

Hacia la extensión de la responsabilidad para otros intermediarios en Internet

ERNESTO RENGIFO GARCÍA¹

¹ Director del Departamento de la Propiedad Intelectual, Universidad Externado de Colombia; profesor de Contratos de la misma Universidad.

I. Presentación del tema

Cicerón, en su *Defensa de Sexto Riscio Amerino* señalaba: “El célebre Lucio Casio, a quien el pueblo romano tenía por juez concienzudo y experimentado, solía preguntar a menudo en las causas ‘quien había salido beneficiado’ [cui bono fuisset]. La condición humana es tal que nadie emprende el camino del delito sin esperanzas de sacar provecho”.²

La pregunta que surge del sugestivo texto de Cicerón, y cuyo propósito de respuesta o de acercamiento es lo que persigue este trabajo, es la de si otros intermediarios de la red (tarjetas de crédito y anunciantes) van en el camino de una infracción con esperanzas de sacar provecho.

La revista *Economist*, en su edición del 20 de julio de 2013, señalaba en uno de sus artículos centrales intitulado “The curious case of the fall in crime”³ que la criminalidad, pese a la recesión y el desempleo, había descendido enormemente en las grandes ciudades del mundo, debido a la ayuda de la tecnología y a otros factores, dentro de los cuales destacaba uno psicológico, cual es el del miedo a ser capturado (“the main deterrent to crime is the fear of being caught”), el riesgo a ser cogido.

¿Aplicará este criterio en la red? ¿Producirá susto ser atrapado colocando o descargando contenidos protegidos en ella o ayudando a ello? En realidad, sería aventurado sostener, como lo hace la revista británica, respecto de la criminalidad en el mundo análogo, que la criminalidad en la red relacionada con el derecho de autor ha descendido; por el contrario, diríamos que con la tecnología se

² Marco Tulio Ciceron. *Discursos*. En *Defensa de Sexto Roscio Amerino*, Madrid, Biblioteca Clásica Gredos, trad. de Jesús Aspa Cereza, 1995, p. 48. “That Lucius Cassius, whom the Roman people used to consider a most impartial and able judge, used constantly to ask at trials, ‘to whom it had been any advantage?’ The life of men is so directed that no one attempts to proceed to crime without some hope of advantage”.

³ Ver *The Economist*, el número correspondiente a la semana del 20 al 26 de julio de 2013, p. 9.

ha incrementado la piratería, que las cargas y descargas ilegales en la red no producen el susto de ser capturado, y que esa actividad produce pingües ganancias.

Sabido es que la copia reduce el valor individual y colectivo de la creación y además desestimula el esfuerzo del creador. Por ello la responsabilidad de los proveedores de servicios en Internet (PSI) frente a infracciones de derechos de autor cometidas por sus usuarios ha sido un tema de discusión y debate desde hace más de una década.⁴ Este debate ha producido cierto consenso que permite afirmar que los PSI no serán responsables cuando su participación en la infracción se limite a transmitir, referenciar (Linking), alojar temporalmente (caching) y difundir información generada por terceros, siempre y cuando cumplan con otros requisitos, como adoptar y comunicar políticas tendientes a evitar las infracciones.⁵

⁴ En el Tratado de Berna, en su artículo 11bis(1) establece que los autores tienen el derecho exclusivo de autorizar la radiodifusión y comunicación pública de sus obras, por lo que, al ser Internet un medio de difusión de información, la difusión de obras protegidas por ese medio también debería estar sujeta a la autorización de sus creadores; no obstante, Internet implica la distribución y difusión en masa de todo tipo de información, por lo que no le es aplicable el concepto tradicional de difusión. De allí surgió la necesidad de regular las infracciones de derechos de autor en Internet, necesidad que derivó en los Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor (WTC) y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT). Pese a que ninguno de estos tratados reguló expresamente la responsabilidad de los ISP, sí dieron luces al respecto al señalar que la responsabilidad por violaciones al derecho de autor no debería aplicar a aquellos sujetos que, como un conducto, proporcionan los elementos físicos para facilitar o efectuar una comunicación. Ver Tatiana López Romero. "Internet Service Providers' Liability for online copyright infringement: The US Approach", en *Universitas*, 112, 2006, pp. 194-195. Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT), artículo 8, diciembre de 1996.

⁵ Béatrice Martinet Farano, "Internet Intermediaries' Liability for Copyright and Trademark Infringement: Reconciling the EU and U.S. Approa-

Sin embargo, el desarrollo de nuevos modelos de negocio y la expansión de los servicios disponibles en la red ha planteado el interrogante de si es posible extender ese régimen de responsabilidad a otros intermediarios, como los anunciantes y los proveedores de pagos en línea.

Para analizar los regímenes de responsabilidad que podrían ser aplicados a estos intermediarios es importante tener en cuenta los siguientes puntos, que serán desarrollados en este escrito: i) comprender el funcionamiento de la publicidad y de los pagos en línea y la magnitud económica de estos negocios, ii) entender el régimen de responsabilidad aplicado en la actualidad a los PSI, iii) estudiar las objeciones que se han planteado a la extensión de tal régimen a los anunciantes y proveedores de sistemas de pagos en línea, para luego iv) analizar cómo, por medio de recientes iniciativas legislativas, conocidas como los proyectos PIPA, SOPA y OPEN en Estados Unidos, se ha tratado de sobrepasar las objeciones y de brindar mecanismos efectivos y expeditos para la protección de los derechos de autor en Internet.

El punto de partida para estudiar el problema planteado es comprender cómo funcionan los sistemas de pago disponibles en Internet, la difusión de publicidad, al igual que la magnitud económica de estos negocios.

En la actualidad, la difusión de publicidad en Internet es uno de los servicios más lucrativos de la web; en efecto, un informe sobre los “Ingresos derivados de la publicidad en Internet”, realizado por el Interactive Advertising Bureau, señala que durante el 2012 los ingresos generados por anuncios en la web alcanzaron los 36,6 billones de dólares.⁶

Desde el surgimiento del Internet se han creado varios mecanismos para realizar anuncios publicitarios, dentro de los cuales se

ches”, Working Papers, 14, Transatlantic Technology Law Forum, Stanford, 2012.

⁶ IAB internet advertising revenue report, 2012 full year results. Abril de 2013, en: http://www.iab.net/media/file/IAB_Internet_Advertising_Revenue_Report_FY_2012_rev.pdf

encuentran el envío de correos electrónicos, los anuncios en redes sociales, la publicidad por motores de búsqueda, los anuncios en dispositivos móviles como celulares y tabletas, los videos digitales y varios tipos de exhibición, como los banners y las ventanas emergentes (pop-ups).

Lograr el despliegue de la publicidad en línea requiere de la participación y mediación de varios actores,⁷ como los anunciantes, que tienen un producto o servicio que promocionar en Internet; los gestores de anuncios, que hacen el trabajo de promoción para el anunciante, y los editores web, los webmaster,⁸ administradores de páginas webs, quienes harán llegar el anuncio al público escogido por el anunciante.

Para determinar la retribución de estos actores se han diseñado varios sistemas que podrán estar relacionados con la efectividad de la publicidad. Así, en el sistema Costo por click (CPC), el monto que deberá pagar el anunciante estará dado por la cantidad de clicks que los internautas realicen en el anuncio; en el sistema Costo por cada Mil Impresiones (CPM), el valor total de la publicidad dependerá de la cantidad de veces que el anuncio aparezca en la página web, con independencia de si los internautas hacen click en él o no, mientras que en los casos en que el anunciante deba pagar un monto determinado por cada usuario que entra a su sitio y deposita en él suficiente información como para saber que es un comprador potencial, se estará hablando del sistema Costo por Lead.⁹

⁷ Lograr que todos los actores involucrados en la publicidad en línea trabajen coordinadamente puede llegar a plantear grandes retos para las agencias de publicidad. Cfr. Dominic Field et al. *Cutting Complexity, Adding Value: Efficiency and Effectiveness in Digital Advertising*. Boston. The Boston Consulting Group, 2013, pp. 5 y ss.

⁸ Los webmaster son personas encargadas de determinar el contenido final de las páginas de Internet, bien sea creándolo (por ejemplo escribiendo los artículos de un blog), diseñándolo, programando o administrando el sitio para asegurarse de que el servidor funcione adecuadamente. Cfr. Stephen Spainhour y Robert Eckstein, *Webmaster in a nutshell, a desktop quick reference* (3 ed.). O'Reilly & Associates, 2003.

En este orden de ideas, se hace evidente que las ganancias derivadas de la publicidad para el sitio web donde se exhiba el anuncio dependerá en gran parte de la cantidad de visitantes que tenga, pues en la medida en que el número de visitantes sea mayor, la probabilidad de que alguno de ellos haga click en un anuncio o sea un comprador potencial, aumenta.¹⁰

Debido a que Internet es un centro de intercambio de información de alcance mundial, la calidad del contenido con que cuente el sitio web determinará la cantidad de sus visitantes, razón por la cual, una forma de atraerlos es poniendo a su disposición material que puede estar protegido por derechos de autor como videos, canciones, películas, libros, etc.¹¹

Por otro lado, cada vez la diversidad de anunciantes que acuden a Internet para promocionar sus productos y servicios es mayor, como lo evidencia el estudio realizado por el Interactive Advertising Bureau ya mencionado.¹² Esto creó la necesidad de contar con me-

⁹ Susan Atheya y Denis Nekipelovb. A Structural Model of Sponsored Search Advertising Auctions, 2012. Ver también blog titulado Modelos de costos más utilizados en el marketing en Internet, mayo de 2011, en:

<http://www.microsoft.com/business/es-es/content/paginas/article.aspx?cbcid=43>

¹⁰ Dentro de las “Herramientas para Webmasters en Google”, se afirma que para tener un sitio exitoso que se posicione en Internet, lo más conveniente es olvidar momentáneamente el sistema de algoritmos empleados por Google para realizar las búsquedas, y concentrarse en la producción de un contenido de calidad, que cuente con una utilidad sustancial que incluya aportes realizados por autoridades en la materia de que se trate, que tengan una redacción y ortografía impecables, etc., en <https://support.google.com/webmasters/checklist/1095542?rd=1>

¹¹ Para comprender con más detalle cómo funciona la piratería en los cyberlockers, se recomienda el artículo “MPAA victory against Hotfile is a victory shared by all content creators hurt by online piracy”, en <http://voxindie.org/tag/copyright-infringement/>. Igualmente, para comprender la función de otros intermediarios se recomienda la lectura de Karine Perset. *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*. Organisation for Economic Cooperation and Development, mayo de 2010.

canismos que permitieran realizar pagos en línea, de forma que la oferta creada por Internet pudiese lograr una demanda efectiva a través del mismo medio, y abrió una nueva oportunidad de negocios para los proveedores de servicios financieros, como los bancos y las agencias de crédito, quienes debieron crear herramientas que permitieran a sus usuarios administrar sus recursos en el ciberespacio para realizar todo tipo de transacciones, desde transferencias electrónicas, pago de servicios domiciliarios hasta, naturalmente, la adquisición de obras protegidas por derechos de autor.

Así pues, los nuevos proveedores o intermediarios de Internet han creado métodos de negocios bastante lucrativos en la web. Sin embargo, persiste la duda de si las acciones en las que incurren dentro de su actividad comercial son suficientes para declararlos responsables por infracciones a los derechos de autor, obligándolos a indemnizar a los titulares de derechos o a adoptar medidas de vigilancia o supervisión que reduzcan las infracciones.

II. Responsabilidad subsidiaria

Para resolver el anterior interrogante es necesario, entonces, comprender el régimen de responsabilidad que se aplica en la actualidad a los proveedores de servicios de Internet.

La responsabilidad de los PSI por las infracciones a los derechos de autor cometidas por sus usuarios ha sido regulada en varios países. En Estados Unidos se reguló con la expedición de la Digital Millennium Copyright Act de 1998 (DMCA), la cual ha servido de modelo a la mayoría de las legislaciones que se han ocupado del

¹² En el estudio se encontró que los anunciantes que pautan en Internet son en un 20 % vendedores al por menor, como restaurantes, vendedores de juguetes, de cosméticos, joyería, etc., seguidos por un 13 % de proveedores de servicios financieros; además, se encuentra el sector automotor, el del entretenimiento, todos los productos relacionados con computadores, de turismo, telecomunicaciones, salud y farmacológicos. Cfr. IAB internet advertising revenue report, op. cit., p. 21.

tema; en Europa con la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular al comercio electrónico en el mercado interior, y también con la Ley española 34 de 2002.

La DMCA, por ejemplo, enumera circunstancias que, de materializarse, limitarían las medidas correctivas o los mecanismos de indemnización que podrían imponerse a los PSI en caso de que sus usuarios incurran en infracciones contra los derechos de autor.¹³ La DMCA no establece excepciones a los derechos de autor en Internet, sino que, se insiste, restringe el monto y los mecanismos de indemnización a los que, de encontrarse probada la infracción contra los derechos de autor, podrían ser condenados los PSI.¹⁴

Tales restricciones aplicarán siempre y cuando la participación del PSI en la comisión de la infracción se limite a transmitir, referenciar (Linking), alojar y difundir información generada por terceros. Estas circunstancias o excepciones son conocidas como “puertos seguros”.¹⁵

¹³ La sección 512 (a) del Título 17 del United States Code, introducida por la DMCA, dispone lo siguiente: “A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive relief, for infringement of copyright by reason of the provider’s transmitting, routing, or providing connections for, material through a system or network controlled or operated by or for the service provider”.

¹⁴ Cfr. Fred von Lohmann. An overview of the Digital Millennium Copyright Act (DMCA) Safe Harbors for Online Service Providers (OPSs) (17 U.S.C. § 512). Electronic Frontier Foundation. 8 de septiembre de 2008. Ver también Tatiana López Romero. “Internet Service Providers’ Liability for online copyright infringement”, op. cit., p. 201.

¹⁵ “The term ‘safe harbor’ is a nautical metaphor, indicating a place where a ship will be safe from stormy weather. But as in the case of a ship, being outside a safe harbor does not mean that you are in danger. It just means that your safety is not assured. Each DMCA safe harbor substantially limits the liability for copyright infringement. Each is separate, and if you fall within any one, your liability is limited. And even if you don’t meet the

Adicionalmente, para que la DMCA sea aplicable y un sitio web sea considerado un puerto seguro se deben satisfacer ciertos requisitos. El primero de ellos es que el PSI pueda calificarse como “Service Provider”, según la definición contenida en la DMCA.¹⁶ Además, el PSI deberá adoptar y comunicar políticas tendientes a evitar las infracciones; al tener conocimiento de la comisión de una infracción a través de sus servicios, el PSI deberá tomar las medidas necesarias para retirar el material infractor, y no podrá interferir con mecanismos técnicos dispuestos para identificar y proteger obras en la web.¹⁷

Entonces, considerando que la DMCA no limitó el alcance de los derechos de autor, la difusión de material protegido en Internet también requiere de la autorización expresa de sus titulares, de donde surge la posibilidad de que los PSI sean condenados por las infracciones cometidas en sus redes bajo el régimen de la responsabilidad contributiva.

Este segundo régimen de responsabilidad aplicable a los PSI establece, en términos generales, que: “Una persona es responsable por la violación (o por cualquier otro acto no permitido) de un

requirements of one of the safe harbors, that is not an indication that you are infringing a copyright. Other defenses, such as fair use, still remain available”. Lee Hollaar. *Legal Protection of Digital Information*. BNA Books, 2002.

¹⁶ La sección 502 (k) (1) (A) del Unites States Code señala: “As used in subsection (a), the term “service provider” means an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by user, of material of the user’s choosing, without modification to the content of the material as sent or received”.

¹⁷ Antes de la expedición de la DMCA no existía ninguna disposición normativa que regulara la materia en Estados Unidos, y la resolución de casos concretos por parte de los jueces condujo a la elaboración de diferentes teorías que buscaban determinar en qué casos los ISP podrían ser responsables por los actos de terceros. Para ello se intentó recurrir a la doctrina de la responsabilidad secundaria.

actor o de un tercero solamente cuando: 1) la conducta del actor constituye una conducta sancionable, 2) hay circunstancias en las cuales es “justo” sostener que otra persona es responsable por los actos del infractor”.¹⁸

En este orden de ideas, para que un PSI sea condenado por contribuir a la comisión de infracciones contra derechos de autor a través del servicio que proporciona es indispensable que haya un infractor directo, es decir debería probarse que un video, libro o videojuego fue colocado en la red por un cibernauta y copiado por otros gracias a un sitio web, sin contar con la autorización expresa del titular del video, libro o videojuego. Además, las circunstancias en las que resulta justo sostener que el PSI es responsable por la infracción directa han sido presentadas en dos categorías: por haber contribuido consciente y materialmente con la comisión de la infracción (responsabilidad contributiva) o porque teniendo una facultad de supervisión sobre el infractor no la ejerce y deriva algún beneficio directo o indirecto de la conducta infractora (responsabilidad vicaria).¹⁹

De comparar los supuestos de aplicación de la DMCA frente a los del régimen de responsabilidad secundaria es evidente que de no resultar aplicable uno de los regímenes, lo sería el otro, pues los supuestos fácticos que deben probarse tanto para la aplicación de

¹⁸ Thomas Folsom. *Toward Non-Neutral First Principle of Private Law: Designing Secondary Liability Rules for New Technological Uses*. University of Akron, 2008, p. 50.

¹⁹ “Although “the lines between direct infringement, contributory infringement, and vicarious liability are not clearly drawn”, [...] in general, contributory liability is based on the defendant’s failure to stop its own actions which facilitate third-party infringement, while vicarious liability is based on the defendant’s failure to cause a third party to stop its directly infringing activities.”: la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito en el caso *Perfect 10 v. Amazon.com*. Y en el caso *Grokster* se lee: “[o]ne infringes contributory by intentionally inducing or encouraging direct infringement, and infringes vicariously by profiting from direct infringement while declining to exercise a right to stop or limit it”.

este régimen como para la de ciertas excepciones “puerto seguro” se corresponden.

De hecho, para que un PSI, cuyo modelo de negocios implique alojar o referenciar material protegido, no sea declarado responsable por las conductas de sus usuarios deberá demostrar que ignoraba la comisión de la infracción, al tiempo que la responsabilidad contributiva requiere del conocimiento actual de la violación, además de una contribución material a la misma para resultar aplicable.²⁰ De otro lado, la doctrina de la responsabilidad vicaria implica derivar un beneficio directo de la violación y contar con la posibilidad de controlarla o evitarla, supuestos en los que es imposible la aplicación de las excepciones establecidas en la DMCA.

En pocas palabras, las excepciones “puertos seguros” son solamente el primer paso para atribuir la responsabilidad a los PSI. El segundo paso, luego de concluir que no se configura ninguna de aquellas excepciones, es evaluar si los PSI son responsables por los hechos de un tercero según las reglas generales de responsabilidad civil. Y dependiendo de la conclusión a la que se llegue, los PSI podrían ser condenados a pagar indemnizaciones monetarias o solamente a adoptar medidas cautelares como limitar el acceso a los servicios prestados por ellos mismos en la web.²¹

²⁰ Cfr. Tatiana López Romero. “Internet Service Providers’ Liability for online copyright infringement: The US Approach”, op. cit., p. 212.

²¹ Al respecto, la sección 512 del título 17 de United States Code dispone: “(j) Scope of relief. [...] (B) If the service provider qualifies for the limitation on remedies described in subsection (a), the court may only grant injunctive relief in one or both of the following forms: (i) An order restraining the service provider from providing access to a subscriber or account holder of the service provider’s system or network who is using the provider’s service to engages in infringing activity and is identified in the order, by terminating the accounts of the subscriber or account holder that are specified in the order. (ii) An order restraining the service provider from providing access, by taking reasonable steps specified in the order to block access, to a specific, identified, online location outside the United States”.

III. Casos relevantes

Ahora bien, explicado someramente el régimen de responsabilidad aplicable a los PSI en Estados Unidos, se mirará si este régimen de responsabilidad por el hecho de terceros puede extenderse a otros intermediarios de Internet, como los servicios de pago en línea (Financial transaction providers) y los anunciantes (Internet advertising service).

Considerando la naturaleza de la responsabilidad secundaria y del supuesto de aplicación del régimen de los “puertos seguros” es posible inferir que ambos se pueden aplicar a los otros intermediarios de Internet, como los anunciantes y los proveedores de pagos en línea.

En efecto, la responsabilidad secundaria permite determinar en qué casos una persona puede resultar responsable por los hechos de un tercero, y en Estados Unidos esta doctrina se ha aplicado de forma transversal incluso, por supuesto, a las infracciones contra los derechos de autor. En efecto, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en el caso, *MGM Studios Inc. Vs. Grokster*, señaló: “Aunque la Ley de Propiedad Intelectual no hace expresamente responsable a cualquier persona de una infracción cometida por un tercero, estas doctrinas de la responsabilidad secundaria surgieron de los principios del Common Law y están bien arraigadas en el Derecho”.²²

En *Perfect 10 v. Amazon.com* se lee: “[c]laims against service providers for direct, contributory, or vicarious copyright infringement, therefore, are generally evaluated just as they would be in the non-online world”.²³

²² *Metro-Goldwyn-Mayer Studios inc. v. Grokster, ltd.* (04-480) 545 U.S. 913 (2005) 380 F.3d 1154: “[t]he Copyright Act does not expressly render anyone liable for infringement committed by another, [...] these doctrines of secondary liability emerged from common law principles and are well established in the law”.

²³ United States Court of Apples for the Ninth Circuit. *Ellison v. Robertson* 357 F.3d 1072 (9th Cir. 2004). Citado en: United States Court of Apples

Como se indicó, para que las excepciones “puerto seguro” surtan efectos es necesario que el demandado pueda calificarse como Service Provider, según la definición establecida en la DMCA.²⁴ A grandes rasgos, tal definición establece que un PSI es todo aquel que ofrece y realiza los procesos y las labores necesarias para que Internet sea accesible a los consumidores finales, sin importar de qué tipo de servicio se trate, es decir, bien sea que el PSI sea un motor de búsqueda o un cyberlocker o una red social como Facebook, siempre que el PSI, en el desarrollo de su actividad, se limite a transmitir, referenciar (Linking), alojar temporalmente (caching) y difundir contenidos generados por terceros. Por ser la definición tan amplia es que la DMCA se extendería a todos los PSI existentes en la actualidad y a los que lleguen a existir en el futuro.

Sin embargo, y con base en la casuística que se va a exponer, se puede decir que ninguna de las dos modalidades de la responsabilidad subsidiaria (contributiva o vicaria) ha resultado fácilmente aplicable para proteger los derechos de autor en Internet, ya sea porque los titulares de las obras protegidas no logran probar que el PSI tenía conocimiento de la comisión de la infracción para con ello evitar que la conducta del PSI quede amparada por las disposiciones de la DMCA, o bien porque no logran establecer con exactitud en qué consistió la contribución material del PSI en la configuración

for the Ninth Circuit, *Perfect 10, Inc., v. Amazon.com.* (508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007), modificada en diciembre 3 de 2007, p 14.

²⁴ Sección 502 (a) del Título 17 del United States Code, introducida por la DMCA: “(A) A los fines del inciso (a), el término ‘proveedor de servicios’ significa una entidad que ofrece la transmisión, enrutamiento o suministro de conexiones para comunicaciones digitales en línea, entre los puntos especificados por el usuario, de los materiales de la elección del usuario, sin modificaciones con el contenido del material como enviado o recibido. (B) Como se utiliza en esta sección, excepto el inciso (a), el término “proveedor de servicios” significa un proveedor de servicios en línea o acceso a redes, o el operador de las instalaciones de los mismos, e incluye una entidad descrita en el inciso (A)”.

de la infracción para que sea declarado subsidiariamente responsable.²⁵

Los casos de Robert Hendrickson vs. EBay Inc et al.²⁶ y el de Perfect 10, Inc vs CCBill LLC²⁷ ilustran la dificultad que enfrentan los titulares de derechos al momento de probar que notificaron correctamente a los PSI de infracciones cometidas contra sus derechos, a través de los sitios provistos por los mismos, requisito contemplado en la sección 512 (c) (3) del título 17 del United States Code para que el PSI se vea conminado a retirar el material infractor de la web o pueda ser condenado, en caso de no hacerlo.

El sitio web de eBay congregaba una considerable cantidad de cibernautas que compraban y vendían todo tipo de bienes y servicios, incluidas copias piratas de un documental titulado Manson, propiedad del demandante Robert Hendrickson, quien inició ac-

²⁵ Otra dificultad que se suma a las mencionadas arriba, consiste en eludir la posibilidad de que el uso no autorizado de material protegido por parte de los ISP sea legitimado por la excepción del uso justo (fair use). En el caso de Perfect 10 v. Amazon.com, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito consideró que el emplear las fotografías en miniatura (thumbnail images) de Perfect 10 como links a otros sitios web era un uso justo permitido por la ley. Al respecto la Corte sostuvo: “[...] we now weigh these factors together ‘in light of the purposes of copyright.’ [...] In this case, Google has put Perfect 10 thumbnail images (along with millions of other thumbnail images) to a use fundamentally different than the use intended by Perfect 10. In doing so, Google has provided a significant benefit to the public. Weighing this significant transformative use against the unproven use of Google’s thumbnail for cell phone downloads, and considering the other fair use factors, all in light of the purpose of copyright, we conclude that Google’s use of Perfect 10’s thumbnails is a fair use”. Perfect 10, Inc., v. Amazon.com, op. cit.

²⁶ United States District Court for the Central District of California. Robert Hendrickson v. EBay Inc et al. Septiembre 4 de 2001. 165 F.Supp.2d 1082, 60 U.S.P.Q.2d (BNA) 1335 (C.D. Cal. 2001).

²⁷ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Perfect 10, Inc., v. CCBILL LLC. Diciembre 4 de 2006.

ciones judiciales con las que pretendía que eBay fuese declarado responsable por haber contribuido a las infracciones cometidas por sus usuarios.

La Corte del Distrito Central de California consideró que, conforme al material probatorio disponible, no había duda de que la conducta de eBay estaba amparada por las disposiciones de la DMCA debido a que el demandante no notificó en debida forma al demandado, al no haber incluido en sus comunicaciones una declaración sobre la buena fe y veracidad de sus afirmaciones, y al no haber suministrado identificación suficiente del material infractor.²⁸

A su vez, en el caso *Perfect 10, Inc vs CCBill LLC*, en el trámite de la segunda instancia ante la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, en Estados Unidos, se concluyó que las notificaciones de las infracciones enviadas por Perfect 10, titular de los derechos de autor, a dos PSI, CWIE y CCBill (el primero proporcionaba alojamiento y conexión a la web y el segundo permitía el uso de tarjetas de crédito para el pago de las suscripciones), no cumplían los requisitos legales para considerar a los PSI suficientemente informados de la infracción, de forma que fuesen declarados responsables.

El razonamiento de la corte reconoce que la DMCA establece una limitación a las indemnizaciones a las que pueden ser condenados los PSI en caso de probarse una infracción,²⁹ y señala que

²⁸ Para la correcta comprensión del caso citado es importante aclarar que la decisión de la Corte del Distrito Central de California versó sobre una solicitud de juicio sumario presentada por eBay, solicitud cuyo parámetro de concesión es que no exista controversia alguna sobre los supuestos fácticos requeridos para resolver definitivamente el litigio, de forma que únicamente está pendiente la resolución de asuntos jurídicos.

²⁹ Al respecto señala la Corte: “The DMCA established certain safe harbors to provide protection from liability for: (1) transitory digital network communications; (2) system caching; (3) information residing on systems or networks at the direction of users; and (4) information location tools. These safe harbors limit liability but do not affect the question of ultimate liability under the various doctrines of direct, vicarious, and contributory liability”. *Perfect 10, Inc., v. CCBILL LLC*. Diciembre 4 de 2006, p. 7.

para que tales limitaciones sean aplicables es necesario que el PSI implemente medidas razonables dirigidas a evitar las infracciones.

La corte estimó, partiendo del texto de la sección 512 (c) del United States Code, que la razonabilidad de tales medidas requiere que el PSI tenga un conocimiento actual de la violación y para ello es necesario que el titular del derecho informe en debida forma al PSI, esto es, cumpliendo con los requisitos formales establecidos en la misma sección.

Aplicando tal lógica, la corte consideró que las notificaciones enviadas por Perfect 10 no crearon en CWIE y CCBill un conocimiento actual de las infracciones debido a que ninguna de las varias comunicaciones enviadas cumplía con ser escrita, estar dirigida al agente designado por los PSI, identificar en suficiente medida el material infractor, y contener una declaración juramentada de la buena fe y veracidad de las mismas.³⁰

Para el Noveno Circuito la notificación a los PSI con el lleno de los requisitos exigidos no es un punto meramente formal, sino sus-

³⁰ En palabras del ente judicial: “Taken individually, Perfect 10’s communications do not substantially comply with the requirements of § 512(c)(3). Each communication contains more than mere technical errors; often one or more of the required elements are entirely absent. [...] In order to substantially comply with § 512(c)(3)’s requirements, a notification must do more than identify infringing files. The DMCA requires a complainant to declare, under penalty of perjury, that he is authorized to represent the copyright holder, and that he has a good-faith belief that the use is infringing. This requirement is not superfluous. Accusations of alleged infringement have drastic consequences: A user could have content removed, or may have his access terminated entirely. If the content infringes, justice has been done. But if it does not, speech protected under the First Amendment could be removed. [...] Since Perfect 10 did not provide effective notice, knowledge of infringement may not be imputed to CCBill or CWIE based on Perfect 10’s communications. Perfect 10’s attempted notice does not raise a genuine issue of material fact that CCBill and CWIE failed to reasonably implement a repeat infringer policy within the meaning of & 512 (i)(1)(A)”. Perfect 10, Inc., v. CCBILL LLC, op. cit., p. 13

tancial porque con base en ella es que el proveedor bloquea el acceso o remueve el material infractor, y si la notificación tiene defectos y se bloquea, o hay remoción de material que no es infractor, termina afectándose la libertad de expresión contenida en la primera enmienda de la Constitución norteamericana.

Por otro lado, en casos como el de *Perfect 10 Inc. vs Visa International Service Association et al.*, al igual que el de *Elsevier Ltd y John Wiley & Sons Inc. vs Chitika Inc et al.*, titulares de derechos de autor intentaron fallidamente que las doctrinas de la responsabilidad contributiva y la vicaria fuesen aplicadas a aquellos intermediarios.

En el primer caso, la Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito en Estados Unidos reconoció que el servicio de pagos provisto por Visa para la adquisición ilegal de las obras producidas por Perfect 10, fomenta el desconocimiento de los derechos de autor permitiendo al infractor obtener un provecho económico por su conducta, pero sostuvo que la reproducción, alteración y exhibición del material de Perfect 10 en Internet puede ocurrir sin los servicios de Visa, por lo que la actividad de esta no puede considerarse como una contribución material en los términos de la responsabilidad contributiva.³¹

En efecto, la pregunta que surgió en este caso era si el proceso de pago constituía un paso esencial en el proceso de la infracción de los derechos, y si había inducción —que es el otro elemento de donde se puede inferir la responsabilidad contributiva— cuando se ofrecían sistemas de pago por los contenidos ilegales ofrecidos en un sitio de la red. La Corte de Apelaciones del Noveno Circuito sostuvo que los demandados no inducían a los consumidores a comprar productos piratas cuando empleaban sus tarjetas de crédito.

Señaló además que de extender con tal magnitud la responsabilidad subsidiaria a los intermediarios también resultarían responsables terceros periféricamente involucrados, como las empresas que producen las pantallas de los computadores, los servicios de al-

³¹ United States Court of Apples for the Ninth Circuit, *Perfect 10, Inc., v. Visa International Service et al.* 494 F.3d 788 (9th Cir. 2007).

macenamamiento, las que desarrollan el software para la edición de imágenes e incluso las compañías de servicios públicos que proveen la electricidad a Internet.

En cuanto a la responsabilidad vicaria, la Corte de Apelaciones sostuvo que los demandados no tenían en absoluto el derecho a detener la actividad de infracción: “They cannot stop websites from reproducing, altering, or distributing infringing images”,³²

Curiosamente, la Corte de apelaciones omitió analizar, como elemento de la responsabilidad vicaria, el interés financiero directo que tenían los sistemas de pago en línea en la actividad de infracción porque estimó que Perfect 10 había fracasado en demostrar que los demandados tenían el derecho y la capacidad de control sobre la conducta de infracción de los usuarios. No hubo, pues, un análisis del beneficio económico que se obtiene con el uso de los sistemas de pago online en los sitios piratas.³³

Del mismo modo, en el caso Perfect 10 v. CCBill, mencionado anteriormente, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito sostuvo que la posibilidad de obtener material pirata, en los portales donde CCBill y CIEW prestaban sus servicios y se exhibían ilegítimamente las obras de Perfect 10, no atraía a los suscriptores de los

³² Y el fallo agrega que muchos servicios que se proveen por una compañía pueden ayudar a una empresa infractora a generar ganancias, pero eso no significa que necesariamente se configure una responsabilidad vicaria. “In addition to the necessity of creating and maintaining a website, numerous hardware manufactures must produce the computer on which the website physically sits; a software engineer must create the program that copies and alters the stolen images; technical support companies must fix any hardware and software problems; utility companies must provide the electricity that makes all these different related operations run, etc. [...] but that does not mean, and Grokster by no means holds, that they are all potentially liable as vicarious infringers”.

³³ “Because Perfect 10 has failed to show that Defendants have the right and ability to control the alleged infringing conduct, it has not plead a viable claim of vicarious liability. Accordingly, we need not reach the issue of indirect financial interest”.

sitios web, por lo que el pago de las suscripciones a esos portales no podía considerarse como “la obtención de un beneficio económico directo derivado de la infracción”, requisito indispensable para declarar la responsabilidad vicaria de los PSI.³⁴

Así pues, surgen varios interrogantes con ocasión de los efectos que pueda ocasionar una ampliación de la responsabilidad por el hecho de terceros a los intermediarios en Internet. Por ejemplo, si ello podría afectar el funcionamiento de la red o producir un gran impacto en el sistema judicial al aumentar la cantidad de reclamos contra sujetos que podrían potencialmente ser declarados responsables.

En el caso Elsevier Ltd and John Willet & Sons Inc vs. Chitika Inc., and kapil Dev Saggi, los autores de libros de farmacología que estaban siendo descargados ilegalmente, gracias a una página web llamada Pharmatext.org, Free Pharma EBooks, demandaron a la empresa Chitika, gestora de anuncios de aquella página, con el propósito de que fuese declarada responsable por las descargas.³⁵

La Corte del Distrito de Massachusetts denegó las pretensiones por considerar que no se había presentado una infracción directa de los derechos de autor pues ninguna de las descargas se había realizado en Estados Unidos; en segunda medida porque, incluso de haberse presentado tal violación, Chitika no había contribuido conscientemente en la materialización de la misma, pues los sitios web a los que la página Pharmatext.org, Free Pharma EBooks direcciona a los internautas se determina automáticamente por medio de una fórmula matemática y sin intervención humana. Finalmente, la Corte distrital citó el caso de Perfect 10 apenas referido para decir que el hacer económicamente rentable la comisión de infracciones no puede considerarse como una contribución material que dé lugar a la declaración de responsabilidad en contra de Chitika.³⁶

³⁴ Cfr. Perfect 10, Inc., v. CCBILL LLC, op. cit., p. 23.

³⁵ United States District Court of Massachusetts, Elsevier LTD., and John Wiley & Sons, Inc. v. Chitika Inc., Kliksor.com, Inc and Kapil Dev Saggi. Diciembre 2 de 2011.

Sin perjuicio de lo señalado hasta el momento, y de los inconvenientes existentes en la determinación de la responsabilidad de los PSI, en el 2011 la productora de animaciones más famosa del mundo, Disney Enterprises Inc. logró que la Corte del Distrito Sur de Florida, en Estados Unidos, rechazara la solicitud para desestimar la causa (motion to dismiss), iniciada por ella contra Hotfile Corp et al. por violaciones de derechos de autor cometida por suscriptores del último. El fundamento principal de la corte en este litigio fue que el modelo de negocios de Hotfile, como PSI de un sitio web que permite a sus usuarios compartir con otros material protegido por derechos de autor a cambio de una retribución económica, podría llevar a considerar al PSI como secundariamente responsable por las infracciones al incentivar el desconocimiento de los derechos de autor.³⁷

Posteriormente, el 3 de diciembre del 2013, la Corte del Distrito Sur de Florida declaró a Hotfile Corp et al. civilmente responsable por infringir las normas de copyright,³⁸ esto con fundamento en el modelo de negocios empleado por el cyberlocker y por la capacidad

³⁶ "...while Chitika's advertising payments might make it easier for Saggi's infringement to be profitable, Chitika did not create, operate, advertise, or promote the infringing websites, and its advertisements were not the 'site' of the infringement. [...] Here, in contrast to Visa, Chitika did not provide an 'essential' service to Saggi that enabled infringement on a 'massive scale'. Plaintiffs make no factual allegations that Chitika knew about any infringing activity, nor is there any evidence that Chitika was 'intimately and causally involved in a vast number of infringing transactions'".

³⁷ United States District Court. Southern District of Florida. Miami Division. Disney Enterprises, Inc. et al., v. Hotfile Corp. et al., Case 1:2011cv20427. Julio 8 de 2011.

³⁸ United States District Court. Southern District of Florida. Miami Division. Disney Enterprises, Inc. et al., v. Hotfile Corp. et al., Case 1:2011cv20427. Diciembre 3 de 2013. Dentro de los demandantes se encontraban Disney, Twentieth Century Fox film Corp., Universal City Studios Productions, Columbia Pictures Industries, Inc. y Warner Bros Entertainment Inc.

que el mismo tenía de incentivar y controlar la conducta infractora de sus usuarios.

Los ingresos de Hotfile tenían dos fuentes principales: las suscripciones mensuales que sus usuarios estaban dispuestos a pagar para realizar una gran cantidad de descargas a mayor velocidad, e incluso por películas que aún se encontraban en las salas de cine y, la segunda fuente, era el sistema Hotlink diseñado para compartir películas y series de televisión sin necesidad de ingresar al sitio web de Hotfile.

Adicionalmente, el cyberlocker pagaba a sus usuarios “afiliados” por compartir películas y videos siempre y cuando estas fuesen descargadas, por lo menos, por otros mil usuarios, esto es, los “suscriptores”. Respecto de este punto, Hotfile reconoció que uno de sus objetivos era incrementar el número de sus afiliados aumentando el monto de sus pagos en razón al número de veces que el archivo era descargado, al tiempo que desincentivaba a aquellos que únicamente empleaban sus servidores para almacenar archivos personales.³⁹

Los anteriores hechos permitieron a la Corte Distrital del sur de Florida declarar probada la responsabilidad directa (por el hecho propio) e indirecta (por el hecho de un tercero) por la violación de los derechos de autor. Con relación a la responsabilidad directa, la Corte Distrital consideró que gracias al control que Hotfile ejercía sobre los servidores donde se encontraban las copias infractoras este, al igual que su propietario, Anton Titov, habían jugado un papel protagónico en la oferta del material infractor y en la distribución masiva del mismo, por lo que su participación en la violación había sido personal y directa.

Ahora bien, el fundamento para declarar la responsabilidad contributiva de Hotfile consistió en que pese a conocer las violaciones no solo no adoptó las medidas tecnológicas tendientes a evi-

³⁹ En la sentencia, la Corte del Distrito Sur de la Florida resalta que Hotfile admitió: “We are trying to encourage the good promoters by increasing their earnings and to reduce for uploaders that mainly use the free hotfile resources for storage”. *Ibid.*, p. 11.

tarlas, sino que contribuyó materialmente a la infracción al adaptar su plataforma tecnológica asegurándose de contar siempre con material llamativo para sus suscriptores. Adicionado a lo anterior, el hecho de que el PSI pudiese controlar y monitorear el comportamiento de sus usuarios y hubiese obtenido un lucro directo de las infracciones, valió para que la Corte declarase la responsabilidad vicaria de Hotfile.⁴⁰

Como último punto en relación con el caso *Disney v. Hotfile* es importante resaltar que pese a que no se tocó el tema de las excepciones de puerto seguro, estas difícilmente hubiesen resultado aplicables, pues como se señaló, los demandados no dispusieron las medidas para evitar las violaciones; por el contrario, Hotfile contaba con varias direcciones electrónicas (URL) por archivo infractor en la web, para que en caso de que una de esas direcciones tuviese que ser desactivada por solicitud de los titulares de los derechos, otra dirección se activase instantáneamente sin que el usuario (afiliado) tuviese que cargar o subir nuevamente el archivo a la web.⁴¹

De todas maneras, a la luz de los casos citados, y no obstante que los dos regímenes de responsabilidad pueden ser aplicados a todos los PSI, precisamente por ser PSI y porque la responsabilidad secundaria es transversal a todas las áreas del derecho, se palpa que su aplicación para otros intermediarios en Internet no ha resultado tan efectiva, debido a que no es fácil demostrar los supuestos que permiten tal aplicación, bien sea la existencia de una violación directa de los derechos de autor o el conocimiento de la conducta infractora por parte de los intermediarios, pero sobre todo, el

⁴⁰ Según las pruebas aportadas al proceso y el modelo de negocio empleado por Hotfile, este podía diferenciar a sus usuarios entre quienes pagaban la suscripción y aquellos que no, a fin de determinar la calidad y el tiempo de las descargas de cada uno, fijar el monto de pagos que les correspondían, e incluso bloquearlos temporalmente. Además, fruto de las violaciones de los derechos de autor, Hotfile logro ser unos de los 100 sitios web más visitados en sus dos años de existencia. Cfr. *Disney v. Hotfile*. *Ibid.*, pp. 19 y ss.

⁴¹ Cfr. *Disney v. Hotfile*. *Ibid.*, pp. 12 y ss.

requisito más difícil de satisfacer es el de probar que los intermediarios han contribuido materialmente a la infracción.

IV. Proyectos de regulación

Con el ánimo de llenar estos vacíos, en Estados Unidos se presentaron dos proyectos de ley: el Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act⁴² (PIPA) y el Stop Online Piracy Act (SOPA).⁴³

El objetivo de estos dos proyectos de ley era disminuir las violaciones de derechos de autor online permitiendo a los intermediarios de Internet, es decir, tanto los PSI tradicionales, como los anunciantes, los proveedores de servicios de pago, los motores de búsqueda, los registradores de sitios de dominio, etc., tomar medidas en contra de sitios web que se dedicasen a la comisión de infracciones, particularmente, sitios ubicados en otros países.

Para esto, en los proyectos de ley se facultaba al ministro de Justicia (Attorney General) a buscar que judicialmente se ordenara a los PSI restringir el acceso a sitios definidos como infractores.⁴⁴ Adicionalmente, el proyecto SOPA establecía, en su sección 103, que los proveedores de pagos en línea y los gestores de publicidad en Internet deberían abstenerse de prestar sus servicios a los sitios infractores, ubicados tanto dentro de Estados Unidos como en otros países.

Las críticas a estos proyectos de ley fueron numerosas y contundentes. Se dijo que de aprobarse los proyectos el funcionamiento de la red se vería afectado, debido a que se sancionarían páginas

⁴² Estados Unidos. Congreso. Senado. Proyecto de Ley: Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act of 2011. S. 968 (112th).

⁴³ Estados Unidos. Cámara de Representantes. Proyecto de ley Stop Online Piracy Act. H.R. 3261.

⁴⁴ Daniel Castro. PIPA/SOPA: Responding to critics and finding a path forward, en The information Technology & Innovation Foundation, 2011.

web ubicadas fuera de Estados Unidos otorgándosele una aplicación global a las leyes estadounidenses. Se sostuvo que los proyectos violarían la primera enmienda de la Constitución al limitar la libertad de expresión en Internet. Se afirmó que los proyectos de ley permitirían al Estado vigilar constantemente las actividades de los internautas y que redes sociales como Facebook y YouTube desaparecerían.⁴⁵

La mayoría de las críticas formuladas a SOPA recaían en las secciones 102 y 103 del título I. La primera permitía que el ministro de Justicia pudiese obtener una orden de una corte en contra de sitios piratas. De esta manera los PSI, los motores de búsqueda, los procesadores de pagos y los ad networks serían requeridos a tomar medidas técnicas previsibles y razonables en contra de los sitios infractores. Específicamente se preveían órdenes a los PSI para bloquear el acceso a los sitios infractores; a los motores de búsqueda para detenerse a prestar los servicios de referencia (link) a esos sitios; a los procesadores de pago para detenerse a completar las transacciones de pago de los usuarios estadounidenses y a los ad networks para cesar la exhibición de anuncios en sitios de infracción en nombre de esos sitios.⁴⁶

La sección 103 creaba un sistema que facilitaba la notificación a los procesadores de pago y a los ad networks por los titulares de derechos acerca del uso de sus servicios por sitios infractores. Esta sección aplicaba a todos estos sitios, domésticos y extranjeros, que eran dirigidos a audiencias en Estados Unidos.⁴⁷

La inconformidad social generada por las iniciativas de PIPA y SOPA impidieron su aprobación en el Congreso de Estados Unidos;⁴⁸ sin embargo, y debido a que la necesidad de proteger los de-

⁴⁵ Lamar Seeligson Smith. Myths vs. Fact: Stop Online Piracy Act. United States House of Representatives. Judiciary Committee (TX-21).

⁴⁶ Stop Online Piracy Act § 102 (b), Action by the Attorney general.

⁴⁷ Stop Online Piracy Act § 103, “Market- Based System to protect U.S. customers and prevent U.S. funding of sites dedicated to theft of U.S. property”.

⁴⁸ Yochai Benkler, Hal ROBERTS, Robert Faris, Alicia Solow-Niederman, Bruce Etling. Social Mobilization and the Networked Public Sphere: Map-

rechos de autor en Internet persiste, se presentó un tercer proyecto de ley ante el Congreso de este país titulado Online Protection and Enforcement of Digital Trade Act (OPEN), el cual también contiene disposiciones dirigidas a que los intermediarios se abstengan de proveer sus servicios a sitios web que sean declarados como infractores.⁴⁹

En todo caso, ninguno de estos proyectos modifica las disposiciones de responsabilidad civil aplicables a los intermediarios, esto es, las excepciones “puerto seguro” y la responsabilidad indirecta por el hecho de terceros, sino que establecen mecanismos dirigidos a que una autoridad (judicial en los dos primeros, administrativa en el último) les ordene tomar las medidas técnicas necesarias y razonables para evitar el financiamiento de sitios infractores.

En el proyecto OPEN, en la sección intitulada “Saving clauses”, se indica que nada de lo dispuesto en la sección 337 A, que se introduciría al United States Code de aprobarse el proyecto, será interpretado para limitar o extender los medios de reparación civil o penal disponibles para cualquier persona, incluido Estados Unidos, por actividades infractoras de los derechos de propiedad intelectual en Internet, de acuerdo con cualquier ley federal o estatal.

Y respecto de la responsabilidad secundaria se indica que tampoco será interpretada para ampliar o restringir la responsabilidad vicaria o contributiva tal como está previsto en la ley respectiva. En efecto, en el proyecto se lee:

Reglas de interpretación relacionadas con la responsabilidad vicaria o contributiva. Nada de lo señalado en esta sección podrá ser interpretado de forma que:

(A) Extienda o restrinja la responsabilidad vicaria o contributiva por cualquier acción disponible según lo establecido en el título 17 del United States Code o en la Lanham Act, incluyendo las limita-

ping the SOPA-PIPA Debate. The Berkman Center for Internet & Society at Harvard University, 2013.

⁴⁹ Estados Unidos. Cámara de Representantes. Proyecto de ley Online Protection and Enforcement of digital Trade Act. H.R. 9782 (1112th).

ciones de responsabilidad contempladas en la sección 512 del mismo título 17.⁵⁰

Justamente, la sección 512 contiene las excepciones a la responsabilidad que permiten tener a un sitio web como puerto seguro, y a las que se hizo mención supra.

El proyecto OPEN contempla que los titulares de derechos de autor (y de derechos de marcas) puedan presentar denuncias ante la U.S. International Trade Commission (que es una agencia federal independiente conocida en Estados Unidos por resolver ciertos conflictos relacionados con patentes) afirmando, bajo la gravedad de juramento, que un sitio web está involucrado en una infracción de derechos de autor, identificando a los proveedores de servicios de pagos en línea y a los anunciantes, con el objetivo de que la Comisión les ordene a estos adoptar medidas para evitar la realización de pagos y el despliegue de anuncios en los sitios web, luego de haber determinado la existencia de una actividad infractora.

OPEN es muy similar a SOPA en la medida que persigue cortar el flujo de fondos a sitios infractores. Sin embargo, y esta es una de las diferencias entre estos dos proyectos de ley, bajo el proyecto OPEN los payment service providers y los ad networks no asumen obligaciones legales hasta tanto la Comisión no expida la respectiva orden; en cambio, el proyecto SOPA imponía obligaciones a los intermediarios con base en las afirmaciones de los titulares de los derechos.

A diferencia de los precedentes norteamericanos basados en juicios de responsabilidad civil, una corte sueca, en el caso Sony Entertainment et al. contra Pirate Bay, aplicando disposiciones penales tendientes a determinar la responsabilidad por actos de complicidad del PSI, Pirate Bay, y de sus administradores por la comisión de infracciones que tuvieron lugar en su red de intercambio de archivos, estimó irrelevante detenerse a analizar el grado de conocimiento que

⁵⁰ “Nothing in this section shall be construed- (A) to enlarge or diminish vicarious or contributory liability for any cause of action available under title 17, United States Code, or the Lanham Act, including any limitations on liability under section 512 of such title 17”.

los acusados pudieron haber tenido acerca de las actividades infractoras que sus proveedores de contenidos o usuarios materializaban en sus redes y sistemas por cuanto los acusados debieron haber sido conscientes de los riesgos de su sistema operativo.⁵¹ La discusión, pues, continúa.

V. Derecho nacional

En nuestro derecho, la responsabilidad secundaria estaría gobernada por normas generales de la responsabilidad civil del Código Civil, y por reglas especiales contenidas en estatutos particulares de reconocimiento y protección del derecho de autor.

Respecto de las primeras, derivadas del Código de Napoleón de 1804, se encuentran dos que aplicarían para determinar la responsabilidad de los PSI: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización” (CC 2341), y la regla de la responsabilidad por el hecho ajeno según la cual:

⁵¹ Stockholm District Court. Sony Music Entertainment et al. vs Pirate Bay. Case B 13301-06. Abril 17 de 2009. El razonamiento de la Corte sueca partió del supuesto de que una condena por complicidad requiere, en primer lugar, de una infracción directa de los derechos de autor, para luego examinar si se presentaron actos de complicidad, en virtud de los cuales “no solo la persona que ha cometido el hecho (delito principal), sino también otras personas que han ayudado e instigado a esta persona de palabra y obra (acto de complicidad), se hacen responsables de un acto específico”, según el Capítulo 23 sección 4 del Código Criminal sueco. Siguiendo a la Corte sueca, la puesta a disposición de material protegido por las leyes de derecho de autor en la plataforma del ISP constituye una violación por no contar con la autorización de los titulares. Además, la operación adelantada por medio de Pirate Bay constituye, objetivamente, un acto de complicidad en la infracción contra los derechos de autor. La cuestión era determinar si los demandados podían ser responsabilizados por esos actos, a lo que la corte sueca respondió afirmativamente.

Toda persona es responsable, no solo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. [...] Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho (CC 2347).

Es decir que la voluntad del legislador, en este último caso, es la de proteger a la víctima en la medida en que ella podrá dirigirse, no contra el autor de la infracción, sino contra un tercero que la ley estima responsable.

Entonces, en la medida en que el PSI pueda impedir el hecho infractor, por tener control sobre la plataforma y el conocimiento de que el contenido disponible en ella es ilegal, debe tomar las medidas necesarias para evitar la comisión de la conducta y, de esta manera, eludir la responsabilidad que podría imputársele por ello.

Los elementos típicos de la responsabilidad por el hecho ajeno son:

1) Que exista un vínculo de subordinación o dependencia entre dos personas; 2) que este vínculo de subordinación o dependencia sea de derecho privado; 3) que ambas personas sean capaces de delito o cuasidelito; 4) que el subordinado o dependiente haya cometido un hecho ilícito, y 5) que la víctima pruebe la responsabilidad del subordinado o dependiente.⁵²

Es claro que la responsabilidad que se configura es frente a un tercero y que los requisitos mencionados son para que quien controle o cuide el comportamiento de otro por virtud de un vínculo jurídico legal o contractual, asuma la reparación integral del daño irrogado por otro sujeto de derecho. Se discute si con base en este criterio de imputación se deriva una presunción *iuris tantum* en contra del sujeto controlante o dominante.

Sobre la responsabilidad por el hecho de otro la Corte Suprema de Justicia colombiana ha señalado:

⁵² Arturo Alessandri Rodríguez. De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil. Santiago de Chile, Editorial Jurídica Chile, 2010, p. 309.

...en una de sus posibles modalidades, la responsabilidad contractual indirecta, denominada también refleja o de derecho, se da cuando alguien es llamado por la ley a responder frente a terceros por las secuelas nocivas de actividades desarrolladas por otras personas que se encuentran bajo su guarda o cuidado o de quienes, en situación de dependencia, recibe concurso empresarial, principio este de carácter general que aparece formulado con nitidez en el inciso primero del artículo 2347 del Código Civil [...] complementándolo a continuación el señalamiento de los supuestos en que a juicio del legislador esa clase de responsabilidad mejor se identifica y termina, en el inciso final, declarando el precepto recién citado que ella no se configura si las personas a quienes por principio les es atribuida, acreditan de manera concluyente que no obstante la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad “subordinante” les prescribe y confiere, no pudieron evitar el hecho causante de los perjuicios cuya reparación le es exigida.⁵³

Es decir, que aun cuando se actúe con el suficiente mando (control) y la debida diligencia, la parte dominante solo se exoneraría de responsabilidad frente a terceros si demuestra que el hecho generador del daño era inevitable.

De todas maneras es bueno señalar que la figura de la responsabilidad por el hecho del tercero aplicada a los proveedores de servicios en la red, se deduciría siempre y cuando se pruebe que estos tenían o podían tener control sobre los actos infractores de terceros. Si ese control no aparece aprobado es muy difícil aplicar esta modalidad de responsabilidad civil extracontractual (tort law).

Ahora bien, en cuanto al nivel de protección con base en disposición especial, la Decisión Andina 351 de 1993⁵⁴ contiene norma a propósito. En efecto, el artículo 54 señala:

⁵³ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 15 de marzo de 1996, M.P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss, exp. 4637.

⁵⁴ Comunidad Andina de Naciones. Decisión 351 de 1993. Régimen Común Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Diciembre 17 de 1993. Lima, Perú.

Ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable.

Dicha norma, que por supuesto reconoce la responsabilidad solidaria, requiere que algunos de sus elementos sean materia de interpretación judicial para llegar a comprender su verdadera significación y alcance; sobre todo la expresión “o prestar su apoyo para su utilización”. De dicha expresión podría derivarse la responsabilidad solidaria no solo de los meros proveedores de acceso a la red, sino también de otros PSI más sofisticados que si bien no contribuyen materialmente con la infracción sí la estimulan técnica, financiera o comercialmente. Pero se está todavía en el terreno de la especulación porque en la región andina no ha habido precedente judicial que esclarezca la situación que se plantea. De todos modos, y a la luz del texto legal, es claro, por ejemplo, que si un proveedor de servicios de computación en la nube presta su apoyo para que una obra sea utilizada sin la autorización del titular sería solidariamente responsable del hecho infractor.⁵⁵

Además, como ya entró en vigencia el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, Colombia se comprometió a adoptar medidas legislativas para regular las limitaciones de los PSI de

⁵⁵ En materia de publicidad engañosa, por ejemplo, incluso cuando el responsable directo de la publicidad es el anunciante, el medio de comunicación que la transmite también podría ser solidariamente responsable de los perjuicios que se causen al consumidor. El Estatuto colombiano de protección al consumidor, Ley 1480 de 2012, artículo 30, señala a propósito lo que sigue: “El anunciante será responsable de los perjuicios que cause la publicidad engañosa. El medio de comunicación será responsable solidariamente solo si se comprueba dolo o culpa grave. En los casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados”.

forma similar a las disposiciones de la DMCA. Por ello es de importancia que en el país se comprenda el régimen de la responsabilidad secundaria, las excepciones de puerto seguro, así como las iniciativas legislativas que se discuten en otros países.⁵⁶

El artículo 16.11 del Tratado, referido a la observancia de los derechos de propiedad intelectual, contempla que cada parte deberá adoptar

...incentivos legales para que los proveedores de servicios colaboren con los titulares de derechos de autor en disuadir el almacenaje y transmisión no autorizados de materiales protegidos por el derecho de autor; y limitaciones en su legislación relativas al alcance de los recursos disponibles contra los proveedores de servicios por

⁵⁶ El Acuerdo de Promoción Comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América fue suscrito en Washington el 22 de noviembre de 2006. La incorporación del acuerdo a la legislación interna colombiana se surtió mediante la Ley 1143 de 2007 y fue avalado por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-750 de 2008. Solo hasta octubre de 2011, el Congreso de Estados Unidos aprobó el tratado y se promulgó la respectiva ley aprobatoria. El TLC finalmente entró en vigencia mediante el Decreto 0993 del 15 de mayo de 2012, promulgado por el Gobierno colombiano en la VI Cumbre de las Américas en Cartagena de Indias. La suscripción del Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos trajo consigo la necesidad de modificar y ajustar nuestra legislación sobre derechos de autor y derechos conexos a las obligaciones allí consagradas. Sin embargo, Colombia está en mora de regular la responsabilidad de los proveedores de servicios en la red y demás intervinientes en la prestación de servicios tecnológicos. Una nueva ley deberá fijar el procedimiento y las condiciones en virtud de las cuales los titulares de derechos podrán solicitar al proveedor del servicio PSI, retirar o bloquear un contenido infractor de sus derechos. El Gobierno, para cumplir con los compromisos adquiridos, presentó ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley 241 de 2011, el cual no fue aprobado, entre otras cosas, por la cantidad de contradictores que tuvo, la poca socialización de la normativa y por el desconocimiento que la sociedad civil tenía sobre sus reales implicaciones legales.

infracciones a los derechos de autor que ellos no controlen, inicien o dirijan, y que ocurran a través de sistemas o redes controladas u operadas por ellos, o en su representación.

En el Tratado se define a los PSI como proveedores de servicios en línea sin importar el tipo de servicio que presten ni el modelo de negocio que empleen para tal fin. Se señala que los PSI no podrán ser condenados a pagar indemnizaciones monetarias a los creadores, sino únicamente a restringir el ingreso a sus sitios web a usuarios infractores, cuando su actividad se limite a transmitir, referir o a almacenar temporalmente contenidos creados por terceros. Además, deberán adoptar un mecanismo que les permita recibir notificaciones de los titulares de derechos de autor cuando estos consideren que sus derechos están siendo vulnerados, con el fin de que los PSI adopten las medidas pertinentes.⁵⁷

Lo importante para destacar es que el régimen que se derivará del Tratado de Libre Comercio no excluiría la aplicación del régimen general de responsabilidad civil (tort law) ni la aplicación de la norma especial contenida en la Decisión Andina. En consecuencia, una pretensión de daños, la cual es excluida del régimen del Tratado (“estas limitaciones excluirán las indemnizaciones pecuniarias”), puede ser planteada con el ejercicio de una acción general de responsabilidad civil o con el uso de la norma especial andina.

VI. Valoración final

De regreso a los operadores de pago electrónico, se quieren destacar los siguientes pasajes que se extraen del ya referido caso Perfect 10 Inc. vs Visa International Service Association et al., provenientes, no del juez disidente, sino de la opinión mayoritaria:

Los demandados [tarjetas de crédito] pueden refutar el proceso de pago con las tarjetas de crédito por aquellas imágenes, pero

⁵⁷ Capítulo 16, “Derechos de Propiedad Intelectual” del TLC suscrito entre Colombia y Estados Unidos, en:

<http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=14853>

mientras esa refutación reduciría el número de aquellas ventas, esta reducción es el resultado más bien de una presión económica indirecta que de un ejercicio afirmativo de derechos contractuales.⁵⁸

Nosotros reconocemos que la presión financiera es con frecuencia muy poderosa, pero es precisamente por esta razón que nosotros dudamos en expandir la ley de la responsabilidad vicaria para que abarque cualquier clase de presión financiera.⁵⁹

Es un artículo de fe del libre mercado, sujeto a ciertas limitadas excepciones, uno puede rehusarse a negociar con cualquiera por cualquier razón, y rehusando a negociar con los sitios infractores, esos proveedores podrían limitar violaciones.⁶⁰

Obsérvese, entonces, que si bien los proveedores de sistemas de pagos no contribuirían materialmente con la infracción, los sistemas de pago sí la hacen más fácil y económicamente más beneficiosa para los infractores. Si bien la infracción no es el pago, sino la reproducción, alteración y distribución de las imágenes, las afirmaciones transcritas muestran la injerencia efectiva que los operadores de pago electrónico podrían tener en la reducción de la infracción de los contenidos protegidos. El Noveno Circuito reconoce que la suspensión en los pagos con el uso de las tarjetas de crédito reduciría las ventas en los sitios espurios o allí donde se comercializa material infractor. De esto es lo que se trata.

Si la Unión Europea pudo resolver el conflicto latente entre el principio de la libre circulación de mercancías con el principio de

⁵⁸ “Defendants can refuse to process credit card payments for those images, but while this refusal would reduce the number of those sales, that reduction is the result of indirect economic pressure rather than an affirmative exercise of contractual rights”. *Perfect 10 Inc. Vs Visa International Service Association et al.*, op. cit., p. 9.

⁵⁹ “We recognize that financial pressure is often very powerful, but it is precisely for this reason that we hesitate to expand the law of vicarious liability to encompass the sort of financial pressure”, *ibid.*

⁶⁰ “It is an article of faith of the free market that, subject to certain limited exceptions, one can refuse to deal with anyone for any reason, and by refusing to deal with the offending websites, these providers could limit infringement”.

la validez territorial de los derechos de propiedad intelectual, al elaborar la distinción entre existencia y ejercicio de los derechos; y el derecho norteamericano previó la protección de los contenidos en la red, sin desconocer la importancia de la misma como lugar de negocios, comercio e información, el reto es lograr que la libre circulación de ideas, de modelos de negocios y la libertad de expresión no afecte el derecho de los creadores.⁶¹

La Corte Europea de Justicia, en el caso *L'Oréal v eBay*, señaló que el privilegio del puerto seguro previsto en el artículo 14 de la Directiva Europea sobre Comercio electrónico solo aplica para actividades neutrales del operador del mercado electrónico. Ese artículo, según la Corte Europea,

...debe interpretarse en el sentido de que se aplica al operador de un mercado electrónico cuando este no desempeñe un papel activo que le permita adquirir conocimiento o control de los datos almacenados. Este operador desempeña tal papel cuando presta su asistencia consistente, en particular, en optimizar la presentación de las ofertas de venta en cuestión o en promover tales ofertas.⁶²

⁶¹ "The DMCA preserves 'strong incentives' for 'qualifying' service providers to cooperate with copyright holders. [...] The Court does not read section 512 to endorse business practices that would encourage content providers to turn a blind eye to the source of massive copyright infringement while continuing to knowingly profit, indirectly or not, from every single one of these same sources until a court orders the provider to terminate each individual account. [...] The Court does recognize that section 512 (j) allows for court orders terminating user accounts, but it also recognizes that online service providers are meant to have strong incentives to work with copyright holders. [...]. As mentioned earlier, section 512 is meant to encourage some level of copyright enforcement activity by service providers, not to punish it". *Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc.*, 213 F. Supp. 2d 1146 (C.D. Cal. 2002).

⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2011, en el asunto C-324/09.

Frente a lo anterior, deviene relevante el interrogante de si en verdad los operadores de sistemas de pago en línea o quienes prestan los servicios de anuncios o de publicidad en la red en sitios infractores se pueden proclamar como genuinamente neutros.⁶³ Este es, por supuesto, el quid de la cuestión.

Para proteger los derechos de autor en Internet y regular la responsabilidad de los proveedores de servicios o intermediarios se deben considerar factores como los de asegurar que en la red sea posible acceder fácilmente a la información, al igual que permitir la creación de nuevos negocios y servicios y, por supuesto, facilitar el ejercicio de la libre expresión de los internautas.⁶⁴

Pero igualmente es necesario que los actores pertenecientes al sector privado cooperen en la reducción del desconocimiento del derecho de autor, adoptando las medidas técnicas necesarias que eviten las infracciones. Modelos de negocios en la red a costa del derecho de autor, implican la pérdida del valor individual y social de la creación.

Así mismo, se debe estimular la adopción de mecanismos alternativos como fomentar la educación de los internautas por el respeto a los derechos de autor⁶⁵ y la autorregulación de los intermediarios;

⁶³ Para el análisis de la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo véase en especial Matthias Leistner, "Structural aspects of secondary (Provider) Liability in Europe", ponencia en ALAI, Cartagena, septiembre de 2013.

⁶⁴ Al respecto, Tatiana López Moreno señala que medidas como la celebración de limitación de responsabilidad entre los ISP y sus usuarios para erradicar la piratería en Internet no parecen suficientes, pues un número considerable de ISP son compañías relativamente pequeñas que participan en un mercado muy competitivo en las que tener un costo adicional, como tener que hacer reservas de dinero para costear una demanda por responsabilidad secundaria, podría tener efectos muy negativos en sus negocios y ocasionar que los ISP trasladaran ese valor adicional a sus usuarios, por ejemplo, aumentando las tasas de suscripción. Esto, en últimas, dificultaría el acceso del público en general a Internet, desde el punto de vista económico. Ver Tatiana López Romero. "Internet Service Providers' Liability for online copyright infringement: The US Approach", op. cit., pp. 199 y 200.

o medidas que hagan rentable el respeto del derecho de autor en Internet y que aseguren a los titulares apropiarse de los réditos derivados de la explotación de las creaciones. Ejemplo de esto último se halla en la reciente alianza celebrada entre YouTube y la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (Egeda).⁶⁶

En suma, la lucha contra la piratería en Internet requiere que todos los actores involucrados reconozcan la importancia del tema y adopten medidas correspondientes al papel que juegan en él. Así, corresponde a los titulares de derechos protegidos facilitar la identificación de los sitios infractores; a las empresas de tecnología proveer las herramientas técnicas necesarias para que una vez identificado el sitio infractor este sea bloqueado o se restrinjan los medios de financiamiento que soportan su funcionamiento. A las empresas titulares de las marcas corresponde prestar mayor atención a los lugares en los que sus signos distintivos están apareciendo e indicar en qué sitios web quieren pautar y en cuáles no. Los fans y cibernautas deben reconocer que su papel es fundamental en esta controversia, pues son

⁶⁵ Ejemplo de medidas educativas dirigidas a que los usuarios de Internet se abstengan de cometer infracciones y afronten la posibilidad de ser sancionados por sus actos es el sistema del “6 strikes copyright alert system”, consistente en que el ISP, una vez reciba una notificación proveniente de un titular de un derecho de autor indicando que se ha cometido una infracción, se comunicará con su usuario señalándole la ilegalidad de sus actos y que, de no modificarlos, su acceso a los servicios del ISP podría ser restringido.

⁶⁶ EGEDA y YouTube ayudan a los creadores españoles a optimizar la propiedad intelectual en Internet, en:

http://www.egeda.es/EGE_MostrarNoticia.asp?NmNoticia=512. En el 2007, YouTube lanzó un programa llamado ContentID, cuyo costo de producción fue de cerca de 30 millones de dólares. Este software permite comparar videos musicales y otros materiales protegidos por derechos de autor frente a una lista de obras licenciadas para identificar infracciones, y permite a los titulares de los derechos decidir si monetizan sus derechos solicitando pago por los mismos, si simplemente permiten que se reproduzcan libremente o si realizan un seguimiento de su uso.

ellos los destinatarios finales tanto del material protegido por derechos de autor como de la publicidad disponible en los sitios ilegales. La demanda que estos realicen en sitios infractores constituye un incentivo económico adicional en la perpetuación de la piratería, y por ello los demás agentes deben tomar cartas en el asunto.

Una reflexión final, tan actual como la de Cicerón, de Jaron Lanier que se trae de su reciente libro *Who owns the future?*, sirve de colofón a estas líneas: “when copying is easy, there is almost no intrinsic scarcity and therefore market value collapses”. Así pues, perseguir el dinero que estimula la infracción ayudaría a rescatar el valor intrínseco que la creación posee.