

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

**LIMITACIONES A LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE
SERVICIOS DE INTERNET EN ESTADOS UNIDOS Y SU RELACION CON EL
TRATADO DE LIBRE COMERCIO (TLC) FIRMADO CON COLOMBIA**

**MAGDA LILIANA MORALES REYES
ADRIANA LUCIA OTERO MARQUEZ**

**BOGOTA, D.C.
AGOSTO 26 DE 2013**

PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS

**LIMITACIONES A LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE
SERVICIOS DE INTERNET EN ESTADOS UNIDOS Y SU RELACION CON EL
TRATADO DE LIBRE COMERCIO (TLC) FIRMADO CON COLOMBIA**

**MAGDA LILIANA MORALES REYES
ADRIANA LUCIA OTERO MARQUEZ**

**TRABAJO DE GRADO (TESIS)
Presentado como requisito
para optar al título de:**

ABOGADO

Director: Andrés Izquierdo

**BOGOTA, D.C.
AGOSTO 26 DE 2013**

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

LIMITACIONES A LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERNET EN ESTADOS UNIDOS Y SU RELACION CON EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO (TLC) FIRMADO CON COLOMBIA

INDICE GENERAL

CAPITULO I INTRODUCCIÓN.....5

CAPITULO II EL DERECHO EN ESTADOS UNIDOS DE AMERICA.....6

1. Historia del Derecho en Estados Unidos de America.....	7
a. Etapa colonial.....	6
b. Independencia.....	8
c. Etapa Constitucional.....	9
2. Fuentes del Derecho en Estados Unidos de America.....	11
a. La ley: Statute Law.....	11
b. Jurisprudencia: Case Law.....	13

CAPITULO III. INTERMEDIARIOS O PRESTADORES DE SERVICIOS EN LINEA.....15

1. Antecedentes.....	15
2. Definiciones.....	16
a. Comunicaciones Digitales Transitorias.....	18
b. Sistema de Caching.....	19
c. Almacenamiento de informacion en sistemas o redes bajo la direccion de los usuarios.....	19
d. Vinculacion.....	20
3. Limitaciones a la Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en la DMCA.....	20
a. Comunicaciones Digitales Transitorias.....	21
b. Caching.....	23
c. Almacenamiento bajo la direccion de los usuarios.....	25
d. Vinculacion.....	29
e. Limitacion a la Responsabilidad de las Instituciones Educativas.....	30
f. Falsas declaraciones y Notificaciones.....	32
g. Citaciones.....	34
h. Condiciones de Elegibilidad.....	35

i. Ordenes Judiciales.....	36
4. Casos Representativos.....	38
1. Recording Industry of America v. Verizon Internet.....	38
2. Ellison v. Robertson.....	42
3. Gordon Roy Parker v Google, Inc.....	46
4. Michael J. Rossie, DBA Internet movies.com v. Motion picture association of America Inc.....	51
CAPITULO IV.EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON COLOMBIA.....	57
1. Comunicaciones Digitales Transitorias.....	57
2. Sistema de Caching.....	59
3. Alojamiento a peticion del usuario y Vinculacion.....	62
4. Sistema de Notificaciones.....	66
5. Condiciones Generales de Elegibilidad.....	73
6. Instituciones Propias del Derecho Norteamericano.....	74
a. Limitacion a la responsabilidad de las Instituciones Educativas.....	75
b. Falsas declaraciones.....	76
c. Citaciones.....	76
CAPITULO V. CONCLUSIONES.....	77

I. INTRODUCCION

En la última década, Estados Unidos de América ha extendido sus relaciones comerciales con diversas naciones del mundo por medio de los Tratados de Libre Comercio (TLC). Estados Unidos, sin ser exhaustivos, ha firmado acuerdos comerciales con numerosos países como Australia, Corea del Sur, Israel, Jordania, Marruecos, Chile y Colombia, entre otros.

Entre las muy diversas materias que han sido objeto de los Tratados de Libre Comercio, se encuentran los derechos de autor y derechos conexos. Es así que en estos acuerdos comerciales se han establecido puntualmente normas en excepciones y limitaciones, retransmisión de señales de televisión por Internet, sanciones en lo civil, penal y administrativo, así como en responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet.

Colombia, al firmar el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, se comprometió a incluir en su legislación nuevas normas en derechos de autor y derechos conexos, esto con el objetivo de homogeneizar su legislación con la de su nuevo socio comercial. A la fecha, este proceso de implementación está vigente y Colombia se encuentra adecuando sus normas en varios temas de derechos de autor.

Sin embargo, este proceso ha presentado numerosas dificultades con el resultado de varios proyectos de ley en derecho de autor que han fracasado en el trámite para convertirse en Ley de la República. Independientemente de las razones esgrimidas en cada caso, todavía existen interrogantes sobre cuál es la forma adecuada para implementar esta legislación.

Son numerosos los temas que han causado controversia, pero en esta tesis de grado nos enfocaremos exclusivamente en la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet para los casos de violación de derechos autor. Para ello, este trabajo pretende estudiar las normas internas - Digital Millenium Copyright Act - en Estados Unidos así como las contempladas en el Tratado de Libre Comercio sobre el tema.

Al ser indudable la influencia de la Digital Millenium Copyright Act sobre lo incluido y contemplado en el Tratado de Libre Comercio suscrito con Colombia, resulta de vital

importancia revisar, estudiar y comprender el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet en Estados Unidos a fin de proceder con un cabal entendimiento de lo suscrito en el TLC.

Esta tesis pretende exponer las normas vigentes y jurisprudencia en Estados Unidos respecto al régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, así como estudiar y dar una explicación más comprensiva a este régimen contemplado en el Tratado de Libre Comercio. En última instancia, este estudio busca y pretende servir como documento de sustento para futuras discusiones legislativas en responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet que serán abordadas en los siguientes meses por el Congreso de la República.

II. EL DERECHO EN ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

Es pertinente en este momento empezar a descomponer los elementos del derecho americano para lograr una verdadera comprensión de los fundamentos y motivos que le dan vida a la legislación referente a los prestadores de servicios de internet en ese país. Durante este apartado se analizará a grandes rasgos la historia del derecho americano, las fuentes del mismo, su estructura y comparación con el sistema de derecho inglés de donde descende.

1. Historia del Derecho en Estados Unidos de América

a. Etapa colonial

Durante el siglo XVII se produjo la colonización de Inglaterra sobre el territorio norteamericano que terminó con la fundación de las trece colonias inglesas en 1722, cada colonia contaba con cierto grado de independencia de la corona inglesa y contaban con políticas diferentes unas de otras por lo que no existió un único derecho colonial en ese momento ya que las mismas provenían de las costumbres propias de cada coloniaⁱ.

El derecho inglés y más exactamente el sistema jurídico del Common Law fue transportado por los primeros pobladores ingleses de acuerdo al principio establecido por el reconocido caso Calvin o Calvin Caseⁱⁱ resuelto en 1708 según el cual, los mismos pobladores ingleses son quienes transportan el derecho con ellos cuando se instalan sobre un territorio en el que ningún derecho civilizado rige, el mismo sigue a sus súbditos como un derecho innato y una herencia propia, por lo que el derecho no se “recibe” sino se “transporta”.

Ahora bien, este principio incluía una restricción mediante la cual el Common Law inglés era aplicable a las colonias en la medida en que estas reglas fuesen apropiadas a las condiciones de vida prevalecientes en las mismasⁱⁱⁱ, por lo que el derecho inglés desde los

inicios de la historia americana fue establecido con ciertas reservas, en primer lugar porque debía acomodarse a las precarias condiciones materiales de vida en las colonias, lo cual de hecho no ocurrió y en segundo lugar por la imposibilidad física de aplicar un derecho tan rígido, formalista y técnico en un territorio vasto en el que en realidad no había estudiantes, jueces y demás juristas necesarios para desarrollarlo, por lo que a la postre la excepción terminó por convertirse en regla general en cuanto a la aplicación del derecho al acontecer problemas nuevos y diferentes sin respuesta en el derecho inglés trasplantado a las colonias^{iv}.

El derecho aplicable para la época se convirtió entonces en una mezcla de derecho local traído de las costumbres coloniales en el que las autoridades judiciales contaban con gran discrecionalidad y el Common Law que fuera posible aplicar de acuerdo con sus condiciones reales de vida.

b. Independencia

Durante el siglo XVIII se produce en Norteamérica el movimiento independentista como respuesta a los cambios en la política colonial establecidos por las autoridades en Inglaterra, esto debido principalmente al auge económico presentado en las colonias y a la mejoría sustancial en las condiciones de vida de los pobladores del territorio^v, estos básicamente se traducían en controles más fuertes al comercio externo e interno y la necesidad de hacer una contribución tributaria mayor a la que las gentes estaban acostumbradas en ese tiempo, todo lo cual cayó de la peor manera a los colonos norteamericanos quienes manifestaron que el parlamento inglés no tenía las facultades para legislar en materia impositiva a las colonias al no tener ellas representación en dicha asamblea, en sus propias palabras “no

taxation without representation“ o lo que traduce no hay impuestos sin representación^{vi}.

La corona inglesa por su parte respondió ante el descontento norteamericano extremando las nuevas medidas de control político y económico sobre las colonias y limitando aún más los derechos de las mismas.

Por todo lo anterior en 1774 en Filadelfia Pennsylvania, los colonos deciden organizar el primer Congreso Continental Norteamericano (*Continental Congress*) con representación de la mayoría de las colonias con el fin de definir cuáles eran los derechos que ellas tenían frente a la corona y cuáles eran las formas de exigirlos, evidenciándose desde ese momento un distanciamiento aun mayor con la corona. Durante ese año como era de esperarse se presentaron los primeros enfrentamientos entre los dos bandos por lo que el segundo Congreso Continental organizado un año después en 1775 no tuvo más remedio que organizar la milicia insurgente y empezar a dar la batalla por la independencia norteamericana.

La guerra de independencia duro alrededor de cinco años y terminó por ser declarada el 4 de julio de 1776, la misma no fue consumada hasta la rendición del general inglés Cornwallis en Yorktown, Virginia en 1781, aun cuando la paz entre los dos países no firmó sino hasta 1783. Es así como nacieron a la vida jurídica los trece primeros estados de la unión americana.^{vii}

c. Etapa Constitucional

Después de la guerra de independencia que reforzó los sentimientos nacionalistas de los nuevos ciudadanos americanos y que logro el establecimiento de nuevas y mejores condiciones de vida, se pensó que la independencia política debía acompañarse de igual forma de independencia jurídica siguiendo el principio del postulado de la autonomía del

derecho americano, lo cual genero la imperiosa necesidad de proveerse de un nuevo derecho propio^{viii}.

Es por esta razón por la cual se decidió el establecimiento de una constitución como ley suprema para toda la república, esta fue obra de la Convención Constitucional de Filadelfia que data de 1787, la cual organizó el territorio en una República Federal, con un gobierno central poderoso aunque cada estado conservo sus soberanía interna. La Constitución Americana es la Constitución escrita más antigua del mundo y pese a su larga duración han sido pocas las modificaciones o (*amendments*) que se le han hecho, en total veintisiete, de entre las que se destacan las primeras diez, adheridas en 1791 en las que se estableció la carta de derechos del ciudadano norteamericano o (*bill of rights*) el cual no fue redactado con el primer texto constitucional y constituyo una de sus más grandes críticas^{ix}.

Lo anterior sin embargo no se dió de manera pacífica puesto que en el momento existían defensores tanto del Common Law como de la codificación fundamentada en el ideal republicano y el derecho natural, el primero de ellos terminó por triunfar^x al ser adoptado paulatinamente desde 1840 por el estado de Texas y sucesivamente en todo el territorio norteamericano con excepción de Luisiana que adoptó su propio Código Civil con características de tipo francés en 1808. La población originaria inglesa y su lengua materna son consideradas como razones por las que el sistema del Common Law venció al movimiento codificador de la época y en definitiva el resultado obtenido en torno al debate del conflicto entre este y el sistema romano germánico contribuyo a darle al recién establecido derecho norteamericano características particulares y diferenciadoras de su modelo original aplicado en Inglaterra.

La adopción del Common Law tuvo sus dificultades, por una parte porque las normas de Common Law al estar constituidas pensando en otro territorio con necesidades distintas no

se adaptaron fácilmente a los nuevos requerimientos de la población y por otra porque no todas las normas fueron admitidas por los americanos luego de la independencia al considerar que las mismas no tenían origen judicial, así mismo el Common Law que era transportado en ese momento de Inglaterra a Norteamérica no estaba pensado para regular el derecho en ese país sino para hacer frente a la dominación en el resto del territorio americano, por lo que a partir de este punto el derecho entre estos dos países se desarrolló de manera independiente^{xi}.

Debemos concluir entonces que pese a que el sistema de derecho norteamericano tiene como modelo el derecho inglés y éste y aquel comparten conceptos y razonamientos comparables, no se asimila al derecho inglés en la medida en que da mucho más valor al fondo de derecho sustancial en la resolución de conflictos, cuenta con un sistema mucho más flexible y menos formalista en cuando a procedimientos, maneja un régimen republicano y presidencial dentro de un sistema federal que intenta conciliar los intereses del Estado con los de cada entidad federativa además de las diferencias económicas , religiosas , culturales hasta de lenguaje que hacen que el derecho norteamericano haya evolucionado de forma propia y autónoma.

2. Fuentes del Derecho en Estados Unidos de América

Es momento ahora de entrar a analizar la fuentes del derecho norteamericano, debemos empezar por establecer que al igual que el derecho inglés pertenece a la familia jurídica del Common Law por lo cual se presentan similitudes entre ellos, ambos comparten la misma concepción sobre el derecho y su función, además de tener similares clasificaciones y nociones jurídicas, así mismo el derecho estadounidense se identifica como un derecho jurisprudencial, lo que como ya anteriormente fue mencionado es un ordenamiento que se

funda en el respeto por el precedente y en la facultad judicial creadora e interpretadora de derecho.

a. La ley: statute law

Según André y Suzanne Tunc^{xii} el concepto de ley debe ser entendido en dos sentidos distintos , el primero de ellos en sentido estricto se relaciona con los textos adoptados bajo ese nombre por los órganos legislativos y en sentido amplio se refiere a todo el derecho escrito a saber: constituciones, leyes propiamente dichas y reglamentos dictados por el ejecutivo.

En estados unidos debido al régimen federal imperante existen entre otras clasificaciones leyes con carácter federal y leyes con carácter local de las entidades federativas, las primeras con prevalencia sobre las de las segundas.

Continuando con los autores en cuestión las leyes norteamericanas pueden dividirse de la siguiente manera: un título (title) que establece la materia, un preámbulo en forma de considerandos (whereas) una exposición de motivos de los principios fundamentales y/o el alcance que va a tener la ley, una disposición que señala su entrada en vigor (enactingclause), el índice de materias, el cuerpo de la ley dividido por secciones (sections) y en ocasiones puede tener o una disposición derogatoria de otras anteriores (repealingclause) o una cláusula que establece la aplicación de la misma en el tiempo (clause of takingeffect).

En cuanto a la jerarquía de las leyes es primordial comenzar con la Constitución, la cual es vista por los norteamericanos como la viva encarnación de la nación, la misma es considerada Ley Fundamental y por lo mismo cuenta con el rango más alto en la pirámide legal del país; en el escalón inmediatamente inferior se encuentran las Leyes Federales

producidas por el Congreso de la Unión y los tratados internacionales ratificados por los mismos; de igual forma figuran las reglas de procedimiento establecidas por la Suprema Corte a las cuales se les otorga su rango legal vía órgano legislativo y por último las disposiciones que expiden los Departamentos Administrativos facultados para tal fin por el Congreso. El plano local es fiel reflejo de la clasificación anteriormente mencionada, en el último escalón encontramos algunos Códigos de las entidades federativas que en opinión de Rene David y Camille Jauffret-Spinosi únicamente representan la consolidación de la legislación vigente, no pretenden sistematizar materias como lo hacen los Códigos de corte napoleónico.

En último término cabe mencionar las compilaciones legales que se han venido realizando tanto en el plano federal como local, a las mismas se les ha denominado (revised laws) lo cual traduce leyes revisadas o leyes consolidadas (consolidated laws), a las que también se les ha llamado Códigos como el United States Code Annotated el cual compila normas federales .

Tratándose de la modificación o derogación de las leyes en Estados Unidos debemos decir que ésta es una posibilidad que se le reconoce a la rama legislativa y en cuanto a la interpretación de la ley es necesario establecer en primer lugar que aunque ya se ha superado ampliamente la visión tradicional, mediante la cual se le concedía a la ley exclusivamente un papel secundario en el ordenamiento jurídico, aun ahora la ley no es aplicada sino dentro del marco del Common Law, esto significa que los principios y el estado de la materia instituidos por el Common Law deben ser tenidos en cuenta a la hora de adoptar una ley para poder interpretarla .

b. Jurisprudencia: case law

Estados Unidos de América se considera un país con un sistema jurídico predominantemente jurisprudencial, esto puesto que solo es admitida la regla de derecho que se establezca luego de que la misma haya sido interpretada y aplicada por alguna Corte y en la medida en que sea posible referirse a ella, a través de las resoluciones judiciales que se hayan aplicado^{xiii}.

La función de la jurisprudencia en Estados Unidos y puntualmente refiriéndonos a la regla de la obligatoriedad del precedente judicial o (*stare decisis*) se aplica de forma mucho menos severa y rigurosa, por lo que es más sencillo para los jueces norteamericanos alejarse de los precedentes judiciales establecidos^{xiv}.

Esta llamada flexibilización se da en principio como respuesta al sistema federal establecido en el territorio, cabe entonces preguntarse en que momento puede separarse el juez de la obligatoriedad del precedente en el derecho norteamericano. En cuanto al derecho federal debe decirse que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos y las de las diferentes entidades federativas no están obligadas por sus propias decisiones, lo que en otros términos quiere decir que pueden alejarse de su propio precedente y no darle aplicación al mismo, las jurisdicciones estatales por su parte se encuentran obligadas únicamente a seguir los precedentes existentes dentro del ordenamiento de su propia entidad federativa y las jurisdicciones federales solo deben ser fieles a sus propios precedentes así como de las jurisdicciones superiores del mismo circuito.^{xv}

En realidad son múltiples las razones por medio de las cuales la doctrina se ha encargado de explicar este fenómeno, nuestra autora^{xvi} siguiendo las consideraciones de los autores ya mencionados André y Suzanne Tunc, señala como posibles causas las siguientes: en primer término se debe tener en cuenta que desde sus inicios la sociedad y el jurista norteamericano se ha destacado por su dinamismo, practicidad y actitud crítica frente al

sistema, factores que van en contravía de la rigidez y la formalidad del derecho y el procedimiento inglés, en segundo lugar debe tenerse en cuenta que el Common Law fue trasplantado a un territorio con condiciones económicas, sociales y culturales muy distintas a Inglaterra, por lo que debió aplicarse según las posibilidades reales dentro del mismo teniendo en cuenta la escasez de jueces, abogados e infraestructura necesaria para desarrollarlo, por último debe señalarse que el trasplante se dió cuando el sistema se encontraba en desarrollo por lo que no había alcanzado el nivel de exigencia que aún se mantiene así sea de forma más atemperada en el derecho inglés.

La importancia del tema radica en que constitucionalmente a las autoridades judiciales en Norteamérica se les da la herramienta para mantener actualizado el derecho conforme a la velocidad a la que evoluciona el mundo de hoy, con el único límite de defender la seguridad y consistencia jurídica necesaria dentro del ordenamiento por un lado y manteniendo la continuidad de sus instituciones por el otro.

III. INTERMEDIARIOS O PRESTADORES DE SERVICIOS EN LINEA

1. Antecedentes

Internet ha revolucionado el mundo electrónico y el de las comunicaciones de nuestra época, hoy es la herramienta más utilizada cuando se trata de acceso a información, de colaboración y de relaciones sociales, al no ser necesario tener la misma ubicación geográfica es una herramienta esencial que permite el desarrollo de la sociedad^{xvii}.

Los prestadores de servicios son los que permiten hoy en día que todo esto funcione, es por ello que su historia está necesariamente relacionada con la del internet, los prestadores son la respuesta a las necesidades que surgen a partir de los avances tecnológicos presentados dentro de la red que han ido cambiando a través del tiempo.

El gobierno de Estados Unidos junto con el instituto tecnológico de Massachusetts,¹ la Universidad de California en Los Ángeles² y el Instituto de Investigación de Stanford³ fueron los primeros en empezar a realizar investigaciones sobre tecnologías de información, comunicación y redes entre computadores. Al final de los años 60, al margen del desarrollo de un proyecto militar, la ARPA (*Agencia de Proyectos de Investigación Avanzados*, una división del Ministerio de Defensa de Estados Unidos) creó la red experimental ARPANET^{xviii}.

En 1972, ARPANET se presentó al público por primera vez con motivo de la conferencia ICCC (Conferencia Internacional en Comunicaciones por Ordenador). Por esa época, ARPA se convirtió en DARPA (Agencia de Proyectos Avanzados de Investigación para la Defensa) y el término "internetting" se utilizó para referirse a ARPANET el cual fue adoptado posteriormente en su forma abreviada "Internet"^{xix}.

Durante los años 80 se dieron las primeras participaciones del sector privado en el sistema, empresas como IBM⁴ y MCI⁵ empezaron a contribuir con las investigaciones en el desarrollo de las conexiones en línea. A principios de los años 90 Tim Berners-Lee, un científico experto en computación, invento la World Wide Web, la cual transformó el internet de una infraestructura tecnológica a una red popular que conecto a las personas en todo el mundo; el internet empezó a servir para intercambiar ideas, información y posteriormente bienes y servicios^{xx}.

¹ Massachusetts Institute of Technology (MIT)

² University of California Los Angeles (UCLA)

³ Stanford Research Institute (SRI)

⁴ International Business Machines (IBM)

⁵ Microwave Communications, Inc (MCI)

El primer prestador de servicios en línea comercial en los Estados Unidos fue “the world” bajo el dominio world.std.com quien prestaba el servicio de acceso o conexión a internet, a partir de este momento los ISP⁶ comerciales se multiplicaron rápidamente a través de todo el país desarrollando distintos tipos de servicios como alojamiento y vinculación entre otros.

Para enero de 2004 el número de prestadores de servicios de internet supero los 223 millones^{xxi}, cifra que ha crecido de manera exponencial año a año, adicional a eso es de resaltar que según un censo realizado en 2008 los ingresos de los ISP ascienden a 68 billones de dólares^{xxii}.

2. Definiciones

De acuerdo con lo anterior, surge la necesidad de crear una normatividad que regule las actividades de todos los intermediarios^{xxiii} de internet, denominados también prestadores de servicio en línea (en Estados Unidos de América u *Online Service Providers (OSP)*), y es así como la Digital Milleniun Copy Right Act (DMCA) establece para ellos una serie de limitaciones a la responsabilidad por la vulneración al derecho de autor, contempladas específicamente en el título II de la menciona norma.

La DMCA define cuatro eventos en los que se limita la responsabilidad a los prestadores de servicio en línea, es decir, son cuatro situaciones en las que no serán responsables por las infracciones al derecho de autor cometidas dentro del marco de la prestación de sus servicios, siempre y cuando cumplan con los requerimientos contemplados en la norma para tal fin.

⁶ Internet Service Providers (ISP) o prestadores de servicios de internet

El primer criterio indispensable para ser beneficiario de las limitaciones consagradas en la norma es clasificar dentro del concepto de “prestador de servicio^{xxiv}” establecido en la misma ley. La norma contempla dos conceptos distintos de prestador de servicio en línea; el concepto que se use depende del tipo de servicio que desarrolla regularmente el prestador de servicio en línea, las categorías de tipos de servicios establecidos por la DMCA son i) Comunicaciones digitales transitorias ii) Sistema de Caching iii) Almacenamiento de información en sistemas o redes bajo la dirección de los usuarios y iv) vinculación.

Según la sección 512 (k) (1) (A) de la DMCA para efectos de los tipos de servicios en línea que integran las comunicaciones digitales transitorias, se entiende por prestador de servicio “la entidad que ofrezca transmisión, enrutamiento o que proporciona conexiones para comunicaciones digitales en línea, de material o información seleccionada por el usuario entre dos o más puntos especificados por él, sin modificar el contenido que se manda o se recibe”.

Por lo tanto, es prestador de servicios en línea el agente o la entidad que brinde como servicio el suministro de conexiones para permitir comunicaciones electrónicas o quienes se encarguen del proceso de transferir un determinado paquete de información de un usuario desde un punto de la red que él escoja a otro, sin alterar el contenido de la misma.

Para efectos de los demás tipos de servicio contemplados por la norma, es decir del sistema de caching, el almacenamiento de información en sistemas o redes bajo la dirección de los usuarios y las herramientas de ubicación de información, son prestadores de servicio de internet según la sección 512 (k) (1) (B), “los proveedores de servicios en línea y los operadores de los mismas, se incluyen las entidades que presten servicios de comunicaciones transitorias”.

Es decir que el concepto de prestador de servicios en esta sección es entendido de manera más amplia y general ya que engloba el primer concepto^{xxv}, de tal forma que es prestador de servicios en línea el agente que se encargue de proveer los tipos servicios que se contemplan en la norma y de presentarse el caso, quienes se encarguen de dirigir sus actividades.

a. Comunicaciones Digitales Transitorias

La sección 512 (a), limita la responsabilidad del prestador de servicios de internet al proveedor que actúa simplemente como un conductor de información, es decir al agente que se encarga de transferir información de un punto en la red a otro por solicitud de un tercero dentro de una red de comunicaciones. Son entendidas como comunicaciones digitales transitorias todos los actos de transmisión, enrutamiento de información o suministro de conexiones, así como las copias intermedias y transitorias que se realizan de forma automática en las operaciones de red. Las comunicaciones digitales transitorias son por lo tanto la información que se maneja en línea entre los destinatarios de un servicio específico.

b. Sistema de Caching

Son prestadores de servicio en línea que prestan el servicio de sistema de caching aquellos agentes que desarrollen habitualmente la práctica de guardar copias por un tiempo limitado de material o información que ha sido puesto a disposición de los usuarios en línea por un agente distinto al prestador de servicio, luego esa información es transmitida a la dirección de un suscriptor cualquiera por su solicitud.

De acuerdo con lo anterior, el prestador del servicio conserva copias de información que transmiten los usuarios entre si dentro del sistema, de forma automatizada y por un tiempo

limitado con el fin de poder enviar esa misma información a los usuarios que la soliciten en forma posterior en lugar de volverla a cargar desde su fuente original, de tal manera que se reduce la congestión en el servicio y el tiempo de espera en la descarga de la misma información en posteriores solicitudes.

c. Almacenamiento de Información en Sistemas o Redes Bajo la Dirección de los Usuarios.

En virtud de la sección 512 (c) hacen parte del almacenamiento de información en sistemas o redes bajo la dirección de los usuarios, los proveedores que prestan el servicio de alojamiento de contenidos, es decir que guardan la información que seleccionen los usuarios en sus sistemas por petición de los mismos. El alojamiento web o hosting permite almacenar cualquier tipo de contenido como información, imágenes o videos, de igual forma otorgan la posibilidad a los demás agentes de obtener su propio espacio en la web y de cargar sus contenidos obteniendo por dicha actividad una remuneración. Es preciso mencionar que existen nuevos prestadores de servicios en línea que ofrecen el servicio de alojamiento gratuito de contenidos que se relacionen con las finalidades señaladas en sus servicios, ejemplos de ello son los hosting de blogs como WordPress y Blogger, hostings de videos como Youtube o Myspace y los hosting de imágenes como Flickr o Picasa^{xxvi}.

d. Vinculación

De acuerdo con la sección 512 (d) son prestadores de servicios de herramientas de ubicación de información aquellos proveedores que desarrollen actos mediante los cuales refieran o vinculen a los usuarios a sitios dentro de la red que alojan contenidos, los cuales podrían tener información con la potencialidad de infringir el derecho de autor. Los prestadores de este servicio en línea utilizan un motor de búsqueda para crear y mantener

extensas bases de datos de direcciones de páginas web y de otros contenidos en internet, en un formato que es fácilmente utilizable por los usuarios^{xxvii}. Como ejemplos de este tipo de prestador de servicio podemos nombrar a servidores como Google, Yahoo y MSN entre otros.

3. Limitaciones a la Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en la DMCA

La Digital Millennium Copyright Act que para los efectos de este capítulo y siguientes será referenciada por sus siglas en inglés DMCA, es una norma de derecho americano relativa a derecho de autor que implementa dos tratados de la organización mundial de propiedad intelectual del año 1996 los cuales entran a buscar la protección de los titulares de derechos de autor quienes ahora están siendo afectados por el desarrollo tecnológico y para quienes antes era inconcebible una infracción en este campo. La DMCA protege de manera especial a los titulares de derecho como también a los prestadores de servicios, para crear un equilibrio donde el derecho de autor no sea un obstáculo en la creación e implementación de nuevas tecnologías. La Ley fué sancionada por el Presidente Bill Clinton el 28 de octubre de 1998 y modificó el Título 17 del Código de Estados Unidos.

Esta norma en su Título Segundo se refiere de manera exclusiva a las limitaciones de la responsabilidad relativas a las infracciones de derecho de autor en línea, Título que es la sección 512 del capítulo 5 del título 17 del ya mencionado Código, la cual se titula limitaciones a la responsabilidad relativas a material en línea.

Observamos que la norma consagra limitaciones a la responsabilidad, lo cual significa que en ciertos eventos los prestadores de servicios no serán responsables por la infracción de derecho de autor, pero para que esto sea posible es necesario que en el curso de la infracción se abstenga, el prestador, de realizar ciertas conductas que lo harían responsable

y es por esto que la ley señala, dependiendo del tipo de servicio, una serie de condiciones que debe cumplir el prestador para poder estar exento de responsabilidad.

A continuación presentamos los lineamientos que la norma consagra y explicaremos sus implicaciones:

a. Comunicaciones Digitales Transitorias⁷

En un primer momento la ley se refiere a las comunicaciones digitales transitorias, señalando que un prestador de servicio no será responsable por la infracción de derecho de autor como consecuencia de la transmisión, enrutamiento o por proveer conexiones cuando el sistema o red está siendo controlado u operado por o para este o en razón del almacenamiento intermedio y transitorio del material en el curso de esa transmisión enrutamiento o provisión de conexiones si se cumplen con las siguientes cinco condiciones:

1. La transmisión del material fué iniciada por o bajo la dirección de una persona distinta al prestador de servicio.
2. La transmisión, enrutamiento, provisión de conexiones o almacenamiento es llevado a través de un proceso automático sin que el prestador de servicios haga una selección del material.
3. El prestador de servicio no selecciona los destinatarios del material, salvo que sea como respuesta automática a la solicitud de otra persona.
4. No tiene el prestador de servicio copia del material hecha en el curso del almacenamiento transitorio que se mantenga en el sistema o red que sea

⁷ 17 U.S.C sección 512 (a).

ordinariamente accesible a cualquier persona distinta a los destinatarios iniciales, como tampoco debe mantenerse una copia en el sistema o red accesible a esos destinatarios iniciales por un periodo superior al que es razonablemente necesario para la transmisión, enrutamiento o provisión de conexiones.

5. El material es transmitido a través del sistema o red sin modificación del contenido.

Lo anterior implica que, para que un prestador de servicios no sea responsable en el escenario de transmisión, enrutamiento o provisión de conexiones no debe tener un papel activo con relación al manejo del contenido. En este caso el prestador se limita simplemente a prestar un servicio a solicitud de un tercero donde es él como usuario, el que inicia la transmisión, selecciona los destinatarios, determina el contenido del material y es él quien sí tiene una copia del material; el prestador es solamente el encargado de proveer los medios a este tercero en el curso de comunicación de información.

b. Caching⁸

Siguiendo con lo expuesto en la norma, ahora entramos a analizar lo relativo al sistema de caching, respecto a lo cual la ley indica que un prestador de servicios no será responsable por el almacenamiento intermedio y temporal de material en su sistema o red controlado por o para éste en caso de que:

- El material haya sido puesto a disposición (en línea) por una persona distinta al prestador de servicios.

⁸ 17 U.S.C sección 512 (b).

- El material es transmitido por la persona que lo puso en línea a través del sistema o red, a otra persona distinta a la que puso el material a disposición bajo la dirección de la que subió el contenido.
- El almacenamiento es llevado a través de un proceso técnico automático con el fin de hacer el material disponible a los usuarios del sistema o red, que después de que el material ha sido transmitido por la persona que lo puso en línea a otra, soliciten acceso al material a ésta que lo puso en disposición.

Lo anterior solo si se cumplen con las siguientes condiciones:

1. El material almacenado es transmitido a usuarios distintos a los que inicialmente iba dirigido el material, porque se lo solicitaron a la persona que lo puso en línea sin que el prestador de servicios modifique su contenido.
2. El prestador de servicios que almacena temporalmente el material, cumple con las reglas relativas a recargar o actualizar el material, cuando lo ha especificado la persona que puso en disposición el mismo en línea, de acuerdo al protocolo estándar aceptado generalmente por la industria de la comunicación de datos para el sistema o red a través de la cual esa persona hizo disponible el contenido, excepto que esto aplica solamente si esas reglas no están siendo usadas por la persona que puso el material en línea para prevenir o irrazonablemente perjudicar el almacenamiento intermedio de datos.
3. El prestador de servicios no interviene con la capacidad de tecnología asociada a devolver información del material a la persona que lo puso en línea que hubiese estado disponible para esta persona, si el material lo hubieren obtenido usuarios

distintos a los destinatarios directamente del que subió el material, excepto que esto solo aplica si esta tecnología, (i) no interfiere significativamente con el rendimiento del sistema o red del prestador de servicios o con el almacenamiento intermedio del material, (ii) es consistente con el protocolo estándar de la industria de comunicaciones , (iii) no extrae información del sistema o red del prestador de servicios distinta a la que ha puesto en disposición la persona que subió el material si los usuarios subsecuentes han tenido acceso al material directamente por esta persona.

4. Si la persona que sube en línea el contenido pone condiciones respecto al acceso prioritario al material, condiciones basadas en una tarifa, pago o provisión de una contraseña u otra información y el prestador de servicios permite el acceso al material almacenado en gran parte solo a los usuarios del sistema o red que hayan cumplido con esas condiciones y solo de acuerdo a las mismas.
5. Si la persona que puso el material en línea lo hace sin la autorización del titular de derecho de autor, el prestador de servicios responde expeditamente removiendo o deshabilitando el acceso al material que se reclama mediante notificación, está infringiendo, ésto aplicará solo si (i) el material ha sido removido previamente del sitio originario o el acceso ha sido deshabilitado, o una corte ha ordenado que el material sea removido del sitio originario o que el acceso desde este sitio haya sido deshabilitado y (ii) que la parte que notifica incluya en la notificación una declaración confirmando que el contenido ha sido removido del sitio originario, que el acceso ha sido deshabilitado o que una

corte ha ordenado que el material sea removido o que el acceso se deshabilite en el sitio de origen.

Todo esto significa una vez más que el prestador de servicio no debe tener un contacto real con el contenido del material que está siendo almacenado temporalmente, esto porque la persona que pone en línea el contenido es la que decide a quien va dirigido y que condiciones de acceso le son impuestas a los usuarios. El rol del prestador es pasivo, en el sentido en que se limita a cumplir con los estándares generales de la industria y solo intervendrá en el momento que mediante notificación conozca de la infracción de derecho de autor, de modo tal que removerá o deshabilitara el contenido dependiendo del caso.

c. Almacenamiento Bajo la Direccion de los Usuarios⁹

Otro punto importante es el relativo a la información alojada en sistemas o redes bajo la dirección de los usuarios, caso en el que el prestador de servicios no será responsable cuando almacene bajo la dirección de un usuario material que se aloja en un sistema o red operado o controlado por el mismo, si:

- No tiene conocimiento real de que el material o la actividad que se realiza con el material en el sistema o red está infringiendo. (i) A falta de este conocimiento real, el prestador de servicios no es consciente de los hechos o circunstancias a partir de los cuales aparentemente hay una infracción, (ii) si tiene tal conocimiento o conciencia de la infracción actúa expeditamente removiendo o deshabilitando el material.

⁹ 17 U.S.C sección 512 (c).

- No tiene un beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, en el caso en que el prestador de servicios tenga el derecho y la habilidad de controlar la actividad.
- A partir de la notificación del reclamo por una infracción hecha de la manera apropiada como más adelante se ha de explicar, responde expeditamente removiendo o deshabilitando el acceso al material que se alega está infringiendo o es sujeto de una actividad infractora.

Para que las limitaciones a la responsabilidad de los prestadores de servicios se apliquen en estos casos, es necesario que como bien señala la ley, el prestador de servicios tenga un agente designado que reciba las notificaciones de reclamos de infracciones de derechos de autor, poniéndolo a disposición a través de su servidor, incluyendo en su página web una sección accesible al público y proveyendo a la oficina de derecho de autor la siguiente información, (i) nombre, dirección, número de teléfono y correo electrónico del agente, (ii) cualquier otro tipo de información que el registrador considere necesaria.

La ley menciona que el registrador de la oficina de derecho de autor debe tener un directorio actualizado de los agentes que esté disponible al público para que la gente se pueda cerciorar sobre lo concerniente a estos asuntos, el cual deberá estar disponible en línea y en físico y si es el caso se le solicitara el pago de una tarifa a los prestadores de servicios para cubrir los costos del mantenimiento del directorio.

En lo relativo a los elementos de la ya mencionada notificación para que ésta en este campo sea efectiva, deberá ser una comunicación escrita dirigida al agente designado por el prestador de servicios y deberá incluir sustancialmente lo siguiente:

1. La firma física o electrónica de la persona autorizada para actuar en nombre del titular del derecho de autor que presuntamente ha sido infringido.
2. La identificación del trabajo protegido que se alega ha sido infringido y en el caso de múltiples infracciones de distintos trabajos por un mismo sitio se incluirá en la misma notificación la lista representativa de los mismos.
3. La identificación del material que se alega está infringiendo o es sujeto de una actividad infractora y que se pretende sea removido o deshabilitado con la información razonablemente suficiente que permita que el prestador de servicios ubique el material.
4. Información razonablemente suficiente que permita que el prestador de servicios contacte a la parte que está alegando la infracción, tal como la dirección, número de teléfono y si es posible un correo electrónico con el cual se pueda contactar.
5. Una declaración de la parte que está alegando la infracción donde diga que está actuando de buena fe debido a que el uso no está autorizado por el titular de derecho, por su agente o por la ley.
6. Una declaración de que la información en la notificación es precisa y que teniendo en cuenta las implicaciones legales la persona que está haciendo el reclamo está autorizada para actuar en nombre del titular de un derecho exclusivo que está siendo infringido.

Si la notificación hecha por el titular del derecho infringido o por una persona autorizada para actuar en nombre de éste no cumple con los requisitos previamente anunciados, no

será considerada para determinar si el prestador de servicio tenía o no conocimiento real o si era consciente de los hechos o circunstancias de los cuales se origina la presunta infracción. Pero en el caso en que la notificación entregada al agente dispuesto por el prestador de servicios cumpla sustancialmente solo con el segundo, tercero y cuarto requisito mencionados en el párrafo anterior, se tendrá en cuenta la notificación, si se siguen una serie de pasos razonables para asistir en el recibimiento de la notificación que sustancialmente cumplirá con todos los requerimientos previstos.

Tenemos entonces que cuando los prestadores de servicios alojan material en línea, para poder estar exentos de responsabilidad, es necesaria la falta de conocimiento o la falta de conciencia de que ese material que está en su servidor está infringiendo un derecho de autor o es sujeto de una actividad infractora. Igualmente es vital que el prestador no tenga un beneficio económico como consecuencia de la infracción y que sea lo suficientemente diligente para que en caso de que haya una infracción, éste haya dispuesto de los medios necesarios (de un agente) para que titulares de derechos puedan reclamar cuando éstos se vean menoscabados, claro está, siempre y cuando hagan la notificación de la manera adecuada cumpliendo con los requerimientos para que ésta sea efectiva.

d. Vinculación¹⁰

Siguiendo con lo dispuesto en la DMCA, los prestadores de servicios de herramientas de ubicación de información no serán responsables por la infracción de derechos de autor en razón de la provisión de referentes o enlaces (linking) a los usuarios de una ubicación en línea que contenga material infractor o que sea una actividad infractora de derechos de

¹⁰ 17 U.S.C sección 512 (d).

autor, por utilizar las herramientas de ubicación de información, incluyendo directorios, índices, referencias, punteros o enlaces de hipertexto si el prestador de servicio:

- (i) No tiene conocimiento real de que el material o la actividad está infringiendo un derecho; (ii) A falta de este conocimiento real, el prestador de servicios no es consciente de los hechos o circunstancias a partir de los cuales aparentemente hay una infracción; y (iii) si tiene tal conocimiento o conciencia de la infracción, actúa expeditamente removiendo o deshabilitando el material.
- No recibe un beneficio económico directo atribuible a la actividad infractora, éste en el caso en que el prestador tenga el derecho y la facultad de controlar tal actividad.
- A partir de la notificación del reclamo por una infracción hecha de manera apropiada, como se explico anteriormente en lo relativo al alojamiento de contenido, responde expeditamente removiendo o deshabilitando el acceso al material que se alega está infringiendo o es sujeto de una actividad infractora. En este caso, a diferencia de lo incluido anteriormente en la norma con relación a la notificación, se deberá es identificar la referencia o enlace del material o actividad que se alega está infringiendo un derecho y deberá estar acompañado de información suficientemente razonable que permita que el prestador de servicios ubique la referencia o enlace.

Así que, en este escenario tenemos una vez más todo lo relativo a la notificación donde el prestador de servicios debe tener un agente designado para que reciba las notificaciones de los reclamos presentados por aquellos que están viendo afectados sus

derechos por parte de un tercero, donde una vez más, para poder estar exento de responsabilidad el prestador no debe conocer ni debe ser consciente de la infracción aparente. Si bien en este estadio el prestador no tiene acceso al contenido lo que hace es referenciar a usuarios que entran a su sistema o red para que accedan a determinada ubicación en línea.

e. Limitación a la Responsabilidad de las Instituciones Educativas¹¹

Este capítulo incluye una parte especial relativa a la limitación de la responsabilidad de las instituciones educativas sin ánimo de lucro, explicando que cuando una institución pública o sin ánimo de lucro o de educación superior es un prestador de servicios y cuando un miembro de la facultad o estudiante graduado que es empleado de la institución está desempeñándose enseñando o investigando, en lo relacionado a transmisión de contenido y caching, debe ser considerado como una persona distinta a la institución y en lo que concierne a alojamiento y linking el miembro de la facultad o estudiante graduado con conocimiento o conciencia de su actividad infractora, no le será atribuida la responsabilidad a la institución si:

- La actividad infractora que realiza ese miembro de la facultad o estudiante graduado no involucra la provisión de acceso en línea a instructivos que son o eran requeridos o recomendados dentro de los tres años anteriores , para un curso dictado en la institución por ese miembro de la facultad o estudiante graduado.

¹¹ 17 U.S.C sección 512 (e).

- La institución en los tres años anteriores no ha recibido más de dos notificaciones como la que se ha descrito con antelación en este capítulo, de reclamo por la infracción de este miembro de la facultad o estudiante graduado y estas notificaciones no eran accionables debido a falsas declaraciones.
- La institución provee a todos los usuarios de su sistema o red materiales informativos que exactamente describe y promueve de conformidad con la ley de Estados Unidos relativa a derecho de autor.

Es por esto que las instituciones educativas pueden no ser responsables por las infracciones que realicen los miembros que están vinculados a éstas, bien sea como educadores o como investigadores, debido a que en algunos casos, como cuando hablamos de transmisión y de caching, es el usuario del servicio el que tiene el manejo sobre el contenido y el conocimiento de la posible actividad infractora a realizar, donde la institución educativa tiene posibilidades mínimas de conocer que es lo que está pasando; es por ello que en el caso de alojamiento o de linking, si se cumplen las condiciones señaladas, la institución no tendrá responsabilidad y es porque en estos dos últimos escenarios existe la posibilidad de que la institución realice actividades infractoras de derecho de autor.

f. Falsas Declaraciones y Notificaciones¹²

Ahora, en lo relativo a las falsas declaraciones, cualquier persona que informe y que tergiversar una reclamación alegando la existencia de material o de actividad infractora o que el material ha sido deshabilitado o removido por error o por no identificar correctamente a la persona, será responsable por cualquier daño, incluyendo costas y

¹² 17 U.S.C secciones 512 (f) y (g).

honorarios de abogados en los que tuvo que incurrir el supuesto infractor o el titular de derecho o el prestador de servicios que se vio perjudicado porque tuvo que deshabilitar, remover o reemplazar el contenido como consecuencia de esa falsa declaración,

Si bien, en principio, el prestador de servicios no es responsable por deshabilitar, remover o reemplazar el contenido debido a que se supone actúa de buena fe y lo hace porque hay una infracción aparente, hay una excepción y es que no se debe presumir la ausencia de responsabilidad respecto al material que resida bajo la dirección de un suscriptor del prestador de servicios, en un sistema o red controlada u operado por el prestador que ha sido removido o cuyo acceso ha sido deshabilitado por el prestador de servicios, de conformidad a una notificación recibida, salvo que el prestador de servicios:

- Tome prontamente los pasos razonables para notificar al suscriptor que ha removido o deshabilitado el material.
- Al recibir la notificación le informe prontamente a la persona que hizo el reclamo con copia de la notificación que reemplazara el material removido o que cesara la inhabilitación del contenido en los próximos 10 días hábiles.
- Reemplace el material removido o cese la inhabilitación en no menos de 10 días hábiles pero no más de 14 días a partir del recibo de la notificación, salvo que el agente designado reciba primero la noticia de la persona que ha presentado el reclamo y que esa persona haya presentado una acción buscando una orden judicial que restrinja al suscriptor de participar en una actividad infractora relacionada con el material que reside en la red o sistema del prestador de servicios.

Para que en este caso la notificación sea efectiva ésta debe ser una comunicación escrita proporcionada al agente designado por el prestador de servicios y debe contener sustancialmente lo siguiente:

1. La firma física o electrónica del suscriptor.
2. La identificación del material que ha sido removido o cuyo acceso ha sido deshabilitado y la ubicación en la cual el material apareció antes de ser removido o deshabilitado.
3. El nombre, dirección y teléfono del suscriptor y una declaración de que el suscriptor consiente en que la jurisdicción es la de la corte federal del distrito de donde es la dirección; si la dirección es de otro país podrá ser jurisdicción de cualquier distrito en donde resida el prestador y que el suscriptor vaya a aceptar se lleve a cabo el proceso.

Es importante resaltar en este caso que, el prestador de servicios deberá siempre ser diligente en lo relativo a remoción, remplazo e inhabilitación de contenidos ya que ésta es la forma en que se detiene la infracción; la notificación es esencial en estos asuntos ya que si el servidor ha sido notificado de forma correcta y no ha procedido a remover, remplazar o deshabilitar el contenido no le serian aplicables las limitaciones de la responsabilidad propias de este capítulo.

g.Citaciones¹³

Vemos también que la ley señala que el titular de derecho de autor o una persona autorizada que lo represente, puede solicitarle al secretario de cualquier corte distrital de los Estados

¹³ 17 U.S.C sección 512 (h).

Unidos emitir una citación a un prestador de servicios para que identifique a un presunto infractor. Esta solicitud de cumplir con una serie de requisitos impuestos por la norma siendo estos:

1. Deberá adjuntarse copia de la notificación de la reclamación presentada al prestador de servicios;
2. La propuesta de citación;
3. Una declaración juramentada, cuya finalidad es aclarar el fin con el que se hace la citación, el cual será exclusivamente obtener la identificación del presunto infractor; esa información solamente será utilizada para proteger derechos de autor.

La citación deberá autorizar y ordenar al prestador de servicios la recepción de la notificación y citación para divulgar al titular del derecho o la persona autorizada por éste, la información suficiente para identificar al presunto infractor del material descrito en la notificación que le fué presentada al prestador de servicio. Si la notificación ha sido hecha de la forma correcta y la declaración también, el secretario procederá a enviarle la citación al prestador de servicios.

Cuando un prestador de servicios recibe una citación, éste deberá de forma expedita entregar la información solicitada por el titular del derecho o la persona autorizada por él para ello, a pesar de que haya una provisión legal distinta o el prestador haya atendido a la notificación.

La actitud del prestador frente a la notificación y citación es absolutamente importante, en el sentido en que demuestra que está dispuesto a colaborar para que no se vean

menoscabados los derechos de los titulares de derecho de autor, como también es vital que éste no interfiera con el material, es decir que no lo modifique, conozca su contenido o tenga un provecho económico sobre el mismo cuando hay una infracción, esto para poder no ser responsable, caso contrario las limitaciones expuestas en la DMCA no le serán aplicables.

h. Condiciones de Elegibilidad¹⁴

Para ser beneficiario de cualquiera de las cuatro limitaciones a la responsabilidad establecidas en la DMCA, el proveedor de servicio en línea debe cumplir con las condiciones de elegibilidad establecidas en la norma para tal fin. Las limitaciones a la responsabilidad solo aplican al proveedor de servicios que:

1. Haya adoptado, implementado razonablemente e informado a los suscriptores o titulares de sus cuentas, una política de terminación de acceso al sistema o red del proveedor de servicios en circunstancias apropiadas, a los suscriptores que son infractores reincidentes o repetitivos, y
2. Se acomode o no interfiera con las medidas técnicas estándar impuestas por los titulares de los derechos de autor. Las medidas técnicas estándar son las formas usadas por los titulares del derecho de autor para identificar o proteger información protegida por la ley.

¹⁴ 17 U.S.C sección 512 (i).

Si un proveedor de servicios no cumple con los requisitos mencionados anteriormente no tiene la posibilidad de invocar las limitaciones o exenciones a la responsabilidad contempladas en la DMCA.

i. Ordenes Judiciales

La DMCA dispone que se deben seguir una serie de reglas en el caso en que en contra del prestador de servicios haya una orden judicial siendo éstas según la norma:

Alcance de la Orden Judicial

- Con relación a las conductas realizadas por el prestador que tengan como consecuencia que éste no pueda acogerse al régimen de exenciones de responsabilidad, la Corte deberá decretar:
 - (i) Una orden que prohíba que el prestador provea el servicio de acceso al material o actividad infractora que resida en el sitio o sistema del prestador.
 - (ii) Una orden que prohíba que el prestador le provea el acceso a un suscriptor o al titular de una cuenta.
 - (iii) Cualquier otra sanción que la Corte considere necesaria para prevenir o detener la infracción de materiales protegidos, especificando en la orden la ubicación en línea, se aplicará esta sanción si es la menos gravosa a comparación de las otras previstas para estos casos.

- En el caso que el prestador de servicios sí califique para acogerse al régimen de exenciones de responsabilidad la Corte solo podrá imponer alguno de estos dos tipos de sanciones:
 - (i) Una orden que restrinja que el prestador de servicios le provea acceso al suscriptor o al titular de una cuenta que está usando el sistema o red del prestador para realizar una actividad infractora, el infractor deberá estar identificado en la orden y el prestador está obligado en este caso a dar por terminada la suscripción.
 - (ii) Una orden que restrinja que el prestador de servicios le provea acceso al infractor, el prestador deberá seguir los pasos dispuestos en la orden para bloquear el acceso a una ubicación en línea fuera de Estados Unidos.

Consideraciones

La Corte al considerar los criterios relevantes de la ley para aplicar una sanción deberá tener en cuenta lo siguiente:

- Si la orden por si sola o acompañada de otras en contra del prestador afectaran significativamente la red o el sistema del mismo.
- La magnitud de la posible afectación que sufrirá el titular de un derecho de autor en un entorno digital si no se siguen los pasos para prevenir o detener la infracción
- Si la implementación de la sanción es viable y efectiva y no va a interferir con materiales no infractores que se encuentren en otra ubicación en línea.

- Si existe una forma menos gravosa para restringir o prevenir el acceso al material infractor.

Notificación de Ordenes Judiciales – Sanción

El prestador solo será sancionado si ha tenido la oportunidad de comparecer al haberle sido enviada una notificación para hacerlo, salvo que se trate de la preservación de evidencia o de reserva de material que no afecte el sistema de comunicación del prestador.

En este caso tenemos la regulación que impide que se le ordene al prestador actuar de forma tal que él se vea afectado de una manera innecesaria, las cortes solo podrán ordenar lo aquello que sea razonable para poder proteger el derecho de un titular sin imponerle al prestador de servicios actividades que lo perjudiquen innecesariamente.

4. Casos Representativos

a. Recording Industry of America v. Verizon Internet

El caso

Este caso se ocupa de la utilización por parte de la Recording Industry Association of America (Asociación de Industria Discográfica de Estados Unidos) RIAA, de la citación o requerimiento de comparecencia contemplado por la DMCA, que tiene como finalidad identificar usuarios de internet que la RIAA considera que son infractores de los derechos de autor de sus miembros.

Cuenta la Corte de Apelaciones que a finales de los 90 las personas con un computador personal y acceso a internet empezaron a ofrecer copias digitales de grabaciones para ser descargadas por otros usuarios, esa actividad es conocida como compartir archivos, y lo

hacían usando un programa conocido como Napster. Aunque las compañías de grabación y las casas discográficas lograron obtener una orden judicial contra Napster por facilitar el intercambio de archivos que contenían material protegido por el derecho de autor, millones de personas en los Estados Unidos y en todo el mundo continuaron compartiendo archivos digitales mp3 protegidos usando programas de computador P2P como KaZaA, Morpheus, Grokster y eDonkey.

A diferencia de Napster, que funcionaba mediante una arquitectura centralizada de comunicación para identificar los archivos mp3 disponibles para ser descargados, la nueva generación de intercambio de archivos a través de programas “per-to-per” (P2P) le permite al usuario de internet buscar directamente los archivos mp3 de las bibliotecas de otros usuarios, ningún sitio web se ve envuelto en el intercambio mencionado. A la fecha los titulares de los derechos de autor no han podido detener el uso de esos programas descentralizados.

La RIAA ha usado las provisiones con relación a la citación establecida en la sección 512 (h) de la DMCA para obligar a los prestadores de servicios a revelar los nombres de los suscriptores que la RIAA cree que están infringiendo el derecho de autor de sus miembros. Algunos prestadores han cumplido con las citaciones solicitadas por la RIAA y han identificado los nombres de los suscriptores solicitados por ella. La RIAA ha enviado comunicaciones y ha interpuesto demandas contra cientos de individuos quienes supuestamente han puesto en línea archivos que han sido descargados cientos o hasta miles de veces por otros usuarios. Verizon Internet Services, que es una compañía dedicada al suministro de conexiones de internet se negó a cumplir y en cambio cuestiono la validez de las citaciones que había recibido.

Un titular de derecho de autor o su representante según la Corte, debe cumplir con tres requisitos para que la secretaria de la Corte del Distrito envíe una citación, una vez se cumpla con los mismos, la secretaria debe en forma expedita firmar y devolver la citación a la persona que la solicitó para que sea enviada al prestador de servicios, después de recibida la citación el prestador está obligado y autorizado a revelar al titular del derecho de autor la identidad del infractor.

El 24 de Julio de 2002 la RIAA le envió a Verizon una citación, buscando identificar un suscriptor que la misma consideraba estaba infringiendo el derecho de autor. La citación era para solicitar la información suficiente que lograra identificar al usuario infractor. La notificación del reclamo de la actividad infractora identifico la dirección IP del infractor y alrededor de 800 archivos de canciones que se ofrecían para ser comercializadas, la RIAA expresó que creía de buena fe que las actividades de intercambio de archivos de los suscriptores de Verizon constituían infracciones a los derechos de autor de sus miembros y pidió que Verizon en forma inmediata colaborara con detener esta actividad que no estaba autorizada. Especialmente solicitaron que se removiera o se deshabilitara el acceso a los archivos infractores de música que se envían a través de su sistema.

Cuando Verizon se negó a revelar el nombre de sus suscriptores, la RIAA presentó una moción para obligar a verizon según las reglas federales de procedimiento civil y la sección 512(h) (6). Verizon se opuso a esa moción y argumentó que la sección en comento de la DMCA no se aplica para los prestadores que actúan simplemente como un conducto para una persona que utiliza un programa de archivos P2P para intercambiarlos.

La Corte de Distrito rechazó los argumentos de Verizon basándose en el lenguaje y la estructura de la ley, teniendo en cuenta la intención y el tratamiento que históricamente se le ha dado a la norma y ordenó a Verizon revelar a la RIAA el nombre del suscriptor presuntamente infractor.

La RIAA después volvió a citar a Verizon, quien esta vez intentó anular la citación argumentando que la Corte de Distrito actuando a través de la secretaria carece de jurisdicción según el artículo III constitucional para enviar una citación. La Corte del Distrito rechazó los argumentos de Verizon y le ordenó una vez más revelar la identidad del suscriptor.

Verizon apeló las dos órdenes de la Corte del Distrito, motivo por el cual la Corte de Apelaciones las estudia al tiempo, al la RIAA en ambos casos argumentar la aplicación de la sección 512 en lo relativo a las citaciones. Es por esto que con relación al caso solo expondremos lo mencionado respecto a las citaciones.

Las citaciones en la sección 512

La Corte hace un análisis en este caso sobre la relación de las notificaciones con la citación teniendo en cuenta los argumentos de las partes donde Verizon sostiene que la citación establecida en la DMCA no autoriza el envío de una citación a un prestador que trasmite material infractor pero no lo guarda en su servidor. La RIAA argumenta que la notificación es dirigida a un prestador de servicios sin importar si el mismo actúa como conductor de información. La Corte de Apelaciones concluye de ambos argumentos y de la estructura de la disposición de la DMCA que como Verizon indica, una citación puede ser enviada solo a

un prestador que guarda o aloja en su servidor material infractor o que es objeto de una actividad infractora.

Lo que tiene como resultado, que como bien se expone en el caso, las notificaciones solo serán enviadas a los prestadores que provean servicio de almacenamiento automático, de alojamiento o de vinculación de contenidos y es por esto que las citaciones al depender de la notificación solo serán pertinentes en estos escenarios, lo que se sustenta en el hecho de que el prestador no tiene ni ha tenido en su sistema el material infractor.

Conclusión

La Corte de Apelaciones decide que la Corte del Distrito debe volver a estudiar este asunto ya que es necesario que anule la citación remitida a Verizon al éste no proveer un servicio mediante el cual pueda tener acceso al material donde tenga la capacidad de tener la actividad infractora.

b. Ellison v. Robertson

El caso

Como bien señala la Corte de Apelaciones, Harlan Ellison es el autor de varias novelas de ciencia ficción y de historias cortas, él es el titular de los derechos de autor sobre estos trabajos. En la primavera de 2000, Stephen Robertson utilizando medios electrónicos copió y escaneó numerosos escritos de Ellison y los convirtió en archivos digitales. Robertson compartió estos documentos a través de la red de usuarios contratada por RemarQ Communities, Inc. La red de usuarios es como un sistema de foros de discusión donde las personas que acceden a éste escogen entrar a uno u otro dependiendo del asunto de los

mismos, en estos foros usualmente comparten materiales que se relacionen con el tema, en este caso Robertson accedió a uno denominado copias de trabajos de autores famosos.

Al Robertson compartir las copias del trabajo de Ellison en el foro, éstas fueron reenviadas y copiadas a través de la red de usuarios a todos los servidores existentes en el mundo, entre los cuales se encontraba AOL. Como consecuencia de lo anterior todos los suscriptores de AOL tenían acceso a los contenidos compartidos en la red de usuarios, incluyendo claramente las copias que infringían el derecho de autor de Ellison. Cuando Robertson compartió las copias, la política utilizada por AOL en estos asuntos era la de almacenar los materiales compartidos en las redes de usuarios en su servidor por catorce días.

Ellison el 13 de abril de 2000 tuvo conocimiento de la actividad infractora y contactó a un Asesor Legal, el 17 del mismo mes, de acuerdo al procedimiento establecido en la DMCA su abogado envió un correo notificando a AOL y a Tehama County Online, que es el prestador de servicios que le daba acceso a internet a Robertson, sobre la actividad infractora. Ellison recibió respuesta de recibo de notificación de Tehama County Online pero según él nunca recibió nada por parte de AOL, que alega nunca haber recibido el correo.

El 24 de abril de 2000, Ellison demandó a AOL como también a otros prestadores de servicios, la demanda la presentó en la Corte Distrital del Distrito Central de California, AOL al ser notificado de la demanda bloqueó el acceso de sus usuarios al foro donde se encontraba el material infractor. AOL solicitó sentencia anticipada alegando que no se podían probar las reclamaciones de Ellison. El 27 de noviembre de 2001 Ellison solicitó sentencia anticipada con relación a los cargos en contra de AOL de responsabilidad por

responsabilidad directa e indirecta. El 13 de marzo de 2002 la Corte del Distrito aceptó la solicitud de AOL y negó la de Ellison.

La Corte del Distrito encontró que la evidencia no era suficiente para sustentar los cargos de responsabilidad directa por AOL, que si era responsable por responsabilidad indirecta pero concluyó que le eran aplicables las disposiciones del Título II de la DMCA, relativas a exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de internet.

La Corte de Apelaciones entra entonces en este caso a analizar si hay o no responsabilidad directa o indirecta por parte del prestador y adicionalmente estudia la posible aplicación de la sección 512 en estas circunstancias. Nos permitiremos entonces exponer únicamente lo relativo al análisis de la aplicación del Título II de la DMCA, que es lo referente al objeto de esta investigación.

Limitacion a la responsabilidad en la sección 512

La Corte de Apelaciones establece que para que a un prestador le sea aplicable el régimen de exenciones de responsabilidad consagradas en la DMCA, debe cumplir con las dos condiciones generales de elegibilidad dispuestas en la norma, caso contrario no se podrán tener en cuenta los requisitos contemplados para cada función.

La Corte de Apelaciones sostiene que la Corte del Distrito cometió un error al considerar en sentencia anticipada que AOL cumplía con los requisitos establecidos en la DMCA para la función de comunicaciones transitorias, ya que no se puede concluir que razonablemente implementó una política para infractores recurrentes. Dice que hay una gran evidencia que sustenta que AOL no había implementado un sistema efectivo de notificación en el momento en que ocurrieron los hechos.

Aunque AOL si le había informado a la oficina de derecho de autor el correo al cual podían ser enviadas las notificaciones antes de que el abogado de Ellison intentara contactarlo y si publicó en su página de internet la política relativa a las infracciones recurrentes, AOL cambio el correo al cual debían ser dirigidas las notificaciones y no redirigió los correos enviados de la antigua a la nueva, debiendo haberlo hecho. Lo que razonablemente lleva a concluir que al no hacerlo no tenía una política efectiva implementada para estos asuntos.

La Corte explica la función de comunicaciones digitales transitorias, donde para que un prestador de servicios no sea responsable por la infracción de derecho de autor como consecuencia de la transmisión, enrutamiento o por proveer conexiones cuando el sistema o red está siendo controlado u operado por o para este o en razón del almacenamiento intermedio y transitorio del material en el curso de esa transmisión, enrutamiento o provisión de conexiones, debe cumplir con las condiciones determinadas en la ley.

Al AOL funcionar como un prestador de servicios de transmisión, en este caso se deben según la Corte, entrar a resolver una serie de preguntas, siendo estas: ¿el periodo de 14 días durante el cual AOL almacenó el material es suficientemente razonable para pensar que era transitorio? Y si ésto es de esta forma ¿cumplió con lo dispuesto en la sección 512? La Corte del Distrito resolvió estos interrogantes de forma afirmativa teniendo en cuenta lo sucedido en [Netcom, 907 F.Supp. at 1361](#), donde se concluye que un prestador que almacene los contenidos de las redes de usuarios por 11 días (que fue lo sucedido en el caso de Netcom) no será responsable por el simple hecho de instalar y mantener en su sistema copias de mensajes reenviados de las redes de usuarios. Motivo por el cual la Corte de Apelación afirma que AOL si es elegible para que le sea aplicado el régimen de exenciones.

Conclusión

La Corte de Apelaciones concluye que con relación a lo que la Corte del Distrito decidió sobre la responsabilidad directa e indirecta está de acuerdo, pero dice que la Corte falló al decidir sobre los asuntos discutibles relativos a la elegibilidad de AOL para la aplicación del régimen de exenciones. Es por esto que le devuelve a la Corte Distrital la obligación de determinar si le es aplicable o no el régimen, caso en el cual si esta decide que le será aplicable, las partes no podrán volver a discutir sobre esto asunto. Aunque la Corte del Distrito debe revisar lo concerniente a las limitaciones, la Corte de Apelaciones considera que sí le es aplicable el régimen a AOL.

c. *Gordon Roy Parker v. Google, Inc.*

El caso

Como bien señala la sentencia, Google, Inc es una compañía de Delaware, con sus oficinas en California, que tiene un sitio de internet que provee tecnología de búsqueda que le permite a los usuarios buscar entre muchas otras cosas, sitios de internet (websites), productos e imágenes. Google provee este servicio haciendo un recorrido a través de los contenidos disponibles en línea y después los organiza mediante un índice de búsqueda en la web, de modo tal que cuando un usuario introduce una consulta, Google en el uso de su tecnología le proporciona una lista de hipervínculos organizada dependiendo de la relevancia y confiabilidad.

Mientras presta el servicio, Google hace copias de cada sitio de internet y lo almacena en caché, siendo esta una herramienta de almacenamiento transitorio. Cuando produce una

lista de resultados a una solicitud en particular, Google ofrece usualmente enlaces a estos caches, que son copias originales archivadas de las páginas de internet. Google además mantiene una red de usuarios, mejor conocida como USENET por su acrónimo en inglés (users network) que es un sistema global de foros de discusión que le permite a los usuarios publicar y buscar mensajes archivados en el sistema.

Siguiendo con la identificación de las partes de acuerdo a lo expuesto en la sentencia, Gordon Roy Parker como demandante alega que él es escritor y que ha publicado su trabajo en internet bajo el nombre de "Snodgrass Publishing Group", dice que tiene un sitio de internet denominado www.cybersheet.com, además indica que él escribió y tiene el derecho de autor registrado sobre varias publicaciones, entre estas su libro en línea "29 Reasons Not To Be A Nice Guy" (29 razones para no ser un buen chico). El demandante participó en la red de usuarios (USENET) y publicó en uno de los foros la razón número seis de su libro de las veintinueve razones.

Parker presentó la demanda el 18 de agosto de 2004 y después el 22 de octubre radicó una modificación de la misma donde afirma mediante once cargos distintos que Google: (1) ha infringido directamente su derecho de autor, (2) contribuye a la infracción de su derecho de autor, (3) que tiene un beneficio económico por la infracción, (4) que lo ha difamado, (5) que ha invadido su privacidad, (6) que ha sido negligente, (7) que ha violado la Lanham Act, entre otros cargos.

Por la gran extensión de la demanda, la corte en este caso entra a analizar los cargos de manera separada y teniendo en cuenta el objeto de esta investigación nos permitimos referenciar únicamente lo relativo a la infracción de derecho de autor por parte del prestador de servicios.

Infracción directa al derecho de autor

El demandante, siguiendo la sentencia, alega que Google ha infringido directamente, de distintas formas, su derecho de autor; en un primer momento Parker señala que él tiene un registro de derecho de autor sobre su libro de las 29 razones para no ser un buen chico, incluyendo la razón número 6 que el compartió en USENET. La Corte dice que no es totalmente claro, pero Parker aparentemente afirma que el sistema automático de archivo de Google de su foro, constituye una infracción directa a su derecho de autor. Parker también expone que cuando Google produce las listas de hipervínculos como respuesta a la solicitud de búsqueda de un usuario e incluye su sitio de internet en esa lista, una vez más está infringiendo directamente su derecho. Él alega que esa conducta constituye una violación a lo consagrado en el código de Estados Unidos en el título 17 en la sección 106 y en la Digital Millennium Copyright Act, en su parte equivalente a la sección 512 de este Código, es decir el título II del acta.

La Corte bien expone que para probar la infracción de su derecho de autor, el demandante debe demostrar (1) la titularidad del derecho de autor y (2) que el demandado copió una expresión protegida. La infracción ocurre cuando el demandado viola un derecho exclusivo del titular de derecho de autor¹⁵. Adicionalmente el demandante debe demostrar el elemento volitivo de la conducta del demandado para poder sustentar la infracción de derecho de autor¹⁶.

¹⁵ Esto la corte lo afirma citando un apartado de la sentencia de Netcom, 907 F.Supp. at 1366-67.

¹⁶ La Corte en esta última afirmación del parrado cita una afirmación del caso Field v. Google, Inc., 412 F.Supp.2d 1106, 1114-15 (D.Nev.2006)

Si bien, como dice la Corte, el demandante ha alegado tener un derecho de autor válidamente protegido respecto a la razón número seis de su libro que fue la publicada en el foro, teniendo en cuenta el precedente judicial, es claro que la actividad de Google no constituye una infracción directa. La corte de apelaciones del cuarto circuito de Estados Unidos ha concluido que mientras la Ley de Derecho de Autor no indique que la persona intencionalmente infrinja el derecho de autor, se requiere que la conducta realizada por la persona genere de una forma significativa una infracción¹⁷. La Corte ha hecho una analogía entre un prestador de servicios de internet que tiene un sistema que automáticamente transmite a los usuarios materiales sin tener en cuenta el contenido y el dueño de una fotocopiadora que está disponible para el público, la Corte en el caso de inNETCOM explícitamente la expone:

“El solo hecho de que el sistema de un prestador de servicios de internet accidentalmente haga copias temporales del trabajo del demandante no significa que el prestador de servicios de internet haya originado la copia. La Corte cree que la actuación del prestador de servicios de internet de diseñar y de implementar un sistema que automáticamente y de forma uniforme cree copias temporales de la información enviada a través de éste, no es el mismo caso del dueño de una fotocopiadora que deja que la gente saque copias...aunque es estricta la ley de derecho de autor, debe haber un elemento volitivo o un nexo causal, que está faltando cuando el sistema es solamente utilizado para crear una copia por un tercero¹⁸”.

Cuando un prestador de servicios de internet automáticamente y temporalmente almacena información sin intervención humana, de modo tal que el sistema puede operar y transmitir

¹⁷ Afirmación que sustenta la corte en la sentencia de CoStar Group, Inc. v. LoopNet, Inc., 373 F.3d 544, 549 (4th Cir.2004).

¹⁸ Analogía encontrada por la corte en el caso Netcom, 907 F.Supp. at 1368-70

contenidos a los usuarios, el elemento volitivo no está presente. La actividad automática de la red de usuarios (USENET) de compartir y de extraer de los sitios de internet los resultados de la solicitud de búsqueda de los usuarios, no incluye necesariamente el elemento volitivo que constituye una infracción al derecho de autor.

Adicionalmente dice la Corte, siendo no del todo claro lo que alega Parker, si éste está fundamentando la infracción en el almacenamiento automático de páginas de internet que hace Google como resultado de una solicitud de búsqueda o por indexar las mismas, esta actividad no constituye una infracción directa al derecho de autor de acuerdo a la sección 512 de capítulo 17 del Código de Estados Unidos, ya que la Corte del Distrito de Nevada recientemente sostuvo que Google tiene las calidades para estar dentro del sistema de exenciones a la responsabilidad de los prestadores de servicios de internet en lo relativo al sistema de caching.

Es por ésto que la Corte concluye que ni el archivo automático de los mensajes de USENET, ni el de los sitios de internet, ni la extracción de apartes del sitio del demandado constituyen una infracción directa y es por eso que se descarta el cargo contra Google.

Conclusión

La Corte finalmente ordena descartar los cargos de la demanda y respecto del primero al séptimo y décimo declara cosa juzgada y con relación al octavo, noveno y undécimo no declara la cosa juzgada, pero sí los descarta igualmente.

d. Michael J. Rossi, DBA Internet Movies.com v. Motion Picture Association of America Inc.

El caso

La Corte de apelaciones entra a identificar las partes del proceso, el demandante Michael J. Rossi ha sido el dueño y ha manejado el sitio de internet "internetmovies.com" desde 1997, Rossi describe su sitio de internet como una revista en línea que le provee a sus visitantes un directorio de páginas de internet que contiene información acerca de las películas. A principios de enero de 2001, el demandante empezó a ofrecer membrecías a los visitantes de su sitio de internet.

La Motion Picture Association of America (Asociación Cinematográfica de América) o MPAA por sus siglas en inglés es una asociación cuyo objetivo es prevenir que se realicen copias, transmisiones y otras distribuciones de películas no autorizadas. Un miembro de esta asociación se dió cuenta de la existencia del sitio de internet de Rossi y notificó a la MPAA, la cual subsecuentemente examinó el sitio encontrando los siguientes contenidos "Join to download full length movies online now! new movies every month" (afílate para descargar películas en línea completas ahora! Nuevas películas cada mes); "Full Length

Downloadable Movies" (películas completas descargables); y "NOW DOWNLOADABLE." (Ahora descargables). Estos enunciados estaban acompañados de imágenes de una serie de películas protegidas por derecho de autor, derechos de los cuales la MPAA es titular. Después de revisar el sitio la MPAA considero que Rossi estaba ilegalmente infringiendo sus materiales protegidos. Motivo por el cual la MPAA presentó la notificación pertinente de acuerdo al procedimiento establecido en la DMCA, y envió varias notificaciones a Rossi y a su prestador de servicios informándoles sobre la infracción.

Tras recibir la notificación del prestador de servicios de que el sitio iba a ser cerrado, Rossi encontró un nuevo prestador que alojara internetmovies.com; de acuerdo con Rossi, su sitio de internet estuvo fuera de línea aproximadamente entre un segundo y 72 horas, y dice que la cantidad de dinero que el perdió debido a que su sitio fue cerrado es incalculable.

Rossi interpone una acción en contra de la MPAA consistente en cuatro cargos siendo estos 1) interferencia de forma dolosa, 2) interferencia de forma dolosa para tener un beneficio económico, 3) calumnia y difamación, y 4) causación intencional de angustia extrema.

La MPAA presenta un moción para que se dé una sentencia anticipada, donde la Corte del Distrito sostiene que la MPAA tiene más que los fundamentos suficientes para de buena fe creer que el sitio de Rossi contiene material infractor y solicitar de acuerdo a esto al prestador de servicios, que cierre el sitio. Como Rossi no tenía un buen argumento para sustentar sus afirmaciones la Corte concede lo solicitado por la MPAA y decide a favor de la misma.

En este caso el demandante para justificar su perjuicio, dice que la MPAA no actuó de buena fe al notificar a su prestador de servicios y es por eso que la Corte entra a analizar lo relativo a la actuación del demandado determinando cómo se debe entender el estándar de buena fe de acuerdo a la DMCA¹⁹, asunto que para los efectos de esta investigación será el único que nos permitiremos referenciar.

La buena fe en la sección 512

El Título II de la DMCA como bien expone la Corte, tiene una serie de medidas diseñadas para que los prestadores de servicios en línea cooperen en lo relativo a las infracciones de derechos de autor en internet como también intenta que haya una pronta respuesta por parte de un prestador cuando se encuentre una posible infracción. Es por ésto que cuando un titular de derecho considere que su derecho de autor se está viendo menoscabado debe seguir el procedimiento dispuesto en la norma, el cual podemos encontrar en el capítulo III sección 3 c, del análisis realizado anteriormente.

Rossi no reclama que la MPAA no hubiese cumplido con los requerimientos para la notificación dispuestos en la sección 512, lo que alega es que la MPAA no tenía suficiente información para de buena fe, de acuerdo a lo dispuesto en la misma norma, señalar que el estaba ilegalmente infringiendo su derecho de autor. Esto porque el demandante indica, siguiendo lo que dice la Corte, se debe aplicar el principio que señala que, para actuar de buena fe respecto a una infracción, se debe realizar una investigación razonable del presunto sitio infractor.

¹⁹ Digital Millennium Copyright Act.

Es indiscutible que la MPAA no bajó ningún contenido ni siguió ningún enlace de los que se encontraban en el sitio, es por ésto que Rossi dice que la MPAA no investigó de una manera razonable, porque si lo hubiese hecho inevitablemente habría concluido que mediante este sitio no era posible encontrar una fuente para descargar las películas. En conclusión la interpretación del requisito de buena fe que hace el demandante impondría un estándar objetivo de opinión para medir la razonabilidad de la conducta de la MPAA al notificar a Rossi y a su prestador de servicios de internet por la presunta infracción.

La MPAA a diferencia de lo que expone Rossi dice que el requerimiento de buena fe es subjetivo, para sustentar su argumento remite a la Corte a casos que interpretan la buena fe como aquella que abarca un estándar subjetivo y dice también que el Congreso pudo haber, pero no lo hizo, plasmado un estándar objetivo o el requerimiento de una investigación razonable en la sección 512 de la norma.

A pesar de la contención del demandante, el precedente judicial y la sección 512 sustentan la conclusión de que el requerimiento de buena fe es subjetivo y no objetivo, aunque ninguna Corte ha interpretado aún el significado de la creencia de estar actuando de buena fe sin estar en el contexto de la sección 512 en otros casos²⁰ si han tradicionalmente entendido a la buena fe como un estándar subjetivo.

Estos casos demuestran que el estándar de razonamiento objetivo es distinto del estándar subjetivo de la buena fe y que el Congreso entiende esta distinción, ya que cuando promulgo la DMCA pudo haber incluido fácilmente este estándar objetivo pero el hecho de

²⁰ La Corte en la sentencia señala estos casos, Alvarez v. IBP, Inc., 339 F.3d 894, 910 (9th Cir.2003), Austin v. McNamara, 979 F.2d 728, 734 (9th Cir.1992), Brooks v. Village of Ridgefield Park, 185 F.3d 130, 137 (3rd Cir.1999)

que no lo haya incorporado indica el intento de seguir con la asociación que tradicionalmente se ha hecho de la buena fe como un estándar subjetivo.

La sección 512 en general, no solo en la parte referida a este requerimiento sustenta la conclusión de que la norma si impone un requisito subjetivo respecto a la buena fe del titular de derecho de autor²¹. De hecho el legislador americano dispone que un titular de derecho no puede ser simplemente responsable por el hecho de cometer un error, incluso si actuó de forma irracional cuando lo estaba cometiendo, será responsable solo cuando se demuestre que él intencionalmente hizo una falsa declaración para que se deshabilitara el contenido de un suscriptor.

La Corte bien expone que, en contraposición al requisito de buena fe, tenemos el caso del conocimiento de una falsa declaración, provisión que también está en la DMCA, que revela una estructura que implica la responsabilidad del titular del derecho de autor por conscientemente hacer falsas declaraciones sobre supuestas infracciones de un sitio de internet, por lo que actuar conforme a un estándar objetivamente razonable sería incompatible con lo que el Congreso aparentemente intenta hacer, ya que, la norma protege a los posibles infractores desde un punto de vista subjetivo referido a las actuaciones inapropiadas de los titulares de derechos.

Aplicando el estándar subjetivo de la buena fe de la sección 512 y viendo lo acontecido de la manera más favorable para Rossi, él falló exponiendo los hechos que según él configuraban una violación por parte de MPAA de la DMCA. Así que la Corte teniendo

²¹ La corte en este caso considera relevante tener en cuenta lo mencionado en esta sentencia *Wilderness Soc'y v. United States Fish and Wildlife Serv.*, 353 F.3d 1051, 1060 (9th Cir.2003) (en banc) respecto a la interpretación con relación al contexto de la norma.

esto en cuenta dice que para llegar a una conclusión decide 1) examinar la información que reside en el sitio de Rossi y 2) examinar las actuaciones que realizó la MPAA al descubrir esta información.

Después de que un miembro de la MPAA notificara al Departamento de Antipiratería de esta organización, de las posibles infracciones por parte de internetmovies.com, un empleado revisó el sitio de internet y encontró anuncios que decían "Join to download full length movies online now! new movies every month" (afíliate para descargar películas en línea completas ahora! Nuevas películas cada mes); "Full Length Downloadable Movies" (películas completas descargables); y "NOW DOWNLOADABLE." (Ahora descargables). Lo que lo llevó a concluir de buena fe que las películas que son de los miembros de la MPAA estaban disponibles para ser descargadas en este sitio de internet. La Corte continúa diciendo que el lenguaje inequívoco utilizado por Rossi no solo sugiere llegar a esa conclusión, sino que prácticamente obliga a la persona que ve los anuncios a llegar a ésta. Y resalta el hecho de que la Corte Distrital dijo que hay una pequeña pregunta que estos anuncios fuertemente sugiere, si no es que lo afirman expresamente y es que las películas están disponibles para ser descargadas en este sitio. De hecho Rossi admitió que sus propios usuarios usualmente creen que realmente las películas están disponibles para ser descargadas.

Teniendo en cuenta que Rossi falló en exponer un asunto de posible discusión en juicio en cuanto a la notificación y el procedimiento de bajar el contenido impulsado por la MPAA dispuesto en la DMCA y viendo lo explícito de los anuncios del sitio de Rossi, la Corte del Distrito encuentra que no hay asunto que discutir debido a que la MPAA actuó de buena fe

creyendo que el sitio de internet de Rossi realmente estaba infringiendo su derecho de autor.

Conclusión

La Corte considera que en el contexto de la DMCA en su sección 512, en lo relativo al requerimiento de buena fe en la notificación, se puede ver que se trata de un elemento subjetivo y no un estándar objetivo de conducta; y al aplicar este estándar de buena fe y viendo lo expuesto por Rossi de la manera más favorable para él, se puede ver que no hay un argumento que sustente la violación de la DMCA por parte de la MPAA, ésto porque actuó de acuerdo a lo establecido en la norma y conforme a lo que encontró en el sitio web de Rossi. También las reclamaciones relativas a las supuestas interferencias intencionales por parte de la MPAA como los cargos de difamación son descartados. Así que la Corte de Apelaciones del Distrito falla a favor de la MPAA.

IV. EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO CON COLOMBIA

1. Comunicaciones Digitales Transitorias

El TLC establece como primera función objeto de las limitaciones a la responsabilidad de los prestadores de servicios en línea “la 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”²²

El acuerdo establece también que para efectos de la función referida a las comunicaciones digitales transitorias, es prestador de servicio el proveedor de transmisión, de enrutamiento o de conexiones para comunicaciones digitales en línea, quien no debe modificar el contenido de lo especificado por el usuario con relación al material seleccionado por el mismo.

Por su parte la DMCA señala como primera función que puede realizar un prestador, cuya responsabilidad puede ser limitada, las denominadas comunicaciones digitales transitorias, entendiéndose por ello todos los actos de transmisión, enrutamiento de información o suministro de conexiones; también hacen parte de este tipo de actividad el almacenamiento de copias intermedias y transitorias que se realizan en forma automática en operaciones de red.

La DMCA establece que un prestador de servicios que desarrolle este tipo de actividades no es responsable por infringir el derecho de autor cuando no desempeñe un papel activo en relación con el manejo del contenido, este requisito se consume siempre y cuando el prestador de servicio cumpla con cuatro condiciones especiales establecidas en la norma de

²² Artículo 16.11-29.b (i) (A).

donde puede concretarse que él mismo únicamente es el encargado de proveer los medios para que se puedan llevar a comunicaciones entre aquellos que utilizan sus servicios.

De forma tal, podemos concluir en primer lugar, que no hay una diferenciación en cuanto a la definición de comunicaciones digitales transitorias en línea, el término se refiere al mismo tipo de actividades en las dos normatividades.

En segundo lugar podemos señalar que como el acuerdo no establece condiciones específicas que tengan que cumplir los prestadores de servicios en línea para acceder a dicha limitación, como si lo hace la DMCA, se deben tener en cuenta solamente las condiciones de elegibilidad generales establecidas en el TLC.

2. Sistema de Caching

La segunda función que trata el TLC es el “almacenamiento temporal llevado a cabo mediante un proceso automático (caching)”²³

Con respecto a esta función, el acuerdo establece cuatro condiciones específicas para acceder a la limitación a la responsabilidad del prestador de servicio en línea:

1. Que el prestador de servicios permita el acceso al material almacenado temporalmente en una parte significativa, únicamente a los usuarios de su sistema o red que hayan cumplido con las condiciones de acceso de usuarios a este material,
2. Cumpla con las reglas relativas a la actualización, recarga u otra actualización del material almacenado temporalmente cuando así lo especifique la persona que pone a disposición el material en línea, de conformidad con un protocolo de comunicación de datos estándar generalmente aceptado por la industria, para el sistema o red mediante el cual esa persona pone a disposición el material,

²³ Artículo 16.11-29.b (i) (B).

3. No interfiera con la tecnología compatible con estándares de la industria aceptados en el territorio de la parte utilizadas en el sitio de origen para obtener información acerca del uso del material, y que no modifique su contenido en la transmisión a otros usuarios subsecuentes y
4. Retire o inhabilite de forma expedita el acceso, tras recibir una notificación efectiva de reclamo por infracción, al material almacenado temporalmente que ha sido removido o al que se le ha inhabilitado su acceso en el sitio de origen.

Para finalizar, el acuerdo establece que en relación con la función del sistema de caching es prestador de servicios quien “provea u opere instalaciones para servicios en línea o acceso a redes.”²⁴

La DMCA por su parte define caching como el almacenamiento intermedio y temporal de material en el sistema o red controlado por o para el prestador de servicios en línea. Continúa la ley estableciendo que los prestadores de servicio en línea que desarrollen este tipo de actividad no serán responsables por la vulneración al derecho de autor siempre y cuando en su ejercicio tampoco tengan un contacto real con el contenido del material que sea temporalmente almacenado.

Lo anterior debe ir unido al cumplimiento de ciertas condiciones que determina la ley, las cuales son en general las mismas que establece el TLC, con las siguientes diferencias:

1. La DMCA exige que el material almacenado sea transmitido a usuarios distintos a los que inicialmente iba dirigido el material por solicitud de la persona que lo puso en línea sin la intervención del prestador de servicios, exigencia que no es mencionada en el TLC.

²⁴ Artículo 16.11-29 (iiiv)

2. En la DMCA se plantea como excepción al cumplimiento de las reglas relativas a recargar o actualizar el material siguiendo el protocolo generalmente aceptado para tal fin, que las mismas no estén siendo utilizadas por el usuario que puso el material en línea para prevenir o irrazonablemente perjudicar dicho almacenamiento intermedio de datos.
3. Siguiendo con la DMCA, un prestador de servicios no debe intervenir con la capacidad tecnológica asociada a devolver el material a la persona que lo puso en línea, cuando ese material hubiera podido estar disponible para esa persona si hubiese sido puesto en línea por un usuario diferente siempre y cuando i) no interfiera significativamente con el rendimiento del sistema o red del prestador de servicios o con el almacenamiento intermedio del material ii) sea consciente del protocolo estándar de la industria de las comunicaciones y iii) no extraiga información del sistema o red del prestador de servicios distinta a la que ha puesto en disposición la persona que subió el material, si los usuarios posteriores han tenido acceso a ese material por esta persona, mientras que el TLC se limita a establecer que el prestador de servicios no puede intervenir con los estándares de la industria aceptados en el territorio de la parte para obtener información acerca del uso del material, además de prohibir que el prestador de servicios modifique el contenido en la transmisión a otros usuarios subsecuentes.
4. La DMCA condiciona el retirar o inhabilitar de forma expedita el acceso a un material que vulnere el derecho de autor, cuando el mismo ha sido puesto en línea por una persona distinta al titular del derecho y sin su autorización a que: i) el material haya sido removido previamente del sitio originario, su acceso haya sido deshabilitado o una Corte haya ordenado que el material fuera removido del sitio

originario o su acceso haya sido deshabilitado y ii) que la parte que notifica incluya en la notificación una declaración confirmando que el contenido ha sido removido o deshabilitado del sitio originario o la orden de una Corte estableciendo lo mismo.

En relación con este tipo de servicio podemos concluir que tanto el TLC como la DMCA desarrollan el mismo concepto de almacenamiento temporal o caching y plantean las mismas exigencias en cuanto al rol que debe desempeñar el prestador de servicios para estar cobijado por la limitación establecida. Sin embargo la DMCA contempla características propias del sistema americano en el desarrollo de las exigencias que debe cumplir cada condición, exigencias que deben ser desarrolladas en detalle por el legislador colombiano una vez entre a reglamentar la materia.

3. Alojamiento a Petición del Usuario y Vinculación

Ahora, con relación a las funciones tercera y cuarta²⁵, siendo la tercera la relativa al almacenamiento a petición del usuario del material que se aloja en un sistema o red controlado u operado por o para el prestador de servicios, y la cuarta la que trata de referir o vincular a los usuarios a un sitio en línea, mediante la utilización de herramientas de búsqueda de información, incluyendo hipervínculos y directorios, vemos que las condiciones para que los prestadores de estas funciones puedan ser cobijados por las limitaciones a la responsabilidad, se encuentran en el mismo apartado de la norma, de modo tal que tenemos que el TLC asemeja las conductas que puede realizar el prestador de servicios en estos dos casos al disponer que un prestador cuando preste su servicio:

²⁵ Artículo 16.11-29.b (i) (C) y (D).

1. No reciba beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, en circunstancias en que tenga el derecho y capacidad de controlar la actividad.
2. Retire e inhabilite en forma expedita el acceso al material que reside en su sistema o red al momento de obtener conocimiento real de la infracción o al darse cuenta de los hechos o circunstancias a partir de los cuales se hizo evidente la infracción, tal como mediante notificaciones efectivas de las infracciones reclamadas de acuerdo al procedimiento establecido para esta notificación.
3. Designe públicamente a un representante para que reciba las notificaciones.

Lo que nos lleva a interpretar que lo buscado por el tratado en estos casos es que el prestador no tenga una relación con el material donde pueda utilizar el contenido para provecho propio, motivo por el cual el sistema de notificaciones tiene un papel relevante ya que si existe una presunta infracción, el prestador debe deshabilitar el contenido siguiendo el procedimiento pertinente para esta situación donde es absolutamente necesaria la delegación de un agente encargado de recibirla para que se pueda llevar a cabo el ya referido procedimiento.

Si entramos a analizar la norma vigente para estos casos en Estados Unidos, vemos que la disposición exige el cumplimiento de unas condiciones dependiendo del servicio que provea el prestador, motivo por el cual cuando se refiere al servicio expone de manera separada las condiciones de cada caso, lo cual nos lleva en este punto a exponer las mismas como se presentan en la norma:

Información alojada en sistemas o redes bajo la dirección de los usuarios

En este caso el prestador de servicios no será responsable cuando almacene bajo la dirección de un usuario material que se aloja en un sistema o red operado o controlado por el mismo si:

- No tiene conocimiento real de que el material o la actividad que se realiza con el material en el sistema o red está infringiendo. (i) A falta de este conocimiento real, el prestador de servicios no es consciente de los hechos o circunstancias a partir de los cuales aparentemente hay una infracción, (ii) si tiene tal conocimiento o conciencia de la infracción actúa expeditamente removiendo o deshabilitando el material.
- No tiene un beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, en el caso en que el prestador de servicios tenga el derecho y la habilidad de controlar la actividad.
- A partir de la notificación del reclamo por una infracción hecha de la manera apropiada, responde expeditamente removiendo o deshabilitando el acceso al material que se alega está infringiendo o es sujeto de una actividad infractora.

Así que en la Digital Millennium Copyright Act en lo relativo al alojamiento de material a petición del usuario, es esencial que el prestador no tenga conocimiento sobre la actividad infractora ni tenga un beneficio como resultado de esta, donde la falta del mencionado conocimiento es lo que determina en gran parte si puede tener o no una limitación a su responsabilidad, ya que si el prestador conoce y adicionalmente obtiene provecho de ésta y si es notificado no actúa expeditamente, estaremos en el escenario de la no aplicación de la

exención, vale aclarar que no es necesario que se presenten las tres condiciones, esto porque si el prestador incumple con uno solo de estos supuestos será responsable.

Provisión de referentes o enlaces

Los prestadores de servicios de herramientas de ubicación de información no serán responsables por la infracción de derechos de autor en razón de la provisión de referentes o enlaces (linking) a los usuarios de una ubicación en línea que contenga material infractor o que sea una actividad infractora de derechos de autor, por utilizar las herramientas de ubicación de información, incluyendo directorios, índices, referencias, punteros o enlaces de hipertexto si el prestador de servicio:

1. (i) No tiene conocimiento real de que el material o la actividad está infringiendo un derecho. (ii) A falta de este conocimiento real, el prestador de servicios no es consciente de los hechos o circunstancias a partir de los cuales aparentemente hay una infracción, (iii) si tiene tal conocimiento o conciencia de la infracción actúa expeditamente removiendo o deshabilitando el material.
2. No recibe un beneficio económico directo atribuible a la actividad infractora esto en el caso en que el prestador tenga el derecho y la habilidad de controlar tal actividad.
3. A partir de la notificación del reclamo por una infracción hecha de manera apropiada de acuerdo al sistema de notificación, responde expeditamente

removiendo o deshabilitando el acceso al material que se alega está infringiendo o es sujeto de una actividad infractora.

Si bien en la DMCA están tipificadas las condiciones de elegibilidad de forma separada, vemos que hay puntos importantes en común pero que para que haya una mejor claridad respecto al asunto, el legislador norteamericano las expone en apartes diferentes, donde el conocimiento de la infracción y la posibilidad de conocer el origen de la misma es fundamental para poder saber si se aplica o no el régimen de exención de responsabilidad.

Lo que pasa con relación a estos prestadores es que para poder estar exentos no deben realizar actuaciones semejantes, motivo por el cual el TLC en un mismo apartado dispone las condiciones necesarias para la limitación, así que cuando estudiamos ambas normas podemos afirmar que se trata de lo mismo, esto porque el TLC incluye el requerimiento de conocimiento de la infracción, algo que es vital en la DMCA, ya que un prestador que conozca la infracción debe actuar de forma expedita para que no sea responsable y es donde vemos que el no recibir un beneficio y seguir el procedimiento dispuesto para la notificación es indiscutiblemente obligatorio para que el prestador no sea responsable.

Lo que si podemos afirmar que es diferente en las disposiciones, es que la DMCA incluye el sistema de notificaciones cuando habla de cada prestador y en el TLC no pasa eso, lo que tenemos respecto a la notificación y que dice el Tratado, es que se debe implementar en cada país suscriptor un sistema relativo a éstas, pero no dispone la manera en que debe. Con relación a las notificaciones lo que sucedió es que, se firmó una carta adjunta donde en virtud de lo acordado en el Tratado, se debe implementar el sistema de notificación expuesto en la carta, el cual a continuación procederemos a explicar.

4. Sistema de Notificaciones

El TLC en lo pertinente a las notificaciones²⁶ dispone que cada parte deberá establecer los procedimientos adecuados para que la notificación de las actividades infractoras sea efectiva, como también lo relativo a la contra notificación y aclara en una carta adjunta lo relativo a estos asuntos motivo por el cual nos permitimos exponer lo dispuesto en el documento.

La carta adjunta entonces, incluye un modelo de notificación hecha por el titular de un derecho de autor o por la persona autorizada por éste para actuar en su nombre. Notificación, que le es enviada a la persona designada públicamente por el prestador de servicios como su representante, la cual para que sea efectiva debe constar por escrito o hacerse mediante comunicación electrónica y debe incluir lo siguiente:

1. La identidad, domicilio, número telefónico y dirección de correo electrónico de la parte recurrente (o su agente autorizado).
2. La información razonablemente suficiente que permita al proveedor del servicio identificar las obras protegidas por el derecho de autor, que se alega ha sido infringido.
3. La información suficientemente razonable que permita al proveedor del servicio identificar y localizar el material que reside en un sistema o red controlado u operado por éste o para éste, el cual es reclamado de estar infringiendo o de ser el objeto de la actividad infractora, y el cual debe ser removido o cuyo acceso debe ser inhabilitado.

²⁶ Artículo 16.11-29 (ix) y carta adjunta TLC

4. Una declaración del reclamante en la que exprese que cree de buena fe, que el uso alegado que se le está dando al material no cuenta con la autorización del titular del derecho de autor, su agente o la legislación.
5. Una declaración en el sentido que la información contenida en la notificación es precisa.
6. Una declaración con el suficiente indicio de confiabilidad (tal como una declaración bajo la pena de perjurio o una sanción legal equivalente) en donde se demuestre que la parte recurrente es el titular del derecho exclusivo que es alegado como infringido o que está autorizado para actuar en nombre del titular.
7. La firma de la persona que hace la notificación.

Con relación a la contra notificación, tenemos que esta es aquella presentada por el suscriptor cuyo material ha sido removido o deshabilitado como consecuencia de un error por parte del prestador o por una indebida identificación del material presuntamente infractor. La contra notificación deberá constar por escrito o hacerse mediante comunicación electrónica y deberá incluir:

1. La identidad, domicilio, número telefónico y dirección de correo electrónico del suscriptor.
2. La identificación del material que ha sido removido o cuyo acceso ha sido inhabilitado.
3. La ubicación del sitio en el cual se encontraba el material antes de ser removido o antes de que su acceso haya sido inhabilitado.

4. Una declaración con el suficiente indicio de confiabilidad (tal como una declaración bajo la pena de perjurio o una sanción legal equivalente) de que el suscriptor es quien provee el material y en la que exprese que cree de buena fe que el material fue removido o inhabilitado como consecuencia de un error o de una indebida identificación del material.
5. Una declaración en la que el suscriptor acceda a estar sujeto a las órdenes impuestas por cualquier Corte que tenga jurisdicción en su domicilio, o si dicho domicilio se encuentra fuera del territorio de la Parte, cualquier otra Corte con jurisdicción en cualquier lugar del territorio de la Parte en donde el proveedor del servicio pueda ser encontrado, y en la cual una demanda por infracción al derecho de autor alegada pueda ser interpuesta con respecto a una infracción alegada.
6. Una declaración en la que el suscriptor aceptará ser notificado de cualquiera de estas demandas.
7. La firma del suscriptor.

Así que la carta adjunta, plantea un sistema que se entiende, según lo acordado por las partes, hace parte integral del trato pero cuyos requerimientos le son únicamente exigibles a Colombia, esto debido a que Estados Unidos dispone que ellos aplicarán lo consagrado en su normatividad para lo relativo a estos asuntos.

La DMCA es la norma que consagra el procedimiento y los requisitos que debe tener una notificación para que sea efectiva, esta norma a diferencia de lo que hace el TLC, explica en un primer momento las condiciones generales en la parte relativa al alojamiento de

materiales a petición de los usuarios y después expone las particularidades que debe tener esta cuando se trata de referir o vincular.

Para que un prestador de servicios pueda estar exento de responsabilidad, es necesario que este se encargue de designar un agente que será el encargado de recibir las notificaciones de reclamos de infracciones de derecho de autor, el agente recibirá las notificaciones que serán presentadas a través de la página web del prestador, donde deberá haber una sección accesible a los titulares de derechos o sus representantes que consideren hay una presunta infracción. El prestador tiene la obligación de informarle a la oficina de derecho de autor lo siguiente, (i) nombre, dirección, número de teléfono y correo electrónico del agente, (ii) cualquier otro tipo de información que el registrador de agentes considere necesaria.

Para que la notificación sea efectiva, ésta deberá ser una comunicación escrita dirigida al agente designado por el prestador de servicios y deberá incluir sustancialmente lo siguiente:

1. La firma física o electrónica de la persona autorizada para actuar en nombre del titular del derecho de autor que presuntamente ha sido infringido.
2. La identificación del trabajo protegido que se alega ha sido infringido y en el caso de múltiples infracciones de distintos trabajos por un mismo sitio se incluirá en la misma notificación la lista representativa de los mismos.
3. La identificación del material que se alega está infringiendo o es sujeto de una actividad infractora y que se pretende sea removido o deshabilitado con la información razonablemente suficiente que permita que el prestador de servicios ubique el material.

4. Información razonablemente suficiente que permita que el prestador de servicios contacte a la parte que esta alegando la infracción, tal como la dirección, número de teléfono y si es posible un correo electrónico con el cual se pueda contactar.

5. Una declaración de la parte que está alegando la infracción donde diga que está actuando de buena fe debido a que el uso no está autorizado por el titular de derecho, por su agente o por la ley.

6. Una declaración de que la información en la notificación es precisa y que teniendo en cuenta las implicaciones legales la persona que está haciendo el reclamo está autorizada para actuar en nombre del titular de un derecho exclusivo que está siendo infringido.

Este tipo de notificación es el que se debe implementar en los casos de alojamiento de contenido a petición del usuario y adicionalmente a diferencia del TLC vemos que ésto es aplicable en lo relativo al cahing. En el tratamiento que se le da a la vinculación, si bien es casi el mismo que en estos dos casos anteriores, la norma tiene una particularidad respecto al caso y es que se deberá seguir el mismo procedimiento y deberá cumplir con los mismos requisitos la notificación, con excepción de que se deberá es identificar la referencia o enlace del material o actividad que se alega está infringiendo un derecho y deberá estar acompañado de información suficientemente razonable, que permita que el prestador de servicios ubique la referencia o enlace.

Estados Unidos, adicionalmente con relación a las notificaciones aplicará la excepción consagrada en su legislación con relación a la obligación del prestador de servicios que ha deshabilitado el presunto contenido infractor, siendo esta, que no se puede presumir la falta

de responsabilidad del prestador que ha removido o deshabilitado el presunto material infractor como respuesta a una notificación salvo que:

- Tome prontamente los pasos razonables para notificar al suscriptor que ha removido o deshabilitado el material.
- Al recibir la notificación le informe prontamente a la persona que hizo el reclamo con copia de la notificación que remplazara el material removido o que cesara la inhabilitación del contenido en los próximos 10 días hábiles.
- Reemplace el material removido o cese la inhabilitación en no menos de 10 días hábiles pero no más de 14 a partir del recibo de la notificación, salvo que el agente designado reciba primero la noticia de la persona que ha presentado el reclamo y que esa persona haya presentado una acción buscando una orden judicial que restrinja al suscriptor de participar en una actividad infractora relacionada con el material que reside en la red o sistema del prestador de servicios.

Para que en este caso la notificación sea efectiva esta debe ser una comunicación escrita proporcionada al agente designado por el prestador de servicios y debe contener sustancialmente lo siguiente:

1. La firma física o electrónica del suscriptor.
2. La identificación del material que ha sido removido o cuyo acceso ha sido deshabilitado y la ubicación en la cual el material apareció antes de ser removido o deshabilitado.

3. El nombre, dirección y teléfono del suscriptor y una declaración de que el suscriptor consiente en que la jurisdicción es la de la Corte Federal del Distrito de donde es la dirección, si la dirección es de otro país podrá ser jurisdicción de cualquier distrito en donde resida el prestador y que el suscriptor vaya a aceptar se lleve a cabo el proceso.

Es por lo anterior que es claro que la diligencia del prestador de servicios en lo relativo a remoción, remplazo e inhabilitación de contenidos es vital, al ser esta la forma en que se detiene la infracción y la obligación de notificar al suscriptor como al titular del derecho que está haciendo un reclamo, es la que permite que no se menoscaben sus derechos.

Vale destacar que el TLC no habla de esta obligación del prestador de notificar al suscriptor y al titular del recibo de la notificación y de la procedente deshabilitación o remoción del contenido, lo que exige es la implementación de una contra notificación del suscriptor cuando considera hubo un error por parte del servidor, contra notificación que no está instituida en la DMCA.

5. Condiciones Generales de Elegibilidad

El TLC instauro dos condiciones de elegibilidad para acceder a la limitación a la responsabilidad de los prestadores de servicio en línea, dichas condiciones son las siguientes:

1. Que el prestador de servicio adopte e implemente en forma razonable una política que estipule en qué circunstancias apropiadas se pondrá término a las cuentas de los infractores reincidentes y

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

La DMCA exige el cumplimiento de los siguientes requisitos para acceder a la limitación a la responsabilidad de los prestadores de servicio:

1. Que el prestador haya adoptado, implementado razonablemente e informado a los suscriptores o titulares de sus cuentas, una política de terminación de acceso al sistema o red del proveedor de servicios en circunstancias apropiadas, a los suscriptores que son infractores reincidentes o repetitivos, y
2. Se acomode o no interfiera con las medidas técnicas estándar impuestas por los titulares de los derechos de autor.

De la lectura de las dos disposiciones se puede concluir que las condiciones de elegibilidad que se requieren para acceder a la limitación a la responsabilidad de los prestadores de servicios en línea por ser generales, son las mismas, por lo que los prestadores de servicios deben proceder a su cumplimiento para beneficiarse de dicha limitación. Adicional a esto es posible señalar cómo el TLC señala cuáles son los requisitos para tener una medida técnica estándar como tal. El acuerdo básicamente promueve la participación de todos los agentes

del sistema en su establecimiento mediante un procedimiento público que garantice la no discriminación y la eficiencia económica de las mismas.

6. Instituciones Propias del Derecho Norteamericano

La DMCA establece tres instituciones adicionales que son propias del ordenamiento jurídico norteamericano las cuales no son mencionadas en el texto del TLC, que son las siguientes:

a. Limitaciones a la Responsabilidad de las Instituciones Educativas

En primer lugar la DMCA contempla una especie de función adicional que limita la responsabilidad de las instituciones educativas, esta función o tipo de actividad es propia del derecho americano y sobre ella no hay ninguna mención en el TLC. Esta se aplica a instituciones educativas públicas, sin ánimo de lucro y de educación superior cuando actúan como prestadores de servicios en línea. La norma establece que con relación a las funciones de comunicaciones digitales transitorias y caching, los miembros de la facultad, estudiantes y egresados que trabajan como catedráticos o investigadores, deben ser tenidos como personas distintas a la institución para efectos de la responsabilidad por vulnerar el derecho de autor puesto que es el usuario y no la institución es quien tiene el manejo sobre el contenido y el conocimiento de la infracción; sin embargo, en lo relativo a linking o herramientas de búsqueda de información y alojamiento, solo se limita la responsabilidad a la institución educativa cuando la actividad del miembro de la facultad, el estudiante o egresado cumpla con ciertas condiciones consagradas en la ley, ello en atención a que en estos casos determinados es posible que la institución realice actividades que pongan en peligro el derecho de autor, al tener la posibilidad de acceder o conocer sobre las posibles

amenazas al mismo. De tal manera que se amplía la aplicación de la limitación a la responsabilidad a otro tipo de institución que actúe como prestador de servicios en línea debido a que la misma se encuentra en una situación especial que justifica un tratamiento diferenciado, logrando de esa manera una protección mucho más completa tanto al derecho de los autores como al de los prestadores de servicio y demás agentes dentro del sistema.

b. Falsa Declaraciones

La DMCA también menciona otra institución que no se nombra en el TLC, las falsas declaraciones, éstas son utilizadas en casos en los que cualquier persona manipule una reclamación alegando que existe un material o que se está desarrollando una actividad infractora que no lo sea, también se instituye para los casos en que el material sea removido o deshabilitado por error o por no identificar correctamente a una persona, la cual será responsable por cualquier daño que cause en el desarrollo de su reclamación tergiversada.

El prestador de servicios es cobijado por una presunción de buena fe y no será responsable por remover o deshabilitar el contenido por error frente a una infracción aparente siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos para la notificación efectiva que exige la norma y sea diligente removiendo, reemplazando o deshabilitando el material infractor. Si el prestador ha sido notificado en forma correcta y no es diligente en sus actuaciones para cesar la vulneración del derecho de autor, será responsable.

De tal forma que la DMCA constituye otra forma alternativa de protección para los titulares de derecho y los prestadores de servicios de internet en situaciones en las que los usuarios actúen con mala fe, ampliando una vez más la protección para los agentes dentro del

sistema al contemplar otra posible situación que se puede presentar en el desarrollo de las actividades protegidas y que puede ser utilizado para vulnerar o poner en peligro el derecho de autor.

c. Citaciones

Por último la DMCA plantea el sistema de citaciones, estas son un instrumento a través del cual el titular de derecho de autor o su representante puede solicitar a la secretaria de cualquier Corte Distrital de los Estados Unidos que emita una citación o requerimiento a un prestador de servicios para que ubique a un usuario que es un presunto infractor y le comunique al titular del derecho la información suficiente para poder identificarlo.

La citación debe cumplir con unos requisitos consagrados en la ley, entre ellos el de adjuntar una copia de la notificación de la reclamación presentada al prestador de servicios, la cual debe identificar el material que está vulnerando el derecho de autor. Si tanto la notificación como la solicitud de citación son presentadas en debida forma la secretaria procede al envío de la misma. Un prestador de servicios no debe modificar, conocer o lucrarse de una infracción para que su responsabilidad sea limitada.

Este instrumento que no es referenciado por el TLC es de gran importancia para asegurar que los derechos de autor no sean menoscabados puesto que constituye un procedimiento expedito para proteger y detener el atropello a sus derechos mediante la identificación de los infractores renuentes.

Por lo tanto las tres instituciones anteriormente mencionadas, que no se encuentran en el TLC, son parámetros indispensables que deben ser seguidos para poder acceder a la

limitación a la responsabilidad de los prestadores de servicios en línea y constituyen formas adicionales de protección para los agentes dentro del sistema.

V. CONCLUSIONES

1. A través de esta investigación recorrimos el sistema americano en lo que tiene que ver con la legislación relativa a las limitaciones de la responsabilidad de los prestadores de servicios de internet y encontramos que La Digital Millennium Copyright Act (DMCA) en su título segundo es la norma que regula bajo que presupuestos un prestador no será responsable por infracciones al derecho de autor en internet.
2. Los prestadores de servicios constituyen parte esencial de las comunicaciones en línea, su existencia ha permitido el desarrollo y el funcionamiento en gran parte de lo que conocemos como internet, al ser los encargados de manejar los procesos esenciales para poder compartir contenidos, para poder encontrarlos y para tener la posibilidad de almacenarlos en línea, son fundamentales.
3. La DMCA es una norma que no solo está dirigida a proteger los intereses de los titulares de derechos de autor, también busca crear un equilibrio entre las partes que intervienen en el sistema. De ahí concluimos que no solamente será responsable un suscriptor que infrinja un derecho, sino que también lo será el prestador que no sea diligente cuando haya una presunta infracción y el titular que pretenda abusar de su derecho.
4. Un elemento que no puede faltar cuando hablamos de la diligencia o no de un prestador es la notificación, ya que por medio de ésta los prestadores de servicios se enteran de la existencia de contenido infractor. Sin la notificación sería una tarea imposible para un prestador de servicios conocer todos los contenidos y saber quién es realmente el titular y si hay o no una autorización para su utilización. El papel activo de un titular de derecho es la clave para que éste no se vea menoscabado.

5. Encontramos además, que la notificación no solo es esencial para estos asuntos, lo será también en el caso de determinar si aquel que la presenta, quien es usualmente el titular del derecho actuó o no de buena fe, al ser ésta determinante para poder o no hablar de una falsa declaración, ya que esta herramienta de protección no debe ser utilizada para afectar a personas que comparten contenidos y no infringen derechos, no puede ser utilizada para que se deshabilite un contenido en provecho propio, salvo claro está, se trate de la protección de un derecho de autor.
6. Informar a la persona a la cual se le deshabilita un contenido es algo necesario, porque siempre está latente la posibilidad de una identificación errada como también la probabilidad de que una persona, para su provecho propio, como se menciona con antelación, haga una falsa declaración con la intención de perjudicar a un suscriptor.
7. Una forma en que podemos ver cuál es el tratamiento real que se le da a la norma, es cuando ésta es aplicada por las Cortes Norteamericanas, ya que si bien hay varias funciones éstas no son exclusivas de un solo prestador. La gran mayoría, cuando provee un servicio tiene la facultad de actuar de diferentes formas, motivo por el cual la aplicación de las exenciones a un prestador se relaciona directamente con la actividad presuntamente infractora, lo que significa que se debe analizar cuál es el rol del prestador con relación a la actividad y si su actuación se enmarca en lo establecido por la norma. Es por ello que las Cortes tienen un papel no solo muy importante, sino también bastante interesante, al ser las que dependiendo de los argumentos de un demandante entran o no a aplicar el régimen de exenciones, puesto que las interpretaciones que hacen las personas de la norma no siempre son

las adecuadas, dado que jurisprudencialmente ha existido una interpretación de ella que debe ser tenida en cuenta en el momento de tomar una decisión.

8. Podemos ver que el contenido del TLC, con relación a las limitaciones de los prestadores de servicios no es del todo novedoso, ya que la DMCA antecede la existencia del mismo y vemos que el tratamiento que se le da a este tema es semejante al dispuesto en la norma. Consideramos que el tratado se queda corto en algunos temas tales como las condiciones de elegibilidad con relación al caching o la falta de una previsión respecto a las citaciones y falsas declaraciones, pero algo muy importante que si hace, es consagrar un sistema de contra notificación que le permite actuar de forma expedita a un suscriptor cuando se ve menoscabado su derecho, lo cual sin duda alguna el legislador norteamericano debería implementar.
9. Es claro que tanto en la DMCA como en el TLC está determinado que un prestador de servicios no puede intervenir en el manejo de contenidos como tampoco en el tratamiento que se le da a los mismos. El papel activo de un prestador debe surgir única y exclusivamente en el momento en que recibe una notificación. Esto porque se supone que no es responsable en los casos en que la infracción no sea originada por éste, ni tenga conocimiento de la misma y siempre es necesario que no tenga un beneficio como resultado de la actividad infractora.
10. La DMCA en su título segundo mejor conocido como sección 512, es una norma que se encarga de prever los escenarios en que la responsabilidad de un prestador se puede ver comprometida y es ésta la razón por la cual la misma es clara respecto de las actuaciones que debe realizar un prestador para ser cobijado por la limitación a su responsabilidad. El TLC es una guía para la creación de un régimen de

exenciones y es ésto lo que diferencia a las dos disposiciones, porque si bien es cierto que tienen grandes temas en común, entender cuál es la forma apropiada de implementar el tratado no es del todo claro, así que con relación a las limitaciones de la responsabilidad darle una mirada primero a la DMCA y comprender lo que ésta regula es lo primero que consideramos se debe hacer, de tal forma que se pueda tener clara la intención del mismo.

11. Estados Unidos tiene en su legislación una norma dinámica que se ocupa de proteger los intereses de los agentes involucrados en el intercambio de contenidos en línea, Colombia tiene la obligación de crear un sistema que sea equitativo y que se adapte a las necesidades surgidas a partir del desarrollo tecnológico a nivel mundial. La consagración de instituciones que protejan los derechos de los individuos es vital para poder garantizarlos, pero es claro que el legislador colombiano no necesariamente debe hacer una implementación del tratado de la misma forma en que este asunto está contemplado en la DMCA, la norma y la explicación que le damos en este trabajo es un modelo que sirve para la creación de una legislación propia, que debe tener en cuenta instituciones que no están consagradas en el tratado tales como las limitaciones a la responsabilidad de las instituciones educativas, las falsas declaraciones y citas, que son fundamentales para el buen funcionamiento del sistema.

ⁱ Marta Morineau, “Una introducción al Common Law instituto de investigaciones jurídicas”1998. p.72 Centro mexicano de derecho uniforme facultad libre de derecho de Monterrey.

ⁱⁱ René David y Camille Jauffret-Spinosi, “Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos” Edición, traducción y notas Jorge Sánchez Cordero, 2010.

Instituto de investigaciones jurídicas, centro mexicano de derecho uniforme facultad libre de derecho de monterrey. p.285

-
- iii Ibid op. cit., p.285
- iv Ibid., MARTA MORINEAU, op.cit., p.73
- v RENE DAVID-CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., p.286
- vi Ibid., MARTA MORINEAU, op.cit., p.75
- vii Ibid., op.cit., p.76
- viii RENE DAVID-CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., p.287
- ix Ibid., MARTA MORINEAU, op.cit., p.76
- x RENE DAVID-CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., p.287
- xi Ibidop. cit., p.288
- xii ANDRE TUNC-SUZANNE TUNC, “El derecho de los Estados Unidos de América, Instituciones judiciales, fuentes y técnicas. P. 158 México, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, 1957
- xiii Ibid., ANDRE TUNC-SUZANNE TUNC, op.cit,p. 394
- xiv RENE DAVID-CAMILLE JAUFFRET-SPINOSI, op. cit., p.314
- xv Ibid. Cit., P.314 -315
- xvi Ibid. MARTA MORINEAU, op. Cit., p. 76
- xvii Ver: Internet society “Breve historia de Internet” Disponible en línea:
<http://www.internetsociety.org/es/breve-historia-de-internet>
- xviii Modulo I curso de comercio electronico y propiedad intelectual de la OMPI
- xix Ibid. OMPI pag 9
- xx Ibid. OMPI pag 9
- xxi Ibid. OMPI pag. 10
- xxii Ver: www.oecd.org/dataoecd/49/4/44949023.pdf
- xxiii La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OECD) define la intermediación a cargo de los prestadores de servicios de internet, como un proceso mediante el cual una empresa usualmente del sector privado, actuando como agente dentro del sistema en posición propia o a nombre de un tercero, realiza operaciones que tienen por finalidad acercar a las diferentes personas o agentes en la red para mediar la comunicación entre los mismos, ésto con el propósito de fomentar y aumentar las transacciones y los intercambios que crean valor económico y/o social en línea. Lo anterior quiere decir que los prestadores de servicios de internet desempeñan un papel fundamental al unir agentes dentro de la red y al permitirles a los mismos la utilización de todos los servicios que se ofrecen al interior del sistema.
- xxiv La OECD plantea dos conceptos distintos en relación con la definición de agente intermediario o prestador de servicios en línea, de manera muy general se define en primer lugar a los intermediarios de internet o prestadores de servicios en línea como aquellos agentes que se ocupan de proveer la estructura básica del sistema, permitir la comunicación, las transacciones y los servicios entre terceras personas en la red. En forma específica los intermediarios de internet son definidos como “ aquellos agentes que otorgan acceso a hosting, que transmiten o almacenan contenidos originados por terceros o que proporcionan servicios de internet a estos”.
- xxv Ver: <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>
- xxvi ver: <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/44949023.pdf>
- xxvii ver:http://www.ip.ukim.edu.mk/fileadmin/user_upload/Online_Library/Copyrights/Role%20of%20intermediaries%20-%20Copyright%20infringement.pdf