveedor de contenidos pretende hacer accesible a través de la red. A este tipo de sujetos se les denomina Proveedores de Servicios de Internet (ISP).

Un Proveedor de Servicios de Internet puede tener claro el hecho de que a través de sus redes transitan ciertos contenidos protegidos por el derecho de autor o los derechos conexos, cuyo uso puede estar restringido por la ley o por el titular del derecho.

En la actualidad, la responsabilidad de este proveedor frente a las infracciones relacionadas con el derecho de propiedad intelectual constituye un asunto central en la discusión sobre el equilibrio en el acceso a la red, aun cuando en 1998 la Digital Millennium Copyright Act (DMCA) y posteriormente, el PARLAMENTO EUROPEO (2000, 16 p.) con la Directiva Europea 2000/31/CE sobre comercio electrónico, intentaran resolver o definir el campo de responsabilidad de los proveedores de servicios de internet.

Este artículo presenta el estado del arte de la discusión en relación con la responsabilidad de los ISP y los retos que implica para Colombia la adopción de un posible Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos o un Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Andina y la Unión Europea, así como la imperante necesidad de definir las normas sobre este tema, con independencia de que se consolide o no, un acuerdo comercial que obligue a las partes firmantes.

Con base en lo anterior, la investigación - realizada por el Grupo de Estudio en Propiedad

Intelectual GEPI de la Universidad Católica de Colombia – describe la problemática colombiana relacionada con la responsabilidad de los ISP, así como las posibles soluciones que pueden ser adoptadas por el país, en relación con la reglamentación de la responsabilidad de los ISP⁴.

Antecedentes

En los últimos años, especialmente desde que la Internet se convirtió en un medio de acceso mundial al conocimiento, en un lugar de ocio y de trabajo en general, al que se puede ingresar desde cualquier ordenador para ponerse en contacto con diferentes partes del mundo o para descargar películas, libros, música y toda clase de información, ha sido planteada la discusión sobre la continua trasgresión de los derechos de autor que se presenta en esta red. Al respecto es cuestionable ¿cómo puede sancionarse a los sujetos que vulneran el derecho de autor a través de la red?

El hecho de que la Internet sea un medio tan cambiante, hace muy difícil controlar a los usuarios, así como determinar quién viola los derechos de autor a través de la red. Esto se debe, entre otras razones, a la cantidad de ordenadores conectados en forma simultánea a este sistema.

En los últimos años se ha discutido sobre la posibilidad de asignar la responsabilidad a los ISP por las infracciones que sus usuarios realizan con respecto al derecho de autor. Esto bajo la idea de que son ellos quienes facilitan el acceso a obras protegidas y a contenidos que vulneran estos derechos o realizan prácticas contrarias al deber de amparar a sus titulares.

⁴Agradecimientos a Nury Amparo RAMÍREZ QUEVEDO, quien con un profundo análisis de la regulación sobre las telecomunicaciones en Colombia a partir del siglo XIX, ha contribuido al desarrollo de este trabajo. Sus aportes serán incluidos en los resultados generales de la investigación.

Los proveedores de servicios de internet (ISP) su estructura y clasificación

Para presentar el problema planteado, es preciso aclarar algunos conceptos (definición, clases, características) relacionados con los Proveedores de Servicios de Internet. Es claro que el acceso a la Internet no es fácil para todas las personas, debido a que los medios con que cuentan los usuarios no siempre son los precisos para ingresar directamente a la red.

Para esto es necesario un puente que sea proveedor de todos los recursos idóneos para entrar a la Internet. Esta función la cumplen los Proveedores de Servicios de Internet; la gran mayoría de personas en todo el mundo, adquieren sus servicios para acceder a la red a través de aquellos. Cuando las personas se suscriben a los servicios prestados por los ISP, acceden a ellos por medio de una red telefónica, de un MODEM u otros medios. Los ordenadores (el gran servidor de los ISP y el computador personal) se enlazan por medio de un PPP (Protocolo punto a punto) que facilita el transporte de datos y que cumple dos funciones fundamentales:

- Autenticación: el PPP verifica la clave que poseen los usuarios para acceder a los servicios prestados por los ISP.
- Asignación de IP. La IP es necesaria para conectarse a la red. Se reconoce mediante una serie de números expresados en bytes que son asignados a los computadores de quienes quieren ingresar a la red y sin los que es imposible navegar en ella. Un PPP asigna los IP, que son de vital importancia para circular por la red, debido a que el protocolo utilizado en la Internet (TCP/IP), es el que hace posible la comunicación entre todos los usuarios que ingresan a la red con un IP. Además de los protocolos IP y TPC/IP, también es necesario para navegar el protocolo UDP o protocolo de data grama del usuario; que permite el envío de un mensaje desde un computador a una aplicación que se ejecuta en otro equipo.

Los ISP son empresas encargadas de prestar el servicio de acceso a la Internet. Al respecto es pertinente aclarar que existen ciertas clases de proveedores: proveedores de servicios de almacenamiento *hosting* o caché, proveedores de contenidos, proveedores de red, proveedores de motores de búsqueda, proveedores de enlaces *peer to peer* y proveedores de enlaces. La clasificación que hace la profesora Delia LIPSZYC se puede sintetizar de la siguiente manera (LIPSZYC; 2005):

1. El proveedor de servicio de Internet es el encargado de disponer un espacio en su servidor para alojar los contenidos que son colgados por los proveedores de contenido, además de albergar las páginas de terceros. Eventualmente, estos ISP proporcionan acceso a la red o proveen contenidos. Por ejemplo: *Aol.com*.
2. Los proveedores de acceso, conocidos como IAP, hacen posible la entrada a la red, con independencia de los portales a que se acceda o de la información que sea buscada. Estos proveedores simplemente permiten navegar; es decir, explorar la red interna. Un ejemplo de ellos son las empresas prestadoras del servicio: Telmex y EPM, entre otras.
3. Proveedores de alojamiento, también conocidos como *Host Services Providers*, almacenan y mantienen los contenidos en un servidor con el fin de que los usuarios puedan conectarse a la Internet a través de un ISP para acceder a esos contenidos o para recuperarlos. Estos proveedores también favorecen (además de los primeros) la infracción al derecho de autor y los derechos conexos, debido a que almacenan obras en el *Host* sin autorización del autor o titular y con desconocimiento de los ISP. Sin los proveedores de servicios de internet no sería posible acceder a los contenidos protegidos por el derecho de autor, ya que son estos los que proveen las herramientas necesarias para que los usuarios dispongan de aquellos.

La utilización que, de buena o de mala fe, hacen las personas de estos puentes, puede significar la infracción a los derechos conectados con esos contenidos, pues la obra restringida empieza a ser divulgada, el autor es perjudicado y la creación intelectual - uno de los axiomas de la propiedad intelectual – es afectada.

Los proveedores de servicios de internet, como sujetos relevantes en el acceso a la información, el desarrollo tecnológico de la Internet y en el avance de las telecomunicaciones, prestan servicios de vital importancia para que sea posible conectarse a la red y disfrutar de los beneficios que esta ofrece. Como explicamos anteriormente, los proveedores de servicios de internet son diversos según el servicio que presten, muchas veces se confunden debido a que un sólo ISP presta la mayoría de servicios que caracterizan a estos proveedores.

La legislación ha buscado definir las circunstancias y las condiciones en que, dada la posibilidad de que un tercero diferente del ISP pueda cometer una infracción a los derechos de propiedad sobre los contenidos, sea posible reducir su responsabilidad por dicha violación. El supuesto de este enunciado se basa en la idea de que el ISP es responsable en alguna medida de la infracción cometida, debido a que el contenido a que se refiere la infracción transita a través de sus redes.

Las Redes *Peer to Peer*, con siglas P2P, más que significar “par a par” quiere decir “*dar un guiño*” a quien posea la información que se quiere descargar. Hace unos años se desarrolló un software que permite a los usuarios que lo posean comunicarse directamente con otro usuario del mismo software que tenga la información buscada. Las redes P2P desvirtúan totalmente la forma servidor – usuario, para convertir a los usuarios en servidores simultáneos.

¿Cómo funcionan estas redes? El software permite que los usuarios formen una red con millones de ordenadores, en la que todos y cada

uno son servidores del archivo que otro necesita. Estas redes favorecen en mayor medida la vulneración de los derechos de autor y debido a su estructura, resulta más complejo determinar quién es o puede ser responsable de alguna infracción. La certeza sobre el posible infractor, varía de acuerdo con el índice de búsqueda que sea empleado en la tarea de hallar al responsable de alguna violación al derecho de autor. Si mediante un Sistema de Índice Centralizado, el proveedor de servicios de internet alberga la información de todas y cada una de las personas que usan el software en su ordenador, es posible asignarle responsabilidad directa por el manejo inadecuado que algún usuario haga de ciertos contenidos. Sin embargo, el avance tecnológico hace más difícil el control de estas redes, pues los nuevos sistemas de índice de búsqueda descentralizado permiten a los usuarios actuar como *super nodos* sin que sea necesario un único ordenador que contenga toda la información recolectada de otros equipos. Esto hace más difícil la tarea de establecer quién es el responsable de una infracción particular al derecho de autor.

Aunque ya hay decisiones jurisprudenciales sobre el tema, aún no es claro cuál es el criterio jurídico para determinar la responsabilidad de los infractores. Es posible encontrar posiciones doctrinales al respecto, pero aún se percibe incertidumbre acerca del parámetro correcto para proteger a los titulares del derecho de autor en las redes P2P.

Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet en los diferentes ordenamientos jurídicos

El desarrollo normativo relacionado con la responsabilidad que puede ser asignada a los ISP por favorecer las violaciones al derecho de autor por parte de terceros, se ha producido fundamentalmente en Estados Unidos y Europa, en etapas que podemos resumir de la siguiente manera (XALABER PLANTADA; 2006):

1. En 1995, en el contexto de la *National Information Infrastructure NII*⁵, se atribuye responsabilidad a los ISP por las violaciones al derecho de autor cometidas por los usuarios de sus redes. Esta atribución no contempla la posibilidad de reducir a los ISP, la carga derivada del mal manejo que hacen las personas de los contenidos tutelados por el derecho de autor.
2. Con la adopción de los tratados de la OMPI en 1996, son establecidas declaraciones concertadas en relación con el derecho de comunicación pública y de disposición.
3. Posteriormente la ley “*Telecommunications Decency Act*”, establece un límite a la responsabilidad del ISP, con la denominada *cláusula del buen samaritano*. Según esta disposición, el ISP no puede ser tratado de la misma manera que quien provee el contenido⁶. Con esto se favorece la autorregulación, ya que ningún proveedor o usuario de un servicio informático interactivo puede ser considerado como editor o autor de información proporcionada por un tercero.
4. En 1998, en los Estados Unidos, se establece la *Digital Millenium Copyright Act*.
5. En el año 2000 en la Unión Europea, se crea la Directiva de Comercio Electrónico.

En el contexto colombiano la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet se define principalmente por las reglas generales del derecho privado, tal y como será examinado más adelante. En lo que se refiere a la negociación de las condiciones para firmar el tratado de libre comercio con los Estados Unidos cabe destacar que su aprobación

trasladaría al ordenamiento nacional muchos aspectos de la DMCA, especialmente en lo relativo a la definición de la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet. Con respecto al derecho de autor, aún no son claras las implicaciones que tendría este tratado. Este documento presenta un estado del arte sobre el GEPI como punto central de esta discusión.

Al respecto debe aclararse que únicamente será esbozada la forma en que se maneja la responsabilidad de los ISP en los diferentes ordenamientos, especialmente en el europeo y en el americano, describiendo algunos aspectos de la forma en que se trata este problema en Japón y en España.

En Estados Unidos la regulación de la responsabilidad de los proveedores de servicios de internet se encuentra en la DMCA. A los proveedores de servicios de internet se les puede imputar responsabilidad, luego de agotar un procedimiento que no necesita intervención judicial. Esto es lo que ha sido denominado: responsabilidad secundaria de los ISP. En este caso, el autor cuyos derechos han sido afectados, se debe comunicar directamente con el ISP para informarle que uno de los usuarios de su red está realizando actos que atentan contra el derecho que tiene como autor. Luego de ser informado de lo anterior, el ISP debe comunicarse con el usuario responsable para exigirle que retire los contenidos infractores de la red. Si el usuario no lo hace, el ISP tendrá la obligación de retirar directamente estos contenidos, bajo la condición de que cualquier omisión de su parte frente al deber de notificar o retirar un contenido, lo hará responsable de las infracciones cometidas por sus usuarios. Este procedimiento es conocido comúnmente como *Notice and Take Down*.

En sentido contrario, la regulación adoptada por la Directiva de la Unión Europea, se ciñe a un sistema romano-germánico, en el que la responsabilidad que se imputa al ISP obedece al hecho de que pueda constituirse en un colaborador necesario de un hecho ajeno (Responsabilidad civil). Se debe perseguir y

⁵Para mejor referencia consultar: <http://www.uspto.gov/web/offices/com/doc/ipnii/>.

⁶Para mejor referencia consultar: <http://www.fcc.gov/telecom.html>.

bloquear los contenidos, pero a diferencia de lo que ocurre con el sistema de la DMCA, la Directiva Europea deja en manos de cada país el desarrollo de códigos comunitarios de conducta para establecer el procedimiento pertinente en estos casos.

Un examen más profundo de los dos sistemas permite establecer algunos matices entre ellos con respecto a los criterios para establecer la responsabilidad de los ISP:

La Directiva Europea 2000/31/CE exime de responsabilidad a los proveedores de acceso a internet (*transmisión*) por tratarse de simples transmisores de contenidos, siempre que cumplan con ciertas condiciones. (No originar la transmisión, no seleccionar contenidos, no cargarlos en la red, no modificarlos una vez cargados, no determinar su destinatario).

Con respecto a los proveedores de servicios de internet ISP (*hosting*), pueden ser eximidos de responsabilidad siempre que no tengan conocimiento efectivo de que la información que transita o es alojada por sus redes es ilícita o en el caso de que, teniendo conocimiento, actúen con prontitud para descargar o retirar la información infractora. La forma en que se tiene conocimiento de situaciones irregulares constituye una de las grandes diferencias con respecto al sistema de *notice and take down* propio de la DMCA, pues en el caso europeo la notificación sólo puede producirse a través de una autoridad competente, como dispone por ejemplo la legislación española, que adopta la norma de la Directiva Europea⁷.

El uso del *caching*⁸ no generará responsabilidad a los ISP, mientras estos no modifiquen la información allí contenida, ni restrinjan el acceso a esta, y siempre que no

⁷Debe aclararse que además de las tres condiciones de limitante de la responsabilidad de los ISP, España en su legislación adiciona una tercer para los enlaces y motores de búsqueda.

⁸Actividad de almacenamiento automático, provisional y temporal cuyo fin es optimizar la transmisión eficaz de la información.

interfieran en el uso o elección de la tecnología utilizada para obtener datos sobre la información. En el caso de tener conocimiento de que la presencia o uso de algún contenido puede significar o implicar una infracción, el ISP deberá actuar con prontitud para retirarlo de la red. Bajo la DMCA, se desarrolla en Estados Unidos un sistema de limitación a la responsabilidad de los ISP, fundamentado en el concepto de puertos seguros "*safe harbors*".

Esta noción se refiere a que, bajo ciertas condiciones, los ISP se liberan de la responsabilidad de resarcir los daños derivados de alguna infracción al derecho de autor, así: cuando se trate de servicios de simple *transmisión*, almacenamiento temporal *caching*, alojamiento de datos *hosting* y motores de búsqueda y enlaces.

Como ya fue señalado, en el caso del hosting, la exención de responsabilidad se condiciona a que el ISP no tenga conocimiento efectivo de la infracción o de hechos que revelen la infracción ya que no obtenga beneficio económico de la actividad infractora (siempre que en este caso el ISP tenga la posibilidad de controlar dicha actividad infractora). El ISP tiene la obligación de actuar rápidamente luego de que tiene conocimiento de la comisión de una infracción; debe retirar el contenido infractor del derecho o bloquear el acceso a éste en forma inmediata.

Como ya se anotó, el ISP es notificado de la actividad infractora mediante el procedimiento de *notice and takedown* que establece la DMCA. De acuerdo con Delia LIPSZYC (2004), luego de la notificación (*notice*) de la infracción, se debe proceder a bloquear o a retirar de la red el contenido infractor (*takedown*).

Aunque la normatividad en Japón es diferente a la americana y a la europea, en ella se contempla la creación de una comisión, integrada por los ISP y por los titulares de derechos de autor, cuyo fin es realizar acuerdos para elegir mecanismos adecuados de

protección, que no impliquen un retroceso en el avance tecnológico, ni signifiquen un detrimento patrimonial para los ISP.

Aun cuando el tema de la protección de los derechos de autor en la Internet ha evolucionado, su avance resulta insuficiente frente al progreso y desarrollo tecnológico de la red y a los problemas propios del carácter diverso de las jurisdicciones.

La responsabilidad

En sentido jurídico, las conductas que manifiestan los integrantes de una sociedad - que pueden ser lícitas o ilícitas - dan lugar a obligaciones. De acuerdo con esto se predica la responsabilidad de quienes las realizan. Si las obligaciones se derivan de conductas lícitas (de acuerdo con el derecho) que dan lugar a negocios jurídicos; se habla de responsabilidad contractual.

En sentido contrario, si las obligaciones no se derivan de la celebración de un contrato, se habla de responsabilidad extracontractual.

De acuerdo con lo anterior, se puede señalar que las conductas ilícitas son aquellas en las que se causa un daño sin que exista previamente una relación jurídica. Su carácter ilícito puede ser civil o penal, de acuerdo con el tipo de interés que sea lesionado con la ejecución de la conducta: por ello, la vulneración de un interés superior da lugar a la responsabilidad penal (lo que implica la reparación por el perjuicio ocasionado y el cumplimiento de una pena), mientras que la responsabilidad derivada de la lesión de un interés particular, es de carácter civil (esta sólo implica la reparación por el perjuicio causado).

De lo anterior se puede inferir que la responsabilidad penal es de carácter netamente subjetivo, debido a que se deriva de una conducta personal cuya realización puede implicar la culpa o el dolo. La responsabilidad civil, por su parte, se deduce de cinco

presupuestos: conducta dolosa o culposa, conducta ajena de otros por la que se deba responder; como en el caso del padre con sus hijos menores, daños ocasionados por animales y cosas inanimadas, daño ocasionado en el desarrollo de una actividad peligrosa y daño ocasionado en desarrollo de las funciones o servicios que prestan las personas jurídicas de derecho privado o público.

En la responsabilidad civil siempre se presume una relación entre dos sujetos; uno que ha ocasionado un daño y otro que ha sido afectado con este. De esto se deriva la obligación de reparar el daño indemnizando el perjuicio.

Sin embargo, no siempre un daño hace responsable a la persona que lo ocasiona. Si este ha sido causado con dolo o culpa, se habla de responsabilidad objetiva (por esto se dice que debe mediar alguno de estos dos elementos psicológicos); mientras que la responsabilidad objetiva de pleno derecho, se predica de los daños causados que dan lugar a la obligación de reparación.

La responsabilidad objetiva implica que se debe reparar el daño con base en el perjuicio que ha sido causado en forma efectiva a otro. Su imputabilidad material es atribuida a la actividad humana, no a la culpa (VALENCIA ZEA; 2003. 155 p).

En relación con la responsabilidad objetiva, es posible compararla con aquella que se presenta en la competencia desleal. Al respecto se señalan dos posibilidades: (i) si se actúa con dolo, habrá responsabilidad por el hecho de proponer conscientemente la realización de la conducta de competencia desleal; (ii) si actúa con culpa (aún la más mínima) ocasionando un daño (aún el más mínimo), también habrá responsabilidad, pues en este caso basta con la simple infracción de la norma moral o legal (TAMAYO JARAMILLO; 1997. 129 p.).

En el ámbito jurídico colombiano, en la época y el contexto actuales, la responsabilidad civil extracontractual se enmarca en un sistema

subjetivo, a diferencia de países como Estados Unidos en los que la responsabilidad es de carácter objetivo.

En relación con la responsabilidad derivada de los actos ilícitos realizados en la Internet, es posible analizarlos desde el punto de vista civil o mercantil.

Si se trata, por ejemplo, de “los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen” (DE MIGUEL ASENSIO; p. 539), la responsabilidad es de carácter civil. Por el contrario, si se trata de un acto cuya realización significa el sostenimiento de una de las partes, la responsabilidad es mercantil. Ambos casos pueden dar lugar a indemnizar a quien haya resultado afectado con cada conducta.

Para que se dé la responsabilidad civil extracontractual por actividades realizadas en la Internet, es necesario que existan cuatro presupuestos: (i) una acción o una omisión dañosas; (ii) un daño de carácter moral o patrimonial actual o futuro; (iii) un “nexo causal” entre la acción o la omisión y el daño y (iv) un criterio de imputación de la responsabilidad.

En términos generales se denomina daño a “la lesión del derecho ajeno, consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que le acongoja” (PEÑA VALENZUELA; 1997. P. 37). El nexo de causalidad puede ser definido como la relación de dependencia que hay entre la conducta de la persona y el daño ocasionado con esta.

De acuerdo con Daniel Peña Valenzuela para establecer la responsabilidad en el ámbito digital, es necesario agregar a los elementos descritos en párrafos anteriores, los siguientes: participación de múltiples sujetos, sujetos que realizan actividades de intermediación, nuevas conductas susceptibles de producir daños diversos, dificultad en la identificación de los sujetos partícipes en la conducta determinada y

un medio conocido tecnológicamente, amplio y con cobertura mundial” (PEÑA VALENZUELA; 1997. p. 48).

En cuestión de derecho de autor, el hecho que corresponde a una infracción es el derivado de actos no autorizados de comunicación o reproducción. La responsabilidad derivada de estos actos es de carácter civil extracontractual. Un ejemplo típico de este tipo de responsabilidad es el caso de la *Union Syndicale de Journalistes Francais CDFT y otros vs. Sté. Plurimedia*, en el que se le prohibió al proveedor de servicios - en virtud de un contrato celebrado con el editor de un periódico – que publican los artículos sin la autorización de los periodistas.

Muchas teorías y sentencias - como la de *Stratton Oakmont vs. Prodigy* - han expresado que es posible hacer responsables a los proveedores de servicios, (sujetos que realizan actividades de intermediación) cuando ejerzan un control efectivo sobre los contenidos publicados. Por esto, Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO señala que “el interés del proveedor por evitar la aparición de contenidos nocivos e ilícitos de los servicios de Internet que ofrece, puede acarrearle una responsabilidad que no se exige a quien se desentiende totalmente del contenido” (DE MIGUEL ASENSIO; p. 581).

En relación con este tema se puede señalar también la ley británica *Defamation Act* de 1996. Según esta norma, los ISP podrán liberarse de responsabilidad si prueban que han realizado todos los actos necesarios para prevenir la transmisión de los contenidos y demuestran además, que no han participado en ella.

En síntesis, se podría asignar responsabilidad al proveedor en alguno de estos eventos: (i) cuando controle la información; (ii) cuando tenga conocimiento de la ilicitud de una conducta y no actúe con prudencia y diligencia para evitar que se cometa la infracción a través de su red o (iii) cuando se lucre con la

actividad. En sentido contrario, si el proveedor es eximido de responsabilidad no está sujeto a una indemnización, pero sí se le puede exigir que impida el acceso a los contenidos violatorios y que sea cancelada la cuenta relacionada con la infracción. Para determinar la responsabilidad, debe tenerse en cuenta la teoría de la causalidad adecuada, según esta, es necesario que el ilícito haya sido causado por aquellos hechos que habitualmente deben producirlo y que esté sustentado en un nexo que no haya ocurrido en forma ocasional o fortuita, sino adecuada. Los proveedores de contenidos - como los titulares de las páginas o sitios web - pueden ser responsables si se comete algún ilícito con los contenidos que son manejados en sus redes, por ello deben ser cuidadosos en determinar su origen, pues serán responsables en caso de que un contenido desconocido por ellos sea publicado. Sin embargo, si se ha contratado a un tercero para elaborar la página, y éste ha contravenido el deber o la obligación (pactada en el contrato) de utilizar elementos lícitos para ejecutar su trabajo, el proveedor podrá ser indemnizado en caso de que se presente algún reclamo.

En muchas ocasiones es difícil identificar a una persona para hacerla responsable de la comisión de un ilícito contra el derechos de autor, debido al constante intercambio de información que se presenta en la red - como en los sistemas peer to peer (P2P), que “no tienen un directorio central ni una sede fija” (CUELLO BAUTE; 2005, p. 30). Mediante estas redes las personas intercambian datos y música, entre otros contenidos; pero en vista de que la mayoría de las veces, sus usuarios son identificados con un *nickname*, resulta complejo determinar su identificación real.

El objeto principal de establecer la responsabilidad es buscar el restablecimiento del daño causado mediante la indemnización y las sanciones accesorias a que haya lugar.

Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos

Aparentemente, la aprobación del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y Estados Unidos es poco probable en el contexto político y económico actual. Sin embargo, la discusión que ha sido planteada hasta ahora, no deja duda de la necesidad de regular la responsabilidad de los ISP en relación con las infracciones al derecho de autor; sobre todo si se tiene en cuenta el acelerado ritmo con que los usuarios acceden a las redes informáticas. Derivado de las normas de responsabilidad de los ISP de la DMCA, el texto final del TLC con Estados Unidos contempla un sistema de limitaciones a la responsabilidad de dichos sujetos en relación con las posibles infracciones al derecho de autor.

De acuerdo con Raquel XALABER PLANTADA (2006), uno de los aspectos fundamentales relacionados con el tema, es el carácter horizontal que otorga la Directiva Europea 2000/31/CE al sistema de responsabilidad de los ISP, pues esto lo hace aplicable a cualquier tipo de infracción. Por el contrario, las disposiciones contenidas en la DMCA, sólo contemplan un tipo de responsabilidad derivado, que se refiere únicamente a las infracciones relacionadas con el derecho de autor. En contraste con la Directiva Europea, el sistema de la DMCA es mucho más restringido, pero una de sus figuras características - *notice and take down* – lo hace mucho más eficaz.

El artículo 16.11 del TLC⁹ hace referencia a la observancia de los derechos de propiedad intelectual. El numeral 29 del citado artículo señala un sistema para limitar la responsabilidad de los ISP. A continuación se sintetizan sus principales aspectos:

⁹ Tratado de Libre Comercio Andino – EEUU. Comunicado de Textos. Disponible en: <<http://www.tlc.gov.co/eContent/newsDetail.asp?id=5023>>. Fecha de consulta: 12 de junio de 2008.

- (Artículo 16.11.29): con esta disposición se pretende establecer algunos procedimientos para proteger en forma efectiva el derecho de autor. Esto incluye recursos adecuados para prevenir infracciones, así como acciones civiles y penales.
- (Artículo 16.11.29.a): fija la posibilidad de establecer incentivos legales para los ISP que “colaboren” con los titulares de derechos de autor, (y conexos) disuadiéndolos sobre el almacenamiento y la transmisión de contenidos infractores de tales derechos.
- (Artículo 16.11.29.b): establece la posibilidad de limitar el alcance de los recursos disponibles (se entiende que se refiere a los recursos jurídicos de los que cada país dispone para enfrentar los problemas sobre la responsabilidad civil o penal en general para determinar la responsabilidad de los ISP por infracciones al derecho de autor, cuando no son ellos los que controlan, inician o dirigen tales actos, aunque estos sean consumados a través de sus redes.
- (Artículo 16.11.29.b.i): las limitaciones mencionadas en la disposición anterior, eximen a los ISP del deber de indemnizar pecuniariamente a la víctima de la infracción de la que fue objeto y pueden restringir “razonablemente” las medidas dictadas por un tribunal con respecto a la orden o a la prevención de ciertas acciones relacionadas con las funciones de los ISP (tales como los servicios que puede prestar). Estas funciones son señaladas de manera taxativa mediante la expresión: “*se limitarán a esas funciones*”
- (Artículo 16.11.29.b.i.A): Se refiere a las funciones de transmisión, enrutamiento o suministro de conexiones de materiales sin modificación en su contenido o con almacenamiento intermedio de dichos contenidos.
- (Artículo 16.11.29.b.i.B): establece funciones de almacenamiento temporal (*caching*).
- (Artículo 16.11.29.b.i.C): establece funciones de almacenamiento (hosting)
- (Artículo 16.11.29.b.i.D): hace referencia a funciones de enlace, hipervínculos, directorios y motores de búsqueda.
- (Artículo 16.11.29.b.ii): las limitaciones a las que se refiere este artículo, se aplican siempre que el ISP no inicie la cadena de transmisión del material y no seleccione el material o a sus destinatarios; es decir, a que actúe únicamente como un sujeto pasivo en las actividades de transmisión, almacenamiento o enlace. Si se trata de servicios de enlace, hipervínculos, directorios o motores de búsqueda, la responsabilidad del ISP puede ser limitada aun cuando haga algún tipo de selección, siempre que esta sea parte de la función que cumple el ISP, como sucede en el caso de los motores de búsqueda (Google por ejemplo).
- (Artículo 16.11.29.b.iii): la calificación de la responsabilidad de los ISP con respecto a las infracciones ocurridas, debe ser individualizada de acuerdo con cada una de sus funciones. Esto permite determinar si el ISP es o no beneficiario de alguna limitación a la responsabilidad de manera que si una función de *caching* - por ejemplo - lo hace beneficiario de una limitación, pero la función de *hosting* no; cada una de ellas se examina y aplica en forma separada.

A continuación se regula la manera en que son aplicadas estas reglas; que de hecho resulta bastante compleja.

(Artículo 16.11.29.b.iv): para el caso de las funciones de *caching* (Artículo 16.11.29.b.i.B), la limitación a favor del ISP se aplica de acuerdo con las siguientes condiciones:

- (Artículo 16.11.29.b.iv.A): establece que sólo se permita el acceso al contenido almacenado mediante *caching*, a los usuarios del sistema o red que hayan cumplido con las condiciones de acceso a dicho contenido. Según esto, un usuario de un ISP que accede a un material

- almacenado en el caché del ISP, pero que no cuenta con la autorización para acceder a dicho material (porque no cuenta con la licencia respectiva o porque ha vulnerado o eludido una medida tecnológica de protección) hace que el ISP también sea responsable por la infracción.
- (Artículo 16.11.29.b.iv.B): De acuerdo con este artículo, el ISP debe cumplir con las reglas de actualización del material almacenado temporalmente cuando el proveedor de contenidos así lo determine; de acuerdo con las reglas generales de la industria.
 - (Artículo 16.11.29.b.iv.C): según este artículo, el ISP no puede interferir en la elección de la tecnología estándar compatible que es utilizada en la industria para la obtención de información o para la gestión de derechos asociados con algún material, ni modificar los contenidos transmitidos a otros usuarios.
 - (Artículo 16.11.29.b.iv.D): dispone que el ISP debe “retirar o inhabilitar” de manera adecuada e inmediata el acceso a un contenido, siempre que reciba una notificación efectiva de que ha habido un reclamo por el carácter infractor de dicho contenido.
 - (Artículo 16.11.29.b.v): se refiere a las funciones de *hosting* (Artículo 16.11.29.b.i.C) y enlaces.
 - (Artículo 16.11.29.b.i.D): consagra las limitaciones a la responsabilidad de los ISP en los siguientes casos:
 - a) (Artículo 16.11.29.b.v.A): cuando el ISP no reciba beneficio económico directo de la actividad infractora, siempre que tenga el derecho y la capacidad de controlar tal actividad.
 - b) (Artículo 16.11.29.b.v.B): cuando retire o inhabilite de inmediato el acceso al contenido infractor, luego de tener conocimiento “real” de la infracción o en el momento de enterarse de los hechos relacionados con la infracción (cuando, por ejemplo, es notificado de esta).
 - c) (Artículo 16.11.29.b.v.C): cuando el ISP ha designado un representante público para que sea notificado de las infracciones.
 - (Artículo 16.11.29.b.vi): describe los casos en los que el ISP se beneficia de la figura de limitación a la responsabilidad.
 - (Artículo 16.11.29.b.vi.A) cuando cuente con una política que estipule que, en circunstancias “apropiadas”, cerrará las cuentas de los infractores reincidentes. Dichas políticas deberán ser adoptadas mediante contratos de adhesión entre el ISP y el usuario de sus servicios; tal y como funciona en la actualidad para la resolución de controversias en materia de nombres de dominio¹⁰.
 - (Artículo 16.11.29.b.vi.B) cuando su actividad no interfiera con las medidas tecnológicas adoptadas por los titulares o proveedores de los contenidos.
 - (Artículo 16.11.29.b.vii) según lo dispuesto en este artículo, el ISP podrá decidir si realiza actos de monitoreo de su servicio o busca infractores en sus redes; es decir, que no está obligado a actuar como una especie de “policía de la red”.
 - (Artículo 16.11.29.b.viii) en el caso en que un ISP se beneficie de una limitación a la responsabilidad relacionada con sus funciones de transmisión y enrutamiento, sólo estará obligado a implementar mecanismos adecuados para bloquear el acceso a un sitio específico en línea (el Tribunal que ordene tomar medidas a un ISP, no podrá imponer obligaciones distintas a las establecidas en esta disposición). En relación con las demás funciones, (*hosting, caching* y enlaces, y motores de búsqueda) las medidas de los tribunales sólo podrán ordenar el retiro o inhabilitación del acceso al contenido infractor, el cierre de ciertas cuentas u otras

¹⁰Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI. Disponible en: <http://www.wipo.int/amc/en/domains/>. Fecha de consulta 27 de enero de 2009.

medidas que sean lo menos gravosas posible para el ISP.

- (Artículo 16.11.29.b.ix) en relación con las funciones de *hosting* y enlaces, y motores de búsqueda, este artículo establece que se debe adoptar un procedimiento para ser notificado de la infracción y de la contra notificación del sujeto afectado por la restricción del acceso a un contenido que se presume infractor por errores en su identificación. Lo anterior sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar en casos de falsa representación que puedan afectar a cualquiera de las partes.
- (Artículo 16.11.29.b.x), limita la responsabilidad del ISP en el caso en que, actúe con la celeridad requerida para bloquear un contenido infractor y proceda a notificar en forma inmediata y efectiva al sujeto que dispone de dicho contenido. También en el caso en que habiendo una contra notificación efectiva y una demanda, el ISP restaure el material; a menos que el titular o quien haya realizado la notificación por primera vez, inicie un proceso judicial en un plazo razonable.
- (Artículo 16.11.29.b.xi), exige que la legislación adopte un procedimiento administrativo o judicial que permita que al titular del derecho de autor exigir al ISP que le sea proporcionada la información necesaria para ponerse en contacto con el supuesto infractor de sus derechos.

Los retos para Colombia

Lo anterior evidencia la necesidad de que Colombia ajuste su legislación en lo relacionado con la responsabilidad de los ISP frente a las infracciones al derecho de autor. Aunque ya existe una norma relativa a la protección contra la pornografía infantil y el turismo sexual del menor (Ley 679 de agosto de 2001), uno de los aspectos que aún exige tomar

decisiones, es la adopción de un sistema cercano al de Estados Unidos o al europeo.

Desde el punto de vista de la efectividad de las medidas, el sistema norteamericano es aparentemente preferible; sin embargo, la DMCA ya ha revelado algunas dudas de su funcionamiento, que pueden reflejarse en el caso de la reciente demanda de un usuario que encuentra vulnerados sus derechos debido a que ha sido bloqueado un contenido elaborado bajo las reglas del *fair use* del copyright. En este caso, el usuario logró demostrar que el supuesto uso infractor estaba amparado por una regla, por lo que el juez decidió ordenar que se restableciera el acceso al contenido, señalando además, que el afectado que notificó al ISP de la presunta violación del derecho, tiene el deber de verificar si el uso de un contenido se encuentra amparado o no¹¹. por una norma, antes de notificar sobre una posible infracción.

Complicaciones que, como las anteriores, han sido resueltas mediante un ágil sistema judicial, llevan a cuestionar la forma en que podría ser dirimido un conflicto de tales características en Colombia. Quizá el problema para el país sea de mayor profundidad. En este sentido, es fundamental definir el organismo competente para asumir los procesos relacionados con el tema, así como establecer el tipo de procedimiento pertinente para ello, de acuerdo con la norma que se establezca para regular la responsabilidad de los ISP.

Bibliografía

CUELLO BAUTE, Manuel Guillermo y GARCÍA MONTES, Andrés. Derecho de las Tecnologías y la Información. Bogotá: Superintendencia de Notariado y Registro Colombia, 2005. 30 p.

¹¹ElectronicFrontierFoundation EFF. Disponible en <<http://www.eff.org/deeplinks/2008/08/judge-rules-content-owners-must-consider-fair-use>>. Fecha de consulta, 27 de enero de 2009.

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. *Derecho Privado de Internet*. 3ra ed. Madrid: Civitas Editorial S.L., 2002. 539 p.

LIPSZYC, Delia. *Responsabilidad de los proveedores de servicios en línea por las infracciones del derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital: análisis de la jurisprudencia internacional*. Asunción: OMPI, SGAE, Ministerio de Industria y Comercio de la República del Paraguay, noviembre de 2005. (En: XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE).

LIPSZYC, Delia. *Nuevos Temas de Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Buenos Aires: UNESCO, CERLALC, ZAVALIA, 2004.

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA. Directiva 2000/31/CE del 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Diario Oficial de la Comunidades Europeas L 178/1 del 17/07/2000, 16 p.

PEÑA VALENZUELA, Daniel (director). *Responsabilidad Civil en la Era Digital*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. 37 p.

TAMAYO JARAMILLO, Javier, SANIN BERNAL, Ignacio, otros. *Evolución del Derecho Comercial*. 1ra Ed. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1997. 129 p.

VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil. Tomo 3: De las Obligaciones*. Bogotá D.C.: Doctrina y Ley, 2003. 155 p.

XALABER PLANTADA, Raquel. *La responsabilidad de los prestadores de servicios en internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios*. *IDP Revista de internet, derecho y política* [en línea] (2) Universidad Oberta de Catalunya, España, 2006. Disponible en: www.uoc.edu/idp. [Fecha de consulta: 27 de enero de 2009].

GRUPO DE ESTUDIO EN PROPIEDAD INTELECTUAL - GEPI

Grupo que desarrolla investigación en el campo de la propiedad intelectual como disciplina que protege las creaciones intelectuales en las áreas de la propiedad industrial, el derecho de autor y los sistemas *sui generis* de protección, como el régimen de protección de los obtentores de variedades vegetales, el régimen de acceso a los recursos genéticos, la protección del conocimiento tradicional, entre otros.

El GEPI se adscribe a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, fue creado en el 2007 a iniciativa de estudiantes de la Facultad. Su producción lo ha llevado a obtener la categoría D de COLCIENCIAS a través de trabajos en el campo de la propiedad intelectual y su relación con la actividad universitaria, así como diferentes estudios de campos específicos de la materia y la actualidad legislativa nacional e internacional.

Adscrito al GEPI se encuentra el Semillero en Propiedad Intelectual que apoya la iniciación científica de estudiantes interesados en desarrollar competencias analíticas del sistema de propiedad intelectual.

Así mismo a partir del GEPI se han creado las asignaturas Propiedad Industrial y de Propiedad Intelectual al interior de la Facultad de Derecho que cuenta con cerca de 80 estudiantes semestrales en promedio.

Línea de investigación:
Propiedad Intelectual

Investigadores:
FLORELIA VALLEJO TRUJILLO
DAVID FELIPE ÁLVAREZ AMÉZQUITA

Contacto:
fvallejo@ucatolica.edu.co
dfalvarez@ucatolica.edu.co

Facultad de Derecho
Universidad Católica de Colombia
Bogotá