

La Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Internet por Infracciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos

JOSÉ RAFAEL FARIÑAS DÍAZ

Abogado con Estudios de Postgrado en la Universidad Castilla de la Mancha y Universidad Central de Venezuela. Prof. de Postgrado en Propiedad Intelectual de la Universidad de los Andes, Mérida, Venezuela. Prof. de Postgrado en Propiedad Intelectual de la Universidad Metropolitana, Caracas, Venezuela. Miembro de la Comisión Jurídica de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores, CISAC. Director General de la Sociedad de Autores y Compositores de Venezuela, SACVEN. E-mail: rfarinas@sacven.org

Resumen

Los sujetos implicados en la introducción y puesta en circulación de contenidos en Internet son los proveedores de servicios en línea, esto es, los proveedores de contenidos, los proveedores de servicios de intermediación y los usuarios. En este trabajo analizaremos el tema de la responsabilidad sólo respecto a los proveedores de servicios de intermediación, es decir, aquellos que ponen a disposición de los proveedores de contenidos y usuarios medios técnicos que posibilitan introducir, hacer accesibles, acceder y recuperar a través de Internet los contenidos cargados y disponibles en la red.

De modo que se trata de determinar si en la sociedad de la información, caracterizada por el intercambio electrónico de innumerables bienes y servicios, los prestadores de servicios de intermediación, como componentes principales dentro de esa cadena de servicios, podrían incurrir en responsabilidad en virtud de las actividades ilícitas cometidas por los usuarios finales de tales servicios, y de ser así en qué supuestos encuadraría la atribución de tal responsabilidad y en cuáles casos podrían verse beneficiados por una exención legal.

PALABRAS CLAVES: Internet, Proveedor de Servicio de Intermediación, Responsabilidad, Exención Legal

The Internet Service Providers Liability for the Transgressions to the Intellectual Property Rights (Author's and Related Rights)

Abstract

The subjects involved in introducing and bringing into circulation the contents through the Internet are the online service providers, this is, the providers of contents, the intermediation services providers, and the users. This work analyses the liability of the intermediation services providers, in other words, those making possible to providers of contents and average technical users that introduce and make accessible, to access and recover the loaded and available contents on the network.

So that, it's about determining whether in the world of information, characterized by the electronic interchange of innumerable goods and services, the lenders of intermediation services, as main components of the above service chain, could bear liability by virtue of the illicit activities committed by the final users of such services, and if so, in which supposed cases such liability would be attributed and in which other cases they could benefit by a legal exemption.

KEY WORDS: Internet, Intermediation Service Providers, Liability, Legal Exemption

I INTRODUCCIÓN

Un servicio de la sociedad de la información es aquel que se presta por vía electrónica, normalmente a cambio de una remuneración, a petición individual de un destinatario que lo requiere.

Electrónicamente significa utilizar preponderantemente equipos electrónicos que sirvan para llevar a cabo, entre otras actividades, el almacenamiento de obras y prestaciones protegidas por derecho de autor y derechos conexos y también de bienes y servicios protegidos por la propiedad industrial, p.e. signos distintivos o diseños industriales, de modo que el servicio se transmite, canaliza

y recibe enteramente por hilos, radios, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético.¹

A través de estas redes electrónicas, especialmente Internet, los proveedores de servicios de internet o *Internet Service Provider* (ISP), llevan a cabo una serie de actividades que tienen que ver con la contratación de bienes y servicios, provisión de datos y de acceso a la red, servicios de hosting o alojamiento de datos, realización de copias temporales de páginas de Internet y servicios de búsqueda de información o de enlaces, entre otros.²

Los ISP se constituyen así en intermediarios que, a los efectos de preservar en el mundo online las formas tradicionales de intercambio de bienes y servicios, invierten, producen, instalan y ofertan al mercado, a cambio de una remuneración, una infraestructura de la cual se benefician los eventuales destinatarios del servicio, especialmente los proveedores de contenido. Se trata pues de trasladar al mundo virtual el complejo haz de relaciones y situaciones jurídicas que ordinariamente se llevan a cabo en el mundo Off line, esta vez sin presencia física de las personas y sin que ellas se encuentren presentes simultáneamente.

Desde el punto de vista de los destinatarios del servicio, las actividades concernidas son: i) en el supuesto de mera transmisión, proporcionar datos con la finalidad de que sean transmitidos, ii) recibir el servicio en el caso de una prestación de servicio de acceso, y iii) cuando se trata de caching o alojamiento, proporcionar los datos al ISP para que sean alojados o almacenados. Hay que tener en cuenta que cuando hablamos de *destinatarios del servicio* nos estamos refiriendo tanto a las personas naturales o jurídicas que suministran información en redes abiertas tales como Internet, como a las que buscan información en Internet por razones profesionales o privadas.³

Esta nueva realidad del mercado –caracterizado ahora por una desmaterialización de los productos que constituyen el objeto de las relaciones jurídicas virtuales y en razón de la filosofía de la red con una marcada propensión a la utilización libre de las obras, productos y producciones protegidos por la propiedad intelectual– podría constituir, y de hecho constituye, campo abonado para que se cometan en la redes electrónicas ilícitos no solamente civiles sino también de tipo penal.⁴

Los sujetos implicados en la introducción y puesta en circulación de contenidos en Internet son los proveedores de servicios en línea, esto es, los proveedores de contenidos, los proveedores de servicios de intermediación, y los usuarios. En este trabajo analizaremos el tema de la responsabilidad sólo respecto a los proveedores de servicios de intermediación, es decir, aquellos que ponen a disposición de los proveedores de contenidos y usuarios medios técnicos que posibilitan introducir, hacer accesibles, acceder y recuperar a través de Internet los contenidos cargados y disponibles en la red.⁵

De modo que se trata de determinar si en la sociedad de la información⁶ caracterizada por el intercambio electrónico de innumerables bienes y servicios, los prestadores de servicios de intermediación, como componentes principales dentro de esa cadena de servicios, podrían incurrir en responsabilidad⁷ en virtud de las actividades ilícitas cometidas por los usuarios finales de tales servicios, y de ser así en qué supuestos encuadraría la atribución de tal responsabilidad y en cuáles casos podrían verse beneficiados por una exención legal.

En ese sentido, consideramos pertinente evaluar las disposiciones concernidas de los Tratados de la OMPI sobre derecho de autor y sobre interpretación o ejecución y

fonogramas, conocidos como tratados Internet, los cuales fueron aprobados por la Conferencia diplomática celebrada en diciembre de 1996 bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI; de la Digital Millenium Copyright Act, aprobada en los EUA el 28 de Octubre de 1998; de la directiva 2000/31/ CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (directiva sobre el comercio electrónico); la directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derecho de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información; y la Ley Española 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

En lo que respecta a la legislación interna, y en función de darle respuesta a las cuestiones planteadas en el párrafo [1.8], revisaremos las normas de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela relativas a la propiedad intelectual, las del Código Civil Venezolano relativas a la responsabilidad civil extracontractual, el articulado de la Ley Sobre el Derecho de Autor que hace referencia tanto al alcance de los derechos patrimoniales en sus distintas modalidades, como a los límites a los derechos de explotación, las normas de la Decisión 351 de la Comunidad Andina que guardan relación con responsabilidad solidaria por utilización ilícita de obras y prestaciones, así como los artículos pertinentes de la Ley Especial contra los Delitos Informáticos.

II

CRITERIOS PARA LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD A LOS ISP EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

De acuerdo con criterios generales, la existencia de responsabilidad civil aparece subordinada también respecto de las actividades en la red a la presencia de los elementos típicos: i) comportamiento dañoso, ii) daño cierto, iii) nexo causal entre el comportamiento y el daño, y iv) criterio de imputación de la responsabilidad.⁸

El comportamiento dañoso puede provenir tanto de una acción como de una omisión dirigida a producir un resultado perjudicial para quien pretenda su resarcimiento, bien porque se haya materializado un perjuicio de orden moral o material, o bien porque se hayan configurado las condiciones idóneas para su materialización en el futuro. Entre el resultado producido o esperado y el comportamiento del agente de quien se pretende el resarcimiento, debe existir una relación de causalidad, una estrecha relación que determine que el resultado dañoso fue consecuencia de tal comportamiento y que en condiciones normales no hubiera ocurrido si el agente del daño no hubiera incurrido en tal acción u omisión.

El sistema de responsabilidad civil jugará, pues, el difícil papel de distribuir entre los diferentes sujetos implicados la carga de los costes asociados al desarrollo y a la aplicación de los nuevos progresos. Más precisamente: tendrá que fijar los criterios que permitan determinar a quién corresponde el deber legal de soportar las consecuencias de los daños y perjuicios derivados de los riesgos inherentes a las nuevas actividades. O –por decirlo de otra manera- tendrá que decidir con el dinero y el sacrificio de quién se va a pagar todo lo que la flamante

sociedad de la información nos va a costar.⁹

En el caso de los ISP, la indagación respecto a la posibilidad de imputarle responsabilidad en razón de un evento dañoso, se centra en las siguientes actividades: i) los servicios de mera transmisión de datos y de provisión de acceso a Internet, ii) la prestación del servicio de hosting iii) almacenamiento de datos en memoria caché, iv) enlaces e instrumentos de búsqueda.

1. Servicios de mera transmisión y de provisión de acceso

Son definidos en la directiva europea sobre comercio electrónico, en adelante DCE, como transmitir en una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o facilitar acceso a un red de comunicaciones (Art. 12, 1), lo cual engloba el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos siempre que dicho almacenamiento sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para dicha transmisión.

Acá la actividad se caracteriza por dos momentos distintos: i) en primer lugar, la acción de suministrar los datos que es una iniciativa particular de cada destinatario del servicio¹⁰, pues en principio son ellos y nadie más quienes toman la decisión sobre el material que desean transmitir y elegir el proveedor del servicio de acceso a la red y que además les suministre el servicio de transmisión de los datos seleccionados, y ii) en segundo lugar, en la cadena de eventos involucrados dentro de una actividad de provisión de acceso y mera transmisión, está la decisión del propio proveedor de tales servicios de acceder a la prestación del servicio, procediendo en consecuencia a dar

el acceso y transmitir los datos suministrados por el destinatario del servicio.

En este supuesto, como en el resto, debemos partir del hecho de que existe un régimen general de responsabilidad, mediante el cual, tal como lo establece la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico de España, en adelante LSSICE, los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico¹¹. No obstante, uno de los objetivos principales de la DCE ha sido el de consagrar un sistema de exenciones de responsabilidad para la prestación de servicios de intermediación en Internet¹², de allí que se haya consagrado también en dicha directiva un principio general según el cual los Estados miembros no impondrán a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmiten, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, respecto de los servicios de mera transmisión, caching y alojamiento de datos (Art. 15.1 de la DCE).

Esa es la razón por la que tanto en la LSSICE como en la DCE existen unas exenciones de responsabilidad que se aplican en aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de intermediación se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esta actividad es meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de intermediación no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada (considerando 42 de la DCE). Específicamente,

los supuestos de exención son los siguiente: i) cuando el intermediario no haya él mismo originado la transmisión, ii) cuando no hubiere seleccionado el destinatario de la transmisión, iii) y cuando no hubiere seleccionado ni modificado los datos transmitidos (Art. 12.1 de la DCE y Art. 14.1 de la LSSICE).

De acuerdo a la DCE y la LSSICE, y en razón de que no constituye un atentado a la integridad de los datos transmitidos o alojados, no se entenderá por modificación la manipulación estrictamente técnica de los archivos que alberguen los datos, que tiene lugar durante su transmisión.¹³ Como sostiene ERDOZAIN, si el intermediario colabora deliberadamente con un destinatario del servicio a fin de cometer actos ilegales, ciertamente estaría al margen de la excusa legalmente establecida y se encontraría, por consiguiente, sujeto a responsabilidad.¹⁴

Finalmente, cabe destacar que las limitaciones de la responsabilidad de los prestadores de servicios de intermediación establecidas en la DCE y la LSSICE, no afecta a la posibilidad de entablar acciones de cesación de distintos tipos. Dichas acciones de cesación pueden consistir, en particular, en ordenes de los tribunales o de las autoridades administrativas por los que se exija poner fin a cualquier infracción o impedir que se cometa, incluso retirando la información ilícita o haciendo imposible el acceso a ella.¹⁵ Cabe preguntarse, si en el supuesto de incumplimiento por parte del ISP de la orden judicial o administrativa de cesación, queda sin efecto la exención de responsabilidad que lo beneficia y en consecuencia ha de cumplir con la pretensión resarcitoria. Creemos con PEGUERA POCH¹⁶ que efectivamente ha de resarcir en virtud de que nos hallaríamos en un supuesto de

responsabilidad por hecho propio, en tanto la misma deviene de una decisión particular de incumplimiento por parte del proveedor de servicios de intermediación de una orden de cesación expedida por un organismo jurisdiccional o administrativo.

El hecho de que tanto la DCE como la LSSICE hayan consagrado las excepciones que benefician a los ISP sin perjuicio de las acciones jurisdiccionales y administrativas de cesación, implica un deber formal por parte del ISP de acatarlas. No hacerlo, constituye por lo tanto un hecho propio de transmisión o provisión de acceso ilícito.

2. Memoria tampón o caching

Consiste en el almacenamiento automático, provisional y temporal de los datos cuya transmisión ha contratado el destinatario del servicio, con la finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a otros destinatarios del servicio. Es un problema de economía y velocidad en las operaciones. Desde el punto de vista del proveedor del servicio de intermediación existe un interés de acercar la información contenida p.e. en una página web, lo más cerca posible para que sea más fluido y rápido el tráfico de un ulterior cliente que pretenda visitar esa misma página en el futuro y no tenga que ir –al igual que los anteriores visitantes de la misma página- al servidor donde se aloja la página principal.

Podría plantearse que tales actuaciones del proveedor de servicios de intermediación, en este caso memoria tampón o caching, constituyen por sí mismas modalidades de reproducción de obras o prestaciones, sin embargo, la Directiva 2001/29/CE de 22 de Mayo de 2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la

sociedad de la información, en adelante DDASI, establece que los actos de reproducción provisional de obras, prestaciones, producciones y emisiones, cuando sean transitorios y accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico cuya única finalidad consista en facilitar una transmisión en red o una utilización lícita de una obra o prestación protegida, y que no tengan por si mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción.¹⁷

La DCE establece cinco supuestos¹⁸ en los que el ISP no puede ser considerado responsable del almacenamiento automático, provisional y temporal de la información: i) cuando el prestador de servicios no modifique la información, ii) cuando cumpla las condiciones de acceso a la información, iii) cuando cumpla las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector, iv) cuando no interfiere en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, v) cuando actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso a ella sea imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en la que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella. Idénticos supuestos de exención de responsabilidad de los ISP en razón de la copia temporal de los datos se establecen el artículo 15 de la LSSICE.

La obligación de acceso a la información pretende que

el ISP que realiza una copia temporal p.e. de una página web, exija a sus clientes las mismas condiciones de acceso establecidas en el web site original, generalmente relacionadas con identificación del usuario, datos personales, dirección electrónica, aceptación expresa de las condiciones de utilización del contenido del web site, etc, mientras que la obligación de actualización y de no interferencia en la utilización lícita de tecnología hacen relación con la necesidad de evitar –por falta de actualización- una marcada diferencia entre la copia caché y el web original y de llevar a cabo estudios estadísticos respecto a la utilización de los datos, respectivamente.

3. Servicios de alojamiento de datos o hosting

El alojamiento consiste en el almacenamiento de datos suministrados por el destinatario del servicio, y el rango de responsabilidad para el ISP es parecido al del prestador de servicios que realiza una actividad de almacenamiento caché. La responsabilidad del ISP viene dada en este caso en función del *conocimiento efectivo*¹⁹ de que la actividad o la información es ilícita, pues con base en la premisa de que el intermediario asume una mera función de enlace técnico, donde no controla ni decide sobre la información que maneja, se le establece una responsabilidad subjetiva.

En efecto, el artículo 14.1 de la DCE dispone en este caso que el ISP no será considerado responsable de los datos almacenados, a petición del destinatario, en los supuestos de que: i) el prestador no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita, y en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que ii) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible, todo ello

sin perjuicio del deber de abstención o de retirada en los supuestos de requerimiento jurisdiccional o administrativo (Art. 14.3).

En relación a la cuestión del *conocimiento efectivo* por parte del ISP cabría preguntarse si la autoridad pública debe realizar una solicitud específica al prestador de servicios, o basta una declaración general de retirada con la debida publicidad²⁰. Por otra parte, no hay que olvidar que la LSSICE prevé además la posibilidad de que se establezcan otros medios de conocimiento efectivo a propósito de los cuales el ISP puede llevar a cabo procedimientos de detección o retirada (Art. 16 y 17).

La responsabilidad del ISP puede surgir en el momento en que se le notifica que está alojando páginas web con contenidos ilícitos y es proveído, a través del órgano competente -Judicial o administrativo- o por cualquier otro medio, de una notificación adecuada. En este sentido, y tal como lo indica DARIAS DE LAS HERAS²¹, la legislación americana, a través de la Digital Millenium Copyright Act -en adelante DMCA- establece condiciones para que una notificación sobre alojamiento de páginas web con material ilegal efectuada a un ISP sea válida. La notificación debe ser escrita y en ella debe constar: i) una firma física o electrónica de la persona autorizada a actuar en nombre del titular de los derechos de propiedad intelectual cuya vulneración se alega, ii) identificación de las obras protegidas cuya vulneración se alega, iii) identificación del material que produce la infracción o que es objeto de la infracción y que debe ser retirado o impedido el acceso al mismo, iv) información suficiente que permita al ISP contactar a la parte reclamante, v) una afirmación por parte del reclamante de que la utilización del material protegido no lo ha sido en virtud de una autorización de su parte, de

su representante o por autorización de la ley, y finalmente vi) que la información suministrada en la notificación es rigurosamente cierta y que el reclamante actúa en virtud de una autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual cuya vulneración se alega.

4. Enlaces e instrumentos de búsqueda

La DCE nada indica en su articulado sobre la responsabilidad derivada de enlaces o *links*; no obstante tiene presente la problemática cuando en el artículo 21.2 señala que al examinar la necesidad de adaptar la directiva, el informe correspondiente analizará especialmente la necesidad de presentar propuestas relativas a la responsabilidad de los proveedores de hipervínculos y servicios de instrumentos de localización. Es por lo tanto, una previsión a futuro pero que a todas luces refleja la importancia del tema, aunque no se haya incluido expresamente para su tratamiento en el articulado vigente de la DCE.

La LSSICE, en cambio, establece expresamente en el artículo 17, exenciones de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información que faciliten enlaces a otros contenidos o incluyan en los suyos directorios o instrumentos de búsqueda no serán responsables por la información que dirijan a los destinatarios de sus servicios, siempre que: i) no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o ii) si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente. En este caso se aplican las mismas consideraciones respecto al *conocimiento efectivo* indicadas en el Art. 16 ejusdem.

Los enlaces o *links* podrían dar lugar a problemas de

responsabilidad por hecho ajeno y crea condiciones para que se formulen pretensiones resarcitorias en razón de enlaces no consentidos, especialmente contra importantes prestadores de servicios, pues son ellos –y no los autores del acto dañoso- los que representan mayor atractivo para las pretensiones económicas del titular de los derechos de propiedad intelectual cuya vulneración hubiere ocurrido en virtud de un enlace no autorizado.²²

III

LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS EN INTERNET Y LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

1. La jurisprudencia y el caso *Betamax*

*Sony Corp. of America, v. Universal City Studios, 464 U.S. 417 (1984)*²³. En este caso, los titulares de derecho de autor demandaron a Sony, fabricante de reproductores de videocasetes, aduciendo que era responsable en forma contributiva por las violaciones incurridas cuando propietarios de VCR copian programas protegidos por derecho de autor. La evidencia demostró que el uso principal del VCR era «cambio de tiempo»; por ejemplo, efectuar una copia no comercial de un programa de televisión para verlo luego en tiempo más conveniente, lo cual fue considerado por la Corte como un uso legítimo. Además, no hubo evidencia de que Sony había querido generar el copiado en violación de derecho de autor o tomado medidas activas para aumentar sus ganancias por copiado ilegal. Sobre estos hechos, la única base concebible para establecer la responsabilidad era sobre la teoría de violación en forma contributiva mediante la distribución de un producto. Debido a que el VCR era apto para usos comercialmente significativos no violatorios, la Corte

sostuvo que Sony no era responsable.

En el caso Betamax, la Suprema Corte estableció que una compañía no era responsable por crear una tecnología que algunos usuarios pudieran usar para infringir derechos de propiedad intelectual, con tal de que esa tecnología pudiera tener otros sustanciales usos no destinados a violar tales derechos. En otras palabras, si una tecnología tiene muchos posibles usos, no es procedente negar la posibilidad de tales legítimas utilizaciones en razón de que algunos usuarios puedan usar el producto para infringir los derechos de autor.

Por lo tanto, la suprema corte consideró que el uso del Betamax para grabar programas, los cuales representaban menos del 9% de los usos, era una violación no sustancial suficiente para proteger a Sony de responsabilidad por violación al derecho de autor.

2. Algunas sentencias sobre responsabilidad de los ISP en USA, previas a la DMCA

La primera etapa de posturas jurisprudenciales en EEUU en relación a la responsabilidad de los ISP –previas a la DMCA- se basó en los conceptos de *direct infringement*, *contributory liability* y *vicarious liability*, por oposición al *fair use*²⁴. De acuerdo al primero, se tiene una participación directa en la violación al derecho de autor o derechos conexos, el segundo supone una acción propia, que consiste en inducir, causar o proporcionar los medios adecuados para la comisión del ilícito a otra persona, con conocimiento de sus actividades, mientras que el tercero contempla supuestos de responsabilidad en los que se responde por la falta de diligencia en el control de hechos de otra persona, siempre que se tenga el derecho y la capacidad de supervisar las actividades del infractor y además tenga un interés económico directo en las actividades ilícitas.²⁵

Caso *PlayBoy v. Frena*.²⁶ 170 reproducciones digitales de fotografías publicadas en Playboy eran colocadas sin autorización en Internet por un tercero –operador comercial BBS²⁷- con el fin de que pudieran ser bajadas por los usuarios del servicio.

Caso *Sega v. Maphia*.²⁸ Reproducciones de videojuegos protegidos eran intercambiadas directamente por los usuarios de la red de operadores comerciales de BBS, *Maphia*.

Caso *Playboy v. Russ*.²⁹ 40.000 ficheros con imágenes escaneadas provenientes entre otras fuentes de Playboy, las cuales fueron colocadas sin autorización en un servidor y por cuyo acceso los usuarios pagaban un precio.

Los tres ejemplos anteriores³⁰ formaron parte de esta primera línea jurisprudencial y sirvieron para establecer la responsabilidad directa o indirecta del proveedor del servicio de intermediación, operador comercial BBS en este caso, pues o bien había participado en la digitalización de los contenidos y decidido su puesta a disposición en la red, consentido su reproducción ilícita y proveído los medios técnicos para llevarlas a cabo, o de alguna manera había inducido el operador comercial claramente a los usuarios para que realizaran copias ilícitas.

Una segunda línea jurisprudencial estuvo centrada en el papel de intermediación de los ISP, desprovistos de responsabilidad directa ni control sobre los materiales puestos a disposición. Sin embargo, se planteó la posibilidad de que el ISP pudiera responder por *contributory liability* ya que había contribuido a la violación de los derechos proporcionando los medios técnicos y las instalaciones adecuadas a los usuarios del servicio. El ISP sería responsable si sabía o debía saber que los suscriptores

del grupo de noticias estaban llevando a cabo actividades que suponían infracción de los derechos patrimoniales. Son ejemplos de esta postura jurisprudencial los casos *Netcom* y *Marobie*.³¹

3. La jurisprudencia y el caso Napster

*A&M Record y otros, v. Napster Inc.*³² A través de su software *MusicShare*, disponible sin costo en su sitio Web en Internet, Napster permitía a sus usuarios hacer que sus ficheros musicales MP3, almacenados en los discos duros de sus computadores individuales, estuvieren disponibles para el copiado de otros usuarios Napster, buscar ficheros musicales MP3 almacenados en las computadoras de otros usuarios y transferir copias exactas de tales contenidos musicales de una computadora a otra, vía Internet.³³

Planteada la demanda de un interdicto preliminar por infracción negligente, promovida por las empresas relacionadas con la industria de la música, quienes negaron que Napster pudiera estar amparado en una exención de responsabilidad por infracción al derecho de autor a tenor de lo establecido en el artículo 512, inc. d)³⁴ de la Digital Millenium Copyright Act, -DMCA- el Tribunal del distrito, presidido por la Juez Marilyn Hall patel en sentencia del 26 de julio de 2000, la declaró con lugar en razón de que Napster no había logrado persuadir al tribunal de que el inciso d) del art. 512 de la DMCA protege a los infractores negligentes y por tanto le prohibió involucrarse en, o facilitar a otros, el copiado, descarga, carga, transmisión o distribución de las composiciones musicales protegidas y las grabaciones sonoras de la parte demandante, protegidas bien por la ley federal o estatal, sin el permiso expreso del titular de los derechos.³⁵

La defensa de Napster se basó en el *fair use*, o uso justo, materializado en por lo menos tres actividades puntuales:

i) una actividad de muestreo y realización de copias temporales de obras con propósitos de verificación antes de proceder a la compra, ii) descarga de ficheros musicales MP3 con el fin de escuchar música disponible en CD audio, y iii) distribución permisiva de grabaciones.

El Tribunal de distrito concluyó que los usuarios de Napster no eran usuarios justos, lo cual fue ratificado por el tribunal de apelaciones, al considerar que Napster, por su conducta, con conocimiento alentaba y asistía la infracción de los derechos de autor de los demandantes.³⁶

4. La jurisprudencia y el caso Grokster

Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc., y otros vs. Grokster, Ltd y StreamCast Networks. Auto de avocación a la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Noveno Circuito, No. 04-480. Disputado el 29 de marzo de 2005, decidido el 27 de junio de 2005.³⁷

El 10 de diciembre de 2004, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, accedió a atender el recurso del caso Grokster presentado por el sector del entretenimiento. Esta decisión implicó la revisión de la sentencia del Tribunal de Apelación del 9° Circuito de fecha 19 de agosto de 2004, en San Francisco.

El Tribunal inferior había concluido que dos distribuidores de software par a par, Grokster y StreamCast, no podían ser considerados responsables de las violaciones a los derechos de autor cometidas por sus usuarios, a pesar de que fuesen conscientes que el público estaba empleando su producto para infringir la ley sobre derecho de autor, hubiesen estructurado su negocio para eludir la responsabilidad subsidiaria y se beneficiaran financieramente de ello.

El dictamen del Tribunal de Apelación se basó en el caso *Sony Corporation of América, v. Universal Studios Inc.*, de 1984, en el que el Tribunal Supremo sentenció que el uso de las videograbadoras Betamax para la copia no comercial de programas de televisión cumplía con las directrices de los usos legítimos.³⁸

Grokster y StreamCast distribuían programas gratuitos que permitían a usuarios de computación compartir archivos electrónicos mediante redes par-a-par, así llamadas porque los computadores se comunican directamente uno con el otro, no a través de servidores centrales. Aunque dichas redes podían usarse para compartir cualquier clase de archivo digital, los destinatarios de programas de las demandadas los usaban sobre todo para compartir archivos de música y video protegidos por derecho de autor sin la debida autorización.

Un grupo de estudios cinematográficos y otros titulares de derecho de autor, demandaron a Grokster, Ltd y StreamCast Networks- reclamando daños y un interdicto- por violación al derecho de autor, alegando que las demandadas, con conocimiento de causa e intencionalmente, distribuyeron los programas para facilitar a sus usuarios la utilización ilícita de obras protegidas por el derecho de autor.

Durante el trámite de la demanda, quedó demostrado que Grokster y StreamCast tenían conocimiento de las infracciones directamente cuando los usuarios enviaban correos electrónicos con preguntas acerca de obras protegidas por derecho de autor y ellas les respondían con orientaciones. Las demandadas por lo tanto -estableció la sentencia- no eran meramente destinatarios pasivos de información sobre violaciones. El expediente está repleto de evidencias de que cuando empezaron a distribuir sus

programas gratuitos, cada una de ellas propagó claramente el objetivo de que sus clientes usaran los programas para bajar obras protegidas por derecho de autor, y tomaron activas medidas para estimular la violación.

Luego de que el servicio de archivo compartido Napster fue demandado por titulares de derecho de autor por facilitar su violación, las demandadas se promocionaron y se vendieron como alternativas de Napster. No recibieron ingresos de los usuarios, pero en cambio generaron ingresos vendiendo espacios publicitarios y luego canalizando la propaganda hacia sus usuarios. Hay que tomar en cuenta que el precio de los espacios publicitarios aumenta a medida que crece el número de usuarios.

No hay evidencias -siguió diciendo la sentencia- de que ni una ni otra demandada hicieron esfuerzos para filtrar material protegido por derecho de autor del resto del material susceptible de ser bajado por los usuarios, ni de impedir de otra forma que se compartieran archivos protegidos por derecho de autor.

A pesar de consideraciones de contrapeso, el argumento para imponer responsabilidad indirecta aquí fue poderoso, dado el número de descargas violatorias que ocurrían diariamente usando los programas de las demandadas.

Cuando un producto compartido ampliamente se usa para cometer violación, puede ser imposible ejercer los derechos en las obras protegidas efectivamente contra todos los violadores directos, de manera que la única alternativa práctica es ir contra el distribuidor de la invención por responsabilidad secundaria, bajo la teoría de violación contributiva o substitutiva. Se viola en forma contributiva induciendo intencionalmente o estimulando la violación

directa; y viola en forma sustitutiva aprovechándose de la violación directa mientras declina ejercer el derecho de impedirla o limitarla.

En suma, este caso es significativamente diferente al de Sony y basarse en ese caso para decidir a favor de StreamCast y Grokster, fue un error. Sony trató de un reclamo de responsabilidad basado solamente en la distribución de un producto con usos legales e ilegales alternos, con conocimiento de que algunos usuarios seguirían el curso ilegal. El caso dio con un balance entre los intereses de protección e innovación, sosteniendo que la capacidad del producto de sustancial empleo legal, debe impedir la imputación de culpa y consecuente responsabilidad secundaria por actos ilegales de otros.

La evidencia de MGM en este caso considera una base diferente de responsabilidad por distribución de un producto abierto a usos alternativos. Aquí, la evidencia de la palabra y de los hechos de los distribuidores que van más allá de la distribución como tal, demuestra un propósito de causar y obtener ganancias de actos de terceros orientados a la violación de derecho de autor. Si la responsabilidad por inducir es finalmente encontrada, no será sobre la base de presumir o imputar culpa, sino de inferir un objetivo patentemente ilegal proveniente de manifestaciones y acciones mostrando lo que era ese objetivo.

La sentencia afirma que hay sustancial evidencia a favor de MGM y por lo tanto que el fallo sumario a favor de Grokster y StreamCast, objeto de la recurrida, fue un error.

En conclusión, el Tribunal Supremo de los EEUU declaró con lugar la reconsideración de la moción de MGM de sentencia sumaria y anuló la sentencia de la Corte de

Apelaciones que había fallado a favor de Grokster y StreamCast sobre la base de la jurisprudencia establecida en el caso Sony.

5. Otros casos de responsabilidad de los ISP en la jurisprudencia internacional

5.1. Caso Orlando Fuentes, v. ENTEL³⁹

En fecha 6 de Agosto de 1999, el ciudadano Orlando Fuentes Siade, interpuso un recurso de protección contra la empresa Nacional Chilena de Telecomunicaciones, ENTEL, S.A, ya que en la sección productos y servicios del Web site de ENTEL, apareció en fecha 31 de julio de 1999, un aviso de ofrecimientos sexuales en el que figura como remitente su menor hija de 17 años. Producto de este aviso los familiares recibieron múltiples llamadas telefónicas obscenas y pervertidas que obligaron a la familia a suspender el servicio telefónico.

ENTEL, S.A, por su parte, adujo que no tuvo responsabilidad en razón de que el mensaje de ofrecimientos sexuales provino de un computador personal perteneciente a un usuario con domicilio en la ciudad de Concepción, Chile. Agregó que dentro de su sitio Web existía una sección de «avisos clasificados», administrado por una empresa externa denominada *GrupoWeb*. En este sitio el sistema de avisos funcionaba en forma simple, de manera que era absoluta responsabilidad de los usuarios ya que cada uno de ellos podía publicar o revisar los avisos.

En fecha 6 de diciembre de 1999, la Corte de Apelaciones de Concepción dictó sentencia rechazando el recurso de protección por haberse perdido la oportunidad de la acción de protección, ya que ENTEL, S.A había eliminado el mensaje agravante en fecha 5 de agosto de 1999.

No obstante, en lo que hace al tema de la responsabilidad del ISP, la sentencia estableció que:

[...] « en la publicación y divulgación en un sitio Web de un aviso o mensaje con un contenido ilícito o nocivo, también cabe responsabilidad al proveedor de acceso y al proveedor de alojamiento de la página Web respectiva, cuando, a sabiendas de la actividad ilícita que se realiza por los abonados a su servicio, no ha retirado los datos o ha hecho que el acceso a ellos sea imposible, como asimismo, cuando, sabiendo la actividad ilícita que se realiza por los abonados de su servicio, o habiendo podido saberla, no ha retirado los datos, no ha hecho que el acceso a ellos sea imposible o incluso ha promovido ese acceso».

5.2. Caso Sabam, v. S.A. Tiscali

En junio de 2004, en lugar de entablar acciones legales contra usuarios individuales de Internet, la Societe Belge des Auteurs Compositeurs et Editeurs –SABAM- solicitó ante un Tribunal en Bélgica un interdicto prohibitivo contra un proveedor de servicios de Internet por permitir a sus usuarios acceder libremente a servicios par a par, todo ello dentro del marco de su campaña en contra de la piratería de obras en la red.

El 1 de diciembre de 2004, el tribunal de primera instancia de Bruselas admitió la demanda de la SABAM citando la directiva europea sobre la sociedad de la Información como fundamento de su decisión. El tribunal corroboró que algunos clientes de Tiscali violan en la práctica los derechos de autor y sentenció que la empresa, como proveedor de Internet, debía bloquear el acceso a todos los sistemas de intercambio de ficheros par a par (P2P).⁴⁰

5.3. Caso SGAE, v. Asociación de Internautas⁴¹

La Sociedad General de Autores y Editores –SGAE- y el presidente de su consejo directivo, Eduardo Bautista García, plantearon por ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 42 de Madrid, demanda de juicio ordinario en la que bajo una pretensión de tutela del derecho al honor, se declarara que la utilización de la dirección de Internet w.w.w.putasgae.org, así como la divulgación por parte de la demandada en la página de Internet <http://antisgae.internautas.org>, de expresiones injuriosas y vejatorias, eran ambas atentatorias al derecho fundamental al honor de los actores.

La sentencia publicada el 27 de Junio de 2005, sostuvo que:

«[...] realmente gran parte de la defensa en que ha pretendido la Asociación demandada fundamentar su pretensión de desestimación de la demanda se basa en una especie de falta de legitimación «ad causam» o falta de acción de la actoras contra ella negando que sea titular de una página Web y arguyendo que sólo es titular del dominio y del servidor de Internet que puede localizarse mediante el nombre de dominio w.w.w.internautas.org; **que su actividad es la de prestador de servicios de la sociedad de la información**; que a su dominio le pertenece el subdominio <http://antisgae.internautas.org>, como otros muchos, pero no el dominio de internetw.w.w.putasgae.org que no le pertenece ni le ha pertenecido nunca pues el citado dominio es de la titularidad de una comunidad de internautas conocidos como plataforma de Coordinación de Movilizaciones contra la SGAE [destacado nuestro].»

Por lo tanto, el Juez condenó a la asociación de internautas por intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor de las actoras, considerando que:

«[...] **Es indiferente pues que la demandada tuviera el dominio de la página a la que pertenece la dirección de Internet www.putasgae.org o que se limitara a una labor de prestación de servicios. En cualquiera de los casos habría de responder de los contenidos antes dichos** pues si se presta el servicio a la Plataforma es responsable también de los contenidos de esta pues por el simple hecho de ser el prestador del servicio que presta el dominio o subdominio, como bien subrayó el Ministerio Fiscal, adquiriría responsabilidad sino por dolo si por negligencia al permitir utilizar en su dominio manifestaciones injuriosas pues si bien el representante legal de la Asociación ha declarado que el no ejerce control sobre los contenidos, lo cierto es que el que presta un servicio ha de controlar lo que se publica en sus páginas pues si presta su dominio para que se publiquen unos contenidos también puede y debe impedir que se publiquen si son ilícitos, al menos civilmente como ocurre en el presente caso»[destacado nuestro].

En consecuencia, ordenó eliminar la expresión «putasgae» de la dirección de Internet «[w.w.w. putasgae.org](http://w.w.w.putasgae.org)», así como todos los artículos y enlaces que contenían dicha palabra que hubieren sido divulgados o estuvieren contenidos en cualquiera de las páginas pertenecientes al dominio de la página web titularidad de la demandada «<http://w.w.w.internautas.org>.»

IV

LA RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS EN INTERNET EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA

En Venezuela existe una normativa general sobre responsabilidad civil de los prestadores de servicios de Internet. Tratándose de responsabilidad por infracciones al derecho de autor y los derechos conexos a propósito de actividades llevadas a cabo en redes digitales, especialmente Internet, somos de la opinión que existen suficientes normas en nuestro ordenamiento jurídico interno que van de lo general a lo particular que consagran un sistema de responsabilidad aplicable a la actividad desplegada por los ISP.

1. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

En primer lugar, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el artículo 98, establece que la creación cultural es libre. Esa libertad comprende el derecho a la inversión, producción y divulgación de la obra creativa, científica, tecnológica y humanística, incluyendo la protección legal de los derechos del autor o de la autora sobre sus obras. El Estado reconocerá y protegerá la propiedad intelectual sobre las obras científicas, literarias y artísticas, invenciones, innovaciones, denominaciones, patentes, marcas y lemas de acuerdo con las condiciones y excepciones que establezcan la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia. Por lo tanto, existe acá una protección constitucional de la propiedad intelectual, de la cual deriva todo el entramado jurídico ulterior, base para establecer una responsabilidad por infracciones al derecho de autor y los derechos de conexos.

2. Código Civil Venezolano

El artículo 1.185 del Código Civil consagra que el que con intención, o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.

A los efectos de este artículo, y en consideración a que se trata de establecer la responsabilidad por hecho ilícito, la expresión hecho ilícito y sus equivalentes fuertes (delito, crimen) connota la idea, profundamente arraigada en el lenguaje ordinario (y recogido por la dogmática) de un acto disvalioso o perjudicial que provoca el repudio de la comunidad. De ahí que ésta recurra a la técnica del castigo (motivación indirecta) para impedir que estos hechos se multipliquen. Pues bien, los hechos que acarrear una sanción jurídica (prevista por una norma jurídica) son hechos ilícitos⁴². A falta de una norma especial sobre responsabilidad de los ISP, habría que atenerse a lo previsto en los artículos 1.185 y siguientes del Código Civil, relativos a los hechos ilícitos.

3. Decreto Presidencial sobre Internet

El Decreto Presidencial número 825 Sobre Internet como Prioridad⁴³, de fecha 22 de Mayo de 2000, en el que se declara el acceso y el uso de Internet como *política prioritaria para el desarrollo cultural*, económico, social y político de la República Bolivariana de Venezuela⁴⁴ sienta las bases para que desde la óptica del uso de Internet como herramienta que facilita el intercambio de bienes y servicios, se propenda también al intercambio de obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor y los derechos conexos.

La creación de obras literarias, artísticas y científicas, protegidas por el derecho de autor, así como las interpretaciones o ejecuciones artísticas, producciones fonográficas y emisiones de radiodifusión protegidas por

los derechos conexos, constituyen sin duda un aporte muy importante al desarrollo cultural del país, de manera que su utilización a través de un medio de comunicación público y masivo como Internet, impone a los responsables oferentes de servicios a través de esta herramienta, la obligación de evitar atentados a tales derechos en tanto – además de constituir ilícitos civiles y penales- desestimulan la creatividad nacional, produciendo en consecuencia un atentado directo al desarrollo cultural que se pretende estimular con el uso de la herramienta objeto del citado Decreto Presidencial.

4. Ley Sobre el Derecho de Autor

La Ley Sobre el Derecho de Autor de 1993, en adelante LSDA, establece como principio rector que el autor goza también del derecho exclusivo de explotar su obra en la forma que le plazca y sacar de ella beneficio (Art. 23).

Se ha consagrado así un sistema de protección general, dentro del cual cabe cualquier modalidad de explotación, presente o futura, conocida o por conocerse, por lo que inferimos que una modalidad de utilización a través de Internet estaría amparada también bajo las normas de la LSDA y por vía de consecuencia sujeto a responsabilidad civil y penal cualquier persona que incurriera directa o indirectamente en dichas utilidades de manera fraudulenta.

Tres consideraciones nos llevan a afirmar lo anterior: i) respecto a los derechos de comunicación pública, el legislador venezolano ha consagrado un sistema de *numerus apertus* en el que ha incluido la fórmula según la cual la difusión se lleve a cabo por cualquier procedimiento que sea conocido o por conocerse, de los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes (Art. 40, 9), con lo cual se podría

incluir en Venezuela bajo el amparo de esta norma cualquier modalidad de puesta a disposición de obras a través de redes digitales, ii) Por lo que hace al derecho de reproducción, se considera que es ilícita cualquier reproducción total o parcial de una obra sin el consentimiento del autor, o en su caso de los derechohabientes o causahabientes de éste, incluso respecto a las obras copiadas por un arte o procedimiento cualquiera (Art. 42 in fine), iii) y finalmente, el régimen de los límites a los derechos de explotación está consagrado en los artículos 43 y siguientes de la LSDA bajo una fórmula de números clausus cerrado y de interpretación restrictiva.

Por lo tanto, no cabe considerar que la explotación de obras y prestaciones en redes digitales tiene en Venezuela amparo en el régimen de los límites al derecho de autor y derechos conexos señalados anteriormente.

5. Ley Especial contra Los Delitos Informáticos

Aunque tiene una orientación eminentemente penal, no podemos dejar de mencionar la Ley Especial Contra Los Delitos Informáticos⁴⁵, del 30 de Octubre del 2001, en la que se consagra que quien sin autorización de su propietario y con el fin de obtener algún provecho económico, reproduzca, modifique, copie, distribuya o divulgue un software u otra obra del intelecto que haya obtenido mediante el acceso a cualquier sistema que utilice tecnologías de información, será sancionado con prisión de uno a cinco años y multa de cien a quinientas unidades tributarias (Art. 25).

6. Decisión 351 de la Comunidad Andina

La D-351 consagra un sistema de responsabilidad solidaria por hecho ajeno, en los siguientes términos: ninguna autoridad ni persona natural o jurídica, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación,

producción fonográfica o emisión de radiodifusión, o prestar su apoyo para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. *En caso de incumplimiento será solidariamente responsable* (Art. 54).

7. La responsabilidad de los ISP y los Tratados Internet de la OMPI

Los Tratados Internet de la OMPI, así llamados por la prensa internacional desde su adopción por la Conferencia Diplomática celebrada en Ginebra en diciembre de 1996, son el Tratado de la OMPI Sobre Derecho de Autor (TODA) y el Tratado de la OMPI Sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF).⁴⁶

Ambos Tratados pueden ser invocados en Venezuela a propósito de infracciones al derecho de autor y los derechos conexos en el ámbito de Internet, sobre todo si tomamos en consideración que en correspondencia con el principio general contenido en el artículo 5.2 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, así como el 41.1 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, ADPIC, los Tratados Internet de la OMPI desarrollan un grupo de normas específicas relativas a la observancia de los derechos.

En efecto, los artículos 11⁴⁷ y 14.2 del TODA así como el 18 y 23.2 del TOIEF comprometen a las partes contratantes a establecer, como sostiene MASSAGER, procedimientos de observancia de los derechos reconocidos en ambos Tratados, que permitan la adopción de medidas eficaces contra su infracción e incluyan recursos ágiles para prevenir las infracciones y eficaces para prevenir nuevas infracciones, y en particular una protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos

contra la acción de eludir las medidas tecnológicas empleadas por los titulares de derechos en relación con los contenidos protegidos en virtud de los Tratados o del Convenio de Berna⁴⁸.

V LA RESPONSABILIDAD DE LOS ISP Y LOS LÍMITES AL DERECHO DE AUTOR

Finalmente, el planteamiento relativo a la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, está también estrechamente relacionado con el tema de las excepciones y limitaciones al derecho de autor y los derechos conexos. Por lo tanto, en supuestos de atribución de responsabilidad hay que tener en cuenta el artículo 9.2 del Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas, el artículo 13 del Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, ADPIC, el artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, TODA, el artículo 16 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, TOIEF y el artículo 21 de la D-351.

No obstante, se descarta una aplicación automática de las excepciones de Berna al entorno digital, lo cual será posible sólo si –como sostiene Garrote Fernández-Diez- se supera la prueba de los tres pasos: i) las excepciones deben establecerse para ciertos casos especiales, es decir, tienen que tener una razón de ser particular, un objetivo específico, sin que quepan excepciones en blanco, ii) no deben afectar a la explotación normal de la obra y iii) no debe existir un perjuicio injustificado a los intereses patrimoniales del autor⁴⁹.

NOTAS Y REFERENCIAS

¹V.: PEQUERA POCH, Miguel: «*La Exención de Responsabilidad Civil por Contenidos Ajenos en Internet*», en *Contenidos Ilícitos y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet*: Fermín Morales Prats y Oscar Morales García (Coordinadores), *Revista Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, núm. 8, 2002. Disponible en: <http://www.uoc.edu/in3/dt/20080/index.html>.

² Se trata aquí de establecer la relación entre tales actividades y la posibilidad jurídica de atribuir responsabilidad al proveedor de servicios de intermediación en Internet por daños causados en virtud de utilizaciones no autorizadas de obras, prestaciones, producciones, signos distintivos, diseños industriales y demás bienes y servicios protegidos por la propiedad intelectual. No constituye objeto de este trabajo las responsabilidades derivadas de difamación, publicidad engañosa, pornografía infantil, etc.

³ Cfr. Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 8 de Junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre comercio electrónico), considerando número (20).

⁴ Los ilícitos en la red son muy variados. Tienen que ver con i) injurias y calumnias hacia los usuarios, ii) atentados al honor y la privacidad, iii) daños a los consumidores, iv) pornografía infantil, v) racismo, vi) fraudes, vii) atentados a los derechos de propiedad intelectual, etc.

⁵ V.: MASSAGER, José: «*La Responsabilidad de los Prestadores de Servicios en Línea por las Infracciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Ámbito Digital*», revista pe.i, N° 13, Bercal, S.A, enero-abril 2003, p. 16.

⁶ *La Sociedad de la Información* está integrada por las redes de equipos informáticos interconectados a través de los medios de telecomunicación, esto es, las autopistas de la información que componen el llamado ciberespacio, así como la información y datos digitalizados en ellas introducidos. Su máximo exponente es, sin duda, Internet. *Vid.* MASSAGER, José. *Ob. cit.* p.12.

⁷ Desde el punto de vista filosófico, FERRATER MORA sostiene que se plantea el problema de los grados de responsabilidad en lo que se refiere a la intención. Así, se ha preguntado si se es responsable por el mal solamente cuando se ha querido el mal o si se es también responsable por tal mal aunque no se haya intentado producirlo. Las soluciones al respecto varían de acuerdo con la opinión sustentada acerca de la intención moral. Aun cuando no haya intención puede admitirse la posibilidad de prever el efecto causado por las acciones. Por tal motivo, muchos autores se inclinan a manifestar que hay responsabilidad inclusive cuando, previéndose el mal, no se manifiesta decidida oposición a él. V.: J. FERRATER MORA: «*Diccionario de Filosofía*», Nueva edición actualizada por la Cátedra Ferrater Mora, bajo la dirección de JOSEP-MARIA TERRICABRAS, Editorial Ariel Filosofía, 2004, p. 3082.

⁸ V.: DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto: «*Derecho Privado de Internet*», editorial Civitas, segunda edición, 2001, p. 492.

⁹ V.: PEQUERA POCH, Miguel: «*Mensajes y Mensajeros en Internet: la Responsabilidad Civil de los Proveedores de Servicios Intermediarios*», disponible en <http://www.uoc.edu/web/esp/art/uoc/0103008/peguera.html>.

¹⁰ Hay que tener en cuenta que el *destinatario del servicio* en el supuesto de mera transmisión es la persona que encarga al prestador de servicios que lleve a cabo una transmisión de datos y por lo tanto es el cliente o destinatario de ese servicio. En cambio, *el destinatario de la transmisión* es a quien va dirigida esa transmisión y efectivamente la recibe.

¹¹ Art. 13 LSSICE

¹² V.: PEQUERA POCH, Miguel, «*La Exención de Responsabilidad.....*», p.26.

¹³ Considerando 43 de la DCE y Art. 14.1, de la LSSICE.

¹⁴ V.: ERDOZAIN, José Carlos: «*Derechos de Autor y Propiedad Intelectual en Internet*», Tecnos, 2002, pp. 201-202.

¹⁵ Cfr. considerando 45 y Art. 12.3 de la DCE y Art. 15, e) 3º LSSICE

¹⁶ V.: PEQUERA POCH.....Ob. cit, p. 43

¹⁷ Art. 5 (1) de la DDASI

¹⁸ Art. 13.

¹⁹ De conformidad con lo establecido en el Art. 16, b) de la LSSICE, se entiende que un prestador de servicios de intermediación tiene *conocimiento efectivo* cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada, o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

²⁰ V.: PLAZA PENADES, Javier: «*Propiedad Intelectual y Sociedad de la Información (Tratados OMPI, Directiva 2001/29/CE y Responsabilidad Civil en la Red)*, Aranzadi, 2002, pp. 244-245.

²¹ V.: DARIAS DE LAS HERAS, Victoriano: «*Aspectos Jurídicos de la música en Internet*», Septem ediciones, 2003, p. 57.

²² V.: PLAZA PENADES, Javier: «*Propiedad Intelectual y Sociedad...*», p. 246

²³ Comentarios del caso, disponibles en: <http://www.eff.org/legal/cases/betamax/>

²⁴ *Fair Use* (uso legítimo, o uso razonable) es un argumento legal de defensa contra una acusación de violar derechos de autor o marcas registradas. Los tribunales de los Estados Unidos consideran cuatro factores para determinar si es alegable la defensa de uso razonable: i) el propósito y el carácter del uso en disputa; ii) la naturaleza de la obra protegida con derecho de autor; iii) la importancia de la parte utilizada en relación con la obra en total; iv) el efecto de dicho uso en el mercado sobre el valor de la obra protegida por el derecho de autor. Para mayor abundamiento y detalles sobre el concepto de Fair Use, ir a: http://es.wikipedia.org/wiki/Fair_use; http://fairuse.stanford.edu/Copyright_and_Fair_Use_Overview/chapter9/index.html. Así mismo, puede consultarse el proceso de formación del concepto de Fair Use en la jurisprudencia

de los Estados Unidos en el clásico estudio: COHEN, Saul: «*Fair Use in the Law of Copyright*», en la revista *Copyright Law Symposium*, number six, 1955, pp 43-73.

²⁵ V.: GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, Ignacio: «*La Responsabilidad Civil Extracontractual de los Prestadores de Servicios en Línea por Infracciones de los Derechos de Autor y Conexos*», Revista pe.i, Nº 6, Bercal, S.A, septiembrediciembre 2000, p.15

²⁶ *Playboy Enterprises, inc., v. George Frena, Techs Warehouse BBS System and Consulting y Mark Dyess*, sentencia del 9 de diciembre de 1993, U.S. District Court –M.D. Florida.

²⁷ *Bulletin Board System*, sistema informático prestador de ficheros para otros usuarios, que descargan las obras que se encuentran expuestas y a disposición de los abonados.

²⁸ *Sega Enterprises Ltd v. Maphia y otros*, sentencia de 18 de diciembre de 1996, U.S. District Court –N.D. California.

²⁹ *Playboy Enterprises Inc., v. Russ Hardenburgh Inc*, sentencia de 25 de noviembre de 1997, U.S District Court –N.D. Ohio.

³⁰ Para mayor abundamiento sobre estos casos, *vid.* GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, Ignacio: «*La Responsabilidad...*» *ob.cit*, pp. 16-17.

³¹ Para mayores detalles, consultar: i) *Religious Technology Center y otro, v. Netcom on line Communication Services, Inc., y otros*, sentencia del 21 de noviembre de 1995, U.S District Court –N.D. California, ii) *Morobie -FL, Inc., v. Nacional Assotiation of Fire Equipment Distributors -NAFED- y Northwest Nexos Inc.*, sentencia de 13 de noviembre de 1997, U.S District Court –N.D. Illinois, ambas comentadas en GARROTE FERNANDEZ-DIEZ, Ignacio, *Ob. Cit.* p. 19.

³² *A&M Records y otros, v. Napster Inc*, Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos de América para el Circuito Noveno del Área Norte de California, caso núm. 00-16.401, febrero 12-2001. Para ver algunas consideraciones respecto al funcionamiento de NAPSTER y su relación con las copias ilícitas, *Vid.* GONZALEZ DE ALAIZA CARDONA, Javier: «*Napster: «Copias Robadas», Responsabilidad de los Intermediarios y otros interrogantes para el derecho de autor en Internet*», Revista pe.i, num 6, Bercal, S.A, septiembrediciembre 2000, pp. 65-83; texto de la sentencia en <http://www.expansiondirecto.com/2001/02/13/tecnologia/sentencia0212.pdf> y los comentarios a dicha sentencia, V.: VILLALBA, Carlos A, y LIPSYC, Delia: «*El Derecho de Autor en la Argentina*», Editorial LA LEY, Buenos Aires, 2001, pp, 299-306.

³³ V.: VILLALBA, Carlos A, y LIPSYC, Delia: *Ob. Cit.*, p. 300.

³⁴ Del original, en Inglés: Sec. 512: Limitations on Liability for Copyright Infringement. (d) Information Location Tools. A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in sub-section (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of provider referring or linking user to an online location containing infringing material or infringing activity, by using information location tools, including a directory, index, reference, pointer or hypertext link, if the service provider: 1 (A) does not have actual knowledge that the material or activity is infringing; (B) in the

absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or (C) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material; (2) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity, in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and (3) upon notification of claimed infringement as described in subsection (c) (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be subject of infringing activity, except that, for purposes of this paragraph. The information described in subsection (c) (3) (A) (iii) shall be identification of the reference or link, to material or activity claimed to be infringing, that is to be removed or access to which is to be disabled, and information reasonably sufficient to permit the service provider to locate that reference or link.

³⁵ V.: VILLALBA, Carlos A, y LIPSZIC, Delia «*El derecho de autor...*» pp. 301-302.

³⁶ V.: VILLALBA, Carlos A, y LIPSZIC, Delia: Ob. Cit. p. 304.

³⁷ El contenido de la sentencia del caso Metro-Goldwyn-Mayer v. Grokster, en inglés, disponible en <http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/27jun20051200/www.supremecourtus.gov/opinions/04pdf/04-480.pdf>.

³⁸ Para un informe detallado sobre los antecedentes del caso Grokster, las partes involucradas, el litigio y los argumentos, así como las actividades mundiales en pro de una sentencia favorable a los derechohabientes V.: «*El caso Grokster en pocas palabras*», en la revista CISAC News, Junio 2005, pp.43-45, y disponible en línea en [http://www.cisac.org/web/content.nsf/CisacNews/CN-2005-06-HI-2-SP/\\$FILE/CN-2005-06-HI-2-SP.pdf](http://www.cisac.org/web/content.nsf/CisacNews/CN-2005-06-HI-2-SP/$FILE/CN-2005-06-HI-2-SP.pdf).

³⁹ V.: CARRASCO BLANC, Humberto: «*Algunos Aspectos de la Responsabilidad de los Proveedores de Servicios y Contenidos de Internet*», disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=554>. También puede verse un extracto de la sentencia, respecto al principio general de responsabilidad de los participantes en la sociedad de la información, en la base de datos publicada por CERLALC, *Derecho de Autor Regional –DAR-* selección y disposición de fallos y resúmenes autor: Ricardo Antequera Parilli, disponible en: <http://www.cerlalc.org/jurisprudencia/index.php?mode=archivo&id=588>.

⁴⁰ V.: <http://www.cisac.org/web/content.nsf/BUILDER?ReadForm&Page=Article&Lang=SP&Alias=Web-2005-SABAM> un comentario de la sentencia, y el texto en Francés disponible en: <http://www.juriscom.net/documents/tpibruxelles20041126.pdf>

⁴¹ El texto de la sentencia, disponible en: http://www.internautas.org/archivos/sentencia_sgae.pdf.

⁴² V.: CALVO BACA, Emilio: «*Código Civil Venezolano*», Ediciones Libra, 2003, sección V de los hechos ilícitos, Art. 1185, p. 665.

⁴³ Gaceta Oficial N° 36.955, del 22 de mayo de 2000.

⁴⁴ Art. 1.

⁴⁵ Gaceta Oficial N° 37.313 del 30 de octubre de 2001.

⁴⁶ El TODA fue ratificado por Venezuela mediante Ley aprobatoria publicada en Gaceta Oficial N° 38.093 de fecha 23 de diciembre de 2004 y el TOIEF mediante

Ley aprobatoria publicada en Gaceta Oficial N° 38.098, de fecha 3 de enero de 2005.

⁴⁷FICSOR sostiene que el artículo 11 -mutatis mutandis igual al artículo 18 del TOIEF- es una provisión clave dentro del TODA. Mientras las otras normas del Tratado consisten más o menos de interpretación y ciertas adaptaciones de las normas existentes en derecho de autor conforme a Berna-plus y a nivel ADPIC, el artículo 11, junto con el artículo 12, incluyó completamente nuevas provisiones y su propósito es garantizar la aplicación de aquellas medidas tecnológicas que son indispensables para la protección, ejercicio y aplicación del derecho de autor en la era digital. V.: FICSOR, Mihály: «*THE LAW OF COPYRIGHT AND THE INTERNET. The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and implementation*». OXFORD University Press, 2002, p. 544.

⁴⁸V.: MASSAGER, *La responsabilidad...*, pp. 13-14.

⁴⁹V.: GARROTE FERNÁNDEZ-DIEZ, Ignacio. «*El Derecho de Autor en Internet (La directiva sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información)*», Editorial Comares, 2001, p.387.