

**ESTUDIO DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE
SERVICIOS DE INTERNET (ISP) Y DE LOS PROVEEDORES DE CONTENIDO.
PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR
(PUESTA EN DISPOSICIÓN Y REPRODUCCIÓN).**

Felipe Londoño Villegas y Sebastián Camilo Mesa Martínez.¹

Resumen

El modelo de los negocios tradicionales que la industria (haciendo referencia a aquella que tiene que ver con las obras intelectuales) venía manejando durante los últimos cincuenta o setenta años ha sufrido, y no de una manera propiamente pacífica, una modificación radical en su reproducción de obras, difusión, almacenamiento sobre obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor y por los derechos conexos, tras el surgimiento del Internet.

Es por medio del Internet, que se vislumbra un medio masivo de utilización mundial de las obras intelectuales (literarias, audiovisuales, etc.,) de modo tal que en la cadena operativa de la difusión por Internet de obras y prestaciones protegidas por los derechos de autor y conexos, intervienen diversas personas naturales y jurídicas que tienen diferentes grados de responsabilidad.

Ahora bien, el presente trabajo pretende abarcar de una manera general el tema de la responsabilidad civil que puede recaer sobre los proveedores de servicios de

¹ Ciudadanos Colombianos, Abogados egresados de Escuela de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana – Sede Medellín, aspirantes a especialistas en derecho comercial de la misma Universidad. Correos electrónicos: pipelv@hotmail.com mesa41@msn.com

Internet (en adelante ISP), y los proveedores de contenido, frente a los contenidos puestos en la red de redes "Internet", y que son protegidos por las normas del derecho de autor, haciendo un análisis de lo regulado por la legislación colombiana.

Por último, se hacen unos breves comentarios sobre la regulación del tema en el derecho norte americano, para poder entender de alguna manera lo consagrado sobre el tema en el TLC suscrito entre Colombia y Estados Unidos.

Palabras clave: Proveedores de contenidos, Prestadores de Servicio de Internet (Internet Service Provider – ISP), Derecho de Reproducción y Puesta a Disposición, Responsabilidad, Derecho de autor.

Abstract

The traditional business model of the industry (referring to the ones that has to do with intellectual property) has suffered for the last fifty or seventy years, and not in a peaceful manner, radical changes in its reproduction, distribution, storage of protected works and performances by copyright and related rights, after the emergence of the Internet .

It is through the Internet, a mass- world use of intellectual works (literary, visual, etc.,) So that in the operational chain of diffusion of protected works, various kinds of entities who have varying degrees of responsibility.

However , this paper is intended to encompass in a general way the issue of liability that may fall on Internet service providers (hereafter ISP) and content providers, compared with content available on the Net "Internet " that are protected by the rules of copyright, making an analysis under the light of the Colombian law.

Finally, we make some brief comments on the regulation of this subject in the USA , to understand how it is affected with the FTA signed between Colombia and the United States

Key words: Content providers, Internet service providers, law of Reproduction and made available, Responsibility, Copyright.

Introducción:

En el contexto de la globalización ha surgido lo que hoy se denomina era de la información y la comunicación. Esto ha generado cambios significativos en la forma en que las personas y la sociedad en general acceden a la información. Aunque desde hace siglos la comunicación y la información 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 de los derechos de autor o de los derechos conexos. (David Felipe Álvarez, Julio Cesar Padilla, Andrea Liliana Garzón, Laura Yolanda Muñoz, 2009, página 2, Proveedores de servicios de internet y de contenido, responsabilidad civil y derechos de autor).

El modelo de los negocios tradicionales que la industria (haciendo referencia a aquella que tiene que ver con las obras intelectuales) venía manejando durante los últimos cincuenta o setenta años ha sufrido, y no de una manera propiamente pacífica, una modificación radical en su reproducción de obras, difusión,

almacenamiento sobre obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor y por los derechos conexos, tras el surgimiento del Internet.

Es por medio del Internet, que se vislumbra un medio masivo de utilización mundial de las obras intelectuales (literarias, audiovisuales, etc.) de modo tal que en la cadena operativa de la difusión por Internet de obras y prestaciones protegidas por los derechos de autor y conexos, intervienen diversas personas naturales y jurídicas que tienen diferentes grados de responsabilidad.

Así las cosas, el esquema que se propone para abordar el tema en el presente trabajo es el siguiente: en primer lugar empezaremos efectuando una clasificación de los sujetos que intervienen en las relaciones de internet, haciendo énfasis en los ISP, y en los proveedores de contenido, que son algunos de los sujetos que intervienen en el entorno digital, pero no son los únicos.

Posteriormente, analizaremos el tema de los contenidos, la importancia que tienen estos en internet, el derecho de puesta a disposición y la reproducción de obras protegidas por el derecho de autor y derechos conexos a través de la red de redes.

Luego pasaremos a efectuar un análisis de la responsabilidad que puede recaer sobre los Prestadores de Servicios y Proveedores de contenido, en relación con la puesta a disposición y reproducción de obras protegidas por el derecho de autor y derechos conexos, haciendo énfasis en la normatividad colombiana y algunos apuntes de derecho comparado, especialmente en la legislación Norteamericana en el caso de la Digital Milleniun Copyright Act. (DMCA).

Por último, se efectuaran algunos comentarios sobre las consecuencias que genera la suscripción del Tratado de Libre Comercio – TLC entre Colombia y los

Estados Unidos de América en relación con el tema de la responsabilidad civil para los ISP, y proveedores de contenido.

1. CLASIFICACIÓN DE LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LAS RELACIONES DE INTERNET.

En este punto es preciso señalar que en el derecho nacional no existe una clasificación taxativa sobre el tema, situación similar que se presenta en el derecho comparado. Por lo anterior y para efectos de una mayor claridad en nuestra exposición acogemos la estructura de clasificación efectuada por la Dra. Mónica Andrea Ramírez Hinestroza en su obra “La responsabilidad de los ISP desde el punto de vista de los contenidos”, dejando claro que tomamos solamente la estructura, ya que las definiciones corresponden al autor Mihaly Ficsor (ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, OMPI. “Guía de los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI”. Ginebra (Suiza). 2003. Página 316).

1.1. PRESTADOR DE SERVICIOS DE INTERNET (ISP – INTERNET SERVICE PROVIDER).

Los proveedores de servicios (ISP), entre los que se encuentran los proveedores de servicios en línea y los proveedores de acceso, son aquellas organizaciones que ponen a disposición sistemas informáticos y de telecomunicaciones para su utilización por parte del público con la finalidad de cargar, transmitir y descargar, entre otras cosas, obras y objetos de derechos conexos, y que ofrecen estos servicios como mero conducto, alojamiento o facilitación de Herramientas de búsqueda de información.

El autor ha definido los servicios que estas empresas prestan de la siguiente manera:

- a. Mero conducto: Servicio prestado por un proveedor de servicios que consiste en la transmisión a través de una red de comunicaciones de obras y objetos de derechos conexos facilitados por los usuarios del servicio (denominados en ocasiones proveedores de contenido).
- b. Alojamiento: Servicio prestado por un proveedor de servicios que consiste en el almacenamiento de obras u objetos de derechos conexos proporcionadas por los usuarios del servicio (a menudo conocido como proveedores de contenido).
- c. Motores de búsqueda: son servicios que ponen a disposición del público megabases de datos que registran los contenidos temáticos que circulan por Internet, clasificándolos para una averiguación rápida y eficaz (como los muy conocidos Google y Yahoo) mediante hipervínculos.

En conclusión, podríamos decir que sin los ISP, no podríamos acceder directamente y por si mismos a la red mundial de la información, ya que tenemos que hacerlo necesariamente a través de operadores que ofrecen servicios de estas clases.

1.2. PROVEEDORES DE CONTENIDO.

Es la persona que realiza la publicación de información en la red informática, generalmente a través de la puesta a disposición. En otras palabras, es quien tiene la iniciativa de subir a la red un determinado contenido de información seleccionado por él, de manera que dicho contenido puede ser accedido por las demás personas usuarias de la red en el momento y lugar que cada una de ellas escoja o determine.

De conformidad con la definición anterior, en internet, una persona puede publicar contenidos en su propia página o sitio web, así como puede subirlos o publicarlos haciendo uso de los servicios de una página o sitio de propiedad de terceras personas y que permite a los usuarios realizar dicho alojamiento y publicación.

1.3. USUARIOS

Los usuarios serán los destinatarios que aprovechan todas las actividades de los prestadores de servicios en línea y los contenidos que incorporan los proveedores.

Es importante señalar que este concepto ha evolucionado a través del tiempo, inicialmente se conocía como “usuario – consumidor” que era el que existía cuando solo los sitios web proveían contenidos, y el usuario simplemente accedía a ellos. De ahí se pasó a un concepto de “usuario – generador de contenidos” debido a que muchos sitios web se han transformado, su modelo de negocio ha cambiado de manera que ahora son redes sociales, que permiten que el mismo usuario genere contenido. Un ejemplo claro de ello en la actualidad son: Facebook, twitter Myspace, etc...), sitios que permiten que el mismo usuario genere contenidos y los incorpore.

2. DE LOS CONTENIDOS PUESTOS EN INTERNET, DERECHO DE PUESTA EN DISPOSICIÓN Y LA REPRODUCCIÓN DE OBRAS POR EL DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS.

De manera general, se puede entender por contenido de la red como la materia prima que da lugar a la sociedad del conocimiento, lo que impulsa el conocimiento, es decir, toda información y obras protegidas por el derecho de autor. Ejemplo de ello serían; textos con características de obra (definiciones, folletos, artículos de prensa, libros, software, etc...), imágenes con o sin movimiento, fotografías, videos, mapas, diseños gráficos, dibujos, animaciones, audios, y obras musicales propiamente dichas, etc...

Ahora bien, de acuerdo con las definiciones mencionadas a la largo del escrito, podríamos pensar que el contenido esta suministrado por el proveedor de contenido exclusivamente, quien es la persona que decide qué información va a incorporar a la red, sin embargo, además del proveedor de contenido, también tenemos que los prestadores de servicios de internet, y los usuarios ejercen la

labor de proveer contenidos a la red. Así las cosas surge el siguiente interrogante **¿Cómo pueden los ISP, y los usuarios ser proveedores de contenido?**

La respuesta a dicho interrogante, la podríamos resumir de la siguiente manera:

- El prestador de servicios aunque tenga funciones de intermediación puede proveer contenidos, por ejemplo cuando incorpora éstos a través de sus portales a la red.
EJ: UNE Telecomunicaciones incorpora en su portal web algunos contenidos de los titulares protegidos, como los enlaces a El Colombiano, a la revista Semana, a los titulares de ESPN, entre otros.
- Respecto de los usuarios, el “usuario – generador de contenidos” debido a que muchos sitios web se han transformado, su modelo de negocio ha cambiado de manera que ahora son redes sociales, que permiten que el mismo usuario genere contenido. Un ejemplo claro de ello en la actualidad son: Facebook, Twitter, Myspace, etc...), sitios todos estos que permiten que el mismo usuario genere contenidos y los incorpore.

Así las cosas, la primera conclusión a la que se puede llegar, es que no sólo los proveedores de contenido son quienes proveen de contenido a la red, por el contrario a lo que se pensaba inicialmente los ISP, y los usuarios también podrán eventualmente ostentar la calidad de proveedores de contenidos y ejercer dicha función.

2.1. IMPORTANCIA DEL CONTENIDO EN INTERNET.

En primer lugar como se manifestó anteriormente, el contenido es la materia prima que da lugar a la sociedad del conocimiento, lo que impulsa el conocimiento; son tan importantes que entre mejores contenidos ofrezcan los mismos ISP, los proveedores de contenido propiamente dichos, o los usuarios, mayor difusión le

van dar a éste, por lo tanto mayor número de usuarios estarán interesados en acceder a él.

Ahora bien, es preciso señalar que otra de las importancias del contenido es que en aquellos eventos en los cuales éste se materializa en un formato digital para presentarse al público posteriormente en internet, no pierde su carácter literario o artístico, por el contrario se sigue considerando como una obra, y en consecuencia recae sobre ella toda protección jurídica del derecho de autor.

2.2. DERECHO DE PUESTA A DISPOSICIÓN Y LA REPRODUCCIÓN DE OBRAS PROTEGIDAS POR EL DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS A TRAVÉS DE LA RED.

Uno de los actos que tienen mayor incidencia para los derechos de autor y que se presentan en gran medida en la cotidianidad, son los actos que realizan los usuarios de la red, al subir, colgar o hacer down-loading con las obras protegidas.

La problemática anterior, fue el reto de los tratados de la OMPI de 1996, los cuales buscaron caracterizar jurídicamente desde el derecho de autor, el fenómeno de la publicación de obras en redes digitales.

Colombia mediante la ley 545 de 1999 y 565 del 2000, adhirió dichos tratados, con lo cual se deja claro que la transmisión digital de obras protegidas por el derecho de autor a través de las redes informáticas involucra una reproducción que se efectúa mediante la grabación o almacenamiento de la información, ya sea de forma temporal o permanente en la memoria de un dispositivo o sistema informático. Así, como la comunicación pública realizada a través de la puesta a disposición del público de la obra en la red, de manera que los clientes o usuarios pueden acceder a la misma desde el momento que cada uno de ellos determine. Esto significa que el titular de derechos patrimoniales de autor tiene un derecho exclusivo para autorizar o prohibir cualquier reproducción y comunicación pública

de la obra, y por lo tanto, puede autorizar o prohibir cualquier publicación de su obra en las redes informáticas.

De la lectura del párrafo anterior, se puede observar como en el acto de subir a la red un contenido protegido por el derecho de autor, implica dos momentos que atentan contra los derechos patrimoniales de autor: **“en primer momento un acto de reproducción de obra y en un segundo momento, un acto de comunicación pública de "puesta a disposición" (BAYLINA MELÉ, Marta. “La Explotación Directa de Obras y Prestaciones Protegidas en Redes Digitales”, artículo publicado en “Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual”. Editorial Bosch, Barcelona, 2007. Página 27).**

Lo anterior se explica en la medida en que se considera que el almacenamiento de la obra digitalizada en la memoria de un sistema informático es también una forma de reproducción.

La OMPI, define el concepto de puesta a disposición en los siguientes términos:

“Ofrecer una obra u objeto de derechos conexos al público por cualquier medio, como la distribución de ejemplares, la exhibición pública, la interpretación o ejecución públicas, o mediante la puesta a disposición del público (interactiva), es decir, mediante cualquier acto cubierto por los derechos relacionados con la copia y los derechos no relacionados con la copia. El alcance de esta expresión es mayor que el del término “publicación” (que se refiere a los actos cubiertos por los derechos relacionados con la copia). Esta expresión se emplea en el artículo 7.2 y 7.3 del Convenio de Berna, sobre la protección de obras cinematográficas y audiovisuales y de obras anónimas y seudónimas respectivamente”.

De igual forma, en los términos adoptados por la OMPI, el almacenamiento digital temporal o permanente constituye un acto de reproducción sujeto a los derechos exclusivos del autor.

Por su parte, la doctora Marta Baylina, explica los conceptos de puesta a disposición y reproducción, de la siguiente manera:

Para “colgar” contenidos en una red digital, lo primero que hay que hacer es almacenarlos (subirlos) en un servidor conectado a dicha red. Esta es la práctica denominada uploading. Este almacenamiento de contenidos que se encuentran en un servidor conectado a redes digitales, constituye un nuevo acto de reproducción objeto de propiedad intelectual reservado a los titulares de los derechos correspondientes.

El almacenamiento se encuentra entonces en soportes estables de memoria conectados a la red “up-loading” desde los cuales las obras son accesibles al público, a cuyo alcance esta la comunicación y la obtención de copias que se conoce como (down-loading) viene comprendida en el ámbito del derecho de reproducción, en la medida en que cada reproducción supone un acto de explotación independiente ((BAYLINA MELÉ, Marta. “La Explotación Directa de Obras y Prestaciones Protegidas en Redes Digitales”, artículo publicado en “Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual”. Editorial Bosch, Barcelona, 2007. Página 27).

De lo anterior, podemos observar cómo pueden encontrarse vulnerados los derechos de autor por el sólo hecho de subir un contenido que está a disposición de millones de usuarios, por tal razón, es que se hace necesario dar soluciones relativas a los derechos que deben concederse en las transmisiones digitales interactivas a través de la red mundial de computadoras, pues en estos casos debe existir la protección a los autores de que realmente tengan un derecho exclusivo para autorizar la puesta a disposición del público de obras fijadas en la red.

Estas consideraciones son las que evidencian la necesidad de reglamentar soluciones efectivas respecto a la puesta a disposición a los usuarios, de contenidos protegidos por el derecho de autor, ya que la publicación no autorizada

de estas obras por internet es de hecho una de las más frecuentes infracciones en esta materia, bien sea por que la realiza un proveedor de contenido disponiendo de sus medios a través de un sitio de internet del cual es el responsable y propietario; o bien porque la realiza un proveedor de contenidos a instancias de un proveedor de servicios de internet donde este último ofrece el servicio de alojamiento temporal o permanente de los contenidos.

3. RESPONSABILIDAD.

En primer lugar, y de conformidad con lo señalado por la doctora (LIPSZYC Delia 2005), es importante resaltar que en la cadena operativa de la difusión por internet de obras y prestaciones protegidas por los derechos de autor y conexos, intervienen diversos actores que tienen diferentes grados de responsabilidad, Así, el proveedor de contenido es decir, quien elige aquello que se publica en una página o en un sitio web, es plenamente responsable por las lesiones que causa porque sabe – o debe saber – si los contenidos que pone a disposición del público son contenidos protegidos por los derechos de autor y conexos y, en este caso, si cuenta o no con las autorizaciones de los titulares de los derecho, y por otro lado ubicamos al proveedor de servicios en línea, esto es, el propietario del servidor y quien pone a disposición del proveedor de contenido un espacio de memoria en ese servidor (quien posibilita la conexión con internet) es responsable por los contenidos ilícitos alojados en sus servidores por parte de sus clientes, a menos que no tengan conocimiento efectivo de que la información es ilícita, o que en cuanto tengan conocimiento de la ilicitud de la información que alojan sus servidores, actúen con prontitud para retirar los datos o para hacer que el acceso a ellos sea imposible.

Respecto a estos últimos, concluye la doctora Lipzyc (2005) que *“La descripción de las funciones de los proveedores de servicios en línea permite advertir que – independientemente de las infracciones que ellos pueden llevar a cabo por si mismos, su actividad implica o permite la transgresión de los derechos de autor y*

conexos por parte de sus clientes, razón por la cual resulta indispensable establecer qué participación tienen y el grado de responsabilidad que les cabe por las lesiones a tales derechos, aún cuando sean realizadas por sus clientes”

Ahora bien, entrando en materia de responsabilidad civil, tenemos que decir, que el proveedor de contenidos es el directamente responsable por las eventuales consecuencias de publicar un contenido con infracción de un determinado derecho. Se trata aquí de una responsabilidad por el hecho propio (responsabilidad directa) pues es la que se deriva para una persona por sus propios actos.

En este orden de ideas, en materia de infracciones al derecho de autor ocasionadas por la publicación no autorizada de contenidos protegidos en Internet o cualquier otra red informática, el proveedor de contenido es el primer llamado a responder por el daño antijurídico y los perjuicios consecuentes, pues fue él quien habiendo escogido la obra, efectuó dicha publicación omitiendo el deber legal de obtener la autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes.

Sin embargo, tenemos que hay algunas situaciones que dificultan la judicialización de los proveedores de contenido, y esto ocurre, cuando el titular del derecho de autor afectado por la publicación no autorizada de su obra no puede acceder a la información de identificación del proveedor de contenido, si no cuenta con la colaboración del ISP; ya que en la mayoría de los casos el titular del derecho de autor llega hasta conocer el número IP del usuario responsable de la eventual infracción, pero carece de los medios para saber el nombre y dirección electrónica o física de la persona que está detrás de la dirección IP, lo cual le impide proceder contra él judicialmente.

Por otra parte, hay otra situación que dificulta la judicialización de los proveedores de contenido por violaciones en materia de derecho de autor, que se pone de

manifiesto en la medida en que este proveedor, puede ser una persona que no cuenta con la capacidad económica para responder por los perjuicios que ha ocasionado con su conducta infractora del derecho de autor, de manera que el titular del derecho de autor puede preferir recurrir en su demanda solamente contra el proveedor del contenido, sino también contra el proveedor de servicios a cuyas instancias se cometió la infracción, buscando demostrar respecto de éste último la responsabilidad indirecta por los perjuicios ocasionados por sus usuarios.

Estos obstáculos, son los que permiten acoger algunas posturas e ideas respecto a nuevas formas de responsabilidad, donde la acción no se dirige contra el directo infractor, es decir contra el proveedor de contenido, sino que va contra el prestador de servicios de Internet que facilita la tecnología y facilita la comisión de esas infracciones.

Esta es la justificación para que haya surgido este nuevo modelo de responsabilidad, que en la práctica se queda corto, debido a que dicha materia, no posee un estándar internacional para este tipo de responsabilidad en cabeza de los prestadores de servicios en línea. Y por tanto, se debe acudir a las legislaciones nacionales en materia de responsabilidad civil.

Las anteriores consideraciones son las que nos permiten hoy día manifestar que los ISP, cuando realizan actos que se encuentran protegidos por el derecho de autor o los derechos conexos sin ninguna autorización, son responsables, de acuerdo a las normas relativas a la responsabilidad directa, de cualquier infracción que se produzca, del mismo modo que cualquier otra persona física o jurídica.

No obstante, varios países han introducido normas concretas relativas a la posible responsabilidad indirecta o responsabilidad civil subsidiaria de los ISP a través de disposiciones específicas relativas a dichos servicios como mero conducto, caché, alojamiento y facilitación de herramientas de búsqueda de información.

En general estas normas ofrecen refugios a los proveedores de servicios, es decir, excepciones frente a los recursos jurídicos que pueden emprenderse contra ellos, excepciones que normalmente no comprenden los mandamientos judiciales, siempre y cuando cumplan adecuadamente determinados requisitos de tipo tecnológico y de otro tipo indispensables desde el punto de vista de algunos intereses legítimos de los titulares de los derechos, y si actúan inmediata y oportunamente para retirar el material infractor de sus sistemas o suspenden la conexión y el acceso a los mismos.

Por lo dicho en el párrafo anterior, la legislación de algunos países prevé un procedimiento específico de “*aviso y desactivación*”, con normas concretas sobre la forma en que los titulares de los derechos pueden avisar a los “ISP” de infracciones, con plazos para desactivar (retirar y demás) el material infractor, así como emprender otros actos procesales, con garantías frente a posibles abusos del sistema. Un ejemplo de estos procedimientos, se da en Estados Unidos a través de la normatividad de la Digital Millenium Copyright Act (DMCA), que en su artículo 512 (c)(2), establece un complejo procedimiento de notificación de las infracciones, comúnmente denominado “notice and takedown”, expresión que significa quitar –takedown– de Internet los contenidos que se denuncia que están en infracción, luego de recibida la notificación pertinente –notice–. Al recibir esta notificación, el proveedor de servicios en línea debe, como se dijo, “actuar rápidamente para suprimir el contenido o imposibilitar el acceso a este”. Si no lo hace puede ser considerado responsable por la infracción.

Así mismo el artículo 512 (K)(1)(B), establece las condiciones que deben cumplir los proveedores de servicios de internet (ISP) para beneficiarse de las limitaciones de la responsabilidad como lo son:

- A. Haber adoptado e implementado razonablemente, así como haber informado a sus abonados, una política que prevea la terminación del contrato cuando se trate de infractores reincidentes.

B. No interferir y cumplir con las medidas técnicas estándar que sean utilizadas por los titulares de Copyrights para identificar o proteger sus obras, cuando hayan sido consensuadas por ambas partes, estén a disposición de cualquier persona y no impliquen costos o cargos sustanciales para los proveedores de servicios.

Podemos concluir, como el tema de la responsabilidad legal de las empresas prestadoras de servicio de Internet, no ha tenido un trato homogéneo en todos los países, sino que ha sido afrontado a merced del desarrollo jurisprudencial de los respectivos estados, los que fueron resolviendo estos problemas.

Bajo las anteriores consideraciones, debemos responder ahora el siguiente interrogante ¿Cuál es entonces los fundamentos de la responsabilidad civil de los proveedores de contenido y de los ISP?

3.1. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ISP, Y LOS PROVEEDORES DE CONTENIDO

Para dar respuesta al interrogante planteado en el numeral anterior, citaremos al autor Eduardo de Freitas quien explica los fundamentos de la responsabilidad de los proveedores de contenido y de los ISP y señala que:

“En relación a los proveedores de contenido, que son aquellos que deciden poner a disposición del público el material que han preparado o incorporado sin autorización de los autores incurrirán en responsabilidad civil y/o penal según el tipo de legislación en la que nos encontremos”.

Ahora con relación a los proveedores de servicios, afirma que:

“Ellos no participan en la decisión de incorporar dichos materiales protegidos por el derecho de autor para su difusión y por tanto podrían desde un plano teórico desconocer incluso que por su servidor no transitan obras en violación a los derechos de autor, salvo que por el carácter notorio

u obvio que represente un hecho o acto ello determinara un conocimiento de tal situación.” (DE FREITAS STARUMMAN Eduardo. “Experiencia de los Estados Unidos De América: La Digital Millenium Copyright Act”. Ponencia en el XI curso académico regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. Asunción (Paraguay) 2005).

El autor sostiene entonces, que no existe duda que si se pone en conocimiento de un ISP la existencia de infracciones en el tránsito de información en violación a los derechos de autor, el mismo debe tomar las medidas necesarias para evitar la continuidad de la infracción.

Por lo anterior, podemos dar un acercamiento en materia de responsabilidad para estos actores que están presentes en la cadena operativa de difusión de contenidos por la red digital, de la siguiente manera:

- Frente a los proveedores de contenido, se puede decir que ellos pueden ser civilmente responsables (responsabilidad civil extracontractual por el hecho propio – Art. 2341 del Código Civil – cuando suben contenidos si la autorización del titular del derecho de autor o conexo (en virtud de las leyes 545 de 1999 y 545 de 2000.
- Frente a los ISP, eventualmente pueden asumir responsabilidad civil por las infracciones contra el derecho de autor cometidas por los usuarios de su revisión (ya sea la de responsabilidad civil por el hecho ajeno – Art. 2347 del Código Civil- o la responsabilidad objetiva o presunta por el riesgo creado o actividad peligrosa – Art. 2536 del Código Civil.

Aclarado los fundamentos de la responsabilidad civil de los ISP y de los Proveedores de contenido, cabe preguntarse como es la regulación en aquellos países donde no existe una normatividad específica en materia de responsabilidad

para los ISP y proveedores de contenido?. Punto que será desarrollado en el siguiente numeral.

3.2. RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS PAISES DONDE NO EXISTE REGULACIÓN ESPECIFICA PARA LOS ISP.

En relación con este tema, la autora Delia Lipszyc, en ponencia en el XI Curso Académico Regional Ompi/ sobre derechos de autor y derechos conexos para países de América Latina. Asunción 2005. Explica que en aquellos países donde no existe una regulación específica de la responsabilidad de los ISP por las infracciones del derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital, se aplican las disposiciones del derecho común. En estos casos, el presupuesto de la responsabilidad civil cuya determinación resulta decisiva es el factor de atribución, el cual permite establecer quiénes son sujetos pasivos del reclamo, es decir, a quienes se les puede exigir la reparación del daño más allá de que estos no hayan participado en el hecho dañoso.

El factor de atribución de la responsabilidad civil es la causa jurídica de la obligación de reparar el daño y puede ser subjetivo (dolo o culpa), o bien objetivo (riesgo o vicio de la cosa, actividad riesgosa, entre otras). Cuando se trata *de proveedores de contenido* que no cuentan con la autorización de los autores y titulares de los derechos conexos, nos encontramos frente a actos de piratería y resulta claro que el factor de atribución es de responsabilidad subjetiva.

En el supuesto de los ISP el factor de atribución puede ser, subjetivo u objetivo. Cuando los contenidos son provistos por terceros, y el autor o titular de los derechos perjudicado hubiese advertido al ISP sobre el carácter ilícito del contenido transmitido sin autorización y lo intimase a rechazar el alojamiento en su servidor y la circulación de esa información, y el operador advertido e intimado no lo eliminara de su servidor o impidiera su circulación en la red, no podría excusarse en la ignorancia o en la buena fe.

Tampoco podría hacerlo si, directa o indirectamente, ha tenido conocimiento o conciencia de que el usuario estaba infringiendo derechos de terceros y no actuó en consecuencia. En estos casos, el factor de atribución de la responsabilidad civil del ISP es el objetivo, sin dejar de tener presente que carga con una mayor diligencia por su profesionalismo.

3.3. RESPONSABILIDAD DE LOS ISP Y DE LOS PROVEEDORES DE CONTENIDO EN COLOMBIA.

Sea lo primero manifestar, que en Colombia no existe un régimen de responsabilidad especial para los ISP, razón por la cual ha dichas empresas se les debe aplicar es el régimen de responsabilidad civil extracontractual, todos los cuales generan una obligación de asumir las consecuencias patrimoniales por el hecho dañino.

Lo anterior significa que tendremos que remitirnos necesariamente a las disposiciones de nuestro código civil, que consagra tres tipos de responsabilidad civil extracontractual, las cuales se relacionan a continuación.

- a) **Responsabilidad directa:** Consagrada en el artículo 2341 del Código Civil, que es aquella forma de responsabilidad por el hecho propio que ocasiona el daño y que no ha sido condicionado por la actuación de un tercero, caso en el cual se atribuye una responsabilidad de tipo directo; esta responsabilidad es de culpa probada, es decir, aquí están presentes los conceptos de nexo de causalidad, hecho dañino y la culpa de quien realizó el daño, los cuales deberán ser probados dentro del proceso.

- b) **Responsabilidad indirecta por el hecho ajeno:** (Artículo 2347 del C. C.) Es aquella donde está presente una obligación, que puede ser legal o contractual, de ejercer cuidado o vigilancia sobre una persona, que resulta ser finalmente quien realiza el ilícito o el hecho dañino; entonces, por infringir ese deber de cuidado o vigilancia sobre quien realizó el hecho, se

atribuye una responsabilidad indirecta o responsabilidad por el hecho de un tercero; aquí se presenta una presunción de culpa, por lo cual quien tiene el deber de cuidado o de vigilancia sobre la otra persona puede alegar, para eximirse de responsabilidad, que se presentó una causa extraña o que no existe el nexo de causalidad entre el daño ocasionado y la conducta de quien debe vigilar.

- c) **Responsabilidad objetiva o presunta por actividades peligrosas:** (Artículo 2536 del C. C). Frente a esta, hay quienes consideran que Internet reporta una actividad peligrosa en términos de posibles infracciones o violaciones a los derechos de autor, por la potencialidad de que se generen infracciones en masa; entonces alguien podría decir que el ISP, al facilitar el acceso a la red y prestar servicios de intermediación en Internet, podría ser objeto de responsabilidad por ejercer una actividad peligrosa.

Ahora bien, para determinar el grado de responsabilidad, habrá que examinar en cada caso concreto, es decir, establecer en que calidad está actuando el ISP, qué tipo de actividades estaba realizando ante el hecho dañino, v. gr., si estaba actuando como un mero intermediario o si está actuando como un proveedor de contenido, o como editor de contenido, es decir, con la responsabilidad de vigilar que tipo de información es la que se está agregando en su servidor; también será relevante si el ISP tiene o no conocimiento de las actividades infractoras o de la ilicitud de los contenidos que se están agregando.

3.4. COMENTARIOS SOBRE EL TLC ENTRE COLOMBIA Y ESTADOS UNIDOS EN RELACIÓN CON EL TEMA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS IPS Y PROVEEDORES DE CONTENIDO.

Con la entrada en vigencia de la ley 1143 de 2007, que aprueba el acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de

América (TLC), se establecen unas disposiciones que habrá que incorporar a la legislación colombiana, las cuales tienen dos finalidades; en primer lugar, crear incentivos legales para que los ISP colaboren con los titulares de derechos de autor en disuadir el almacenaje y transmisión no autorizada de materiales protegidos por el derecho de autor. En segundo lugar, pretenden limitar la responsabilidad de los ISP en términos similares a los que estableció la DMCA en Estados Unidos. En este orden de ideas, el artículo 16.11 del TLC hace referencia a la observancia de los derechos de propiedad intelectual y el numeral 29 del citado artículo señala un sistema para limitar la responsabilidad de los ISP.

En este punto pasaremos a sintetizar los principales aspectos del TLC en materia de la responsabilidad de los ISP:

- (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): Establece que las limitaciones mencionadas con anterioridad, 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). Estos servicios son señalados por los Artículos (16.11.29.b.i.A), (16.11.29.b.i.B), (16.11.29.b.i.C), (16.11.29.b.i.D), que establecen las siguientes funciones: A. Funciones de transmisión, enrutamiento o suministro de conexiones de materiales sin modificación en su contenido o con almacenamiento intermedio de dichos contenidos. B. Funciones de almacenamiento temporal (Caching). C. Funciones de almacenamiento a petición

del usuario del material que se aloja en un sistema o red controlado u operado por o para el proveedor de servicios (Función de almacenamiento hosting). D. Función de vinculación a los usuarios a un sitio en línea mediante la utilización de herramientas de búsqueda de información, incluyendo hipervínculos y directorios.

De igual forma, el capítulo 16 numeral 29 subpárrafo (B) (iii), del (TLC), dispone que la calificación de la responsabilidad de los ISP con respecto a las infracciones ocurridas en materia del derecho de autor, debe ser individualizada de acuerdo con cada una de sus respectivas funciones. Esto permite determinar si el ISP es o no beneficiario de alguna limitación a la responsabilidad de manera que si una función de almacenamiento temporal (caching) por ejemplo - lo hace beneficiario de una limitación, pero la función de almacenamiento temporal (hosting) no; cada una de ellas se debe examinar y aplicar en forma separada.

En este punto, se procederá a exponer cada una de las funciones señaladas anteriormente y la manera en que son aplicadas dichas limitaciones:

Funciones de transmisión, enrutamiento o suministro de conexiones de materiales sin modificación en su contenido o con almacenamiento intermedio de dichos contenidos:

La limitación a que se refiere el literal (A), del numeral 29 subpárrafo (B) (i), se refieren a los ISP, que operan como mero transmisores que simplemente proveen el acceso que hace posible la conexión a Internet.

Por otra parte, el capítulo 16, numeral 29 subpárrafo (B) (viii), dispone que si el proveedor de servicios califica para la limitación relativa a este tipo de función, las medidas adoptadas por un tribunal de justicia, estarán dirigidas a ordenar acciones a estos prestadores de servicios de Internet, de proceder con la terminación de

cuentas específicas o a la adopción de mecanismos razonables para bloquear el acceso a un sitio específico en línea.

Funciones de almacenamiento temporal (Caching):

Esta limitación está regulada en el literal (B) del capítulo 16 numeral 29 subpárrafo. (B) (i) del (TLC), que condicionan a que el proveedor de servicios que tengan este tipo de función, cumplan las siguientes condiciones:

- 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 de usuarios a ese material.
- Que el ISP, cumpla con las Reglas relativas a la actualización, recarga u otra actualización del material almacenado temporalmente cuando el proveedor de contenidos así lo determine; de acuerdo con las reglas generales de la industria.
- Que el ISP no interfiera 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.
- Que el ISP “retire o inhabilite” 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.

Funciones de almacenamiento de datos a petición del usuario del material que se aloja en un sistema o red controlado u operado por o para el proveedor de servicios (Función de almacenamiento hosting).

Esta limitación está regulada en el literal (C) del capítulo 16 numeral 29 subpárrafo. (B) (i) del (TLC), siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

- Cuando el ISP no reciba beneficio económico directo de la Actividad infractora, siempre que tenga el derecho y la capacidad de controlar tal actividad.
- Cuando el ISP 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 el ISP ha designado un representante público para que sea notificado de las infracciones.

Funciones de enlaces de búsqueda

Esta limitación está regulada en el literal (D) del capítulo 16 numeral 29 subpárrafo. (B) (i) del acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia con los Estados Unidos de América (TLC), siempre y cuando se cumplan las condiciones:

- Cuando el ISP no reciba beneficio económico directo de la Actividad infractora, siempre que tenga el derecho y la capacidad de controlar tal actividad.

- Cuando el ISP 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.
- Que no exista conocimiento por parte del servidor de que el contenido alojado infringía derechos de autor.

Además de lo anterior, el capítulo 16, numeral 29, subpárrafo (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.

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.

3.5. CUADRO COMPARATIVO ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL APLICADA EN EL DERECHO COLOMBIANO Y LA NORMATIVIDAD DE RESPONSABILIDAD APLICADA POR LA DMCA.

COLOMBIA	DMCA
<p>Responsabilidad directa: Consagrada en el artículo 2341 del Código Civil, que es aquella forma de responsabilidad por el hecho propio que ocasiona el daño y que no ha sido condicionado por la actuación de un tercero, caso en el cual se atribuye una responsabilidad de tipo directo; esta responsabilidad es de culpa probada, es decir, aquí están presentes los conceptos de nexo de causalidad, hecho dañino y la culpa de quien realizó el daño, los cuales deberán ser probados dentro del proceso.</p>	<p>Responsabilidad por infracción directa (direct copyright infringement): Incorre en esta responsabilidad la persona que reproduce, distribuye o comunica una obra protegida sin la previa y expresa autorización de su autor o titular del derecho.</p> <p>Dicho lo anterior, tenemos entonces, que el infractor directo es decir, el que está realizando por sí mismo la infracción, tendrá que ser sujeto de una responsabilidad de tipo directo.</p>
<p>Responsabilidad indirecta por el hecho ajeno: (Artículo 2347 del C. C.) Es aquella donde está presente una obligación, que puede ser legal o contractual, de ejercer cuidado o vigilancia sobre una persona, que resulta ser finalmente quien realiza el ilícito o el hecho dañino; entonces, por infringir ese deber de cuidado o vigilancia sobre quien realizó el hecho, se atribuye una responsabilidad indirecta o responsabilidad por el hecho de un tercero; aquí se presenta una</p>	<p>Responsabilidad por infracción vicaria, delegada o indirecta (vicarious copyrighth infringement): Esta responsabilidad la asume a través del control o supervisión que ejerce una persona, que se beneficia a su vez económicamente de la infracción.</p> <p>En esta responsabilidad hay una conducta dañina de otro sujeto sobre el cual tengo una obligación de control y vigilancia, similar a lo que ocurre en el tema de la responsabilidad por el hecho de terceros.</p>

presunción de culpa, por lo cual quien tiene el deber de cuidado o de vigilancia sobre la otra persona puede alegar, para eximirse de responsabilidad, que se presentó una causa extraña o que no existe el nexo de causalidad entre el daño ocasionado y la conducta de quien debe vigilar.

Responsabilidad objetiva o presunta por actividades peligrosas: (Artículo 2536 del C. C). Frente a esta, hay quienes consideran que Internet reporta una actividad peligrosa en términos de posibles infracciones o violaciones a los derechos de autor, por la potencialidad de que se generen infracciones en masa; entonces alguien podría decir que el isp, al facilitar el acceso a la red y prestar servicios de intermediación en Internet, podría ser objeto de responsabilidad por ejercer una actividad peligrosa.

Responsabilidad por infracción contributiva (contributory copyright infringement): Esta responsabilidad surge a cargo de la persona que con conocimiento, induce o contribuye a la producción de una infracción directa de los derechos de autor por parte de otra persona.

En este esquema de responsabilidad, la colaboración de una persona es necesaria e indispensable para que el otro realice la infracción.

CONCLUSIONES

- En la cadena operativa de la difusión por internet de obras y prestaciones protegidas por los derechos de autor y conexos, intervienen diversos actores que tienen diferentes grados de responsabilidad.
- En aquellos países donde no existe una regulación específica de la responsabilidad de los ISP por las infracciones del derecho de autor y derechos conexos en el entorno digital, se aplican las disposiciones del derecho común.
- Colombia, actualmente no tiene una regulación específica en torno a la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet (ISP), proveedores de contenido y usuarios, y por tanto, en caso de un eventual daño, tendrá que acudir a las reglas generales de responsabilidad civil extracontractual, las cuales son: la responsabilidad directa, responsabilidad indirecta y responsabilidad objetiva o presunta por actividades peligrosas.
- Con la entrada en vigencia del TLC entre Colombia y Estados Unidos, se incorporan a la legislación colombiana algunas disposiciones sobre la limitación a la responsabilidad de los IPS (normas de la DMCA), lo que supone grandes retos para el derecho colombiano en esta materia.
- La incorporación de las disposiciones consagradas en el TLC, genera la expectativa de cuáles son los efectos que puede tener dicha normatividad en un ámbito como el colombiano, pues desde ya se pueden avizorar ventajas y desventajas.

Ventajas:

- a) Seguridad jurídica: existencia de un régimen que limite su responsabilidad en casos específicos aplicables a sus actividades –lo que no existe en este momento-.

b) Implementación de incentivos legales para que los ISP colaboren con los titulares de derechos de autor en disuadir el almacenaje y transmisión no autorizada de materiales protegidos por el derecho de autor.

Desventajas:

- a) Imposición de Cargas: El ISP será obligado a asumir un deber de bajar o subir información, atendiendo las solicitudes de los perjudicados bajo el sistema notice and takedown y va a tener que otorgar protección a contenidos que circulan en la red, asumiendo unos controles que en este momento no asumen por ley.
- b) La DMCA ya ha revelado algunas dudas de su funcionamiento, debido a que han existido casos en los cuales usuarios encuentran vulnerados sus derechos ya que han sido bloqueados sus contenidos aun cuando estos cumplen con la normatividad del Copyright.
- Colombia mediante la ley 545 de 1999 y 569 de 2000, acogió los tratados de la OMPI que desarrollan el carácter jurídico del derecho de autor en el fenómeno de la publicación de obras en redes digitales.
 - En relación a los proveedores de contenido, hay situaciones que dificultan su judicialización por las siguientes razones: a. El titular del derecho de autor afectado por la publicación no autorizada de su obra no puede acceder a la información de identificación del proveedor de contenido, si no cuenta con la colaboración del ISP. b. Porque este proveedor puede ser una persona que no cuenta con la capacidad económica para responder por los perjuicios que ha ocasionado.

BIBLIOGRAFIA

Álvarez, D., Padilla, J., Garzón, A., & Muñoz, L., (2009). Proveedores de servicio de Internet y de contenido, responsabilidad civil y derechos de autor. *Studiositas*, 4(3), 51-64.

BAYLINA MELÉ, M. (2007). La Explotación Directa de Obras y Prestaciones Protegidas en Redes Digitales”, *Novedades en la Ley de Propiedad Intelectual*. Barcelona, P. 27

DE FREITAS STARUMMAN Eduardo. (2005) “Experiencia de los Estados Unidos De América: La Digital Millenium Copyright Act”. Ponencia en el XI curso académico regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de América Latina. Asunción (Paraguay)

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).

RAMIREZ Hinestroza, M. (2009). La responsabilidad de los ISP desde el punto de vista de los Contenidos. *Revista la propiedad intelectual*. (13), 283-302.

LEGISLACIÓN

OMPI “Guía de los tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos administrados por la OMPI” Ginebra (Suiza).

DMCA de 1998 – USA

Capitulo XVI del tratado de libre comercio suscrito entre Colombia y Estados Unidos.