

**RESPONSABILIDAD DE LOS ISPs
POR VIOLACIÓN A LA PROPIEDAD INTELECTUAL:
ESTADOS UNIDOS, EUROPA Y CHILE**

Lorena Piñeiro Ugarte

Abogada, Universidad de Chile

Magíster en Derecho, London School of Economics and Political Science

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN.- II.- ANTECEDENTES GENERALES.- III.- RESPONSABILIDAD DE LOS ISPs EN LOS ESTADOS UNIDOS.- 3.1.- Responsabilidad bajo la Copyright Act.- 3.2.- Digital Millenium Copyright Act.- IV.- RESPONSABILIDAD DE LOS ISPs EN EUROPA: DIRECTIVA SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO.- V.- NORMATIVA EN CHILE.- 5.1.- Responsabilidad extracontractual.- 5.2.- Regulación de los ISPs en Chile.- 5.3.- El mítico caso de Concepción.- 5.4.- TLC Chile-Estados Unidos.- 5.5.- Diferencias con la DMCA de los Estados Unidos y la Directiva Europea.- VI.- CONCLUSIONES.-

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la sociedad de la información está marcada, por un lado, por la revolución de la digitalización –que permite una reproducción de material de manera sumamente rápida, fácil, en gran escala, transmisible a distancia en el acto y sin pérdida de calidad– y por otro, por el éxito de Internet como red de redes que facilita la difusión fácil y masiva de tal material digital. Así, hoy, las Tecnologías de la Información y Comunicación constituyen para algunos una real amenaza a los derechos fundamentales del titular de un derecho de autor.¹

En este contexto, un tema muy debatido ha sido la responsabilidad que le cabe al proveedor de acceso a Internet (en adelante ISP por su sigla en inglés). En el evento que por hechos propios se cometan directamente estas infracciones, no se discute que el ISP merezca un trato diferente y, por tanto, se debe atener al sistema general de responsabilidad. En cambio, si no está directamente involucrado en la conducta ilegal sino que la infracción ha sido fruto de un proceso automático de sus equipos verificado a efectos de cumplir la función de acceso a Internet, o ha sido un tercero quien ha cometido la infracción utilizando su sistema o sus redes, estamos ante temas que han constituido el fondo del debate.

¹ Entendiéndose para efectos de este artículo, que con la expresión “derecho de autor” se comprende también los derechos conexos.

En términos generales, se pueden visualizar dos posturas claramente contradictorias para determinar la responsabilidad de los ISPs. Por un lado, si se considera a un ISP como mero prestador de equipos para la transmisión de información, éste no tendría responsabilidad por las violaciones; en cambio, si se lo considera como editor, con la responsabilidad de controlar el contenido de los mensajes que emite su ordenador, podría ser responsable por la falta de control en las infracciones a que hubiere lugar.

La construcción del sistema de responsabilidad extracontractual implica una decisión de política jurídica que decide quién y de qué forma debe soportar el daño. De esta manera, con el progreso tecnológico de la digitalización más el uso de la red de redes se presenta el riesgo de provocar daños a los titulares de los derechos de autor. Lo central en este caso está en determinar quién debe soportar dicho daño: los titulares de derecho de autor —en caso de dejarlos en la absoluta desprotección, por ejemplo, excluyendo las actividades de Internet de las prohibiciones generales que protegen la Propiedad Intelectual—, o bien deben responder por dicho daño los ISPs —al establecer una responsabilidad objetiva por todo el contenido ilícito que fluye por sus redes y respecto del cual no tiene conocimiento alguno—. Por lo demás, este tipo de decisiones de política jurídica debe tener en cuenta los distintos intereses en juego y ponderar hasta qué punto una carga excesiva en términos de responsabilidad podría poner en peligro la propia consolidación de los operadores económicos que prestan los servicios a los que se aparejan estos nuevos riesgos y el éxito del Internet.²

Es por todo lo anterior y con motivo de haberse firmado entre Chile y los Estados Unidos un histórico Tratado de Libre Comercio (en adelante TLC) en el que se determinan ciertos ámbitos de no responsabilidad para los ISPs y novedosos procedimientos para hacerlos efectivos, es que trataré de dar una descripción general de los derechos de propiedad intelectual en juego en Internet, los actores relevantes y las funciones potencialmente ilegales. Asimismo, describiré el sistema establecido en los Estados Unidos al adoptar la Digital Millennium Copyright Act³ (en adelante DMCA por su sigla en inglés) y en Europa, con la Directiva Europea de Comercio Electrónico⁴ (en adelante la Directiva). Finalmente, analizaré la normativa negociada en el TLC⁵ y el entorno normativo de los ISPs en Chile.

II. ANTECEDENTES GENERALES

A fin de tener claridad absoluta sobre cuáles son los actores relevantes que actúan en esta sociedad de la información, es que partiremos distinguiéndolos. Para fines de este artículo son tres los actores relevantes: el proveedor de acceso a Internet, el proveedor contenido, y el tercero o usuario de los servicios.

² PEGUERA POCH, Miguel (2002) "La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet" en <http://www.uoc.edu/in3/dt/20080/index.html>

³ La DMCA está disponible en el sitio web de la Copyright Office de los Estados Unidos: www.copyright.gov

⁴ La Directiva (Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000) está disponible en el sitio web de la Comunidad Europea: http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/2000/es_300L0031.html

⁵ El TLC está disponible en el sitio web de la Dirección de Relaciones Económicas del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile: www.direcon.cl

Asimismo, es necesario también referirse a las diversas actividades o funciones que cada actor desarrolla. En términos simplificados, el servicio básico de un ISP lo constituye el acceso a la red Internet y el de un Proveedor de contenido —como su nombre lo dice— nutre de información el espacio virtual *on line*. En caso de ser tercero usuario, lo más común es "navegar" en busca de contenidos a través de los links de la World Wide Web (que en esencia constituye una solicitud de material informativo al ISP), correo electrónico, chat o mensajería instantánea.

También me parece necesario describir la forma en que opera técnicamente Internet. La información que se transmite por Internet se desintegra en paquetes —del cual cada enrutador hace una copia efímera— y viajan individualmente dirigidos por la vía más accesible y rápida que encuentren hasta que llegan a destino, en donde todos los paquetes se rearmen y forman el mensaje original en su integridad.

Teniendo en cuenta las menciones anteriores es necesario recordar cuáles son los derechos exclusivos que detenta el titular de un derecho de autor, que a su vez representan las actividades que se prohíben a cualquier persona, a menos que se cuente con una autorización.

2.1. Actividades de exclusivo resorte del titular del derecho de autor

- Reproducción. La reproducción total o parcial de una obra, bajo cualquier procedimiento, es un derecho exclusivo del autor. Este derecho, sin embargo, tiene ciertas limitaciones, como por ejemplo el derecho de cita, el derecho de información por la prensa y el *fair use*. De acuerdo a la Convención de Berna, se define reproducción de una manera extremadamente amplia (por cualquier procedimiento y de cualquier forma), de forma que abarca la fijación electrónica y aun transitoria de una obra en una memoria RAM, en un CD u otro soporte digital.
- Distribución, puesta a disposición y comunicación a público. De acuerdo al artículo 6 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la puesta a disposición del público de sus obras (mediante venta u otra transferencia de propiedad). Por su parte el artículo 8 establece que la comunicación a público de las obras por medios alámbricos o inalámbricos, de tal forma que el público puede acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que ellos elijan, es un derecho exclusivo del autor.⁶

2.2. Funciones propias de los ISPs que violarían los derechos de autor

Los ISPs requieren para guiar los paquetes de información vía Internet hasta su destino final, almacenar temporalmente una obra en la memoria de un enrutador. Por tanto, si se considera como reproducción, cada vez que un computador realiza esta copia transitoria estaría cometiendo una infracción al derecho de propiedad intelectual.

⁶ El Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WC1) (1996) se puede encontrar en la página web de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual: www.ompi.org

La misma infracción se cometería, en el caso de la realización de copias completas de las obras a fin de ser almacenadas por los servidores de manera de dar un servicio más rápido y eficiente a sus suscriptores (*Caching/Proxy*). En pocas palabras, un usuario solicita recibir determinada información, su ISP la remite y, a la vez, se queda para sí con una copia caché para cuando usuarios posteriores le soliciten esta misma información, de manera que se las remite desde la memoria caché del propio ISP. De esta manera el ISP reduce el tráfico en la Red y el tiempo de descarga de la página web que es solicitada.

Finalmente, los programas de navegación (*browsers*) también realizan copias de las páginas (material protegido) a las que se ha accedido, las cuales son almacenadas en la memoria RAM del computador del usuario, lo que constituiría una conducta violatoria de la propiedad intelectual.

2.3. Actividades de terceros / usuarios que violarían los derechos de autor

En un estricto sentido técnico, se podría llegar a sostener que todo usuario, por el mero hecho de navegar por Internet, infringe el copyright, dado que se realizan copias del material en el computador del usuario. Sin embargo, no es poco común que un tercero copie, distribuya o exhiba una obra protegida sin la autorización del autor o su representante, utilizando los medios que le proporciona el ISP, constituyendo claramente una infracción a las normas del derecho de autor.

III. RESPONSABILIDAD DE LOS ISPs EN LOS ESTADOS UNIDOS

3.1. Responsabilidad bajo la Copyright Act

En Estados Unidos existen tres tipos de responsabilidad por daños, siendo las dos últimas las que se han aplicado en materia de copyright para obtener la responsabilidad de los ISPs por hechos de terceros:

1. *Direct infringement*, es una responsabilidad objetiva que no requiere ni de dolo ni culpa, ni conocimiento de la infracción. Sólo es necesario que se cometa la infracción misma.
2. *Contributory infringement*, no requiere la comisión personal de la infracción aunque sí el conocimiento de la misma y la inducción, causación o contribución material del tercero infractor.⁷
3. *Vicarious liability*: Es responsable por la acción de un tercero, aquél que tenía el derecho y la posibilidad de controlar el acto del tercero infractor y no lo hace, además recibe un beneficio financiero de la infracción.

⁷ En el caso de *RTC v Netcom On Line*, la corte entendió que un ISP puede ser declarado responsable por contributory infringement si él conocía o debía conocer acerca de la infracción y no hizo nada acerca de ello, como sería el caso en que el ISP recibe una notificación.

La "*Copyright Law*" sostiene que quien presta ayuda a otro para violar el derecho de autor es también considerado responsable de manera vicaria o contributiva. Para remediar esta situación, los ISPs buscaron una limitación bajo esta ley. De esta forma, y luego de dos años de negociaciones se aprobó la "*Online Copyright Infringement Liability Limitation*"⁸ para lograr un marco jurídico que resolviera la pugna entre los proveedores de contenido por un lado y los proveedores de servicios de Internet y telecomunicaciones por el otro. El punto central del debate fue el de si el ordenamiento debía permitir a los titulares de derechos de autor exigir responsabilidad a los prestadores de servicios de Internet, por razón de las copias ilegales que circulaban por sus redes y/o se alojaban en sus servidores. La industria de contenidos quería obtener una indemnización por las pérdidas sufridas como consecuencia de las infracciones de los derechos de propiedad intelectual, y quería tener el derecho a reclamar la indemnización no sólo al infractor principal, sino también al ISP que había alojado los materiales ilícitos o que había posibilitado su difusión. Al principio, la industria de contenidos (música, software, películas) propuso establecer un régimen de responsabilidad objetiva (*direct infringement*) para los ISP que alojaran o dieran acceso a copias ilegales de materiales protegidos. Ahora bien, un régimen de esta naturaleza habría perjudicado seriamente la viabilidad económica de estos últimos operadores, para los que resultaría muy costoso, y probablemente inviable, realizar una supervisión de todo lo que circula por sus redes o se aloja en sus servidores. Por tanto, la solución consensuada llegó finalmente con la *Digital Millennium Copyright Act* de 1998, en la que se establecieron una serie de exenciones (*safe harbors*) a la responsabilidad de los ISP por los materiales que infringieran derechos de autor.⁹

3.2. Digital Millenium Copyright Act

En general, la DMCA se concentra en limitar la potencial responsabilidad civil a que se puede ver enfrentado un ISP cuando actúa como prestador de servicio de telecomunicaciones, permitiendo que sus usuarios accedan a material protegido que ha sido puesto ahí, a disposición pública, por otra persona.

Es preciso destacar que esta normativa está dirigida no sólo a los ISPs, sino que también se incluyen reglas especiales para la aplicación de estas limitaciones de responsabilidad a instituciones educacionales sin fines de lucro, las que no serán materia de este artículo.

3.2.1. Ámbito de aplicación

Al determinar los actores relevantes implicados por esta normativa, la DMCA define al ISP según la función que ejecute, así para el caso de mera transmisión de contenidos, se entenderá como ISP, aquella entidad que ofrece el servicio de transmisión, direccionamiento y conexión a comunicaciones digitales en línea, entre puntos especificados por el usuario, del material escogido por el usuario sin modificación del contenido. Para el caso de las demás funciones, el ISP es el proveedor de servicios en línea o de acceso a Internet o el operador de instalaciones.

⁸ Título II de la Digital Millenium Copyright Act.

⁹ PEGUERA POCH, Miguel. *Op. Cit.*

La DMCA aplica sólo a ciertos tipos de conductas o funciones que pueden realizar los ISPs, bajo ciertas condiciones y que en cumplimiento de requisitos específicos los eximirían de responsabilidad.

- a) Mera transmisión de contenidos,¹⁰ caso en el cual la transmisión del material no debe haber sido iniciada por el ISP, no debe seleccionar el destinatario, ni el material, ni modificar su contenido. Asimismo, el almacenamiento temporal de dicho material o copia que mantiene el ISP en su servidor o red (para poder realizar la transmisión) no ha de estar al acceso de cualquier persona ni tampoco la ha de mantener por más tiempo del razonablemente necesario para la comunicación.¹¹
- b) Almacenamiento temporal y transitorio de contenidos –puestos a disposición del público por otra persona distinta al ISP– en su sistema o red (*system caching*).¹² En este caso, el procedimiento se lleva a cabo a través de un mecanismo técnico-automático con la finalidad de poner tal contenido a disposición del resto de los usuarios que requieren dicho material. En el caso que el ISP transmita dicho material a subsecuentes solicitudes de otros usuarios, debe abstenerse de modificar el contenido, exigir iguales requisitos de acceso (password, datos de identificación, etc.) que en el sitio original; y, a su vez, deberá actualizar dicho material cuando así lo especifique el proveedor de dicho contenido de acuerdo a los standards de la industria de transmisión de datos.¹³ Adicionalmente, deberá abstenerse de interferir en los sistemas que llevan el control de visitas (hits) a la página Web¹⁴ y de retirar o inhabilitar el acceso al material con la mera recepción de una notificación que alega una presunta violación a la propiedad intelectual.
- c) Almacenamiento de contenidos en páginas o direcciones de los usuarios pero que residen en su sistema o red (*webhousing*).¹⁵ El legislador americano en este caso es especialmente receloso de que el ISP pueda eximirse fácilmente de responsabilidad, razón por la cual estableció detalladas condiciones que cubren todos los supuestos en que se puede encontrar un ISP. Así, requiere que el ISP no tenga conocimiento efectivo ni conciencia de hechos que hagan evidente la infracción o, para el caso que el ISP sí tenga este conocimiento o conciencia, debe inhabilitar el acceso a dicho material de forma expedita. Es decir, se exige al ISP una tarea no menor, cual es la de discernir entre lo que es lícito de lo ilícito, que tratándose de Propiedad Intelectual no es fácil de determinar a simple vista. A su vez, se incorporan los requisitos de la responsabilidad

¹⁰ Section 512 (a) Limitations on Liability for Copyright Infringement. DMCA.

¹¹ La jurisprudencia en US ha intentado buscar un equilibrio entre la protección de los derechos de autor y el desarrollo de la red Internet. Así, en el caso de *RTC v Netcom Online* se ha resuelto que la copia efímera realizada sin intervención del proveedor de acceso, no es causal de responsabilidad civil de aquel si contiene un mensaje infractor. "Argentina: Propiedad Intelectual en Internet. Aspectos del derecho de autor en el ciberespacio". Alfa-Redi. Revista de Derecho Informático <http://www.alfa-redi.org/revista/data/25-9.asp>

¹² Section 512 (b) Limitations on Liability for Copyright Infringement. DMCA.

¹³ De esta forma se evita que la información que envía el ISP a sus suscriptores quede obsoleta o difiera de la información que se ofrece en el sitio original.

¹⁴ La información sobre quién, cuándo y cómo visita la página Web es de suma importancia para el proveedor de esta.

¹⁵ Section 512 (c) Limitations on Liability for Copyright Infringement. DMCA.

vicaria al exigir al ISP que no reciba beneficio económico alguno, producto de la infracción que ocurre en sus redes o sistemas (sin necesidad de que tenga conocimiento alguno, sólo que esté en posición de controlar tal actividad) y finalmente, como última situación hipotética, el ISP también deberá remover o inhabilitar el acceso al material cuando reciba una notificación que reclame una infracción.

Es decir, el ISP se exime de responsabilidad: si teniendo conocimiento o conciencia, remueve; y, si no teniendo conocimiento o conciencia, y sin recibir beneficio económico de la infracción, al recibir una notificación (independientemente de su estado de conocimiento) remueve o inhabilita el acceso.

- d) Uso de mecanismos de localización (motores de búsqueda, directorios e *hypertext links*) por medio de los cuales se vincula a los usuarios a material protegido.¹⁶ Se reitera la necesidad de no contar con conocimiento efectivo ni conciencia de hechos que evidencien ilicitud de una conducta, así como inhabilitar el acceso a dicho material de forma expedita en caso de obtener este conocimiento o conciencia. Asimismo, se incorporan los requisitos de la responsabilidad vicaria al exigir al ISP que no reciba beneficio económico alguno producto de la infracción que ocurre en sus redes o sistemas y, finalmente, cuando el ISP reciba una notificación que reclame una infracción, éste deberá también remover o bloquear.

3.2.2. Alcance de los beneficios

Es importante destacar que las limitaciones establecidas dicen relación sólo con indemnizaciones de perjuicios (*monetary damages*) y no con responsabilidad penal o medidas precautorias o cautelares.

A su vez, el hecho de que un ISP no califique dentro de alguna de las categorías de limitaciones de responsabilidad no significa que no pueda alegar en su defensa su inocencia en los hechos, es decir, no lo transforma de inmediato en responsable de éstos, sólo pierde la inviolabilidad inmediata.

3.2.3. Pasividad del ISP para acceder a las exenciones "Safe harbor"

Estas limitaciones sólo operan en el caso que un ISP permite que usuarios en línea accedan a material protegido que ha sido fijado ahí por un tercero. Es decir, estas limitaciones únicamente operan cuando el ISP puede verse afectado por responsabilidad vicaria o contributiva ante una actitud pasiva que sólo implica que terceros mediante el uso de sus redes violen estos derechos. En los casos que el ISP directamente y en forma activa viole los derechos de autor, no tendrá la posibilidad de beneficiarse de estas limitaciones; esto acontece cuando el ISP directamente pone el material protegido en su página Web, modifica el contenido, almacena la obra por más tiempo del necesario, escoge los recipientes de la obra o adquiere algún beneficio económico de la violación, etc.

¹⁶ Section 512. (d) Limitations on Liability for Copyright Infringement. DMCA.

3.2.4. Notice, take down and put back

La gran novedad que viene a incluir la DMCA en el sistema americano, constituye el mecanismo de notificación con que cuenta el titular de un derecho de autor, por medio del cual informa al ISP que en sus redes o servicios, terceros están violando su derecho y a partir de este hecho, espera su debida diligencia en retirar dicho material o inhabilitar su acceso.

Por tanto, para que el ISP se exima de responsabilidad, debe cumplir con las condiciones de pasividad para cada función y cumplir con el procedimiento ante una notificación.¹⁷ De acuerdo a tal procedimiento, el servidor queda exonerado de responsabilidad por indemnización de daños y perjuicios frente al titular del material supuestamente infringido y, además, queda protegido de cualquier responsabilidad frente a la persona que le pudiera reclamar por haber retirado o bloqueado el acceso a su material.

Si bien los elementos de la notificación se detallan en la sección de *web housing*, se aplica también para el caso de actuar como motor de búsqueda.¹⁸

Así, los requisitos de toda notificación son:

- Comunicación escrita, dirigida al agente designado por el ISP para tal función;
- Firmada (física o electrónicamente) por el titular del derecho de autor o su representante;
- Identificación de la obra protegida que se reclama estar siendo infringida, del material o link que la infringe, como de su ubicación; de tal manera que el ISP pueda fácilmente localizar el material o link, según sea el caso;
- Identificación de contacto del reclamante;
- Declaración de estar actuando de buena fe, en cuanto a que el uso de su obra no ha sido autorizado por el titular y de que la información de la notificación es fidedigna bajo pena de perjurio.

En caso de que la notificación no cumpla sustancialmente con los requisitos antedichos, el ISP no tiene la obligación de reaccionar expeditamente para retirar o impedir el acceso al material.¹⁹

Este sistema contempla, además, la posibilidad de que el afectado con el retiro o bloqueo pueda dirigirse al ISP mediante una contra-notificación. Los requisitos a cumplir son los

¹⁷ Section 512.(f) (4) Limitations on Liability for Copyright Infringement. DMCA.

¹⁸ Section 512. (c) (3) Limitations on Liability for Copyright Infringement. DMCA. Es preciso destacar que el titular del derecho de autor o su representante pueden solicitar al ISP la identificación del supuesto infractor en la medida que sólo se use dicha información para los fines de este título. Ver: Section 512. Liability of Service providers for online infringement of copyright, literal (g) DMCA.

¹⁹ Section 512. (c) (3) (B) Limitations on Liability for Copyright Infringement. DMCA. Como evidencia de la importancia de estos requisitos cabe mencionar el caso de Lucasfilm, productora de la saga Star Wars, envió a diversos servidores norteamericanos una notificación genérica en la que no se identificaba a los infractores de su nueva película (Episodio I: la amenaza fantasma) sino que sólo se mencionaba la existencia en Internet de archivos digitales no autorizados de esta película. Los ISPs no le hicieron caso alguno puesto que no cumplía con los requisitos formales previstos para la notificación en la DMCA.

mismos pero referidos al material que ha sido removido o al cual se ha inhabilitado el acceso como resultado de un error o una reclamación falsa.²⁰

En efecto, en el evento que una persona concientemente falsifique la información respecto del material infractor, será responsable por todos los daños incurridos por el supuesto infractor, por el titular del derecho de autor y por el ISP, como consecuencia de que el ISP confió en tal información y procedió a remover o inhabilitar el acceso al material.²¹

Finalmente, el procedimiento que debe cumplir el ISP al recibir una notificación consta de tres pasos fundamentales:

- Notificar prontamente al suscriptor al que removió o inhabilitó el acceso;
- Enviar prontamente copia de la contra-notificación al reclamante e informarle que en 10 días repondrá el material o restablecerá su acceso;
- Reponer el material o restablecer su acceso entre los 10 y 14 días de haber recibido la contra-notificación, a menos que el reclamante haya presentado el caso en tribunales en busca de una orden judicial. En este caso, es preciso destacar la evidente desprotección con que cuenta el proveedor de contenido frente al supuesto titular de derecho de autor -que reclama una supuesta infracción-, dado que el ISP no está obligado a restablecer el material "expeditamente" como en el caso inverso.

3.2.5. Obligaciones permanentes del ISP

Adicionalmente a las condiciones que debe cumplir el ISP dependiendo de la conducta o función que desarrolle, deberá cumplir con las siguientes obligaciones de manera permanente:

1. Designar un agente que reciba las notificaciones de individuos que alegan una violación a sus derechos de autor y que mande dichas notificaciones a los suscriptores afectados.²²
2. Comunicar a la Oficina de Derecho de Autor el nombre y la dirección del agente, así como publicar dicha información en la página Web del ISP.²³
3. Desarrollar y publicar una política de terminación de servicio para los infractores reincidentes y proveer a los usuarios de la red con información acerca de las normas sobre Derecho de autor.²⁴
4. Asegurar que el sistema se acomode a los estándares técnicos desarrollados por la industria, como medidas tecnológicas que usan los autores para proteger sus trabajos frente a acceso ilegales o violaciones a sus derechos de autor.²⁵

²⁰ Section 512. (f) (3) Limitations on Liability for Copyright Infringement. DMCA.

²¹ Section 512. (e) Limitations on Liability for Copyright Infringement DMCA.

²² Section 512. (c) (2) Limitations on Liability for Copyright Infringement DMCA.

²³ *Ib Idem.*

²⁴ Section 512. (h) (1)(A) Limitations on Liability for Copyright Infringement DMCA.

²⁵ Section 512. (h) (1) (B) Limitations on Liability for Copyright Infringement DMCA.

IV. RESPONSABILIDAD DE LOS ISPs EN EUROPA: DIRECTIVA SOBRE COMERCIO ELECTRÓNICO

La Directiva, al igual que la DMCA, no crea un nuevo régimen de responsabilidad extracontractual sino que establece ciertas exenciones para los ISPs bajo condición de cumplir con ciertos supuestos.

También requiere que la actitud del ISP sea pasiva, es decir el ISP no ha tenido participación en la creación o en la decisión de la transmisión o de hacer accesibles los contenidos²⁶ y limita estos *safe harbors* a la responsabilidad por daños o responsabilidad civil extracontractual.

4.1. Esfera de Aplicación

Al determinar los actores relevantes implicados por esta normativa, la Directiva define al ISP como cualquier persona que provea un servicio de la sociedad de la información, es decir, cualquier servicio proveído a distancia normalmente a cambio de una remuneración, por medio de equipos electrónicos para procesar y almacenar datos (incluyendo la compresión digital) a petición de alguna persona que por fines profesionales u otros fines, usa el servicio para buscar información o hacerla accesible a otros (los que para fines de este artículo, nosotros denominaremos usuarios).

En materia de conductas o funciones que regula, la Directiva distingue tres:

a) Mera transmisión de datos provistos por el usuario y provisión de acceso a Internet.

Al igual que en la DMCA, el ISP necesita cumplir con las obligaciones cumulativas de no haber originado él mismo la transmisión, no haber seleccionado al destinatario de la transmisión ni haber seleccionado ni modificado los datos transmitidos, para eximirse de responsabilidad.

Similarmente a la DMCA, la Directiva afirma que para efectos de cumplir con estas funciones es necesario almacenar la información transmitida de manera temporal, automática y transitoria, por lo tanto el ISP no caerá en infracción si este tipo de almacenamiento sólo se realiza con el fin de llevar a cabo la transmisión y la información no es almacenada por un período más largo de lo razonablemente necesario.²⁷ Asimismo, dentro de los considerandos de la Directiva se estableció expresamente que no se estima como modificación de los datos la manipulación técnica de éstos para efectos de la transmisión (por ejemplo, paquetizar la información).

b) Almacenamiento de datos en memoria caché (*cached*)

La Directiva establece que el ISP puede desarrollar esta función de almacenamiento automático, temporal y transitorio con el solo propósito de hacer más eficiente la transmisión, cumpliendo con los mismos requisitos de la DMCA de no modificar y actualizar de la información, mantener los mismos requisitos de acceso, así como de no interferir en las tecnologías de control de visitas. También en esta normativa se impone la obligación de retirar o inhabilitar el acceso de la información; una vez que obtiene un conocimiento efectivo de que la información ha sido retirada de su lugar de origen o una corte o autoridad administrativa le ordena la remoción (siendo esta circunstancia la fundamental diferencia con la DMCA, la cual en este caso requiere de una simple notificación).

Es preciso destacar asimismo, que el conocimiento efectivo que en este caso se exige es respecto de un hecho (la remoción de material en su sitio de origen) y no respecto de la licitud o ilicitud de la conducta, como sí se exige en el caso que veremos más adelante.²⁸

c) Almacenamiento de información proveída por el usuario (*hosting*)

En términos más generales, la Directiva consagra casi las mismas condiciones que la DMCA en cuanto a que el ISP no debe tener ni conocimiento efectivo ni conciencia de hechos que evidencien la infracción o que, de tenerlo, actúe expeditamente para remover el acceso. La gran diferencia con la DMCA radica en no incorporar las condiciones de responsabilidad vicaria ni tampoco la obligación de reaccionar ante la notificación de supuesta infracción; esto último es evidente dado que la Directiva no incluyó el sistema de notificaciones. En su lugar, la Directiva incluye la condición de que el usuario no haya actuado bajo la autoridad o control del ISP, como forma de enfatizar la necesidad de pasividad por parte del ISP.

4.2. Sistema: "conocimiento, remoción o bloqueo"

La Directiva se aleja totalmente del sistema americano de "*notice, take down and put back*", es más, la Directiva no incorpora la idea de la notificación sino que adhiere al modelo del conocimiento efectivo de la infracción para exigir del ISP una actitud diligente de remoción del material o inhabilitar su acceso. Sólo para el caso del *cached* agrega, además, la hipótesis de haber recibido una orden judicial o administrativa, que en el fondo no es más que la aplicación de la regla general de sometimiento a las órdenes de las autoridades competentes.

Es importante destacar que la Directiva no especifica qué debe entenderse por "Conocimiento Efectivo" y como no introduce ningún régimen de notificación y retirada de contenidos a instancia de los particulares perjudicados, no se clarifica la situación de este tipo de conocimiento para el ISP.²⁹

²⁶ PEGUERA POCH, Miguel. *Op. Cit.*

²⁷ Esta función también es conocida como "*transmisión cached*", y es necesaria como consecuencia de la fragmentación y posterior paquetización de la información. En caso que un paquete no llegue o llegue incompleto a su destino, el ISP puede acudir a esta copia para completar la información.

²⁸ PEGUERA POCH, Miguel. *Op. Cit.*

²⁹ *Ibidem.*

4.3. Diferencias entre el modelo Europeo y el de los Estados Unidos

En primer lugar, las reglas contenidas en la Directiva establecen un ámbito material de aplicación mucho más amplio que el de la referida ley estadounidense, dado que se refieren no sólo a las infracciones que puedan cometer los ISPs en materia de propiedad intelectual sino que también protege derechos de la personalidad, competencia desleal, uso ilícito de marcas, etc. Asimismo, la Directiva no limita su ámbito de aplicación a aquellas infracciones que ocurran en Internet, sino que resulta también aplicable a los servicios prestados a distancia por vía electrónica y a petición individual mediante otras redes de comunicación.³⁰

En segundo término, el modelo construido por la DMCA consiste en crear ciertos *safe harbors* para ciertos tipos de actuaciones y establecer un mecanismo de *notice, take down and put back*; sin embargo, la Directiva sólo adhiere al modelo de los *safe harbors* pero no crea ningún mecanismo adicional.

En tercer lugar, la Directiva no incluyó dentro de su esfera de aplicación la conducta o función de los ISPs de actuar como motores de búsqueda o localizadores.

Por último, la Directiva no establece ningún tipo de obligación adicional de carácter permanente que deba cumplir el ISP para acceder a las exenciones, tal y como lo hace la DMCA al exigir la implementación de una política de terminación de servicio a sus usuarios que califica como infractores reincidentes.

V. NORMATIVA EN CHILE

5.1 Responsabilidad extracontractual

Al analizar la cadena causal que provoca el daño por violación de obras protegidas en la red —ya sea por su transmisión no autorizada, su acceso o puesta a disposición—, es evidente que la actuación de uno o más ISPs aparece como una de las tantas causas que contribuyeron al daño. Sin embargo, es preciso determinar si la responsabilidad que le cabe al ISP en esta cadena es consecuencia de un hecho propio o de un hecho de terceros.

En Chile, el sistema de responsabilidad extracontractual es principalmente jurisprudencial y emana de la solución de casos prácticos y concretos.³¹ A grandes rasgos, para efectos de determinar la responsabilidad por hecho propio hay que analizar si concurren los cuatro elementos propios de nuestro sistema de responsabilidad extracontractual, cuales son: el daño, una conducta dañosa, relación causal entre el daño y la conducta, y la capacidad de ser responsable. En este caso, habría que acreditar que la conducta del ISP constituye una

causa adecuada dentro de la cadena causal, lo que resulta difícil de conseguir, pues hay que recordar que el ISP desconoce el contenido de lo que transita por sus redes o sistemas.

Por otro lado, existen diversas doctrinas que explican la razón por la cual una persona puede ser civilmente responsable por los daños causados por otra. Específicamente para el caso de la responsabilidad del principal por actos del dependiente se distingue³²:

- Doctrina de la culpa *in eligendo vel vigilando*: El empresario sólo es responsable civilmente si se ha acreditado que ha incurrido en culpa al elegir, vigilar, dirigir o controlar al empleado y no es necesario culpa alguna en el dependiente o agente directo del daño (sin siquiera tener capacidad). En este caso la culpa se presume legalmente, a menos que el empresario logre acreditar que no ha podido impedir el daño. Esta fue la doctrina recogida por nuestro Código Civil en sus artículos 2320 y 2322.
- Doctrina de la responsabilidad vicaria, substituta o refleja: El empresario es responsable de manera objetiva por los actos de sus dependientes realizados con dolo o culpa. Por tanto, sólo basta acreditar la culpa o el dolo del dependiente y el empresario no podrá eximirse de responsabilidad alegando haber empleado la debida diligencia para impedir el daño.
- Doctrina de la responsabilidad civil del empresario por riesgo de la empresa: De acuerdo a esta doctrina, el rol de la responsabilidad civil no sólo consiste en castigar al personalmente culpable de un daño, sino que constituye un medio para distribuir eficientemente el costo económico del daño y, por tanto, la responsabilidad (y la obligación de indemnizar) debe asumirla quien esté en mejor posición para prevenirlo y/o para distribuir el costo entre la mayor cantidad de personas. Sin embargo, este criterio de riesgo de empresa no ha sido recogido por ningún código civil moderno como el sistema general de responsabilidad civil, sino que sólo en relación a situaciones específicas (como en el caso del daño ambiental). En este caso, el fundamento de la responsabilidad del empresario radica en el hecho de ser titular de una actividad empresarial que genera daños estadísticamente inevitables. La culpabilidad del dependiente es irrelevante a fin de demandar la responsabilidad de la empresa.

En resumen, en el sistema de culpa presunta, la actividad del dependiente pone de manifiesto la negligencia del empresario; en el sistema de responsabilidad vicaria, la culpa del dependiente es la base para propagar dicha responsabilidad al empresario inocente; y, en el sistema del riesgo de empresa, la figura del dependiente se difumina en la organización empresarial y pasa a ser jurídicamente irrelevante.³³

³⁰ *Ibidem*.

³¹ ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro. "La Responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente". Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XC No 3 1993.

³² *Ibidem*.

³³ ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro. *Op. Cit.*

En general, cada país ha optado por una de estas doctrinas, por tanto, es de suma importancia tener presente estas diferencias, ya que podrían hacer totalmente imposible la aplicación de una doctrina extranjera, incompatible con nuestro ordenamiento jurídico.³⁴

5.2. Regulación de los ISPs en Chile

En materia de Telecomunicaciones, los ISPs son considerados un servicio complementario o de valor agregado.³⁵ Bajo esta calidad, estos servicios no requieren de permiso, licencia o concesión para operar. El interesado sólo debe solicitar a la Subsecretaría de Telecomunicaciones un pronunciamiento técnico respecto a la conexión de equipos a la red pública telefónica, en el sentido de no alterar las características técnicas esenciales de las redes públicas. Dentro del marco de las telecomunicaciones sólo se ha dictado normativa técnica que obliga a los ISPs nacionales a interconectarse entre sí para cursar el tráfico nacional de Internet (con el fin de obtener una mejor retransmisión de los datos), fijando el procedimiento y plazo para establecer dichas conexiones.³⁶ Asimismo, se han fijado los indicadores de calidad de los enlaces de conexión como del servicio de acceso a Internet y los sistemas de publicidad de los mismos, así como exigencias de publicidad de su calidad de servicio.³⁷

5.3. El mítico caso de Concepción

En 1999, la cuarta Corte de Apelaciones de Concepción al conocer de un recurso de protección presentado en contra de ENTEL SA como ISP (proveedor de servicio público de comunicaciones y de servicios complementario) no alcanzó a realizar el primer pronunciamiento sobre la responsabilidad que le cabe a un ISP por el material que aloja en su sistema (rechazó el recurso porque al momento de fallar el material ya había sido retirado).³⁸ Lo novedoso del caso es que la Corte reconoce que en Chile no existe un marco jurídico sobre regulación de Internet, que la Ley General de Telecomunicaciones no alcanza a cubrir este fenómeno, y establece que los problemas originados en Internet deben ser resueltos conforme a las normas contenidas en la Constitución y en las reglas generales sobre responsabilidad civil y penal. Pese a lo anterior, la Corte estableció la obligación de que Entel tomara todas las medidas técnicas y fácticas que sean necesarias –que no signifiquen censura– para que en lo

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168 de 1982, Artículo 8 inc. 6. Disponible en el sitio Web de la Subsecretaría de Telecomunicaciones: www.subtel.cl

³⁶ Resolución Exenta N° 1.483 de 1999 de la Subsecretaría de Telecomunicaciones define el servicio de acceso a Internet, como el servicio de permite acceder a la información y aplicaciones disponibles en la red Internet, y el Proveedor de acceso a Internet, ISP, como la persona natural o jurídica que presta el servicio de acceso a Internet, de conformidad a la ley y su normativa complementaria.

³⁷ Resolución Exenta N° 698 de 2000 de la Subsecretaría de Telecomunicaciones. Cabe mencionar que bajo la reciente Ley de Pornografía Infantil 19.927 del 2003 los ISPs asumen la obligación de colaboración con la justicia al tener que poner a disposición de los funcionarios encargados de una investigación, un listado actualizado de los rangos autorizados de direcciones IP y un registro, no inferior a seis meses, de los números IP de las conexiones que realicen sus abonados.

³⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, Recurso de Protección N° 243-99; Orlando Fuentes Siade con Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. Sentencia de 6 de diciembre de 1999.

sucesivo la empresa que provee contenido, se abstenga de publicar avisos que en nuestro país y de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, sean contrarios a la ley, el orden público, la moral o las buenas costumbres, sin siquiera citar una norma legal que avale tal posición en nuestro país.

Si bien la Corte destina un párrafo de los considerandos a distinguir –correctamente– los distintos actores relevantes en las relaciones de Internet, distinguiendo así al proveedor de acceso a Internet, al proveedor de alojamiento (almacenamiento de la página en su servidor), al proveedor de contenido (encargado de incorporar o retirar el material informativo a dicha página) y, finalmente, a los usuarios. No parece mantener tal nivel de claridad al momento de imponer las obligaciones de “control sobre el contenido” a Entel, pues no especifica en calidad de qué se ve expuesto a esta nueva carga, si como proveedores de acceso a Internet o bien como proveedor de alojamiento, dado que el sitio Web donde se cometió el ilícito estaba alojado en dicho servidor, aunque correspondía a otra empresa el rol de proveedor de contenido de dicho sitio Web. Como hemos visto anteriormente, tanto la DMCA y la Directiva establecen condiciones diferentes para el caso que un ISP preste una o otra función.

Consideramos que el pronunciamiento de la Corte es de tal ambigüedad que no da luces claras sobre la posición que se tiene al respecto. Sin embargo, se podría presumir que, al incorporar en sus considerandos la opinión del profesor Sr. Santiago Schuster, Presidente de la Sociedad Chilena del Derecho de Autor, la Corte adhiere a la teoría de la responsabilidad del ISP por conocimiento efectivo (lo que lo convierte a la calidad de cómplice) de la conducta violatoria de la Propiedad Intelectual.

5.4. TLC Chile-Estados Unidos

Luego de revisar a grandes rasgos la normativa nacional aplicable a los ISPs es importante analizar en detalle el compromiso asumido a través del TLC con el objeto de excluir a los ISPs de la obligación de efectuar reparaciones pecuniarias, teniendo presente que, de acuerdo a las disposiciones finales del capítulo, se establece un plazo de cuatro años a contar de la entrada en vigor del tratado para implementar las obligaciones cuando se requiere modificar la legislación interna.³⁹

Es importante destacar, asimismo, que con el establecimiento del sistema de *safe harbors*, no se está modificando el sistema actual de responsabilidad extracontractual ni los cuatro criterios o condiciones para hacer efectiva ésta. Es más, los ISPs continúan estando sujetos a esta normativa general. Por tanto, lo que se introduce con el TLC son “ámbitos de no responsabilidad” de acuerdo al cumplimiento de ciertos requisitos de manera de evitar ser sujetos de una demanda de indemnización de perjuicios.

³⁹ Art. 17. 11. 23. b) Capítulo de Propiedad Intelectual TLC US-Chile.

5.4.1. Ámbito de aplicación

Siguiendo el modelo de la DMCA, se entiende por ISP –para el caso que provea mera transmisión– un proveedor de transmisión, enrutamiento o conexiones para comunicaciones digitales sin modificación de su contenido entre puntos especificados por el usuario del material que selecciona el usuario, o –para el caso que provea *proxy, caching, hosting* o actúe como localizador– un proveedor u operador de instalaciones de servicios en línea o de acceso a redes, incluyendo aquellos casos en que el acceso a la red es proporcionado por otro proveedor.⁴⁰

Este capítulo definió cuatro conductas o funciones que permiten acceder a la exención:

- a) Mera transmisión, enrutamiento o suministro de conexiones siempre y cuando el ISP no modifique el contenido de la información que transmite,⁴¹ no inicie la transmisión, o ni seleccione el material o sus destinatarios. A diferencia de la Directiva y la DMCA, los negociadores no se pronunciaron respecto de las copias temporales, transitorias y automáticas (*transmisión caching*) que realiza un ISP al transmitir la información.
- b) Almacenamiento temporal (*caching*) llevado a cabo mediante un proceso automático. En este caso, el TLC constituye una perfecta mezcla del modelo europeo y americano pero menos detallado que la DMCA, ya que establece las mismas condiciones de acceso de usuarios y actualización del material, la no interferencia con tecnología para obtener información sobre el uso del material, y la no modificación de su contenido en la transmisión a otros usuarios. Asimismo, también se establece la obligación de retirar o inhabilitar en forma expedita el acceso a material almacenado, cuando en su sitio de origen ha sido retirado, o reciba una notificación efectiva de una supuesta infracción, alejándose del modelo europeo que sólo exige un conocimiento efectivo u orden de una corte o autoridad administrativa.
- c) Almacenamiento de material en el sistema o red del ISP –a petición de un usuario–, incluidos correos electrónicos, sus archivos adjuntos y páginas Web alojadas en el servidor del proveedor. En casi iguales términos que la DMCA, se establecen las condiciones de responsabilidad vicaria por un lado o de remoción expedita del material en caso de tener conocimiento efectivo de la infracción, conciencia de hechos que hagan evidente la infracción o reciba una notificación efectiva. Finalmente, es preciso destacar que en este artículo se establece que el ISP debe designar públicamente un representante que reciba dichas notificaciones, sin regular en detalle, tal cual hace la DMCA, el contenido de la información del agente, ni la publicidad ni el registro.
- d) Referir o vincular a los usuarios a un sitio en línea mediante la utilización de herramientas de búsqueda de información, incluidos hipervínculos y directorios. Al igual que para la función de *Web hosting*, se establecen las condiciones de responsabilidad

⁴⁰ Art. 17.11.23 (i) Capítulo de Propiedad Intelectual TLC US-Chile.

⁴¹ Al igual que establece la Directiva, la modificación del contenido del material no incluirá la manipulación tecnológica del material para los efectos de facilitar la transmisión de red, como la división en paquetes.

vicaria por un lado o de remoción expedita del material en caso de tener conocimiento efectivo de la infracción, conciencia de hechos que hagan evidente la infracción o reciba una notificación efectiva. Para este caso el ISP también debe designar públicamente un representante que reciba dichas notificaciones.

5.4.2. Pasividad del ISP

Al igual que la DMCA y la Directiva, la necesidad de que el ISP no actúe como proveedor de contenido es un elemento esencial de esta normativa la que –a diferencia del modelo americano y de la Directiva Europea– dedica un párrafo inicial para enfatizar que el ISP no será blanco de recursos en su contra por aquellas infracciones –no controladas, iniciadas o dirigidas y que ocurran a través de sus redes o sistemas– a los derechos de autor.⁴²

Asimismo, la pasividad que se exige al ISP en el ejercicio de sus funciones se vuelve a requerir respecto del control de su servicio, dado que expresamente se establece que no se requiere que el ISP haga un control de su servicio ni que decididamente busque hechos que indiquen actividad infractora.⁴³

5.4.3. Obligaciones adicionales

Adicionalmente a las obligaciones que debe cumplir el ISP según la función que desarrolle, el TLC estableció como obligaciones permanentes e independientes las de adoptar e implementar en forma razonable una política que estipule que en circunstancias apropiadas se pondrá término a las cuentas de los infractores reincidentes.⁴⁴ Asimismo, deberán adaptarse y no interferir con ciertas medidas técnicas estándares que legalmente protegen e identifican material protegido por derecho de autor.⁴⁵

5.4.4. Sistema: “notificación, remoción o bloqueo, y reposición”

Siguiendo el modelo americano, para los casos de *caching, web housing y linking*, el TLC introdujo el sistema de la notificación por el cual gatilla la remoción del material infractor o inhabilitación de su acceso. Sin embargo, en vez de regular en detalle el procedimiento a seguir una vez recibida la notificación, tal como lo hace la DMCA, se acordó que cada Parte lo determine mediante un proceso abierto y transparente establecido en su legislación interna.

⁴² Art. 17.11.23 a) ii) Capítulo de Propiedad Intelectual TLC US-Chile.

⁴³ Art. 17.11.23.d) párrafo final. Capítulo de Propiedad Intelectual TLC US-Chile.

⁴⁴ Una Parte podrá establecer en su legislación interna que “implemente en forma razonable” implica, entre otras cosas, que dicha política se encuentre continuamente a disposición de los usuarios de su sistema o red.

⁴⁵ Medidas técnicas que se desarrollen mediante un proceso abierto y voluntario por un amplio consenso de partes interesadas, aprobado por las autoridades pertinentes, cuando sea aplicable, que estén disponibles en términos razonables y no discriminatorios, y que no impongan costos significativos a los proveedores de servicio o cargas significativas a sus sistemas o redes.

Por tanto, los legisladores nacionales asumen una de las grandes tareas para los próximos años, cual es la de crear este procedimiento. Este espacio de maniobra que ha dejado el TLC es bastante restringido, ya que el mismo TLC impuso a los ISP la obligación de reaccionar rápidamente al momento de recibir una notificación, lo que dificultaría la posibilidad de incorporar en el procedimiento la intervención de alguna autoridad competente que califique la veracidad de la infracción reclamada por la notificación. De esta manera se trataría de liberar al ISP de una función semejante a la jurisdiccional o que muchos reclaman de autotutela. Si esta alternativa no es viable, al menos los legisladores debería evitar repetir el desequilibrio que existe en la protección de los derechos de los proveedores de contenido en la DMCA —se recordará que, según lo antes expuesto, en el procedimiento americano, no existe igual deber de diligencia al recibir una notificación como una contranotificación—, y exigir a los ISPs reponer expeditamente el material una vez que se recibe la contranotificación.

Como requisitos formales de las notificaciones y contranotificaciones se estableció que como mínimo conste por escrito, firmada física o electrónicamente⁴⁶ por una persona que represente al titular del derecho, bajo la pena de perjurio u otra sanción penal, y que contenga información razonablemente suficiente para que el proveedor de servicio sea capaz de identificar y localizar el material que la parte reclamante alega de buena fe que está infringiendo, y que permita contactar a dicha parte reclamante.⁴⁷

Adicionalmente, se acordó que contra cualquier persona que realice una notificación o contranotificación con información falsa a sabiendas, que cause daño a cualquier parte interesada como consecuencia de que el ISP se haya basado en esa información, se podrá reclamar indemnizaciones pecuniarias.⁴⁸ Esta figura no constituye una novedad para nuestro sistema, ya representada por la sanción de la demanda temeraria.⁴⁹

Finalmente, si el proveedor de servicio retira o inhabilita, de buena fe, el acceso a material basándose en una infracción aparente o presunta, estará exento de responsabilidad ante cualquier reclamo que de ella resulte, siempre que, en el caso de material alojado en su sistema o red, adopte sin demora las acciones necesarias para notificar al proveedor del material que así lo ha hecho y, si el proveedor del material presenta una contranotificación efectiva y está sometido a la jurisdicción en un proceso por infracción, restablezca el material en línea, a menos que el primer notificante busque obtener una reparación judicial dentro de un tiempo razonable.

Si bien se percibe la intención del negociador de proteger a un ISP diligente pero que ha confiado en la información falsa, la redacción deja ciertas ambigüedades que se podrían prestar para demandar en contra del ISP. Así, al exigir que tome las acciones necesarias para notificar al proveedor del material *sin demora*, o no indique un plazo para restablecer el material, producto de la presentación de una contranotificación.

⁴⁶ De acuerdo con la legislación interna.

⁴⁷ Art. 17.11.23. f) Capítulo de Propiedad Intelectual TLC US-Chile.

⁴⁸ Art. 17.11. 23 f) Capítulo de Propiedad Intelectual TLC US-Chile.

⁴⁹ Entre otras, consagrada en la nueva ley del consumidor Ley 19.496, modificada por ley 19.955, del 2004.

5.5. Diferencias con la DMCA de los Estados Unidos y la Directiva Europea

Es importante mencionar que la normativa introducida en el TLC con Estados Unidos es una copia casi exacta del modelo de la DMCA. Sin embargo, como primera innovación, el Tratado parte estableciendo la obligación de fijar “incentivos legales” para que los proveedores de servicio cooperen con los titulares de derechos de autor para disuadir posibles infracciones a su derecho que en el fondo permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de autor.⁵⁰ En este caso el uso de conceptos abiertos indeterminados, como “incentivos legales”, deja en manos de legislador la obligación de concretar tal compromiso.

En segundo lugar, y como ya lo hemos visto, el TLC no incluyó regulación alguna sobre el procedimiento de notificación. Sin embargo, no por esta razón lo acerca al modelo europeo por las razones anteriormente explicadas.

En tercer lugar, cuando el TLC trata la conducta o función de transmisión, enrutamiento o suministro de conexiones, no distingue si el objeto que es transmitido es el material o las copias transitorias y temporales que requiere para esta función. En este punto la DMCA aclara que lo que puede transitar en esta función es el material mismo, o una copia temporal de dicho material.⁵¹ De la misma forma, la DMCA distingue este objeto incluyendo obligaciones en cuanto a la accesibilidad al material como duración de la copia.

VI. CONCLUSIÓN

Primeramente y considerando que Internet es una red que no tiene fronteras, donde la ubicuidad tiene su máxima expresión, es discutible la efectividad que puede tener una solución nacional o regional a un problema con dimensiones mundiales. Mientras en algunas regiones del mundo los ISPs no tengan que cumplir con el estricto estándar establecido a los ISPs ubicados en los Estados Unidos, Europa y ahora Chile, existirán “paraísos informáticos” a los cuales podrán migrar y desde los cuales podrán prestar sus servicios.

En segundo lugar, es cierto que para el sistema americano, donde abundante jurisprudencia ya había sentado precedentes sobre la responsabilidad vicaria de los ISPs, los “*safe harbors*” que introduce la DMCA constituyen un beneficio real para esta industria y por tanto son bienvenidas. En el caso de Chile, es difícil apreciar los beneficios de esta novedosa normativa, ya que un solo y desafortunado caso, resuelto por la Corte de Apelaciones de Concepción, no constituye precedente alguno para deducir la posición de los tribunales al determinar la responsabilidad indirecta o por hechos de terceros de un ISP aplicando las normas generales de responsabilidad extracontractual. De modo que repetir el modelo americano en nuestro país carece de todo contexto jurídico y en nuestra opinión, no constituye un aporte a la industria ISP ni mayor garantía a los Derechos de Autor.

⁵⁰ Art. 17.23.9 literal a) i) Capítulo de Propiedad Intelectual TLC US-Chile.

⁵¹ Art. 17 (1) (Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000).

En tercer lugar, mediante el TLC, Chile adquiere el compromiso de adecuación normativa. Si bien, incorporar el sistema de los *safe harbors* no implica reemplazar el sistema general de responsabilidad extracontractual, la inclusión del procedimiento de notificación y retiro del material, se vislumbra un poco más complicada ya que surgen innumerables interrogantes. Dado el enorme volumen de material que transmiten y manejan diariamente los ISPs, existe relativo consenso de que resulta prácticamente imposible que éstos puedan controlar el contenido, por un lado, y por otro, es sumamente difícil exigir a un ISP discernir entre un contenido lícito de uno ilícito en materia de propiedad intelectual. De ahí que bajo la figura de la notificación, el ISP se convierte en mero buzón receptor de notificaciones, tras las cuales debe retirar o bloquear. La facultad que se concede al ISP de retirar o bloquear un material presuntamente ilícito se confunde con una función jurisdiccional o de censura previa, ambas disconformes con nuestra normativa interna.

En esta misma línea, en el caso que un ISP reciba una notificación y no retire ni bloquee el acceso, ¿qué valor tiene la notificación para efectos de acreditar el conocimiento efectivo bajo las normas generales de responsabilidad extracontractual? ¿Podrá alegar el ISP que actuó de buena fe a fin de no caer en la infracción que la propia ley de telecomunicaciones establece en el artículo 36 bis letra b), en el cual se prohíbe interferir, interceptar o interrumpir maliciosamente un servicio de telecomunicaciones?

En cuarto lugar, con esta nueva normativa, no queda claro si un ISP en Chile se podrá eximir de responsabilidad por aquellas copias automáticas, transitorias y temporales que realiza para efectos de llevar a cabo la transmisión. Esto, que parece una omisión o un error, constituye una de las piedras fundamentales de la responsabilidad de un ISP por hecho propio. Extrañamente, dicha situación fue específicamente tratada tanto en la DMCA como en la Directiva a fin de permitir el desarrollo de las funciones de transmisión de la industria de ISP.

Finalmente, es probable que estas facultades de reaccionar ante una notificación se consagren a nivel contractual, entre el proveedor de contenido y el usuario –entendiendo por tales, quienes contratan el servicio de navegar o acceso, el que contrata el servicio de alojar datos en una memoria del servidor o quienes contratan el servicio para alojar una página web en dicho servidor–. En tal evento, ¿será acaso éste un sistema que promueva el desarrollo del comercio electrónico al desproteger de esta forma a ciertos actores en pro de otros?, ¿resistirá una compañía firmar un contrato mediante el cual asume y acepta el riesgo de que su servicio se suspenda cuando un particular –eventualmente un demandante temerario– alegue violación de su derecho sin mediar ni la más mínima revisión judicial? No es menor el grado de inestabilidad al que se verán enfrentados los proveedores de contenido de Internet al no poder asegurar un servicio continuado.