

**EL RÉGIMEN DE EXENCIÓN DE
RESPONSABILIDAD DE LOS ISP
POR INFRACCIONES DE PROPIEDAD
INTELECTUAL EN EL TLC COLOMBIA-
ESTADOS UNIDOS: UNA EXPLICACIÓN
A PARTIR DE LA DMCA Y LA DCE***

**ISP LIABILITY SCHEME EXCEPTIONS
FOR INFRINGEMENT OF INTELLECTUAL
PROPERTY IN THE COLOMBIA-US FTA: AN
EXPLANATION FROM THE DMCA AND DCE**

*Olenka Woolcott**
Germán D. Flórez****

*Fecha de recepción: 13 de marzo de 2014
Fecha de aceptación: 18 de marzo de 2014
Disponible en línea: 1 de diciembre de 2014*

Para citar este artículo/To cite this article

Woolcott, Olenka & Flórez, Germán D., *El régimen de exención de responsabilidad de los ISP por infracciones de propiedad intelectual en el TLC Colombia-Estados Unidos: una explicación a partir de la DMCA y la DCE*, 129 *Vniversitas*, 387-418 (2014). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.VJ129.reri>

doi:10.11144/Javeriana.VJ129.reri

-
- * El presente artículo es uno de los productos de la investigación que se desarrolla en el Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia para el período 2013-2014 referente a las Implicaciones de la implementación del TLC Colombia-Estados Unidos en materia de propiedad intelectual –derecho de autor y derechos conexos y marcas: análisis desde la responsabilidad patrimonial.
- ** Doctora en Derecho por la Scuola Superiore Sant'Anna – Pisa, profesora e investigadora en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.
- *** Magíster en propiedad intelectual por la Queen Mary University of London y profesor e investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo examinar los regímenes de exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de internet (ISP, por sus siglas en inglés) que desde hace poco ofrece el derecho comparado para luego visualizar en el régimen del TLC Colombia-Estados Unidos los aspectos fundamentales que en esta regulación se ponen más o menos en línea con los regímenes examinados, de lo que se desprende la influencia foránea para una reglamentación en Colombia sobre las posibilidades de exención de responsabilidad de los ISP y el espacio que resta para su responsabilidad a la luz de las normas generales de la responsabilidad civil.

Palabras clave: prestadores de servicios de internet; infracción de derecho de propiedad intelectual; Tratado de Libre Comercio entre Colombia-Estados Unidos; DMCA; DCE; responsabilidad civil; derecho de autor; derechos conexos

ABSTRACT

This article aims to examine the ISP liability scheme exemptions that recently are analyzed by comparative law, and then assess, within the US-Colombia FTA regime, the fundamental aspects that in this regulation are more or less consistent with the regimes examined. This is to understand the foreign influence over a regulation in Colombia about the possibilities of ISP liability scheme exemptions and the space remaining for their responsibility in the light of general rules of civil liability.

Keywords: Internet service providers; intellectual property right infringement; Free Trade Agreement; DMCA; DCE; civil liability; copyright; related rights

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERNET (ISP). CONCEPTO E IMPORTANCIA EN EL DESARROLLO DE INTERNET.- II. REGULACIÓN DE LOS ISP EN ESTADOS UNIDOS Y LA UNIÓN EUROPEA.- A. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD O *SAFE HARBORS*.- III. EL RÉGIMEN DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ISP EN EL TLC COLOMBIA-ESTADOS UNIDOS.- A. *Una sentencia visionaria de la trayectoria que puede seguir la implementación del TLC Colombia-Estados Unidos: Sentencia T-040 de 2013*.- IV. PROYECTO DE LEY DE RESPONSABILIDAD DE LOS ISP EN COLOMBIA.- CONCLUSIONES.- BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Los ISP cumplen un rol fundamental en internet desde cuando permiten que sus usuarios tengan acceso a los contenidos que hay en la red. Gracias a su intervención, es posible la circulación de la información en el medio virtual. De manera que como en toda actividad, asumen también como contrapartida, responsabilidad por los actos que despliegan en internet. Ante esta realidad que puede constatarse en cada una de las conductas desarrolladas por los ISP, surge inmediatamente la interrogante sobre cómo aplicar las reglas tradicionales de la responsabilidad por eventuales daños que se generen a partir del entorno virtual.

Sobre el particular, se ha señalado que deben generarse reglamentaciones precisas que establezcan con exactitud la forma en que se atribuirá responsabilidad para cuando haya contenidos ilícitos, inadecuados u ofensivos para terceros¹. De esta manera, los potenciales afectados por contenidos ilícitos estarían en condiciones de canalizar sus pretensiones indemnizatorias contra los sujetos que actúan de intermediarios en la difusión de contenidos en la red.

Sin embargo, en el plano internacional, el legislador se ha interesado en determinar los escenarios de exención de responsabilidad, con lo que puede deducirse que se ha librado a la jurisprudencia la determinación de la responsabilidad, a la luz de las reglas tradicionales, en aquellos espacios que no resultan cubiertos por las causales de exención.

De acuerdo a ello, la pregunta que debe contestarse en primer lugar es si el ISP está o no exento de responsabilidad, antes que preguntarse sobre la existencia de una eventual responsabilidad. Esto nos exige en primer lugar, conocer y entender los aspectos sustanciales del régimen de exención de responsabilidad que ha servido de base al TLC Colombia-Estados Unidos e identificar los principios que lo inspiran para luego intentar una proyección de lo que será la legislación que implemente el régimen del TLC.

1 GINA PAOLA SPIN-CORTÉS, *¿Por qué se reguló la responsabilidad de los ISP y por qué debe regularse el tema de la responsabilidad de los ISP en Colombia?*, 11 *El Derecho de Autor, Estudios, Revista del Centro Colombiano del Derecho de Autor, CECOLDA*, 2-24 (s.f.). Disponible en http://www.cecolda.org.co/images/publicaciones/numero11/ed11_6.pdf

Consideramos que la tendencia que se observa en el plano internacional incidirá de manera decisiva en el ordenamiento colombiano fundamentalmente, por medio del canal TLC con Estados Unidos y, de acuerdo a ella, el legislador tendrá que adecuar su normatividad en el sentido que indica el tratado vigente.

I. LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERNET (ISP). CONCEPTO E IMPORTANCIA EN EL DESARROLLO DE INTERNET

El advenimiento de las nuevas tecnologías y en especial el desarrollo de internet trajeron una serie de cambios en la manera de distribución y comunicación al público² de los contenidos protegidos por el derecho de autor, destinado al conocimiento y utilización por parte del ser humano. Muchos de estos contenidos empezaron a circular libremente por la red sin tenerse en cuenta las implicaciones que esa distribución tendría en los derechos de terceras personas como pudieran ser titulares de derechos sobre esos contenidos en el caso, por ejemplo, de los derechos de propiedad intelectual y más específicamente los derechos de autor³.

De la misma forma, estos contenidos también podrían lesionar derechos de otros sujetos como en los casos de injuria y difamación, ya que una publicación en internet en muchas ocasiones puede ser accedida por un número de personas mucho mayor que en un medio de comunicación tradicional y lo más impactante es que dada la naturaleza extraterritorial de internet, puede ser conocida por

-
- 2 De hecho, en materia de derechos de autor, la comunicación al público y la distribución hacen parte de los derechos patrimoniales de autor por medio de los cuales este explota las obras y que están reconocidos en los tratados internacionales de propiedad intelectual y que fueron ratificados en los Tratados de Internet de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, OMPI, de 1996. En Colombia, estos derechos están contenidos en la Ley 23 de 1982. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, *Tratado de la OMPI sobre derechos de autor, WCT*, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996. Disponible en: http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=295167. Colombia, *Ley 23 de 1982, sobre derechos de autor*, 35.949 *Diario Oficial* (19 de febrero de 1982). Disponible en: <http://www.alcaldiaibogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=3431>
 - 3 UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT, 9TH CIR. *A&M Records v. Napster, Inc.*, 239 F.3d. 1004. 1020. N.5. 2001. Disponible en: <http://gozips.uakron.edu/~dratler/2004cyberlaw/materials/napster.htm>, http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/239_F3d_1004.htm. Este fue uno de los primeros casos en los cuales se castigó a un prestador de servicios de internet. En este caso, la compañía Napster alojaba y compartía archivos protegidos por el derecho de autor sin autorización de sus titulares.

personas en cualquier parte del planeta, lo que hace más gravosa la infracción⁴. Igualmente, se pueden lesionar derechos de terceros en los procesos de recolección, procesamiento y transmisión de datos personales sin autorización de su titular⁵.

Internet es una red que interconecta a las personas en todos los rincones del mundo. Su origen se remonta a los años cincuenta con el proyecto Advanced Research Projects Agency Network, Arpanet, creado por el Departamento de Defensa de Estados Unidos⁶. Este proyecto fue evolucionando por medio de las alianzas que el gobierno estadounidense realizó con instituciones científicas y educativas. A partir de 1991, con el protocolo de hipertexto inventado por el científico británico sir Tim Berners Lee fue posible la conexión de sitios web por medio de programas navegadores⁷.

En este punto, los prestadores de servicios de internet posibilitaron que la red de redes entrara a funcionar y se consolidaron como empresas que prestan diversos servicios de internet como los servicios de conexión, información y almacenamiento de datos, entre otros. Las empresas líderes en el mercado de telecomunicaciones y servicios de conectividad —como AT&T y AOL— son un ejemplo de ello. Más adelante, identificaremos cada uno de los tipos de prestadores de servicios de internet.

De esta manera, los Prestadores de Servicios de Internet o ISP, conocidos así por las siglas en inglés de Internet Service Providers, son los intermediarios en el proceso comunicativo de la informa-

4 EWHC 1765 (QB); EMLR 27, QUEEN'S BENCH DIVISION, ENGLAND, *Metropolitan International Schools v. Design Technical Corporation, Google UK Ltd. & Google Inc.* July 16, 2009. Disponible en: <http://www.5rb.com/wp-content/uploads/2013/10/Metropolitan-v-Google-Eady-J-16-July-2009.pdf>. En este caso, la compañía Google fue absuelta por una corte inglesa por tener enlaces que llevaban a los usuarios a páginas con contenido difamatorio.

5 MATÍAS RAÚL HERCOVICH-MONTALBA, *Responsabilidad de los ISP por contenidos ilícitos o infractores de terceros*, 2 *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Universidad de Chile, 1, 114-148 (2013). Disponible en: <http://www.rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/viewFile/25889/28936>

6 BARRY M. LEINER, VINTON G. CERF, DAVID D. CLARK, ROBERT E. KAHN, LEONARD KLEINROCK, DANIEL C. LYNCH, JON POSTEL, LAWRENCE G. ROBERTS & STEPHEN WOLFF, *Una breve historia de internet*, *On The Internet, Internet Society Journal*, 2-32, ALONSO ÁLVAREZ & LLORENC PAGÉS, trad. (May-June, 1997). Disponible en <http://alumno.ucol.mx/~a1038254/Servicio%20de%20internet/Una%20breve%20historia%20de%20Internet.pdf>

7 ANTONIA CABRERA-JIMÉNEZ, FRANCISCO M. OLMEDO-PERALTA & FRANCISCO VERTEDOR-ROMERO, *Historia, actualidad y futuro de internet*, 2-32 (2004). Disponible en: <http://www.lcc.uma.es/~pastrana/EP/trabajos/62.pdf>, https://tpiues.files.wordpress.com/2012/10/historia_de_internet.pdf

ción entre los generadores de los distintos contenidos en la red y los usuarios como destinatarios finales de la comunicación.

Los ISP pueden ser definidos como intermediarios en la comunicación de contenidos en internet que no necesariamente toman parte en el proceso de creación o selección de la información que circula por sus servidores y que en la diseminación de esa información no participan en la selección de sus destinatarios, de tal manera que su función se circunscribe a posibilitar técnicamente el proceso comunicativo⁸.

Los prestadores de servicios de internet pueden encontrarse, entre otras, en las siguientes categorías⁹:

- Los operadores de redes proveen la infraestructura para el acceso a la transmisión de internet entre un punto y otro. Por ejemplo, los operadores que trabajan con los *routers*, *switches*, cables, etc.
- Los proveedores de acceso a internet pueden ir desde aquellos que simplemente proveen acceso a la navegación y un correo electrónico hasta aquellos que ofrecen a los usuarios infraestructuras para el manejo de sus páginas web. Como ejemplo, podemos nombrar compañías como AT&T, BT, Claro, Une, T-Mobile, Orange, etc.¹⁰

8 ÍÑIGO DE LA MAZA-GAZMURI, *Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet por infracción de los derechos de autor*, 1-25, http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/numerol/RESPONSABILIDAD_PROVEEDORES_INTERNET_delaMaza.pdf

9 Esta clasificación fue tomada de la lectura *Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet por infracción de los derechos de autor*, de Íñigo de la Maza-Gazmuri que, a su vez, cita a ROSA JULIA-BARCELÓ, *Liability for On-Line Intermediaries: a European Perspective*, 20 *European Intellectual Property Review*, 12, 453-463 (1998). Íñigo de la Maza-Gazmuri, *Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet por infracción de los derechos de autor*, 1-25. Disponible en: http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/inigo_de_la_maza/responsabilidad%20isp.pdf. Disponible en http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/numerol/RESPONSABILIDAD_PROVEEDORES_INTERNET_delaMaza.pdf. MATTHEW R. JUST, *Internet File Sharing and the Liability of Intermediaries for Copyright Infringement: A Need for International Consensus*, 1 *The Journal of Information, Law and Technology*, JILT (2003). Disponible en: http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2003_1/just/

10 Según el *IAB Internet Advertising Revenue Report*, del Interactive Advertising Bureau, IAB, en 2012, los ingresos por anuncios en la web alcanzaron los \$36.600 millones de dólares, mientras que para el 2013 está cifra se incrementó a \$42.800 millones de dólares, razón por la cual el negocio de los ISP es cada vez más productivo. ERNESTO RENGIFO, *Hacia una responsabilidad para otros intermediarios de internet*, citó la cifra de 2012 en el Congreso de la Asociación Literaria y Artística Internacional, ALAI, Cartagena (2013). *Interactive Advertising Bureau, IAB, IAB Internet Advertising Revenue Report* Disponible en: http://www.iab.net/about_the_iab/recent_press_releases/press_release_archive/press_release/pr-041014

- Los proveedores de servicios de alojamiento de la información o *hosting* permiten que los usuarios almacenen o guarden la información que deseen en sus servidores. En esta categoría, podemos encontrar los servicios en la nube como YouTube, DropBox, SkyDrive, etc.¹¹ Los usuarios pueden almacenar diferentes tipos de información, como material audiovisual, textos, fotografías, archivos musicales, etc.
- Los operadores de salas de chat, grupos de noticias, *blogs* o *bulletin boards system*, BBS, fueron muy populares en el comienzo de internet pues utilizaban un sistema de difusión mediante el intercambio de mensajes de texto.
- Los proveedores de acceso logístico o motores de búsqueda proveen a los usuarios herramientas en la red para facilitar la búsqueda de las diferentes páginas de internet, entre los cuales están Google, Yahoo!, etc.¹²
- Los proveedores de servicios de redes sociales permiten a los usuarios la interacción con otros usuarios para intercambiar distintos contenidos que se alojan en las plataformas del prestador. Así, las redes sociales se convierten en un espacio virtual retroalimentado en el que los usuarios consumen, pero también aportan información¹³. Ejemplo de estos proveedores son Facebook, Twitter, LinkedIn, etc.¹⁴

Como se ve en la anterior clasificación, los prestadores de servicios de internet son esenciales para el funcionamiento de la red, ya que tienen presencia desde la conexión física hasta facilitar los medios para que los usuarios generen y compartan distintos tipos de contenidos. Ahora bien, la anterior clasificación no significa que haya un prestador de servicios de internet para cada uno de los casos, pues cabe la posibilidad de que un mismo ISP cumpla varias de las funciones descritas anteriormente. Sin embargo, es

11 Los servicios en la nube cada vez son más populares, sobre todo como soluciones empresariales en las cuales las compañías contratan a un tercero que les almacene toda la información en la nube.

12 Google lidera el mercado occidental de los motores de búsqueda. Sin embargo, esto también le ha significado ser la compañía con más casos en litigio en materia de infracciones en internet.

13 PAULA ORTIZ-LÓPEZ, *Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal, en Derecho y redes sociales*, 21-38, Thomson Reuters, Navarra (2013).

14 Las redes sociales son un modo en que las empresas llegan a los consumidores por medio de su interactividad y la búsqueda de clientes potenciales.

importante enfatizar que el régimen de responsabilidad aplica a cada una de las funciones que ejerza el prestador.

II. REGULACIÓN DE LOS ISP EN ESTADOS UNIDOS Y LA UNIÓN EUROPEA

Una vez desarrollado internet de manera comercial hacia mediados de la década de los 90, se fue haciendo más común y más necesario para las personas y las empresas tener una conexión a internet. Como se anotó anteriormente, esto trajo como consecuencia que surgieran una serie de conductas que el derecho no había regulado hasta entonces; en ciertas jurisdicciones, los jueces tuvieron que decidir controversias suscitadas en la red con base en las regulaciones que para ese momento había en materia de responsabilidad, pero que no habían sido pensadas en el contexto de las nuevas tecnologías de información.

En el caso *CUBBY v. COMPUSERVE* de 1991, la Corte del Distrito Sur de New York se pronunció sobre un comentario difamatorio que estaba alojado en el foro del prestador de servicios de internet, y estableció que CompuServe en su rol de ISP no era responsable de la infracción, ya que su papel era el de un simple distribuidor de información y no el de un editor o *publisher*, de tal manera que solo podía ser responsable si conociera o tuviera razones suficientes para conocer del contenido difamatorio y no lo hubiera removido¹⁵.

En el caso *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services*, en 1995, mediante un servicio de mensajería BBS, un crítico de la iglesia de Cienciología publicó en uno de los foros textos ya publicados e inéditos de uno de los fundadores de esa iglesia. El demandante solicitó que se declarara responsable solidario a la empresa prestadora de servicios de internet Netcom por alojar estos textos que violaban los derechos de autor o *copyright* en sus servidores. La Corte del Distrito de California de Estados Unidos decidió que Netcom no era responsable sobre estos contenidos, ya que era solo un intermediario técnico que facilitaba las operaciones del sistema necesarias para el funcionamiento

15 UNITED STATES COURT OF THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. *Cubby, Inc. v. CompuServe*, 776 F. Supp. 135. 1991. Disponible en: <http://www.internetlibrary.com/pdf/Cubby-CompuServe-SDNY.pdf>

de internet y que mientras no fuera consciente de las actividades infractoras, no era responsable solidario de estas¹⁶.

En estos dos casos, vemos cómo los prestadores de servicios de internet son considerados como *intermediarios* en el proceso de comunicación de la información y que mientras ellos no ejercieran ningún otro rol como editores de esa información, no tendrían responsabilidad sobre la licitud de los contenidos que ayudan a transmitir. Estos casos van a ser fundamentales en la elaboración de las normas de responsabilidad de los prestadores de servicios de internet en Estados Unidos, ya que los *safe harbors* o eximentes de responsabilidad que se van a generar en la normatividad estadounidense van a tener muy en cuenta el grado de conocimiento de los ISP sobre la información infractora.

Un tercer caso de mucha relevancia en la responsabilidad de los prestadores de servicios de internet fue el *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*, en el que un usuario no identificado subió al boletín de Prodigy una información referente al presidente de la firma demandante, en el cual sostenía que este había realizado actos fraudulentos en el mercado. La Suprema Corte de New York encontró que el ISP era responsable, ya que ejercía control editorial puesto que en su boletín tenía políticas de uso de las publicaciones para los usuarios, las cuales hacía cumplir por medio de unas personas llamadas líderes de los foros, además de la utilización de un software diseñado para remover lenguaje no adecuado. Esta conducta fue considerada por la Corte como una conducta propia de una persona que ejerce control editorial sobre los contenidos y, por ende, responsable de todo lo que se publique en su página¹⁷.

Los casos reportados sentaron precedentes que motivaron a las autoridades de Estados Unidos a pensar en un sistema normativo que regulara específicamente la responsabilidad de los prestadores de servicios de internet, en especial, teniendo en cuenta que el desarrollo de internet era cada vez más notorio y para finales de la década de los noventa representaba una herramienta de uso masivo no solo en Estados Unidos sino en todo el mundo.

16 UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA. *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995). 1995. Disponible en: http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/907_FSupp_1361.htm

17 NEW YORK STATE SUPREME COURT. *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*, 1995 WL 323710, 1995. Disponible en: <http://cyber.law.harvard.edu/metaschool/fisher/ISP/ISPc4.html>

Los primeros esfuerzos por regular la responsabilidad de los ISP se dieron en 1995 en Estados Unidos, en el marco de la National Information Infrastructure, NII, en cuyos debates se llegó a la conclusión de que aún no era el momento para establecer un régimen de exclusión o reducción de la responsabilidad de los ISP por las infracciones de propiedad intelectual en las que incurrieran sus usuarios. Los intentos de una regulación se extendieron a otras latitudes; en 1996, en los Tratados Internet de la OMPI prevaleció el intento de los ISP para excluir su responsabilidad por infracciones de propiedad intelectual cometidas en internet.

En este proceso evolutivo de intentos legislativos en el plano internacional, en Estados Unidos, el Congreso promulgó la Digital Millennium Copyright Act, DMCA, del 28 de octubre de 1998¹⁸, resultante de un compromiso de intereses divergentes, de un lado, los ISP que se amparan en la necesidad de no entorpecer el continuo avance de la informática y de otro, los titulares de derechos de propiedad intelectual¹⁹.

En Europa, transcurrieron solo dos años desde la promulgación de la DMCA para que se dictara la Directiva 2000/31/CE, de Comercio Electrónico (DCE)²⁰. Ahora describiremos las notas sustanciales del régimen estadounidense en cuanto a la responsabilidad de los ISP.

La DMCA modificó la ley de Estados Unidos sobre derecho de autor y propiedad intelectual, y la adecuó a las nuevas tecnologías de información. Así, esta ley tiene una aproximación vertical, ya que solo exime de responsabilidad a los ISP por las infracciones de propiedad intelectual²¹. La verticalidad de la aproximación significa

18 United States, House of Representatives, *Digital Millennium Copyright Act, DMCA*, 17 USC 101 note, Public Law 105-304, October 28, 1998. Disponible en: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-105publ304/pdf/PLAW-105publ304.pdf>, <http://copyright.gov/title17/92appb.pdf>

19 PIERRE SIRINELLI, *The Graduated Response and the Role of Intermediaries: Avoiding the Apocalypse or a Return to the Sources*, en *Global Copyright*, 479-491, LIONEL BENTLY, UMA SUTHERSANEN & PAUL TORREMANS, eds., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, United Kingdom (2010).

20 Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *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 el comercio electrónico en el mercado interior, DCE*, 8 de junio de 2000. L 178 *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 17 de julio de 2000. Disponible en: <http://www.boe.es/doue/2000/178/L00001-00016.pdf>

21 LILIAN EDWARDS, *Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyrights and Related Rights*, reporte preparado para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI (2011). http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet_intermediaries_final.pdf

que los eximentes de responsabilidad contenidos en la DMCA no pueden ser aplicados a otros tipos de infracciones derivados de los contenidos que infrinjan algún otro tipo de derecho. Sin embargo, otras leyes específicas han venido a extender el régimen de excepciones a otros escenarios diferentes al derecho de autor, como la Telecommunications Act o Communications Decency Act, DCA, de 1996²², que inicialmente se utilizó contra actos como la injuria o difamación pero que luego se extendieron a otro tipo de infracciones civiles en internet²³.

Esta ley define al prestador de servicios de internet como una entidad que ofrece los servicios de transmisión, enrutamiento y que provee las conexiones digitales en línea, entre distintos puntos solicitados por un usuario sin modificar el contenido de la información que es enviada o recibida por medio del prestador de servicios de internet. Igualmente, se establece que el ISP puede ser un proveedor u operador de instalaciones para servicios en línea y acceso a redes y facilitar los servicios que se prestan en la red²⁴. Esta definición hace que la de prestador de servicios de internet tenga un carácter lo suficientemente amplio para que se encuadre dentro de las categorías que señalamos al comienzo de este escrito.

A. Eximentes de responsabilidad o *safe harbors*

Seguramente, se trata del tema más complejo y controvertido en cuanto a la regulación de la actividad y las implicaciones de los ISP, toda vez que en lugar de identificar de manera especial determinadas situaciones en que los ISP pueden incurrir en responsabilidad, los regímenes *sub examine* parten del establecimiento de un espacio en que los ISP no responderán frente a los terceros afectados por carecer los actos desarrollados de la antijuridicidad que se exige para señalarlos como responsables.

22 United States, Congress, *Telecommunications Act of 1996*, S.652 (Enrolled as Agreed to or Passed by Both House and Senate). Disponible en: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c104:S.652.ENR>:

23 RAQUEL XALABARDER-PLANTADA, *La responsabilidad de los prestadores de servicios de internet por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios*, 2 *Revista de Internet, Derecho y Política*, IDP, 1-15 (2006). Disponible en: <http://www.uoc.edu/idp/2/dt/esp/xalabarder.pdf>

24 *U.S. Digital Millennium Copyright Act*, section 512 (k) (1).

El planteamiento de estos regímenes se explica en parte por la naturaleza misma de la normatividad sobre los ISP, que es la de resultar de un “compromiso”, en especial en lo que se refiere a su responsabilidad porque, de un lado, se fundan en el principio según el cual el ISP no tiene obligación de supervisar ni controlar las páginas y acciones de sus usuarios, ni siquiera cuando haya circunstancias sospechosas. Y de otro lado, reconocen que la libre circulación de contenidos es un elemento esencial de internet, propio de la sociedad virtual y una realidad que todo usuario de contenidos de internet debe tener presente al ingresar al medio virtual.

De allí, la necesidad de conocer y entender este esquema especial de exención de responsabilidad, lo que tratamos a continuación.

La DMCA contiene unas eximentes de responsabilidad o *safe harbors*, como vienen denominados en la ley estadounidense, que establecen cuatro escenarios en los cuales un prestador de servicios de internet no es responsable por las infracciones derivadas de los contenidos violatorios del derecho de autor y que se sustentan en las acciones o categorías de servicios que normalmente desarrolla u ofrece el ISP²⁵. Así, estas eximentes vienen a configurar cuatro escenarios de “no responsabilidad”:

- Cuando el ISP cumple funciones de transmisión, enrutamiento o suministro de conexiones materiales o el almacenamiento transitorio del material en el curso de la transmisión. Este escenario comprende las copias intermedias y transitorias que se generan de modo automático en la red. A esta categoría se le conoce como *mere conduit* o de mera transmisión²⁶.
- Cuando el ISP almacena temporalmente la información mediante un proceso técnico automático. Esta acción es conocida como *caching* y es utilizada por los sistemas de computación para que la conexión a los diferentes sitios de internet sea más rápida, ya que almacena la información y no tiene que buscarla de nuevo, pues dispone de una copia que conserva temporalmente, con lo

25 U.S. Digital Millennium Copyright Act, section 512 (a) (b) (c).

26 WILSON RÍOS-RUIZ, *Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet, en La propiedad intelectual en la era de las nuevas tecnologías*, 553-623, Editorial Temis, Universidad de los Andes, Bogotá (2011).

cual puede responder a los pedidos de ese material por parte de algún suscriptor.

- Cuando a solicitud del usuario, el ISP almacena el material provisto por este en la red o servidor controlado exclusivamente por ese ISP. Esta categoría de servicio es conocida como *hosting* y hace parte de la mayoría de servicios que se ofrecen en la red como los de correo y sus archivos adjuntos almacenados en el servidor del proveedor, redes sociales, servicios de almacenamiento en línea, etc. El proveedor no debe modificar el contenido almacenado en el *website*.
- Cuando el ISP vincula a los usuarios en un sitio en línea por medio de una herramienta en línea como los hipervínculos, enlaces, directorios en línea y motores de búsqueda, entre otros.

Estas causales de exención de responsabilidad son aplicables única y exclusivamente cuando el proveedor de servicios de internet no sea aquel que inicie la cadena de transmisión del material, no seleccione el material o sus destinatarios y no modifique el material conservado.

En el caso del *hosting* se requieren unas condiciones específicas para que el ISP no sea responsable de la infracción de derecho de autor o *copyright*. Estas condiciones son:

1. Que el ISP no tenga un *conocimiento efectivo o real (actual knowledge)* acerca del material o la actividad infractora ni conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito (*awareness*), que podríamos calificar como de *conocimiento aparente* de la infracción, y que una vez que el ISP tenga ese conocimiento o información de la actividad infractora actúe de manera expedita para retirar el material infractor, ya que contrariamente, el ISP seguiría beneficiándose de la exención de responsabilidad.

Por ejemplo, en aquellos casos en que los prestadores de servicios de internet saben o tienen conocimiento de actividades infractoras que se cometen utilizando el almacenamiento de sus servidores,

como en el caso de las páginas que sirven para compartir archivos sin pagar derechos a los autores²⁷.

2. Cuando el ISP tenga el derecho y la capacidad de controlar esa actividad, no debe obtener beneficio económico derivado de la actividad infractora.
3. En los casos en que el ISP sea notificado de una actividad infractora mediante el procedimiento llamado *takedown notice*²⁸, este debe actuar de manera expedita para retirar el material infractor.
4. El ISP está en la obligación de designar un espacio o un agente para recibir las notificaciones sobre las infracciones al derecho de autor.

La actividad de *hosting* constituye una de las más controversiales en el marco de internet y las nuevas tecnologías de información, ya que la mayoría de las infracciones a la propiedad intelectual se presenta en aquellos casos en que se almacena material en los servidores de los ISP.

Una de las mayores controversias que surgen en la aplicación de este régimen de exención de responsabilidad de los ISP tanto para Estados Unidos y para la Unión Europea, consiste en determinar concretamente cuándo el ISP incurre en *actual knowledge* o *awareness* de una infracción al derecho de autor en internet. Esta última categoría de conocimiento es conocida como *red flag test*: la ilicitud debe ser aparente, de lo que se desprende también que no basta la simple sospecha de actos, sino que debe probarse la ausencia de conocimiento de hechos o circunstancias que revelen la ilicitud de la información, con lo cual el ISP resultaría exento de responsabilidad civil.

La presente causal de exención de responsabilidad pone en evidencia que su piedra angular reside en el principio base del régimen,

27 UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. *MetroGoldwynMayer Studios, MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.* 545 U.S. 913 (2005). Disponible en: https://www.casetext.com/case/metro-goldwyn-mayer-studios-inc-v-grokster-ltd-3/#.U_pLAP15M_Y, https://www.casetext.com/case/metro-goldwyn-mayer-studios-inc-v-grokster-ltd-3/#document_text. En esta sentencia, la Corte Suprema estadounidense decidió que el ISP sabía de las operaciones infractoras por descargas ilegales facilitadas en su página y que este no pertenecía a otros servicios legales de descarga disponibles en la red.

28 El *takedown notice* es un procedimiento que consiste en la posibilidad que tienen los titulares de derecho de autor de notificar al ISP sobre una infracción de sus derechos por medio del servicio que el ISP ofrece, de tal manera que este tiene que retirar ese material porque, de lo contrario, podría ser responsable solidario de la infracción al derecho de autor.

según el cual los ISP no están obligados a vigilar ni a controlar la información que transmiten.

A este respecto, en el plano del conocimiento de la ilicitud, el Senado de Estados Unidos determinó que este conocimiento puede tener dos variables, una subjetiva y otra objetiva.

La variable subjetiva se refiere a la conducta del ISP cuando efectivamente conoce de las circunstancias que causan la infracción (*actual knowledge*). La variable objetiva alude al examen de la conducta del ISP, teniendo en cuenta lo que una persona en condiciones normales ante las mismas circunstancias fácticas apreciaría que se está dando una infracción “aparente” al derecho de autor²⁹. A este examen, se le conoce como el *red flag test*, reafirmando que la infracción debe ser aparente y que por ende el prestador de servicios de Internet no está en la obligación de ejercer un control sobre el material y los contenidos que se encuentran en sus servidores³⁰. Se trata pues de lo que la DMCA refiere bajo la noción de *awareness*.

Para ratificar la posición adoptada por la DMCA, el ISP inglés British Telecommunications, BT, estimó en 1999 que si fuera obligado a realizar un control sobre todo el material localizado en sus servidores tendría que contratar a 1.500 nuevos empleados que deberían trabajar 24 horas al día³¹.

Para el cumplimiento del cuarto escenario de exención de responsabilidad que contempla la ley estadounidense, el *linking* —como en el caso de la eximente anterior, el *hosting*—, hay que prestarse atención a que el ISP debe carecer del conocimiento efectivo de que el material o actividad del *link* —o enlace— infringe derechos de autor o que el conocimiento de la infracción sea aparente y que

29 DANIEL SENG, *Comparative Analysis of the National Approaches to the Liability of Internet Intermediaries, preliminary version*, informe presentado a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI (2011). Disponible en: http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/liability_of_internet_intermediaries.pdf

30 RAQUEL XALABARDER-PLANTADA, *La responsabilidad de los prestadores de servicios de internet por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios*, 2 *Revista de Internet, Derecho y Política*, IDP, 1-15 (2006). Disponible en: <http://www.uoc.edu/idp/2/dt/esp/xalabarder.pdf>

31 JANET HENDERSON, *One's Mind Boggles to Think what the Figure would be Today*, Wipo Workshop on Service Provider Liability, Geneva, Switzerland (1999), citada por LILIAN EDWARDS, *Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyrights and Related Rights*, reporte preparado para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI (2011). http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet_intermediaries_final.pdf

una vez tenga conocimiento de la infracción, actúe oportunamente para remover el enlace infractor.

Además, se establece que para beneficiarse de la exención de responsabilidad, el ISP que tenga el derecho y capacidad de controlar el contenido en la red, y en el que esté localizado el enlace, no debe recibir beneficio económico derivado del material infractor.

Por último, en los casos del *linking* y el *hosting*, se exige que una vez reciba la notificación de la infracción mediante el procedimiento *takedown notice*, el ISP actúe de manera expedita para retirar o bloquear el material infractor³².

El régimen de exención de responsabilidad de los ISP en la Unión Europea también ha plasmado su preocupación por el desarrollo actual de las actividades en internet. Este régimen consignado en la Directiva de Comercio Electrónico de 2000, prevé exenciones de responsabilidad especiales para los prestadores de servicios de internet que implementan los países de la Unión Europea.

Si bien el régimen europeo comparte buena parte de las reglas contenidas en la DMCA, se diferencia de ella fundamentalmente en cuanto a su cobertura o campo de aplicación. En efecto, el régimen europeo extendió su aplicación a “toda actividad infractora de derechos” con lo que la directiva no se refirió únicamente a infracciones de *derechos de autor*, como sí la normativa estadounidense, sino que también resulta aplicable a otras actividades ilícitas desarrolladas por los ISP, como la *difamación*, *ciberdelincuencia*, *pornografía infantil online*, *tráfico de datos personales* sin el consentimiento de sus titulares, esto es, amplias materias de los *derechos de la personalidad*, *competencia desleal*, *propiedad industrial* y cualquier otra infracción que pudiera cometerse en la red por medio de los prestadores de servicios de internet³³.

A diferencia de la DMCA, la Directiva Europea optó por una aproximación horizontal, en el sentido de eximir de responsabi-

32 Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *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 el comercio electrónico en el mercado interior*, DCE, 8 de junio de 2000. L 178 *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 17 de julio de 2000. Disponible en: <http://www.boe.es/doue/2000/178/L00001-00016.pdf>

33 LILIAN EDWARDS, *Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyrights and Related Rights*, reporte preparado para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI (2011). http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet_intermediaries_final.pdf

lidad a los ISP por cualquier infracción; por cierto, dentro de las puntuales condiciones establecidas en la ley, y se inspira en la intención de no poner obstáculos al mercado, dada la posibilidad de una pluralidad de regímenes por diversas infracciones de los ISP.

En ese sentido, la norma europea distingue entre *responsabilidad en general* y *responsabilidad por daños y perjuicios* para exigir un distinto nivel de conocimiento de la ilicitud por parte del ISP. Sin embargo, hay una gran imprecisión normativa para definir a qué tipo de responsabilidad se ha referido el legislador europeo. Esta situación dará lugar a diversas interpretaciones en los Estados miembros, para determinar cuándo se exige el “conocimiento real o efectivo” (*real knowledge*)³⁴ y cuándo las circunstancias hacen que el conocimiento sea aparente (*awareness*).

De esta manera se destaca la diferencia sustancial entre el régimen europeo y el estadounidense: el primero tiene una eximente de responsabilidad para todo tipo de infracciones y establece el régimen de exención de los ISP frente a cualquier tipo de responsabilidad, mientras que la DMCA solo aplica su régimen de exención de responsabilidad para los daños y perjuicios³⁵. La amplitud del régimen de exención europeo será objeto pues de variadas interpretaciones por los Estados de la Unión, lo cual dificulta la necesaria armonización de soluciones frente a la responsabilidad de los ISP.

Así, como lo ha dispuesto el régimen estadounidense, la Directiva Europea plantea también *safe harbors* o eximentes de responsabilidad³⁶ para los casos de *mere conduit*, *caching* y *hosting*, con la precisión de que en Europa no se incluyó el *linking*³⁷ entre los escenarios de exención de responsabilidad.

En ambos regímenes, se identifica con nitidez cada una de las eximentes de responsabilidad de los ISP: *mere conduit*, *caching* y

34 JUAN FRANCISCO ORTEGA-DÍAZ, *Derecho y posiciones ciberlibertarias*, en *Derecho & TIC 10.0*, 131-185, Editorial Temis, Universidad de los Andes, Bogotá (2011).

35 JUAN FRANCISCO ORTEGA-DÍAZ, *Derecho y posiciones ciberlibertarias*, en *Derecho & TIC 10.0*, 131-185, Editorial Temis, Universidad de los Andes, Bogotá (2011).

36 La Directiva Europea en su considerando 42 señala: “Las exenciones de responsabilidad establecidas en la presente Directiva solo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros, es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente”.

37 En el *linking*, el ISP actúa como motor de búsqueda y consiste en efectuar vínculos a otros puntos de la red mediante hipertexto.

*hosting*³⁸, en los cuales la participación del ISP se caracteriza por ser meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica en los hechos que, para beneficiarse de la exención de responsabilidad, el ISP debe carecer de conocimiento de la infracción y de todo control sobre la información transmitida y almacenada³⁹.

En otras palabras, el ISP cuando actúa como mero transmisor de información, no modificará la información transmitida⁴⁰ y no interferirá con los mecanismos establecidos en el origen. El legislador europeo ha establecido que la autoridad judicial o administrativa podrá disponer que el ISP “ponga fin a la infracción o que la impida”, ante lo cual, el ISP debe actuar de manera inmediata.

En el caso del *caching*, el ISP tampoco debe modificar la información, en cuyo caso evidentemente tendría que asumir la responsabilidad que de ese hecho le derive. Debe cumplir los requisitos de acceso que establece el creador de la página o sitio web. Además, debe cumplir las normas de actualización de la información que está alojada en su memoria *caché*.

El ISP debe proceder de inmediato a retirar la información o impedir su acceso, en la medida en que “tenga conocimiento efectivo” de que aquella ha sido retirada o su acceso ha sido deshabilitado del sitio de origen o de que un tribunal o autoridad administrativa haya dispuesto su retiro o acceso.

En cuanto al servicio de alojamiento de datos o *hosting*, el ISP se beneficia de la exención cuando no tiene conocimiento del contenido ilícito⁴¹. En este caso, para que se configure el conocimiento a que alude la ley europea y el ISP no quede incluido en la causal de exención de responsabilidad, basta que el conocimiento se refiera a “hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito”, noción que en la ley estadounidense se conoce como “conocimiento aparente” (*awareness*).

38 LINDY GOLDING, *Intellectual Property and the Media*, en *Media Law and Practice*, 189-224, DAVID GOLDBERG, GAVIN SUTTER & IAN WALDEN, eds., Oxford Press, Oxford (2009).

39 IAN J. LLOYD, *International and European Initiatives in E-commerce*, en *Information Technology Law*, 443-459, Oxford Press, Oxford (2012).

40 Como establece la DCE, la condición referida al impedimento para modificar la información no comprende la manipulación sencillamente técnica que implica la transmisión que no apunta a la alteración de los datos transmitidos.

41 La Directiva Europea en su considerando 46 señala “Para beneficiarse de una limitación de responsabilidad, el prestador de un servicio de la sociedad de la información consistente en el almacenamiento de datos habrá de actuar con prontitud para retirar los datos de que se trate o impedir el acceso a ellos en cuanto tenga conocimiento efectivo de actividades ilícitas”.

Por otro lado, el régimen europeo no trae ninguna especificación sobre sistemas de notificación de los usuarios como el *takedown notice* previsto en la DMCA, lo que representa un importante medio de prueba que no se da en el marco de la normativa europea.

En cambio, bajo la ley europea, el afectado debe intentar sus acciones ante las autoridades judiciales o administrativas, que serán las encargadas de ordenar a los ISP las medidas pertinentes, sea de cese o impedimento de la infracción frente a un contenido ilícito (retiro o bloqueo de datos). De ser este el sentido de la resolución, el ISP acatará la medida dispuesta, destacando en la solución del legislador que el conocimiento de la ilicitud por parte del ISP se establece a partir de la resolución de la autoridad.

Como se señaló anteriormente, el sistema estadounidense contiene un procedimiento mucho más expeditivo que parte de la notificación de las infracciones realizadas por los titulares de derechos de autor y consiste en la notificación al prestador de servicios de internet de las infracciones que derivan de los contenidos que se comunican por medio de sus servicios para que los remueva de manera inmediata. Diversamente, al poseer un régimen que no solo comprende exenciones de responsabilidad en materia de derecho de autor, sino además lo extiende a todo tipo de infracciones, la Unión Europea ha señalado a los países miembros que las notificaciones a los prestadores de servicios de internet acerca de las infracciones se deben llevar de manera judicial o administrativa. Por ejemplo, en la legislación española se requiere la intervención de un juez para realizar ese tipo de procedimientos⁴².

III. EL RÉGIMEN DE EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS ISP EN EL TLC COLOMBIA-ESTADOS UNIDOS

Colombia ha suscrito el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos (en adelante, TLC); otros TLC también se han venido con-

42 CARLOS N. HERRERO, *La ley Sinde como supuesto de exclusión de la jurisdicción*, en *Fodertics, Estudios sobre derecho y nuevas tecnologías, I Foro de Expertos y Jóvenes Investigadores en Derecho y Nuevas Tecnologías*, 293-307, Federico Bueno de Mata, coord., Andavira Editora, Santiago de Compostela (2012).

cretando entre el país del norte y varios países latinoamericanos, como Chile y Perú.

Para Colombia, el régimen que propone el TLC en materia de propiedad intelectual y su relación con internet, representa un desafío en su implementación, un paso importante para orientar los esfuerzos del legislador en la regulación de internet, un terreno vasto y complejo en el que operan múltiples sujetos y en el que la tecnología plantea retos interesantes para las instituciones del derecho.

Por un lado, la institución de la responsabilidad civil, ya habituada a los embates científicos y tecnológicos a partir de otras áreas de la actividad humana, debe en los tiempos presentes afrontar el voraz desarrollo de la informática y con ella, la tecnología que evoluciona incesante tras el telón de internet. De otro lado, la doctrina que vaya afrontando el problema de la responsabilidad de los prestadores de servicios de internet; y los magistrados y todos los operadores del derecho tendrán que adecuarse a los nuevos tiempos e incursionar en el conocimiento del interesante terreno de la virtualidad.

El TLC Colombia-Estados Unidos ha seguido en materia de responsabilidad de los ISP el criterio especial adoptado por la DMCA sobre la restricción del régimen de limitaciones a los derechos de autor y ha tomado la aproximación vertical de la ley estadounidense⁴³.

En el mismo sentido, el TLC dispone que cada parte establecerá en sus respectivas legislaciones limitaciones relativas a los recursos disponibles contra los proveedores de servicios por infracción a derechos de autor, bajo la misma condición de la DMCA: que los proveedores del servicio “no controlen, inicien o dirijan” el contenido que difunden y que la infracción se produzca por medio de sistemas o redes controladas u operadas por ellos, o en su representación.

Es decir, el TLC viene inspirado en la esencia de la DMCA: que los ISP no tienen la obligación de vigilar los contenidos que transmiten, pues su participación se caracteriza por ser sencillamente técnica, automática y pasiva. Esto es, que en el normal comportamiento del ISP, este carece de conocimiento y de todo control sobre

43 Así, el TLC ha previsto en su art. 16.11, apartado 29: “Con el fin de disponer procedimientos de observancia que permitan una acción efectiva contra cualquier acto de infracción de derecho de autor cubiertos por este capítulo, incluyendo recursos expeditos para prevenir infracciones, y recursos penales y civiles, cada Parte dispondrá, en forma compatible con el marco establecido en este artículo...”.

la información transmitida para los fines de ser beneficiario de la exención de responsabilidad.

Se acoge pues la posición que sostiene que siendo técnicamente imposible para el ISP revisar constantemente los contenidos que aloja o permite circular, por los costos que esas acciones implicarían, en principio no debe imputársele responsabilidad en caso de que tales contenidos sean ilícitos o infrinjan normas de propiedad intelectual⁴⁴, toda vez que el control del material en internet constituye una tarea extremadamente difícil y costosa de gestionar, cuando no imposible.

Partiendo de estos presupuestos que explican el régimen del TLC sobre el tema que tratamos y en línea con la DMCA, el TLC contempla cuatro escenarios en los que los ISP pueden estar exentos de responsabilidad civil, a saber, la *mere conduit*, el *caching*, el *hosting* y el *linking*, en el marco de la DMCA. Así, el Apartado 29 del art. 16.11 del TLC establece:

(i) Estas limitaciones excluirán las indemnizaciones pecuniarias y proveerán restricciones razonables en las medidas dictadas por un Tribunal para ordenar o prevenir ciertas acciones para las siguientes funciones y se limitarán a esas funciones:

- a. Transmisión, enrutamiento o suministro de conexiones para materiales sin modificaciones en su contenido, o el almacenamiento intermedio y transitorio de dicho material en el curso de ello.
- b. Almacenamiento temporal llevado a cabo mediante un proceso automático (*caching*).
- c. Almacenamiento a petición del usuario del material que se aloja en un sistema o red controlado u operado por o para el proveedor de servicios (*hosting*); y
- d. Referir o vincular a los usuarios a un sitio en línea mediante la utilización de herramientas de búsqueda de información, incluyendo hipervínculos y directorios.

44 En este sentido, en *¿Por qué se reguló la responsabilidad de los ISP y por qué debe regularse el tema de la responsabilidad de los ISP en Colombia?*, GINA PAOLA SPIN-CORTÉS destaca que lo aceptable en determinados casos específicos —como el de la pornografía infantil—, es exigir que se adopten medidas como en el caso de Colombia en que existe un código de conducta firmado por los ISP.

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

Con respecto a la función de *hosting*, como en la DMCA, para que el ISP se beneficie de la causal de exención, no debe haber tenido conocimiento efectivo ni aparente de la infracción de derecho de autor o derecho conexo⁴⁵. En efecto, de haber tenido conocimiento de la infracción, el ISP deberá someterse a las reglas de responsabilidad civil por los daños generados por su conducta⁴⁶.

El TLC ha referido las causales de exención de responsabilidad a los daños y perjuicios, con lo cual se aparta del modelo europeo de la Directiva de Comercio Electrónico que en cambio ha extendido el régimen de exenciones a todo tipo de responsabilidad, como se explicó en párrafos anteriores.

A. Una sentencia visionaria de la trayectoria que puede seguir la implementación del TLC Colombia-Estados Unidos: Sentencia T-040 de 2013

La sentencia T-040 de 2013 dictada por la Corte Constitucional es una de las primeras en Colombia en afrontar, si bien de manera tangencial, el tema de la responsabilidad de prestador de servicios de internet por contenido ilícito. El caso versa sobre la veracidad de la información de una persona, disponible en la red por medio del buscador Google. El usuario buscó su nombre en el navegador Google que le arrojó como resultado el enlace de un titular *Los hombres de la mafia en los llanos*, publicado por el diario *El Tiempo*. Esta nota hacía referencia a la captura de la persona del usuario,

45 En el caso *A&M Records Inc. v. Napster Inc.*, del Tribunal de Apelación del Noveno Circuito de Estados Unidos, de 2001, el ISP actuaba como motor de búsqueda para los usuarios en una lista de material protegido por *copyright* buscando otros usuarios que tuvieran disponibilidad para compartir esos archivos. En este caso, el ISP guardaba la información en sus servidores, razón por la cual tenía un conocimiento efectivo de las actividades infractoras de sus usuarios.

46 RICARDO ANTEQUERA-PARILLI, *Estudios de derecho industrial y derecho de autor, Análisis de jurisprudencia comparada*, 595-662, Editorial Temis, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (2009).

realizada años atrás por un caso vinculado a narcotráfico. Este proceso finalmente terminó por prescripción de la acción penal, en razón de lo cual el usuario no tiene antecedente penal alguno con la justicia. Ante esta situación, el usuario de internet envió un derecho de petición al diario y otro al buscador para la eliminación de la noticia, sin que este obtuviera una respuesta positiva. Posteriormente, el usuario inicia una acción de tutela.

La Corte decidió que el diario rectificara la información que puso a disposición en sus archivos electrónicos y señaló que en lo que respecta al buscador Google, que es el tema de nuestro mayor interés en el escrito, como prestador de servicios de internet, no tenía responsabilidad alguna ya que quien analizó, procesó y divulgó la información fue el periódico. Según la Corte, el buscador “presta un servicio de búsqueda de la información que hay en toda la red, y no es quien redacta o publica tal información, sino que es un simple motor de búsqueda al cual no se le puede endilgar la responsabilidad sobre la veracidad o imparcialidad de un respectivo artículo, noticia o columna que aparezca en sus resultados”⁴⁷.

La Corte consideró que Google actúa de la misma forma que un fichero de biblioteca, determinado por la búsqueda particular de cada usuario, de tal forma que el ISP no es responsable por la corrección o eliminación de la información generada por un medio de comunicación en la red. Sin embargo, la Corte aclara que puede haber casos en que un buscador viole derechos fundamentales por la información que administra sin especificar en qué tipo de casos.

Llama la atención que la sentencia, a pesar de señalar las funciones del buscador dentro del proceso de comunicación de la información que pone a disposición de los usuarios, no se refiere en ningún momento a la práctica del *linking*, uno de los servicios que prestan los ISP y que está regulado en el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, ratificado por Colombia, y en el que se establece el régimen de exenciones de responsabilidad para casos relativos a derecho de autor, y que dada la conducta puesta en evidencia por el buscador Google del caso, resultaría aplicable al presente en virtud de la función del ISP como motor de búsqueda.

47 Corte Constitucional, Sentencia T-040 de 2013, 28 de enero de 2013. Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt-Chaljub. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-040-13.htm>

IV. PROYECTO DE LEY DE RESPONSABILIDAD DE LOS ISP EN COLOMBIA

El proyecto de Ley 241 de 2011 sobre la responsabilidad por las infracciones a los derechos de autor y derechos conexos en Colombia, también conocido como Ley Lleras, constituye una iniciativa legislativa contemplada en el marco del Plan de desarrollo 2010-2014.

El proyecto intentó dar cumplimiento al compromiso asumido por Colombia al celebrar el TLC con Estados Unidos, en especial en lo que respecta a la responsabilidad de los ISP. Sin embargo, el proyecto no prosperó en el Senado⁴⁸.

Sin perjuicio de las posiciones divergentes que despertó el proyecto⁴⁹, es valioso que su núcleo pretende responder a una necesidad concreta de regulación de un sector de las relaciones que surgen de internet y las posibles situaciones de afectación de derechos de autor y derechos conexos a partir de la circulación de información en la red. Desde esta perspectiva, el proyecto cumple su objetivo, pues apunta a colmar un vacío que en la actualidad está librado a la jurisprudencia que bien puede definir en cada caso concreto

48 El proyecto finalmente fue archivado por el Congreso de la República después de haber pasado un primer debate en su Comisión Primera. Sin embargo, meses después y ante la presión de algunos grupos de activistas y medios de comunicación, el trámite se frustró y como consecuencia, Colombia está a la espera aún de la dación de un régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de internet que tendrá que tramitarse en virtud de los compromisos adquiridos en los tratados de libre comercio con Estados Unidos y Europa.

49 El proyecto se caracterizó por incluir sanciones de naturaleza civil y penal para aquellos que vulneraran derechos de autor y derechos conexos mediante actividades en internet y que además obtuvieran lucro a partir de tales infracciones. Del mismo modo, estableció que los proveedores de servicios de internet deberían incluir en sus contratos con los usuarios cláusulas mediante las cuales estos se comprometieran a someterse a las decisiones del proveedor acerca del retiro de contenidos infractores y de la desconexión de la red para infractores reincidentes; esta situación se presentó como una de las más polémicas del proyecto. En este sentido, sería el proveedor directamente quien decidiría sobre la existencia de la infracción para proceder de consecuencia al retiro del material ya que, de lo contrario, podía terminar siendo considerado responsable solidario. De todas maneras, en este esquema, el presunto infractor tenía la potestad de apelar la decisión y esperar que un juez se pronunciara definitivamente.

A pesar de las críticas del proyecto, de este es importante resaltar aspectos como el glosario de términos de su parte inicial que tenían plena concordancia con las principales normativas internacionales, la aclaración de que las sanciones penales y civiles no serían contra los usuarios sino contra aquellos que ponen a disposición el material infractor en las redes con el ánimo de lucrar, como principales agentes en la cadena de distribución y comercialización de los contenidos infractores. Véase sesudo comentario del proyecto en WILSON RAFAEL RÍOS-RUIZ, Ley Lleras. Análisis de los pros y los contra, Revista Portafolio, Bogotá, 27 de abril de 2011. Disponible en: <http://www.portafolio.co/opinion/blogs/juridica/ley-lleras-analisis-los-pros-y-los-contra>

la existencia o no de responsabilidad por los contenidos ilícitos circulantes en la red.

La regulación de las causales de exención de responsabilidad que beneficia a los ISP frente a una eventual infracción de derecho de autor y derechos conexos no hace sino consolidar el principio que acoge el proyecto en su art. 3 relativo a la “inexistencia de obligación general de supervisión”, lo que constituye, sin duda, el mismo principio rector del régimen propuesto para los servicios que prestan los ISP bien sea en el TLC, en la DMCA y en la Directiva europea sobre comercio electrónico.

En efecto, las esferas de exención de responsabilidad de los ISP constituyen la cuestión medular del proyecto y, en este sentido, se puede afirmar que adhiere a la línea que ha trazado el Tratado: no referirse precisamente a la responsabilidad de los ISP, sí en cambio, a las esferas de exención de responsabilidad, aunque erróneamente el proyecto alude a ellas en su art. 4 bajo la denominación de “exoneración de responsabilidad”⁵⁰.

Podemos llegar a determinar en sentido negativo lo que podría constituir terreno para una eventual responsabilidad de los ISP: todo lo que no se encuentre en los espacios descritos por el legislador. Y sobre este terreno remanente, serán valiosas las construcciones doctrinarias y jurisprudenciales que nos permitan determinar con claridad, ahora sí, en sentido positivo la responsabilidad de los ISP.

En síntesis, este es el mensaje que se percibe del plano internacional y que está en espera de traducción en la legislación colombiana.

50 No estamos ante situaciones de exoneración de responsabilidad toda vez que estas se presentan cuando no concurren los elementos del supuesto de responsabilidad, que no es el caso que plantea la proyectada norma del art. 4, que sigue con claridad la línea marcada por el TLC con Estados Unidos y, a su vez, este adhiere al planteamiento esencial de la DMCA.

CONCLUSIONES

A modo de conclusión, se pueden destacar algunos puntos fundamentales en el presente examen comparativo.

Los regímenes examinados presentan un espacio destinado a no responder siempre que se cumplan las condiciones establecidas. Estos espacios son denominados *safe-harbors*. En principio, el simple incumplimiento de las condiciones allí establecidas impide beneficiarse de la exención de responsabilidad, pero ello no significa que automáticamente vaya imputada una responsabilidad a los ISP.

Ciertamente, de no cumplirse los requisitos de exención, dependerá de las reglas generales de la responsabilidad aplicables al caso, que en el ámbito del ordenamiento estadounidense corresponderán a la responsabilidad por hecho ajeno (*secondary liability*) y en los sistemas de base romano germánica, a la determinación de la responsabilidad del colaborador necesario o al régimen de responsabilidad por hecho ajeno.

En cualquiera de los dos ámbitos normativos, se requiere la infracción en que incurre el usuario del servicio de internet, que es el detonante de la posible cadena de responsabilidades. La variante será la regla de responsabilidad aplicable según la ley estadounidense o la ley de matriz europea.

En ese sentido, queda claro que el régimen de *safe harbors* constituye el primer filtro para poder determinar la responsabilidad de los ISP.

Una verdad que a la luz de la tecnología resulta aceptable desde diversas perspectivas, es que el servicio de internet como tal, considerado como la simple intermediación en la circulación de contenidos informativos, no conlleva por sí mismo la violación de derechos de propiedad intelectual cuando los suscriptores del servicio son aquellos que sí han colocado material ilícito. Distinta sería la situación en que el ISP tuviera conocimiento o que por medio de las circunstancias de los hechos en que se insertó el material ilícito pudiera inferirse este conocimiento, en cuyo caso bien podría configurarse un supuesto de responsabilidad civil por los daños que acarree a terceros la circulación del contenido ilícito.

La determinación del supuesto concreto de responsabilidad aplicable en estos casos para el ISP, es un tema aún no resuelto

por la doctrina misma incluso desde una perspectiva comparada, por lo que los sistemas jurídicos aún ensayan respuestas desde la responsabilidad por hecho de tercero; en ciertos casos, se intentan respuestas desde la responsabilidad directa, sea bajo la responsabilidad subjetiva o la responsabilidad objetiva. Este problema específico merece un aparte en su tratamiento que afrontaremos en otro escrito.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- ANTEQUERA-PARILLI, RICARDO, *Estudios de derecho industrial y derecho de autor, Análisis de jurisprudencia comparada*, Editorial Temis, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (2009).
- LLOYD, IAN J., *Information Technology Law*, Oxford Press, Oxford (2012).
- WILSON RÍOS-RUIZ, *Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet*, en *La propiedad intelectual en la era de las nuevas tecnologías*, 553-623, Editorial Temis, Universidad de los Andes, Bogotá (2011).

Contribución en obras colectivas

- GOLDING, LINDY, *Intellectual Property and the Media*, en *Media Law and Practice*, 189-224, DAVID GOLDBERG, GAVIN SUTTER & IAN WALDEN, eds., Oxford Press, Oxford (2009).
- HERRERO, CARLOS N., *La ley Sinde como supuesto de exclusión de la jurisdicción*, en *Fodertics, Estudios sobre derecho y nuevas tecnologías, I Foro de Expertos y Jóvenes Investigadores en Derecho y Nuevas Tecnologías*, 293-307, FEDERICO BUENO DE MATA, coord., Andavira Editora, Santiago de Compostela (2012).
- ORTEGA-DÍAZ, JUAN FRANCISCO, *Derecho y posiciones ciberlibertarias*, en *Derecho & TIC 10.0*, 131-185, Editorial Temis, Universidad de los Andes, Bogotá (2011).

Revistas

- HERCOVICH-MONTALBA, MATÍAS RAÚL, *Responsabilidad de los ISP por contenidos ilícitos o infractores de terceros*, 2 *Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Universidad de Chile*, 1, 114-148 (2013). Disponible en: <http://www.rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/viewFile/25889/28936>
- JULIÀ-BARCELÓ, ROSA, *Liability for On-Line Intermediaries: a European Perspective*, 20 *European Intellectual Property Review*, 12, 453-463 (1998).
- JUST, MATTHEW R., *Internet File Sharing and the Liability of Intermediaries for Copyright Infringement: A Need for International Consensus*, 1 *The Journal of Information, Law and Technology, JILT* (2003). Disponible en: http://www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2003_1/just/
- LEINER, BARRY M.; CERF, VINTON G.; CLARK, DAVID D.; KAHN, ROBERT E.; KLEINROCK, LEONARD; LYNCH, DANIEL C.; POSTEL, JON; ROBERTS, LAWRENCE G. & WOLFF, STEPHEN, *Una breve historia de internet*, *On the Internet, Internet Society Journal*, 2-32, ALONSO ÁLVAREZ & LLORENÇ PAGÉS, trad. (May-June, 1997). Disponible en <http://alumno.uco.mx/~al038254/Servicio%20de%20internet/Una%20breve%20historia%20de%20Internet.pdf>
- ORTIZ-LÓPEZ, PAULA, *Redes sociales: funcionamiento y tratamiento de información personal*, en *Derecho y redes sociales*, 21-38, Thomson Reuters, Navarra (2013).

SIRINELLI, PIERRE, *The Graduated Response and the Role of Intermediaries: Avoiding the Apocalypse or a Return to the Sources*, en *Global Copyright*, 479-491, LIONEL BENTLY, UMA SUTHERSANEN & PAUL TORREMANS, eds., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, United Kingdom (2010).

SPIN-CORTÉS, GINA PAOLA, *¿Por qué se reguló la responsabilidad de los ISP y por qué debe regularse el tema de la responsabilidad de los ISP en Colombia?*, 11 *El Derecho de Autor, Estudios, Revista del Centro Colombiano del Derecho de Autor, CECOLDA*, 2-24 (s.f.). Disponible en http://www.cecolda.org.co/images/publicaciones/numero11/ed11_6.pdf

XALABARDER-PLANTADA, RAQUEL, *La responsabilidad de los prestadores de servicios de internet por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios*, 2 *Revista de Internet, Derecho y Política, IDP*, 1-15 (2006). Disponible en: <http://www.uoc.edu/idp/2/dt/esp/xalabarder.pdf>

Tratados internacionales

Colombia-Estados Unidos, Tratado de Libre Comercio, TLC. Disponible en: <http://www.tlc.gov.co/publicaciones.php?id=727>

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, *Tratado de la OMPI sobre derechos de autor, WCT*, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996. Disponible en: http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=295167

Normatividad internacional

Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, *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 el comercio electrónico en el mercado interior, DCE*, 8 de junio de 2000. L 178 *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 17 de julio de 2000. Disponible en: <http://www.boe.es/doue/2000/178/L00001-00016.pdf>

United States, Congress, *Telecommunications Act of 1996*, S.652 (Enrolled as Agreed to or Passed by Both House and Senate). Disponible en: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c104:S.652.ENR>:

United States, House of Representatives, *Digital Millennium Copyright Act, DMCA*, 17 USC 101 note, Public Law 105-304, October 28, 1998. Disponible en: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-105publ304/pdf/PLAW-105publ304.pdf>, <http://copyright.gov/title17/92appb.pdf>

Normatividad colombiana

Colombia, *Ley 23 de 1982, sobre derechos de autor*, 35.949 *Diario Oficial* (19 de febrero de 1982). Disponible en: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=3431>

Casos internacionales

EWHC 1765 (QB); EMLR 27, QUEEN'S BENCH DIVISION, ENGLAND, *Metropolitan International Schools v. Designtechnical Corporation, Google UK Ltd. & Google Inc.* July 16, 2009. Disponible en: <http://www.5rb.com/wp-content/uploads/2013/10/Metropolitan-v-Google-EadyJ-16-July-2009.pdf>

NEW YORK STATE SUPREME COURT. *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*, 1995 WL 323710, 1995. Disponible en: <http://cyber.law.harvard.edu/metaschool/fisher/ISP/ISPc4.html>

UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT, 9TH CIR. *A&M Records v. Napster, Inc.*, 239 F.3d. 1004. 1020. N.5. 2001. Disponible en: <http://gozips.uakron.edu/~dratler/2004cyberlaw/materials/napster.htm>, http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/239_F3d_1004.htm

UNITED STATES COURT OF THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. *Cubby, Inc. v. CompuServe*, 776 F. Supp. 135. 1991. Disponible en: <http://www.internetlibrary.com/pdf/Cubby-Compuserve-SDNY.pdf>

UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA. *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995). 1995. Disponible en: http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/907_FSupp_1361.htm

UNITED STATES SUPREME COURT OF JUSTICE. *MetroGoldwynMayer Studios, MGM Studios, Inc. v. Grokster, Ltd.* 545 U.S. 913 (2005). Disponible en: https://www.casetext.com/case/metro-goldwyn-mayer-studios-inc-v-grokster-ltd-3/#.U_pLAP15M_Y, https://www.casetext.com/case/metro-goldwyn-mayer-studios-inc-v-grokster-ltd-3/#document_text

Jurisprudencia colombiana

Corte Constitucional, Sentencia T-040 de 2013, 28 de enero de 2013. Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt-Chaljub. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-040-13.htm>

Documentos, ensayos, ponencias, reportes

CABRERA-JIMÉNEZ, ANTONIA; OLMEDO-PERALTA, FRANCISCO M. & VERTEDOR-ROMERO, FRANCISCO, *Historia, actualidad y futuro de internet*, 2-32 (2004). Disponible en: https://tpiues.files.wordpress.com/2012/10/historia_de_internet.pdf

EDWARDS, LILIAN, *Role and Responsibility of Internet Intermediaries in the Field of Copyrights and Related Rights*, reporte preparado para la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI (2011). http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet_intermediaries_final.pdf

INTERACTIVE ADVERTISING BUREAU, IAB, *IAB Internet Advertising Revenue Report*
Disponible en: http://www.iab.net/media/file/IAB_Internet_Advertising_Revenue_Report_FY_2012.pdf

MAZA-GAZMURI, ÍÑIGO DE LA, *Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet por infracción de los derechos de autor*, 1-25, http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/numero1/RESPONSABILIDAD_PROVEEDORES_INTERNET_delaMaza.pdf

RENGIFO, ERNESTO, *Hacia una responsabilidad para otros intermediarios de internet*, Congreso de la Asociación Literaria y Artística Internacional, ALAI, Cartagena (2013).

SENG, DANIEL, *Comparative Analysis of the National Approaches to the Liability of Internet Intermediaries, preliminary version*, informe presentado a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI (2011). Disponible en: http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/liability_of_internet_intermediaries.pdf

Medios de comunicación

RÍOS-RUIZ, WILSON RAFAEL, *Ley Lleras. Análisis de los pros y los contra*, *Revista Portafolio*, Bogotá, 27 de abril de 2011. Disponible en: <http://www.portafolio.co/opinion/blogs/juridica/ley-lleras-analisis-los-pros-y-los-contra>