

LA RESPONSABILIDAD DE LOS ISP DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS CONTENIDOS*

MÓNICA ANDREA RAMÍREZ HINESTROZA**

Buenos días. Voy a hacer lo posible por presentar de forma concreta y clara un tema que es jurídico y bastante técnico. Creo que la doctora SOL MARINA DE LA ROSA ya, con bastante lucidez y claridad, lo dejó expuesto desde el punto de vista de la empresa que es prestadora de este servicio de Internet, así que vamos a ver también la responsabilidad que asume esta empresa prestadora de los servicios respecto de los contenidos que circulan en la red.

Este es el esquema que propongo para la charla: vamos a empezar con una ubicación conceptual del tema, que entiendo que también se mencionó en la conferencia anterior, el ISP es uno de los sujetos que intervienen en las relaciones de Internet, pero no es el único, aun cuando realiza muchas actividades de intermediación del entorno digital, así que vamos a ver cómo se interrelaciona con los otros. Luego pasaremos a mirar el tema de los contenidos: la importancia que tienen los contenidos en Internet y la importancia que reflejan los contenidos en la sociedad del conocimiento, y trataremos de distinguir los contenidos que están presentes en Internet de acuerdo con el origen (quién aporta esos contenidos) y con el tipo de contenidos que se pueden encontrar, porque no todos los contenidos que soportan al entorno digital son contenidos protegidos por la propiedad intelectual.

Pasaremos entonces a abordar el tema de la responsabilidad. Creo que será necesario presentar una breve justificación: responsabilidad de qué y por qué tiene que asumir responsabilidad el prestador de servicios de Internet cuando hay varios sujetos que interrelacionan con él, y haremos un breve análisis de los diferentes regímenes o modelos de regulación de la responsabilidad, porque hay unos modelos

* Conferencia presentada en el v Congreso Nacional sobre la Propiedad Intelectual: el agotamiento del derecho, la responsabilidad de los proveedores de servicios y políticas públicas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 16 y 17 de octubre de 2008.

** Abogada y Especialista en derecho comercial de la Universidad Externado de Colombia; magíster en propiedad intelectual de la Universidad Carlos III de Madrid; docente investigadora de los departamentos de Propiedad Intelectual y Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: monica.ramirez@uexternado.edu.co.

que se aplican en Europa, otros en Estados Unidos y nosotros aplicamos también un régimen especial de responsabilidad hasta tanto se haya incorporado el Tratado de Libre Comercio.

Además, hay algunos casos que me parece importante que analicemos aquí y por eso he dividido los siguientes acápite para que mencionemos uno o dos casos que se han presentado o casuística importante cuando la infracción a los derechos de propiedad intelectual se realiza por el aprovechamiento del contenido en sí mismo, y otra clase de infracción que se realiza por medio de la creación o el uso de enlaces, pero no mediante el aprovechamiento completo del contenido.

Pasaremos luego a mirar cómo se ha tratado de realizar una colaboración entre los ISP (aun cuando no tengan obligación legal de hacerlo por muchos regímenes) para suministrar información a los titulares de derechos de autor cuando tienen conocimiento de una infracción. Vamos a ver también algunos casos interesantes y, si el tiempo lo permite, haremos una breve referencia a algunos recursos y mecanismos de los que disponen los titulares de derechos de autor o derechos conexos para proteger por sí mismos sus contenidos en Internet, al tema de las medidas tecnológicas de protección y también al tema de la información para la gestión de derechos; y finalmente, a un tema que se ha generado recientemente pero ha tenido mucha acogida por las industrias editoriales que consiste en incorporar mecanismos de protección a las obras de esas editoriales que circulan en Internet y son mecanismos también propios que han incorporado en sus obras.

Bien, para hacer la ubicación conceptual de los sujetos que están interrelacionados en todo el entorno digital, vamos a agruparlos en tres categorías, aun cuando podrían ser muchas más de acuerdo con la clasificación que acojamos, pero ésta es una clasificación que me sirve para esta exposición. Pero de acuerdo con los intereses de las exposiciones, puede haber muchos más sujetos y podemos a su vez desglosarlos en muchos más participantes; yo me voy a quedar con tres importantes: el primero es el prestador de servicios de Internet, que bien podríamos llamarlo prestador de servicios en línea porque es un concepto más amplio que incorpora tanto al prestador de servicios de Internet como al prestador de servicios de intermediación, los prestadores de servicios de conexión o acceso a Internet, los prestadores de los servicios de infraestructura que llevan la red, los de servicios de alojamiento, etc. Entonces es un concepto bastante amplio que es el que vamos a utilizar en toda la exposición: el prestador de servicios en línea como el prestador que está realizando diversas actividades a favor de terceros.

El segundo sujeto es el proveedor de contenido, que es la persona que elige la información que va a incorporar a Internet, y en esa medida es una persona que tiene una responsabilidad grandísima porque es quien decide finalmente cómo va a incorporar la información y qué tipo de información o qué tipo de contenido va a incorporar. Y finalmente, en tercer lugar está el usuario, que es un tercero que puede ser consumidor o, como vamos a ver más adelante, puede ser, a su vez, también proveedor de contenido. El usuario será el destinatario que aprovecha

todas las actividades de los prestadores de servicios en línea y los contenidos que incorporan los proveedores.

Claramente, esas tres grandes categorías que acojo (agrupando en prestadores de servicios en línea, todos los que prestan servicios de intermediación) son personas que tienen responsabilidades muy grandes en Internet, es decir, el entorno digital y el advenimiento de las nuevas tecnologías han cambiado muchísimo todas las cosas, facilitan la reproducción de obras, la difusión, el almacenamiento, y todo esto ha disparado el número de infracciones que se realizan en Internet sobre obras y prestaciones protegidas por el derecho de autor y por los derechos conexos; entonces, todo esto genera la necesidad de determinar cómo participan o qué tipo de responsabilidad pueden asumir estos sujetos que están en las relaciones de Internet por esas infracciones que se presentan.

Los contenidos, decíamos, son muy importantes en Internet porque son la materia prima, son lo que da lugar a la sociedad del conocimiento, lo que impulsa el conocimiento; y son tan importantes que mientras mejores contenidos ofrezcan los mismos prestadores de servicios o los proveedores de contenido, mayor difusión van a tener y mayor número de usuarios interesados en acceder a esos contenidos que les interesan; por eso los contenidos son tan importantes: porque son el objeto principal de infracción en Internet.

El origen de los contenidos lo podemos ubicar de acuerdo con los sujetos que intervienen en Internet. En primer lugar, uno pensaría que el contenido en Internet está suministrado principalmente por el proveedor de contenido, que es la persona que decide qué información va a incorporar a la red; en un principio el proveedor de contenidos puede ser cualquier persona que genere contenidos, protegidos o no por la propiedad intelectual, y los incorpora a la red; sin embargo, además del proveedor de contenidos, también tenemos que los otros dos sujetos ejercen esa labor de proveer contenidos a la red: el usuario, por una parte, porque pasamos de un concepto inicial de *usuario-consumidor*, que era el que teníamos antes cuando sólo los sitios *web* proveían contenidos y el usuario simplemente accedía a ellos, a un concepto de *usuario-generador de contenidos*, porque muchos sitios *web* se han transformado, su modelo de negocio ha cambiado de manera que ahora son redes sociales, que permiten que el mismo usuario genere contenidos (como el caso de la novela en la que cada uno puede escribir un capítulo, o el caso de Wikipedia, Facebook o Myspace, sitios todos estos que permiten que el usuario a su vez genere contenidos y los incorpore); entonces, también los contenidos pueden tener origen en el mismo usuario; y en tercer lugar, tenemos al prestador de servicios de Internet o servicios en línea, quien, aunque tiene unas funciones y unas actividades definidas que tienen que ver con intermediación y servicios de Internet, también puede ser un proveedor de contenidos; por ejemplo, para no ir más lejos, ETB ya incorpora en su portal algunos contenidos que son de los titulares protegidos, como los enlaces a *El Tiempo*, a la revista *Cambio*, los titulares de ESPN y entiendo que próximamente van a entrar en el modelo de negocio de descargas

de obras musicales por Internet. Entonces sucede que el prestador de servicios de Internet, que desarrolla muchas actividades en línea, como por ejemplo el servicio de acceso, de alojamiento y otros servicios complementarios, también va a ejercer como un proveedor de contenidos en Internet y mediante él también van a llegar algunos contenidos a la red.

Eso en cuanto al origen. Sin embargo, les decía hace un momento que los contenidos también tienen que ser diferenciados, porque la información y los datos que circulan en la red no tienen la misma categoría. Para efectos de esta exposición, y sin pretender presentar una clasificación doctrinal o jurisprudencial, tenemos que el contenido que se incorpora por parte del proveedor de contenidos, de un prestador de servicios de Internet o del usuario que genera contenido, puede ser un contenido protegido por el derecho de autor o una prestación protegida por un derecho conexo, o puede consistir en otro tipo de contenido.

Dentro de este último, a manera de ejemplo, tenemos los relacionados con pornografía infantil, que son a todas luces de naturaleza ilícita y que ya en Colombia al menos están proscritos por la regulación que se expidió mediante la Ley 679 del 3 de agosto de 2001, mediante la cual se establecen una serie de prohibiciones y deberes para todos los sujetos que interactúan en Internet a quienes se les indica: cuando el contenido está relacionado con pornografía infantil es un contenido ilícito, y usted tiene que asumir unos deberes de combatir con todos los medios tecnológicos que estén a su alcance esa difusión que se está haciendo en Internet de esos contenidos que involucran pornografía infantil; también tiene que establecer mecanismos técnicos de bloqueo, que es lo que empezaron a hacer todas las ISP para permitir que los padres o las personas que controlan el computador puedan bloquear el acceso a algunos contenidos, eso es un deber establecido por esa ley; y también estableció unas prohibiciones: prohíbe directamente que se alojen en sitios *web* propios materiales que hagan alusión o estén directamente relacionados con pornografía infantil (fotos, videos, etc.); eso es un ejemplo muy claro de lo que es otro contenido que no es protegido por la propiedad intelectual, no es una obra ni es una prestación protegida, pero es un contenido regulado porque es ilícito.

Otro tipo de contenidos que no afectan derechos de propiedad intelectual pero también pueden resultar ilícitos, son los de carácter difamatorio u ofensivo; al respecto, tenemos un ejemplo reciente: el pasado 11 de julio de 2008 se expidió en Argentina una sentencia que resuelve una demanda presentada por la modelo VALERIA MAZZA contra Yahoo! y contra Google en Argentina. El origen del conflicto consiste en que los enlaces que proveen estos motores de búsqueda de Yahoo! y de Google permiten hacer referencia a VALERIA MAZZA y vincularlos mediante los enlaces con algunos sitios *web* de contenido pornográfico; entonces, lo que la demandante solicita es que se elimine esa referencia en los enlaces que proveen esos motores de búsqueda de Yahoo! y Google; en el curso de este proceso se decretó la primera medida cautelar ordenando que se tomen medidas efectivamente encaminadas a eliminar todo tipo de referencias; sin embargo, las

medidas que toman los dos motores de búsqueda no son suficientes y efectivas pues sigue estando ahí la referencia, entonces se interpone nuevamente la acción. Lo que establece el tribunal argentino es que Google y Yahoo! tienen el control de esos mecanismos tecnológicos porque ellos fueron quienes crearon este dispositivo tecnológico y además tienen una base de datos de la información que van a arrojar los motores de búsqueda, luego tienen el control, tienen la capacidad de lograr el mecanismo técnico para hacer esa eliminación.

Por su parte, Google y Yahoo! alegaron que era imposible, tecnológicamente hablando, lograr lo que se estaba pidiendo y por ello adujeron que era absolutamente necesaria la participación de la perjudicada, en este caso la modelo, para que ella misma identificara cuáles eran los sitios que hacían referencia a ella y les diera exactamente el dato a los dos buscadores y así ellos procederían a hacer el retiro de la información y el bloqueo. Al respecto, lo que estableció el tribunal fue que no se le puede imponer esa carga, que es además una carga bastante ofensiva, a una persona pidiéndole que busque dónde están hablando mal de ella y lo informe para poder eliminarlo, máxime cuando Google y Yahoo! tienen cómo establecer tecnológicamente dónde se están cometiendo las infracciones. Entonces, si estas empresas crearon los dispositivos y los controlan, tienen que lograr el mecanismo ideal para solucionar ese problema. Así se resolvió esta cuestión y les dieron una orden imperativa a las empresas: cinco días para cumplir; entiendo que ya tuvieron que haber cumplido con la orden de retiro de esta información. Esos son ejemplos de contenidos que no están directamente relacionados con el tema de propiedad intelectual, pero pueden resultar ofensivos o pueden resultar ilícitos y por eso es importante tomarlos en cuenta.

Bien, como dejamos establecido, en la Internet confluyen varios sujetos, pero principalmente tenemos tres que nos interesan para efectos de determinar la responsabilidad por infracciones. El avance tecnológico y todas las implicaciones del entorno digital han traído como consecuencia facilidades en la reproducción, facilidades en el almacenamiento y en la difusión de las obras, lo que ha disparado el número de infracciones que se cometen en Internet contra obras y contra prestaciones; entonces, llega un punto en el que es necesario, con miras a lograr una observancia efectiva del derecho de propiedad intelectual, buscar mecanismos que logren la efectividad del derecho cuando son tantos usuarios en Internet los que están realizando esas acciones infractoras, pues es muy difícil para el titular del derecho perseguir individualmente a todos los infractores, que uno pensaría en principio son los usuarios, o los proveedores de contenido (quienes montaron el contenido en la página), pero es muy difícil para el perjudicado buscar, perseguir individualmente, identificar a cada infractor; pensemos en el caso de Napster, que alcanzó a tener aproximadamente sesenta millones de usuarios. En casos como este, ¿cómo persigo y cómo notifico a sesenta millones de infractores? Con el agravante de que el directo infractor puede no estar en el mismo país del titular de los derechos o afectado, y además puede suceder que el afectado esté en un país

que no otorga las protecciones mínimas al derecho de autor, por ejemplo, por no ser miembro del Convenio de Berna, o también puede suceder que el presunto infractor simplemente no tenga la solvencia económica necesaria para garantizar una indemnización de perjuicios.

Todo esto ha ayudado a generar nuevos mecanismos y nuevas formas de responsabilidad donde la acción no se dirige contra el directo infractor, *v. gr.*, contra el proveedor que subió el contenido o contra el usuario que descargó la obra musical sin contar con autorización del titular, sino que va contra el prestador de servicios de Internet que facilita la tecnología y facilita la comisión de esas infracciones.

Esa es la justificación para que haya surgido este nuevo modelo de responsabilidad que tiene diferentes tratamientos, lo cual se presenta como uno de los problemas graves en este tema porque no hay un estándar internacional para este tipo de responsabilidad de los prestadores de servicios en línea. Entonces, lo que tenemos es que las legislaciones nacionales aplican su regulación sobre responsabilidad civil. Tenemos dos para resaltar, que son la Directiva Europea 31/2000 sobre los aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico (hay otra directiva europea que también armoniza derechos de autor y derechos conexos en la sociedad de la información) y la Digital Millennium Copyright Act (en adelante DMCA) de Estados Unidos, promulgada en 1998, mediante la cual se adapta la Copyright Act, la ley de derecho de autor de los Estados Unidos, que es de la década de los setenta al entorno digital. Estas son dos regulaciones donde se establece en concreto un tema de limitaciones a la responsabilidad especial de los prestadores de servicios en línea.

En Colombia, actualmente tenemos que aplicar para los prestadores de servicios de Internet, además de los mecanismos de autorregulación sobre los que nos hablaban en la conferencia anterior, que son supremamente válidos, éticamente aceptables y necesarios, las reglas generales de responsabilidad, por lo cual en caso de un daño tendríamos que acudir a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual. Ahora bien, si en un futuro entra en vigor el Tratado de Libre Comercio que se negoció con los Estados Unidos de América, entraríamos a aplicar las normas que este acuerdo contiene sobre responsabilidad de los prestadores de servicios en línea, que básicamente son una adaptación de las normas de la DMCA al caso colombiano y que entrarían a regular el comportamiento o a limitar la responsabilidad de los ISP.

En cuanto a la regulación especial de responsabilidad, además de esas dos legislaciones especiales que mencionamos, podríamos señalar también la alemana; sin embargo, ésta regula de manera muy similar a la Directiva 31/2000, por lo cual vamos a hacer algunos comentarios solamente sobre la directiva y la DMCA, presentando un paralelo de los regímenes, que son muy similares.

En primer lugar, y esto es muy importante establecerlo, tanto la directiva europea como la norma estadounidense establecen que el prestador de servicios en línea no está obligado a supervisar los datos que transmite o almacena, ni a

realizar una búsqueda activa de contenidos ilícitos. En similar sentido, que el ISP no tiene funciones investigativas ni asume una responsabilidad directa; es decir, se va empezando a sentar lo que es la base de la responsabilidad de estos prestadores de servicios *online* estableciendo que no tienen por qué vigilar y controlar toda la información que transmiten o todos los contenidos que se almacenan en sus servidores. Empero, sí deben asumir unas cargas: según la directiva, el ISP deberá realizar acciones que eviten la violación de derechos en las páginas sometidas a su control; por su parte, en la DMCA están obligados a tomar medidas ante una denuncia por infracción contra los derechos de propiedad intelectual, que es lo mínimo: cuando el ISP tiene conocimiento efectivo de que se está realizando o presume que se está realizando una infracción tiene que actuar prontamente para evitar que el perjuicio sea mayor.

En segundo lugar, tenemos la regulación del procedimiento para que el ISP comience a actuar: en la directiva no existe un procedimiento como el que regula la DMCA, que es un procedimiento conocido como *notice and takedown*, que tiene como efecto que se baje el contenido por parte del ISP, sino que se establece un procedimiento previo necesario ante una autoridad judicial o una autoridad administrativa que debe definir que efectivamente hay una infracción a un derecho de propiedad intelectual, y la autoridad misma es la que debe ordenar al prestador de servicios que tome las medidas necesarias para solucionar el tema.

En la DMCA, en cambio, sí existe la posibilidad de que directamente el sujeto afectado notifique, antes de ir a las autoridades, al prestador de servicios *online*, que el proveedor de contenidos está realizando una infracción contra sus derechos de autor. Esa notificación es suficiente para que se elimine el contenido o se bloquee de inmediato la página por parte del proveedor de servicio de Internet; pero, por supuesto, esto también requiere que se garantice el debido proceso y que se establezcan mecanismos para prevenir un posible abuso del derecho por parte del titular, lo cual se logra con un sistema de contranotificación: una vez notificado el ISP de que tiene que hacer ese retiro o bloqueo de información, el ISP a su vez notifica al presunto infractor de derechos, quien tiene el derecho de responder, contestando al titular de derechos que solicitó la medida a quien se da traslado de esta contra notificación y se le otorga un plazo de entre 10 y 14 días para iniciar las acciones judiciales o administrativas con miras a definir si se mantiene retirada o bloqueada la información; si vencido este plazo perentorio no se inicia la respectiva acción, el ISP simplemente vuelve a subir la información. Este es un mecanismo que permite tratar con celeridad las infracciones a los derechos de autor, pero también expone a los ISP a andar subiendo y bajando información sin tener certeza ni resolución definitiva de una autoridad administrativa o judicial al respecto; la directiva, reiterno, no establece este procedimiento, sino que el ISP actúa solamente ante una resolución de la autoridad judicial o administrativa competente.

En tercer lugar, toda vez que, tanto en el caso de la directiva como en el de la DMCA se establece la regla general de que el ISP no está obligado a supervisar y controlar toda

la información y los contenidos, entonces las dos regulaciones establecen una serie de limitaciones a la responsabilidad de los ISP; es decir, lo que las dos legislaciones hacen en principio es determinar casos en los cuales el ISP no va a responder por las infracciones cometidas contra derechos de propiedad intelectual; en esa medida, la directiva establece una serie de responsabilidades y de eximentes, por ejemplo: cuando el ISP actúa en calidad de mero transmisor y lo único que hace es transmitir una información, en este caso se eximiría de responsabilidad si solamente ha realizado la transmisión y no ha modificado la información. Esos actos por los que pueden ser declarados responsables y a los cuales se aplican unas limitaciones son casos taxativos específicos determinados en la directiva en los cuales no me voy a extender, pero es importante saber que no cualquier ISP se puede beneficiar de esta limitación a la responsabilidad, sino que deben cumplirse las condiciones que establece la misma directiva en relación con cada actividad: en primer lugar, cuando el ISP actúa en calidad de mero trasmisor tiene que cumplir unas condiciones para eximirse de responsabilidad. En segundo lugar, cuando la violación surge por un almacenamiento temporal o provisional en la memoria *caché*, este almacenamiento temporal lo hará responsable, salvo que el ISP demuestre que actuó bajo ciertas condiciones. En tercer lugar, en casos de alojamiento de datos facilitados por el destinatario del servicio, es decir el *hosting* de página, el ISP responderá, pero, como en los casos anteriores, también se prevé la posibilidad de que, bajo el cumplimiento de unas condiciones el ISP limite su responsabilidad. En términos generales, estas condiciones hacen referencia a que el ISP no ha participado de la modificación del contenido, que no ha tenido nada que ver en la creación del contenido, que no tiene conocimiento de que se está utilizando para realizar infracciones, y otras que se definen taxativamente en la directiva.

Por su parte, en el caso de la DMCA se establecen los denominados *Safe Harbors* o puertos seguros: cinco casos en los cuales el ISP se puede beneficiar de las limitaciones si está ejerciendo alguna de esas cinco actividades. Nuevamente, igual que en la directiva, cada actividad implica el cumplimiento de unas condiciones por parte del ISP, hay que mirar si está actuando como simple transmisor de comunicaciones transitorias y examinar si cumple las demás condiciones que le permitirán eximirse de responsabilidad, que son muy similares a las establecidas en la directiva. Además de las actividades relacionadas con las comunicaciones transitorias, están las que se refieren al almacenamiento provisional o temporal (*proxy caching*), al almacenamiento de contenidos en sistemas o redes que están bajo la dirección de un usuario y no del ISP, y en el caso de la DMCA se agrega otra que no está en la directiva, que es una limitación que beneficia a quienes proveen mecanismos de motores de búsqueda que facilitan la ubicación o identificación de información o y proveen *links*, enlaces o *hyperlinks*; estos ISP se pueden beneficiar de una limitación de la DMCA, mientras que la directiva no prevé una limitación en beneficio de quienes aportan o proveen enlaces o motores de búsqueda.

Para el caso de estas limitaciones que establece la DMCA, tenemos que el prestador de servicios *online*, para efectos de beneficiarse de esas excepciones, debe cumplir con la definición que para cada actividad establece la misma norma; por ejemplo, si el ISP quiere beneficiarse de la primera limitación —que es la mera transmisión de contenido—, tiene que ser, como proveedor de servicios, una entidad que ofrezca transmisión, enrutamiento, provea conexiones para la comunicación digital en línea entre puntos especificados por el usuario de material seleccionado por el usuario, no por el ISP, y sin modificación del contenido, ni del material que es enviado o recibido; si el ISP cumple con esta definición, podrá beneficiarse de la primera limitación. Para las otras tres excepciones de la DMCA, la norma establece simplemente que podrá ser beneficiario quien sea proveedor de servicios en línea o de acceso a la red.

Finalmente, para concluir el paralelo, está un tema que resulta muy importante para hacer efectivo el derecho: en la directiva europea se establece la posibilidad de que los ISP sean obligados a suministrar, bajo requerimiento judicial o administrativo, información sobre presuntos datos o actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios del servicio, así como la información que permita identificar a los usuarios de sus servicios con quienes han celebrado contratos de almacenamiento. Por su parte, en la DMCA se establece también un procedimiento para que el presunto afectado por la infracción pueda obtener por una corte federal, y vamos a ver más adelante un caso de aplicación de este beneficio, un comparendo que ordene al *service provider* a revelar la identidad del suscriptor que, según se alega, está realizando la actividad infractora; es decir que bajo la DMCA, el presunto perjudicado, que ya goza del mecanismo de notificación y retiro, pero lo que quiere es obtener los datos de identificación del presunto infractor, puede iniciar un procedimiento ante una corte federal para que el ISP suministre esa información.

En cuanto a los tipos de responsabilidad en Estados Unidos, los cuales, dicho sea de paso, coinciden en algunos puntos con los que establece la legislación colombiana, tenemos que son tipos de responsabilidad de elaboración consuetudinaria, que surgen con base en precedentes judiciales y son los siguientes: en primer lugar, la *Direct Copyright Infringement*, una responsabilidad directa que implica que el acusado es quien está realizando directamente la infracción a los derechos patrimoniales de autor; entonces el infractor directo, el que está realizando por sí mismo la infracción, tendrá que ser sujeto de una responsabilidad de tipo directo. En segundo lugar tenemos la *Contributory Copyright Infringement* o responsabilidad contributiva, donde la colaboración de una persona es necesaria e indispensable para que el otro realice la infracción; se presenta en el caso en el cual una persona, con conocimiento, facilita algo necesario para que otra persona cometa la infracción. En tercer lugar está la *Vicarious Copyright Infringement*, tipo de responsabilidad indirecta o responsabilidad delegada que implica que hay una conducta dañina de otro sujeto sobre el cual tengo una obligación de control y vigilancia; este tipo de responsabilidad es muy parecido a la responsabilidad que

tenemos en la legislación colombiana por el hecho de terceros. Estos son, pues, los tres conceptos que siempre están presentes en los casos de infracción a derechos de autor en Estados Unidos.

Ahora vamos al régimen colombiano: como nosotros no tenemos un régimen de responsabilidad especial para los prestadores de servicios de Internet, entonces a estas empresas lo que se les aplica es el régimen de responsabilidad civil extracontractual, y al respecto tenemos que remitirnos a las disposiciones de nuestro código civil, que consagra tres tipos de responsabilidad civil extracontractual, todos los cuales generan una obligación de asumir las consecuencias patrimoniales por el hecho dañino. El primero es el de responsabilidad directa, que es la responsabilidad por el hecho propio que genera el daño y que no ha sido condicionado por la actuación de un tercero, caso en el cual se atribuye una responsabilidad de tipo directo; esta responsabilidad es de culpa probada, es decir, aquí están presentes los conceptos de nexo de causalidad, hecho dañino y culpa, y tendrá que probarse la culpa de quien realizó el daño.

El segundo tipo es la responsabilidad indirecta por el hecho ajeno, donde está presente una obligación, que puede ser legal o contractual, de ejercer cuidado o vigilancia sobre una persona, que resulta ser finalmente quien realiza el ilícito o el hecho dañino; entonces, por infringir ese deber de cuidado o vigilancia sobre quien realizó el hecho, se atribuye una responsabilidad indirecta o responsabilidad por el hecho de un tercero; aquí se presenta una presunción de culpa, por lo cual quien tiene el deber de cuidado o de vigilancia sobre la otra persona puede alegar, para eximirse de responsabilidad, que se presentó una causa extraña o que no existe el nexo de causalidad entre el daño ocasionado y la conducta de quien debe vigilar.

El tercer tipo es la responsabilidad por actividades peligrosas. Al respecto, hay quienes consideran que Internet reporta una actividad peligrosa en términos de posibles infracciones o violaciones a los derechos de autor, por lo que les mencionaba sobre la potencialidad de que se generen infracciones en masa; entonces alguien podría decir que el ISP, al facilitar el acceso a la red y prestar servicios de intermediación en Internet, podría ser objeto de responsabilidad por ejercer una actividad peligrosa; debo decir que esto sería gravísimo porque en estos casos se aplica una responsabilidad objetiva donde no es necesario probar la culpa, lo que generaría un efecto muy grande con el que no estoy de acuerdo.

Obviamente, para determinar el grado de responsabilidad habrá que examinar cada caso concreto, es decir, establecer en qué calidad está actuando el ISP, qué tipo de actividades estaba realizando el prestador de servicios en línea ante el hecho dañino, *v. gr.*, si está actuando como un mero intermediario o si está actuando como proveedor de contenido (porque vimos que el proveedor de servicio puede ser un proveedor de contenido también) o como editor de contenido, es decir, con la responsabilidad de vigilar qué tipo de información es la que se está agregando en su servidor; también será relevante saber si el ISP tiene o no tiene conocimiento de las actividades infractoras o de la ilicitud de los contenidos que se están agregando.

Ahora, como decía, seguimos a la espera de que se defina la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, y en el texto de este acuerdo se establecen unas disposiciones que habrá que incorporar a la legislación colombiana, de ser aprobado, que hacen referencia a la limitación de la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet en términos muy parecidos a los que estableció la DMCA en Estados Unidos.

La incorporación de dichas disposiciones genera además la expectativa de cuáles son los efectos que puede tener dicha normatividad en un ámbito como el colombiano, pues desde ya se pueden avizorar ventajas y desventajas. Ventajas, sin lugar a dudas como que, en pro de la seguridad jurídica, para un prestador de servicios de Internet puede resultar favorable la existencia de un régimen que limite su responsabilidad en casos específicos aplicables a sus actividades —lo que no existe en este momento—; entonces, será muy bueno saber hasta dónde puede llegar y bajo qué condiciones puede ser eximido de responsabilidad; sin embargo, en punto de las desventajas también se debe tomar en cuenta que los prestadores de servicios de Internet, como remuneración por sus servicios, por proveer el acceso, por los servicios intermediarios, por prestar la red para que se transmitan los datos, reciben una contraprestación consistente en la suma que paga el suscriptor, pero no reciben regalías por uso de redes; entonces, la desventaja para el ISP en este punto es que será obligado a asumir un deber de bajar o subir información, atendiendo las solicitudes de los perjudicados bajo el sistema *notice and takedown* y va a tener que otorgar protección a contenidos extranjeros que circulan en la red (porque muchos de los contenidos son de titulares extranjeros), pero no le otorgan retribución diferente por el uso de esas redes, entonces, se les imponen más cargas en términos generales, como la posibilidad de que deban asumir unos controles que en este momento no asumen por ley.

Pasando al siguiente tema, tenemos que las infracciones que se realizan en Internet pueden realizarse bien sea directamente sobre contenidos como tal, es decir cuando se hace uso o apropiación de un contenido de un titular de derechos de autor y derechos conexos en otra página, o que puede haber también infracciones cuando, por ejemplo, lo que se hace es crear enlaces de Internet a otra página que remite a otro contenido; entonces, quiero que analicemos unos casos que pueden tocar un tema u otro.

En el tema de contenidos, por ejemplo, es importante resaltar un caso que se presentó en Bélgica entre la entidad Copypresse contra la empresa GoogleNews con sede en Bélgica; este caso fue resuelto por la Corte de Primera Instancia de Bruselas en febrero de 2007, y tiene una segunda parte que la mencionaré más adelante, pero por ahora, en cuanto a este tema de la infracción por contenidos, Copypresse que es la entidad de gestión colectiva que agrupa los periódicos de habla francesa y alemana en Bélgica, periódicos impresos y también digitales, alegó que GoogleNews estaba usando fragmentos o partes completas de artículos o contenidos publicados

en los periódicos que ellos representan, lo cual constituye un uso no autorizado de esos contenidos al incorporarlos en la página de GoogleNews.

La actividad que realiza GoogleNews consiste en tomar fragmentos, o tomar enlaces o titulares de noticias que hay en los periódicos en medios digitales e incorporarlos en su página, bien sea mediante enlaces o incorporando la noticia o el titular completo; eso lo hace GoogleNews con muchos medios digitales en el mundo, pero a Copypresse, como entidad que agremia los titulares de derechos sobre periódicos, no le gustó que hicieran ese uso sin autorización, máxime cuando Google es una empresa con ánimo de lucro que se beneficia de tener ese contenido incorporado, se beneficia de tener una publicidad que le ingresa también por número de visitantes y no le está reportando nada a Copypresse como titular de los derechos, pues no le solicita autorizaciones y tampoco le paga regalías.

En este caso la Corte ordenó que GoogleNews retirara de manera inmediata todas las noticias que hacían parte de los contenidos protegidos y cuyo titular era Copypresse, y además estableció que debía retirar todos los enlaces que hicieran referencia a esos contenidos. Ahora bien: ¿cuáles fueron los efectos del fallo? Es aquí donde se hace evidente que los modelos de negocio han cambiado en Internet, pues el principal efecto del fallo ha sido que en los medios digitales que Copypresse representa, su número de visitantes disminuyó ostensiblemente mientras que Google se pudo mantener en la posición de que no va a solicitar autorizaciones sino que simplemente no va a volver a incorporar los enlaces; entonces podemos decir que no se ha causado un perjuicio grave a Google al hacerle retirar los contenidos y en cambio sí se están viendo perjudicados los medios que no hacen parte de GoogleNews.

Les decía que este caso tiene una segunda parte, porque esta sentencia se expide en febrero de 2007 y, como vimos, estableció que efectivamente hubo un uso no autorizado y ordenó a Google a retirar todo el material y todos los titulares. Pero Copypresse, no satisfecha con este tema y en vista de que ha resultado perjudicada patrimonialmente, presentó el 22 de mayo de 2008, ante la misma corte, una acción de reclamación de perjuicios contra GoogleNews por haber hecho el uso no autorizado de los contenidos; dentro de esta acción, en primer lugar se realizó una convocatoria para que GoogleNews asista a una audiencia de conciliación y, de no lograr un acuerdo, se podrá iniciar el proceso mediante el cual se pretende que se condene a GoogleNews al pago de una indemnización por daños y perjuicios, bastante cuantiosa pues se fijó un valor entre 32 y 49 millones de euros por el uso no autorizado realizado entre el 2001, para el caso de GoogleSearch, el buscador, y desde el año 2006 para el caso de GoogleNews, pues este fue el año en que empezó a funcionar en Bélgica. El monto de esta indemnización se fijó mediante un concepto emitido por la Universidad Libre de Bruselas que se basó en varios criterios, entre ellos, y principalmente, que al titular que ha visto vulnerados sus derechos de autor se le debe volver al estado en el que se encontraba antes de que se realizara la infracción; entonces, bajo este criterio, se consideró que los titulares

merecen una indemnización tasada entre 32 y 49 millones de euros, ante lo cual Google, obviamente, no ha pronunciado ninguna palabra. Esta segunda parte no se ha definido aún.

Otro caso muy sonado y muy importante, que tampoco se ha resuelto definitivamente pues está a la espera de una resolución judicial, es el de la empresa Viacom International Inc. contra Youtube y contra Google como matriz de Youtube. Es una demanda civil presentada el 13 de marzo de 2007 ante una Corte del Distrito Sur de Nueva York. Viacom es una empresa de generación de contenidos con presencia a nivel mundial, propietaria de marcas como MTV Networks, Paramount Pictures, Dream Works y varias marcas más que representan contenidos audiovisuales y musicales; como se ve, esta empresa realmente tiene una entidad bastante importante como generadora de contenidos y como titular de derechos sobre contenidos.

Entonces, Viacom encuentra que en Youtube circulan y son vistos muchos videos que hacen parte de los contenidos protegidos de sus titulares; Viacom alega haber identificado dentro de los contenidos ofrecidos por Youtube más de 150.000 clips y videos no autorizados por los titulares que él representa, sobre los cuales tienen derechos exclusivos, y que han sido vistos por los usuarios de Youtube más de 1,5 billones de veces, es decir que resulta evidente la gran difusión que se está realizando de esos videos en la red y para la cual no se cuenta con la autorización necesaria.

Voy a permitirme mencionar, dentro de los muchos alegatos de Viacom, además del que acabo de mencionar sobre la magnitud de la infracción realizada, los siguientes, que considero como los más importantes: alega Viacom que Youtube anima o alienta a los usuarios a subir videos que ellos puedan aportar al sitio *web*, y luego Youtube los pone a disposición de otros terceros para que los pueda ver inmediatamente cualquier persona del público sin que tenga que pagar por ese video; en segundo lugar, Youtube además ha llenado su librería, porque realiza copia de esos videos que se incorporan sin autorización, con episodios completos y películas cobijadas por derechos de autor de Viacom o de otros titulares, pues hay muchos más contenidos, sobre los que Viacom no tiene derechos, pero sobre los cuales ni Youtube ni sus usuarios tienen autorización o licencia. Otra cosa muy importante que Viacom argumenta es que el uso que hacen Youtube y sus usuarios al incorporar, poner a disposición, comunicar públicamente esos videos sin autorización, está compitiendo con ese mercado que tendría el titular legalmente, entonces compite directamente con los usos que esos titulares han autorizado a terceros y por los cuales cobran una remuneración, de manera que el negocio de Viacom y sus titulares (como titulares de los derechos exclusivos) debe ser poder permitir o autorizar a terceros bajo una remuneración el uso de esos contenidos, pero si esos contenidos ya están a disposición y lo están gratuitamente, sin duda se pierde el mercado por parte del legítimo titular. Otro de los alegatos presentados por Viacom se basa en que Youtube tiene un mecanismo bastante particular, que consiste en que cuando un usuario sube un contenido, realiza un *upload*, Youtube crea una copia en el servidor y la

incorpora a una lista que tiene, es decir a una base de datos de todos los contenidos; entonces, cuando un usuario entra a solicitar un contenido, ingresa unas palabras claves (obviamente todo ese listado de palabras claves ya lo ha predefinido Youtube) y sale el listado de los contenidos relacionados con esas palabras claves, así el usuario accede a las listas, hace un *click* en uno de los enlaces que le interesan, sale el video y comienza su puesta a disposición, su comunicación pública en línea; hasta ahí, estamos en presencia de dos derechos que son exclusivos de los titulares de derecho de autor, incluso en el entorno digital, que son el derecho de reproducción en medios digitales –o en el servidor– y el derecho de puesta a disposición y comunicación pública del video, que es lo que sucede cuando se hace un *click* en el video y éste comienza a ejecutarse en la pantalla.

Además, como si no fuera suficiente la comunicación pública mediante la página directa de Youtube, éste ofrece otras dos posibilidades para los usuarios: una, llamada *embed video* que consiste en que Youtube proporciona un código que el usuario copia y pega en otra página *web*, como su red social, Facebook, etc., y con sólo hacer *click* queda incorporado el video, que es lo que sucede, por ejemplo, cuando recibimos en nuestro correo electrónico el video de Youtube, con un *link* que uno abre y lo que sale es la misma pantalla de Youtube –como una pantalla de televisión con una flecha en la mitad– en la que se hace *click*. La otra opción que se ofrece por el sistema es el *share video*, que consiste en la posibilidad de compartir el contenido con otras personas mediante el correo electrónico, o de su *social network*. Con esta opción no se transfiere la responsabilidad al usuario que envía o que transmite el archivo a otra parte, pues esa responsabilidad sigue estando en cabeza de Youtube ya que lo que opera aquí es que Youtube se va con su video a otra parte, pero es él quien lo está difundiendo en el otro sitio *web*; sigue siendo una responsabilidad directa de Youtube, pues todas son conductas directas suyas, el *website* es operado y controlado por él mismo, todo el mecanismo tecnológico es controlado por él y, como si fuera poco, además Youtube y Google reciben un beneficio económico grandísimo.

¿Qué valorizó tanto a Youtube y por qué Google pagó tanto dinero por él? Porque el hecho de que el acceso a los contenidos que pueden estar protegidos sea gratuito le dio un valor a la actividad de Youtube que está recibiendo un beneficio económico por ofrecer ese acceso pero no está pagando derechos de autor por los contenidos que allí tiene.

Otro de los argumentos importantes esgrimidos por Viacom fue que Youtube tiene el derecho y la posibilidad real, desde el punto de vista tecnológico, de controlar todas las infracciones masivas que se realicen en el sitio *web*, lo cual se comprueba con un ejemplo, y es que cuando se trata de contenidos pornográficos, Youtube inmediatamente detecta dichos contenidos y los retira o bloquea su acceso; con las obras protegidas por el derecho de autor no pasa lo mismo: Youtube dice no tener forma de controlar o de identificar ese tipo de contenido, pero con los contenidos pornográficos lo hacen perfectamente.

Finalmente, Viacom alega que Youtube ha tomado medidas ineficientes ante la detección y notificación por parte de los afectados, ya que en los casos en que los afectados han acudido previamente al procedimiento de *notice and takedown* notificando a Youtube de que han encontrado que un contenido protegido está siendo infringido, Youtube procede a eliminarlo, pero a los pocos minutos ese contenido puede encontrarse nuevamente allí, entonces se infiere que no son suficientes las medidas para hacer efectiva la protección a los derechos de autor.

Ahora bien, es claro que también puede haber infracción por creación de enlaces, y en este tema no me voy a detener mucho porque es un tema que realmente es muy complejo desde el punto de vista tecnológico. La importancia de los *links* o enlaces consiste en que tienen una efectividad muy práctica en Internet: hacen que navegar por la Internet sea ágil y efectivo, entonces muchos sitios *web* a lo que acuden es a incluir enlaces para conectar con otras páginas, lo cual, en principio, es lícito. Hay dos tipos principales de enlaces o *links*: el primero es el de los hipervínculos o hipertextos, que a su vez pueden ser: *comunes* o *normales*—que son los que simplemente copian la dirección de la página *web* y, como están copiando un dato, no representan una infracción al derecho de autor, porque se trata simplemente de meter el nombre de una página sobre el cual hago un *click* y esto me remite a la otra página; eso, a la luz del derecho de autor, no constituye, en principio, una infracción— o *ensamblados*, que pueden tener más efectos en relación con la propiedad intelectual, porque los elementos de la otra página parecen insertados en el sitio *web* que contiene el enlace; es decir, yo me quedo en el enlace en que estaba inicialmente, pero me trae los contenidos, veo cómo los contenidos se incorporan; y el segundo tipo de enlaces es el de los marcos, donde el usuario ve el contenido de la página enlazada enmarcada por el contexto de la página inicial, incluso en la barra de direcciones sigue apareciendo la dirección inicial en la que estaba el usuario, simplemente le trae la información.

En relación con los enlaces, vale la pena mencionar aquí un caso muy sonado últimamente en el ámbito de la propiedad intelectual, un caso español resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid el 11 de septiembre de 2008, de Promusicae (Asociación de Productores de Música de España) y otros titulares de derechos de autor contra una página de Internet identificada como *www.sharemula.com*. Alegan los titulares una violación de derechos de autor por parte de *sharemula*, que era una página que proveía enlaces a redes *peer-to-peer* (P2P), es decir que la página *sharemula* no contenía en sí misma obras protegidas disponibles para la descarga, pero tenía una lista de enlaces que permitían el acceso a redes P2P, de hecho cuando el usuario ingresaba a la página, la promoción de *sharemula* decía: “aquí puedes encontrar contenidos, descargar gratis”, etc., luego esa era su actividad.

Para efectos de analizar correctamente el fallo, debemos hacer aquí una consideración importante y es que en el tipo penal que está establecido en España para la violación de derechos patrimoniales de autor, se consagran expresamente unos elementos de tipo subjetivo, pues la norma indica que la violación de derechos

patrimoniales de reproducción, de comunicación pública, de distribución, de transformación, debe hacerse con *ánimo de lucro y en perjuicio de terceros* (subrayo) para que se configure el delito. En el caso español, entonces, los elementos subjetivos del tipo están definidos; no pasa lo mismo en el caso colombiano, pues en el tipo penal consagrado en el artículo 271 de nuestro Código Penal no existen estos elementos subjetivos, y pese a esto, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de abril de 2008, los dio por hecho aun cuando, reitero, no están en el tipo penal.

Volviendo al caso español, tenemos que no solamente los elementos subjetivos están especificados en el tipo penal, sino que el ánimo de lucro en España, de acuerdo con un concepto emitido por la Fiscalía, se entiende de manera estricta como un ánimo de lucro comercial, no de manera amplia, no de manera que pueda considerarse como ánimo de lucro cualquier beneficio o cualquier utilidad, sino que tiene que demostrarse que hay un ánimo de lucro de quien realiza la acción para que se pueda decir que incurre en el tipo penal.

Ahora, de acuerdo con las normas de la directiva europea que ya mencionamos, la responsabilidad del proveedor de enlaces surge si éste tiene un *conocimiento efectivo* de la ilicitud del contenido de la página a la que va a enlazar o de la ilicitud de las conductas que se puedan realizar en esas páginas a las que va a enlazar y, en consecuencia, la Audiencia Provincial de Madrid considera que sharemula solamente estaba haciendo enlaces y que al no haber en este caso un pronunciamiento ni una norma legal que establezca que las redes P2P son ilegales *per se*, entonces no puede afirmarse que hubo un conocimiento efectivo de quien provee los enlaces a las redes P2P y en consecuencia no se configura el tipo penal, y más allá: no hay infracción a los derechos de autor.

Mediante este auto, la Audiencia Provincial del Madrid confirma un sobreseimiento libre que se hizo por un juez de instrucción de Madrid; eso significa que era un proceso penal que se adelantaba contra sharemula y que en este caso no se consideró que hubiera delito para llamarlos a juicio, es decir que ni siquiera fueron llamados a juicio, simplemente en la investigación preliminar se declaró el sobreseimiento porque no se consideró que hubiera un delito; y es más: la Audiencia Provincial dice no sólo que no hay delito, sino que además tampoco hay un ilícito civil, de manera que este auto dejó desprotegidos a los titulares en ese campo porque va a ser más difícil (y de hecho, en España cada vez es más difícil) que condenen a las redes P2P. De acuerdo con la Audiencia Provincial, la actividad del demandado consiste en facilitar enlaces, proporcionar una dirección, pero no aloja archivos, no aloja una reproducción de las páginas de la redes P2P, por lo cual no está realizando ninguna conducta infractora de los derechos de autor, entonces no es una actividad criminal, ni tampoco es un ilícito civil.

Lo grave de este caso es que es un auto que está en firme, contra el que no procede recurso, y las empresas generadoras de contenido están muy preocupadas por el precedente que ha generado, como les dije, ya hay varios pronunciamientos recientes

en España de audiencias provinciales o del Tribunal Superior que establecen que no es ilegal el funcionamiento de las redes *peer-to-peer*, y esto ya generó efectos como el hecho de que España haya sido incluida por primera vez en la lista de vigilancia prioritaria por parte del Congreso de los Estados Unidos en temas antipiratería, porque este país no está ofreciendo una protección efectiva a las obras.

Finalmente, vamos a hacer referencia a unos mecanismos de colaboración que pretenden lograr que, extrajudicialmente en algunos casos, el ISP proporcione información que le pueda ayudar al titular de los derechos a iniciar acciones contra los directos infractores.

El caso que vamos a analizar a continuación es un caso muy importante de Promusicae, que es la misma agencia que obró como demandante en el caso anterior, contra Telefónica de España como prestador de servicios de Internet. Como antecedente principal tenemos que Promusicae, interesado en iniciar acciones contra los directos infractores, contra los usuarios, le solicita a Telefónica que le entregue la información que le permita identificar estos infractores, a lo que Telefónica contesta que no le puede suministrar la información solicitada porque esos datos identificadores de los usuarios son información privada que debe tratarse como datos personales. Ante esta negativa, Promusicae decide presentar demanda ante un juzgado mercantil mediante la cual solicita que se ordene a Telefónica a suministrar a Promusicae, además de las direcciones IP, los datos y las direcciones donde podía ubicar físicamente a los usuarios de Telefónica que están realizando descargas en redes P2P. En la contestación a la demanda, Telefónica reitera su negativa y afirma que solamente entregará esa información a una autoridad competente en un proceso penal, y el que se está adelantando es un proceso civil. Se elevó la respectiva consulta ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, porque estamos en un caso de interpretación de norma comunitaria, de las disposiciones de la directiva, y el Tribunal de Justicia dice que efectivamente, en los procedimientos civiles no hay lugar a suministrar la información que permita identificar a las personas que están realizando este tipo de transacción, pues la protección que otorgan las directivas de propiedad intelectual no obliga a los estados miembros de la Unión a interpretar normas en el sentido de que los estados, por proteger la propiedad intelectual, tienen que comunicar datos personales en un proceso civil, no hay lugar a ello. Entonces, al confirmar la posición que tenía Telefónica, se niega la solicitud de Promusicae de que le entreguen los datos para identificar a los usuarios, porque en este caso, además, se presenta un desequilibrio entre los derechos fundamentales de privacidad, intimidad, contra derechos de propiedad intelectual y no hay lugar a ello.

En sentido contrario, también en España, en mayo de 2008 se expidió una sentencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo, instancia superior, que estableció que las direcciones IP no son datos personales, sino datos que se pueden suministrar. Reitero que este es un caso de la sala penal, que resuelve sobre la situación de un usuario de redes P2P que realizaba descargas de contenido pornográfico infantil;

en ese caso la Audiencia Provincial de Tarragona absolvió en primera instancia al usuario porque consideró que esos datos de identificación se habían obtenido mediante una violación de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Cuando el asunto, un tema gravísimo de pornografía infantil, llega al Tribunal Supremo, éste resolvió condenar al señor por el delito relacionado con pornografía infantil y además manifestó que las direcciones IP de los computadores que están haciendo uso de las redes P2P son públicas, no están protegidas por el derecho a la intimidad ni por el derecho a las comunicaciones, de manera que pueden ser solicitadas por cualquier organismo privado o público y deben ser suministradas; ahora, otra cosa es que estos datos estén cobijados por la ley de tratamiento de los datos personales y en consecuencia deba conservarse un archivo de la IP y otras implicaciones, pero en términos generales las direcciones IP son datos públicos, pueden suministrarse a entidades privadas o a entidades públicas.

En el mismo sentido de estos conflictos está otro caso, que podría ser el segundo capítulo del caso de Viacom contra Youtube y Google. Les decía que el proceso por infracción a los derechos de autor por los videos que se transmiten en Youtube no ha terminado; sin embargo, de manera simultánea, Viacom inició ante la misma corte del Distrito Sur de Nueva York otro proceso contra Youtube y Google mediante el cual se pretendía que la Corte condenara a Youtube a revelar sus datos de tráfico, es decir que Youtube le revelara a Viacom como presunto perjudicado, todos los registros que tienen relación con los usuarios: sus direcciones IP, sus datos de identificación, los videos que ven, etc., toda una serie de informaciones importantes, algunas que se pueden considerar dentro de la órbita de la intimidad, otras que no, pero pide que se le ordene a Youtube que efectivamente entregue todos esos datos de tráfico, e incluye además otra pretensión bastante amplia: que se ordene a Youtube a compartir con Viacom el algoritmo de búsqueda y los códigos fuentes del motor de búsqueda que tiene incorporado Youtube.

Al momento de fallar, la Corte tuvo que detenerse a realizar algunas consideraciones sobre la posible aplicación en el caso concreto de una ley que fue promulgada en Estados Unidos en 1988 conocida como la *Video Privacy Protection Act*, cuya aplicación fue reclamada en el proceso por los demandados. Esta era una ley que, como podemos intuir, ya que fue expedida en el 88, hace referencia a las tiendas de videos, a los locales de alquiler y de distribución de videos; no obstante, la ley establece claramente que es aplicable a todos los prestadores de servicios de video, en *video tape* o en otros materiales audiovisuales, de manera que, por esta vía, podría interpretarse que la ley resultaba aplicable al caso particular. Ahora bien: lo que la ley establece es que quienes prestan servicios de distribución de video pueden guardar o almacenar toda la información o registro de sus usuarios, sus datos de identificación, los videos que alquilan, etc. Sin embargo, no podemos dejar de lado que esta disposición tiene una justificación, y es que cuando el usuario acude a la tienda de video (pensemos en Blockbuster), ésta tiene que tener los datos del usuario, entre otras cosas para controlar que se devuelva el material que se ha

alquilado, así como también requiere los datos financieros para efecto de hacer un cobro por una devolución que no se hizo.

Al respecto, la Corte consideró que no hay lugar a aplicar la ley de protección sobre los datos solicitados a los casos de videos *online*, manifiesta la Corte algo muy particular y es que el *Login Id*, que es el nombre de usuario que se incorpora, es un dato que realmente no revela *per se* la identidad del suscriptor. El suscriptor es quien crea y elige por sí mismo su *user name*, y puede escoger cualquiera, en esa medida el nombre de usuario puede ser un seudónimo o anónimo, porque es difícil que por el nombre de usuario se pueda identificar claramente a la persona, en consecuencia la Corte no admite que sobre ese dato haya intimidad o privacidad porque no permite identificar.

Sobre el riesgo de vulneración de la privacidad o intimidad del usuario, que era algo que alegaba Youtube, la Corte estableció que considerar los registros de lo que ve un usuario como algo de la esfera de su intimidad es algo especulativo, en especial porque puede que Viacom haga uso de esa información, como puede que no, no está demostrado que se pueda causar un perjuicio de manera real o inminente a la privacidad.

Finalmente, la Corte resuelve condenar a que se entreguen todos los datos de tráfico solicitados, pero niega la pretensión sobre el acceso al algoritmo y a los códigos fuentes que regula todo este sistema de búsqueda de Youtube.

Para terminar, y en relación con este mismo tema de los mecanismos de colaboración por parte de los ISP, quiero comentar una iniciativa interesante que se dio en Japón, que es un intento de colaboración entre prestadores de servicios de Internet con sede en Japón y titulares de derechos de autor y derechos conexos que formaron un grupo de trabajo y decidieron trabajar juntos en esto. Como a los ISP se les tiene prohibido buscar y sacar las direcciones IP de sus usuarios, de los usuarios de redes P2P de ellos, entonces los ISP se declararon impedidos; lo que pretende el grupo de trabajo es que sea el titular de los derechos quien ingrese a la red P2P, haciéndose pasar como un usuario más, revise qué contenidos hay y obtenga por sí mismo la información de las direcciones IP de quienes descargan esos contenidos que le interesan. En esa medida, cuando el usuario titular de derechos tiene esa información, se la entrega al ISP y éste ubica a cada usuario de los suyos y le envía un *warning e-mail*, un mensaje de advertencia manifestándole que por estar realizando actividades de descarga en una red P2P se le puede suspender temporalmente el acceso o, si reincide, se le podrá cancelar la cuenta de acceso. Entonces, como se ve, es un mecanismo alternativo que al parecer resulta eficiente. Vale la pena citar aquí un dato que me pareció escandaloso: lo trae la revista *Top Tech News* de marzo de 2008 y dice que en Japón tan sólo el 10% de los usuarios de redes digitales utilizan programas P2P, pero este 10% consume el 75% de los recursos de banda ancha del país; es decir, es un 10% pero con una intensidad de búsqueda y descarga muy grande, que genera un alto impacto tanto en violación de los derechos como en recursos de banda ancha, lo cual también ha motivado a los ISP a buscar y apoyar este tipo de mecanismos que ayuden a liberar esa banda ancha que está siendo acaparada por los infractores.

