



“LA RESPONSABILIDAD DE LOS ISP POR LOS CONTENIDOS GENERADOS Y TRANSMITIDOS POR SUS USUARIOS”

Autor: **Clara Zucchini**

Ganador Categoría Joven Profesional. Certamen IP 2008.
Mentes Innovadoras para el Desarrollo.



Certamen IP 2008
Mentes innovadoras
para el desarrollo
2da. EDICIÓN

Autor: Clara Zucchini

Ganador Categoría Joven Profesional. Certamen IP 2008. Mentes Innovadoras para el Desarrollo.

“La responsabilidad de los ISP por los contenidos generados y transmitidos por sus usuarios”

1. Nombre del Trabajo y Breve descripción general del mismo

El trabajo se titula “La responsabilidad de los ISP por los contenidos generados y transmitidos por sus usuarios”, analiza el régimen de responsabilidad aplicable a los ISP en Estados Unidos, la Unión Europea, América Latina y Argentina y realiza un aporte de pautas claras para colaborar en la obtención de un adecuado régimen legal.

2. Descripción del problema y/o hipótesis atendidas por el trabajo

Debido a la inexistencia de legislación específica sobre el tema, la responsabilidad de los ISP en Argentina se basa en el régimen establecido por el Código Civil. El marco legal aplicado tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea es más adecuado y equilibrado. Considero que esto se debe a que su legislación contempla tanto los avances devenidos en la tecnología como la temática de la Propiedad Intelectual (PI).

3. Objetivos del Trabajo

El trabajo tiene por objeto analizar “la cuestión de la Propiedad Intelectual tomando como referencia un caso real del exterior que pueda ser aplicado en la Argentina”. En base a ello se analiza la experiencia legislativa, doctrinal y jurisprudencial tanto de los Estados Unidos como de la Unión Europea y una investigación de elementos útiles para el desarrollo de un sistema legislativo que proponga un equilibrio entre el respeto a los derechos de la PI y la responsabilidad de los ISP a fin de lograr que se cumplan los objetivos de la PI.

4. Descripción del Marco Teórico y Metodología

Este trabajo se basa en las siguientes temáticas: Internet, un desafío para la propiedad intelectual; Análisis comparativo de los sistemas normativos que cada país adopta para una mejor protección de la PI. Cambios legislativos en materia de PI que ayudarían a mejorar el sistema. Participación de las industrias ligadas a la PI en la economía total; Impacto de la defensa de la PI en las economías de los países en desarrollo; Políticas públicas para la mejor defensa de la PI. Por otra parte se realiza un análisis comparativo de la legislación y un estudio de la doctrina y jurisprudencia de Organismos internacionales, EE UU, la Unión Europea y Argentina. Se ha realizado además un estudio de campo basado en entrevistas con distintos empresarios ligados a la temática de PI.

5. Conclusión

Considero que Argentina debería basarse en las legislaciones Norteamericana y Europea para desarrollar un sistema legislativo que tenga por objeto mantener un equilibrio entre el respeto a los derechos a la PI y la responsabilidad de los ISP, a fin de lograr que se cumplan los objetivos de la PI y que ambos reciban los beneficios comerciales de la explotación de sus obras o servicios.

Dicha legislación debería contemplar por lo menos los siguientes aspectos: -Tener en cuenta los objetivos y principios de la PI al momento de legislar -Contar con la visión del

Autor: Clara Zucchini

Ganador Categoría Joven Profesional. Certamen IP 2008. Mentes Innovadoras para el Desarrollo.

empresariado local -Brindar una definición y clasificación clara de ISP -Establecer con claridad las excepciones y recaudos mínimos a ser cumplidos por los ISP en orden a beneficiarse por las mismas -Disponer de herramientas útiles y prácticas que otorguen al titular de derechos de PI acciones rápidas y eficaces para hacer frente al desafío - Disponer un sistema de identificación del infractor, que permita responsabilizarlo por sus actividades ilícitas -Desarrollar iniciativas conjuntas entre el gobierno, las organizaciones avocadas a la protección de la PI y las empresas proveedoras para instruir y concientizar a la población sobre la importancia que tiene el respeto a la PI.

“La Responsabilidad de los ISP por los contenidos generados y transmitidos por sus usuarios”

Autor: Clara Zucchini

Ganador Categoría Joven Profesional. Certamen IP 2008. Mentes Innovadoras para el Desarrollo.

SUMARIO: Introducción: Planteo de la cuestión. I- a) Internet, un desafío para la PI. b) La importancia de la protección de la PI para el desarrollo socio económico de nuestro país. II- a) Que es un ISP. Definición b) Clasificación. III- La responsabilidad de los ISP en el derecho comparado. a) Estados Unidos. Su marco legal: Digital Millenium Copyright Act, Safe harbour provisions y Communications Decency Act. El caso “Ellison v. Robertson” b) La Unión Europea. Su marco legal: Directiva 2000/31/CE y Directiva 2001/29/CE. IV- a) Análisis comparativo. b) Ventajas y desventajas de ambos sistemas. V- a) La responsabilidad de los ISP en Argentina. El Marco legal: Decreto 1279/97. Resolución 1235/98. Ley 25.690. Ley 25.140. Proyecto de Ley sobre Comercio Electrónico. b) La naturaleza jurídica de los ISP. c) Régimen de responsabilidad aplicable. d) La problemática de la inseguridad jurídica. Los casos “Jujuy Digital” y “Zamolo Sofia Karina c/ Yahoo de Argentina y otro SRL”. VI- Conclusión

Introducción, planteo de la cuestión: Digamos que subo un video a “YouTube”, del último encuentro entre el Real Madrid y el Barcelona para que vean mis amigos. Quién será responsable por los daños causados en violación al derecho de autor? O supongamos que luego de ser despedido de su trabajo un empleado “cuelga” mensajes injuriosos y agraviantes sobre su ex jefe por medio de “Facebook”. Quién responderá ante esta situación?

En las líneas que siguen trataremos de esclarecer la temática planteada analizando la legislación, la doctrina y la jurisprudencia recogida en la experiencia de los estados Unidos y la Unión Europea, para luego examinar la situación actual en nuestro país.

Internet es definida como una red de redes, se trata de una red informática mundial, un conjunto de diferentes redes de computadoras interconectadas a través de un protocolo de comunicación común, el TCP/IP (Transfer control protocol/ Internet protocol). A su vez el TCP/IP es un conjunto de protocolos de software que constituye una serie de especificaciones que permiten a las computadoras intercambiar información. A través de dicha red, que utiliza redes de telecomunicaciones para la conexión entre computadoras, se transmite información, a partir de la indicación de una dirección de origen y destino.

Si bien el fenómeno de Internet comenzó orientado a la difusión de conocimientos científicos, con el transcurso del tiempo se ha ido convirtiendo en un instrumento que hoy en día facilita el acceso universal a todo tipo de contenidos, intercambio de ideas, información e incluso ofreciendo un medio propicio para el desarrollo de actividades comerciales y hasta educativas.¹

Si observamos el desarrollo comparativo de Internet respecto a otros medios, veremos que la expansión de Internet es mucho mayor que la de cualquier otra innovación de su tipo. Para llegar a tener 50.000.000 de usuarios en Estados Unidos la radio tardó 38 años, el teléfono 25 años, la TV 13 años, el cable 10 años y el acceso a Internet, solamente 4 años.²

I-a) Internet, ¿un desafío para la Propiedad Intelectual?

¹ “The migration of Intellectual Property to the Internet”. OMPI. La traducción es propia. Disponible en http://www.wipo.int/copyright/en/ecommerce/ip_survey/chap2.html

² Beatriz Bugallo Montaña “Intenet, comercio electrónico y propiedad Intelectual”. Montevideo 2000. P 15, 30, 35.

Autor: Clara Zucchini

Ganador Categoría Joven Profesional. Certamen IP 2008. Mentes Innovadoras para el Desarrollo.

Internet proporciona un ámbito que favorece el contacto entre personas, el intercambio de contenidos e ideas entre diferentes comunidades a través de todo el mundo.

Es la digitalización de los trabajos de la PI, que por medio de un proceso reduce texto, imágenes y sonido a un código binario legible por una computadora, lo que ha posibilitado que la PI se haya transferido tan eficientemente a Internet. Esto otorga la posibilidad a numerosas compañías de realizar un intercambio de objetos de la PI, por ejemplo los portales de subastas y ventas online como Mercado Libre o los sitios de ventas de entradas para espectáculos como Ticketek, se ven beneficiados, ahorrando costos realizando sus operaciones en línea. A su vez gran cantidad de pequeñas y medianas empresas utilizan Internet como una herramienta de marketing.

Pero por otra parte es la naturaleza misma de esta tecnología lo que promueve la realización de copias o reproducciones. La alta velocidad de transferencia y el alcance mundial de Internet, lo que plantea el desafío.

Una vez más, como ha ocurrido en el pasado, el auge de las nuevas tecnologías, en este caso Internet y su “versión más moderna WEB 2.0³”, plantean un desafío para los derechos de la PI, que en orden a hacer frente al mismo deberá encontrar la manera de adaptarse al nuevo entorno digital.^{4 5}

b) La importancia de la protección de la PI para el desarrollo socio económico de nuestro país.

El reconocimiento de los derechos de la PI tiene un fundamento económico ya que la forma de generar riqueza ha evolucionado hasta llegar en la actualidad a una economía basada en la producción de conocimiento.

La tecnología es hoy en día un factor de producción que se suma a los factores tradicionales, posibilitando la creación de ventajas competitivas que permiten la participación de las empresas en los mercados globalizados.

Las nuevas tecnologías, especialmente Internet, posibilitan la divulgación de las obras protegidas por el derecho de autor o la elaboración de nuevos productos que entran al mercado identificados por una marca o se presentan a través de un diseño industrial. Esta actividad favorece un entorno en el cual las industrias creativas e innovadoras pueden prosperar y contribuir al desarrollo económico. El empresario recupera los costos de su inversión y continúa desarrollando procesos de innovación que le permitan mantener la posición de su empresa en el mercado y buscar su crecimiento.^{6 7}

³ El término Web 2.0 fue acuñado por Tim O'Reilly en H2004H para referirse a una segunda generación de HWebH basada en comunidades de usuarios y una gama especial de HserviciosH, como las redes sociales, los blogs, los wikis o las folcsonomías, que fomentan la colaboración y el intercambio ágil de información entre los usuarios. Disponible en http://es.wikipedia.org/wiki/Web_2.0

⁴ The migration of Intellectual Property to the Internet. La traducción es propia. Disponible en :http://www.wipo.int/copyright/en/ecommerce/ip_survey/chap2.html

⁵ Pablo Wagbrait “ La responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet por violación al derecho de autor”. Publicado en LL 2000-F, 1143).

⁶ “Proteger la propiedad intelectual” Fuente: Embajador de los Estados Unidos en la Argentina, Earl Anthony Wayne. Diario Clarín Miércoles 03 Septiembre 2000. Disponible en: <http://www.clarin.com/diario/2008/09/03/opinion/o-01751979.htm>

⁷ “Importancia económica de la Propiedad Intelectual” Exposición del Secretario General de la SIECA, señor Haroldo Rodas Melgar. Disponible en: http://www.sieca.org.gt/publico/Nuevo/Urgente/importancia_economica_de_la_pi.htm (SIECA: secretaría de integración económica centroamericana)

Autor: Clara Zucchini

Ganador Categoría Joven Profesional. Certamen IP 2008. Mentes Innovadoras para el Desarrollo.

A modo de ejemplo inspeccionemos algunas industrias relacionadas con la PI en nuestro país: En Argentina la actividad del comercio electrónico ha tenido un gran crecimiento. En el año 2007 se consumieron más de \$20.000 millones por Internet.⁸ Además el sector experimenta un crecimiento anual de más del 100 % por cuarto año consecutivo y se proyecta para este año un crecimiento aún mayor.

En cuanto al e-learning, la facturación de la industria en Argentina ronda los \$40 millones anuales. Esto representa un aumento del 60% respecto de las cifras difundidas a principios de 2004 por la Asociación de Entidades de Educación a Distancia y Tecnologías de la Información y Comunicación (EDUTIC), en las que se identificaba un volumen de negocio de 25 millones de pesos.⁹

Por otra parte la industria del entretenimiento, que ha encontrado en Internet un nuevo canal de distribución de sus contenidos, representan en el país unos U\$S 3.000 millones, que constituyen el 1% del PBI y viene creciendo al 10% anual.¹⁰

II- a) Qué es un ISP?

Corresponde explicar y enumerar los distintos roles de actores e intermediarios en Internet, a efectos de entender los distintos aspectos relacionados con su ámbito de responsabilidad.

Internet vincula en sus dos extremos a quienes por un lado proporcionan información digitalizada (proveedores de contenidos) y por otro a los usuarios. Los cuales desde su computadora actúan de diversas formas con dicha información, pasando a través de diferentes intermediarios.¹¹

Comencemos definiendo qué es un proveedor de servicios de Internet (ISP, por sus siglas en inglés). Un ISP es definido como “una entidad que ofrece transmisión, ruteo o conexión para comunicaciones digitales en línea, entre o a través de puntos especificados por un usuario, de material de su elección, que es enviado o recibido sin sufrir modificaciones en su contenido” o “un proveedor de servicios en línea o de acceso a la red o el operador de la infraestructura necesaria”.¹² Reseñaremos ahora los roles de los proveedores analizando los actos por los cuales pueden tener algún grado de responsabilidad, el que será imputado según las diversas legislaciones.

b) Clasificación

1) Proveedores de contenidos: son quienes introducen contenidos en Internet, es decir colocan en un servidor información digitalizada, la cual podrá consistir o no en obras protegidas por los derechos de la PI. Por ejemplo productoras como Disney o RGB.

⁸ Marcos Pueyrredón presidente de Consulta Group y de la Cámara Argentina de Comercio Electrónico. Nota “El e-commerce argentino en pleno auge”. Suplemento de tecnología del diario La Nación de fecha 8 de agosto de 2008.

⁹ La revista digital de e-learning de América Latina .Año 4 - Número 65 “Mapa de la industria del e-learning en Argentina”. Disponible en http://www.elearningamericalatina.com/edicion/noviembre2_2005/na_1.php

¹⁰ Nota “Medios y Entretenimiento: nacen las carreras a medida”, autor M. Gabriela Ensínck, Diario el cronista.com, disponible en <http://www.cronista.com/notas/153238-medios-y-entretenimiento-nacen-las-carreras>, de fecha 15 de septiembre de 2008. Fuente consultada por la autora: conferencia “Futuro y tendencias de la industria del Entretenimiento y los Medios en la Argentina”, dictada por el profesor de New York University, Al Lieberman y ejecutivos del país pertenecientes a la industria.

¹¹ Beatriz Bugallo Montaña. “Internet, comercio electrónico y propiedad Intelectual”. Montevideo 2000. P 142, 144

¹² DMCA sección 512 (k)(1)(A) La traducción es propia.

Autor: Clara Zucchini

Ganador Categoría Joven Profesional. Certamen IP 2008. Mentes Innovadoras para el Desarrollo.

2) Proveedores de servicios: son aquellos que proporcionan conexión a la red y que actúan como intermediarios entre proveedores de contenidos y usuarios, proporcionando diversos recursos técnicos. Dada la variedad de servicios que se pueden ofrecer podemos hablar de los siguientes proveedores:

- Proveedores de acceso: se refiere a quienes ofrecen al público conexión a la red mediante la conexión a servidores propios con los recursos necesarios para cumplir las funciones de “mirroring” y “caching”. Por ejemplo: Fibertel, Arnet, IPLAN.
- Proveedores de emplazamiento: se refiere a quienes ofrecen un servicio de almacenamiento de contenidos en los servidores conectados a Internet a los que los usuarios pueden acceder. Por ejemplo YouTube.
- Operadores de foros: se refiere a quienes acercan la posibilidad de intercambiar mensajes, informaciones y contenidos a los usuarios entre sí. Por ejemplo foros como el del diario La Nación o salas de Chat en línea.
- Proveedores de herramientas de localización de información: se refiere a quienes permiten que el usuario acceda a bases de datos con programas de búsquedas de las expresiones por él solicitadas, mediante los diversos hipervínculos. Por ejemplo Google, Altavista, Yahoo!

Es probable que los proveedores presten varios de estos servicios a la vez.¹³

¹³ Bugallo Montaña. “Internet, comercio electrónico y propiedad Intelectual”. Montevideo 2000. P 144

Autor: Clara Zucchini

Ganador Categoría Joven Profesional. Certamen IP 2008. Mentes Innovadoras para el Desarrollo.

III- La responsabilidad de los ISP en el derecho comparado

a) Estados Unidos. Su marco legal.

Comencemos señalando que Norteamérica ha instrumentado un sistema vertical, es decir, ha tratado la cuestión específicamente desde el derecho de autor.

Su marco legal está compuesto básicamente por dos normas. Para los asuntos relacionados con la PI se aplica la “Digital Millenium Copyright Act” (DMCA) del año 1998, que establece reglas propias para cada especie de proveedor de servicios. Mientras que para las demás hipótesis es de aplicación la “Communications Decency Act” (DCA) de 1996, la cual establece una regla general de exención de responsabilidad por el contenido de terceros para los proveedores de servicios considerados como intermediarios.^{14 15 16}

Como vimos, Internet implica la realización de una serie de copias que son transmitidas por los ruteadores y almacenadas en forma temporal en los servidores o en la computadora del usuario final. Con el desenvolvimiento de las nuevas tecnologías y la utilización a gran escala de Internet, la realización de copias digitales de obras protegidas por las normas de PI se simplificó.

Esto generó una polémica entre las grandes corporaciones norteamericanas, titulares de tales derechos, que comenzaron a proclamar la necesidad de creación de un sistema de responsabilidad objetiva de los proveedores de servicios.

En respuesta a los reclamos de los titulares de derechos de PI, se determinó la elaboración de un proyecto de ley titulado “Intellectual Property and the National Information Infrastructure”, luego conocido como “white paper”. De acuerdo con el mencionado proyecto los ISPs serían responsabilizados objetivamente por cualquier violación a los derechos de PI causado por sus usuarios.

El proyecto partía de la equivocada premisa que sería posible para un ISP monitorear fácilmente el contenido de todas las informaciones transmitidas. Aún existiendo tal posibilidad, sería imposible determinar de antemano si contienen o no una obra efectivamente protegida por las normas de PI, así como establecer si quien está efectuando la transmisión cuenta o no con la autorización del titular de tales derechos.

Las mencionadas medidas fueron muy cuestionadas por diversos sectores, entre ellos, los ISP, que reclamaban su exención específica de responsabilidad por las infracciones cometidas por los terceros que utilizaran sus servicios. Finalmente, el proyecto fue recusado por el congreso norteamericano.

Una vez concluidos los “Tratados de Internet” de la OMPI (1996) que no abordan la cuestión de la responsabilidad de los ISP, el Congreso de los Estados Unidos se dio a la tarea de implementar dichos Tratados en la legislación nacional. Así fue como en 1998 se sancionó la “Digital Millenium Copyright Act” (DMCA) con el propósito, entre otros, de implementar los mencionados instrumentos sobre Derecho de Autor y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas.¹⁷

¹⁴ Horacio Fernandez Delpech. “Internet: Su Problemática Jurídica” Ed. Heliasta.

¹⁵ Pablo Wagbrait “ La responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet por violación al derecho de autor” Publicado en LL 2000-F, 1143).

¹⁶ Marcel Leonardi “Responsabilidade Civil Dos Provedores de Serviços de Internet” Ed. Juarez de Oliveira. Las traducciones son propias. P 48, 49, 50

¹⁷ Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina - XI: “El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital” Disponible en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_7.pdf.

Autor: Clara Zucchini

Ganador Categoría Joven Profesional. Certamen IP 2008. Mentes Innovadoras para el Desarrollo.

La DMCA modificó parcialmente la Copyright Act de 1976, introduciendo en ésta la sección 512 en la cual se establece una serie de limitaciones a la responsabilidad de los ISPs (limitations on liability relating to material online).

Entre las disposiciones más relevantes de la DMCA, dentro del contexto del presente trabajo, cabe destacar las siguientes:

La normativa define proveedor de servicios como: “una entidad que ofrece transmisión, ruteo o conexión para comunicaciones digitales en línea, entre o a través de puntos especificados por un usuario, de material de su elección, que es enviado o recibido sin sufrir modificaciones en su contenido” o “un proveedor de servicios en línea o de acceso a la red o el operador de la infraestructura necesaria”¹⁸ ¹⁹

A su vez, establece las condiciones que debe cumplir un proveedor de servicios para poder beneficiarse de las limitaciones de responsabilidad establecidas en la norma: A) haber adoptado e implementado razonablemente, así como informado a sus abonados, una política que prevea la terminación del contrato cuando se trate de infractores reincidentes (“repeat infringers”) y B) no interferir y cumplir con las medidas técnicas estándar que sean utilizadas por los titulares de derechos de PI para identificar o proteger sus obras, cuando hayan sido consensuadas por ambas partes, estén a disposición de cualquier persona y no impliquen costos o cargas sustanciales para los proveedores de servicios.

El mencionado art. 512 establece los comúnmente denominados “safe harbors” (puertos seguros), es decir, cuatro situaciones en las cuales las actividades de los proveedores de servicios en línea quedan exentas de la obligación de reparar los daños ocasionados como consecuencia de las infracciones a los derechos de la PI realizadas por sus usuarios

Esas situaciones son: a) la mera transmisión de contenidos (transitory digital network Communications), b) el almacenamiento temporal en caching (system caching), c) el alojamiento de datos o “hosting” de sitios o páginas web de terceros. (information residing on systems or networks at direction of users), d) el uso de herramientas de localización de información (motores de búsqueda) incluyendo directorios, referencias y enlaces de hipertexto (information location tools).

En relación con cada una de estas actividades, las respectivas disposiciones establecen las condiciones que deben cumplir los ISPs para poder sustraerse a la obligación de reparar los daños ocasionados como consecuencia de las infracciones a los derechos de la PI realizadas por sus usuarios.²⁰ Veamos en detalle las situaciones mencionadas:

a) En referencia a la mera transmisión de contenidos, la normativa dispone que el proveedor de servicios no será responsable por la violación de derechos a la PI en razón de la transmisión de datos, ruteo o conexión en un sistema o red controlado u operado por el proveedor, ni por el almacenamiento intermediario y temporal del material realizado en el transcurso de dicha transmisión de datos, siempre que se cumpla con las condiciones establecidas en la norma: i) La transmisión del material haya sido iniciada por un individuo que no sea el propio proveedor, ii) La transmisión, ruteo, conexión o almacenaje haya sido

¹⁸ DMCA art. 512(k) (1) (B). La traducción es propia.

¹⁹ Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina - XI: “El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital” Disponible en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_7.pdf

²⁰ Ivan Hofman, B.A., J.D “ The notice and take down Provisions of the DMCA”.

Autor: Clara Zucchini

Ganador Categoría Joven Profesional. Certamen IP 2008. Mentes Innovadoras para el Desarrollo.

realizada por medio de un proceso automático, sin modificación o selección del contenido por parte del proveedor, iii) que el proveedor no haya seleccionado a los destinatarios del contenido y que la transmisión constituya una respuesta automática a la solicitud por parte de un individuo distinto del propio proveedor.²¹

b) Con respecto al almacenamiento temporal la ley estableció en su inciso 'b' ciertas limitaciones a la responsabilidad de los proveedores, destacando que estos no serán responsables por la violación de derechos a la PI ocasionados por el almacenamiento temporal o intermediario en un sistema o red controlado u operado por el proveedor de servicios toda vez que: i) el material haya sido dispuesto en la red por un individuo que no sea el propio proveedor, ii) haya sido transmitido por esta a través del sistema o la red para terceros, iii) el almacenamiento haya sido realizado por medio de un proceso automático con el propósito de hacer disponible el material a los usuarios del sistema o red que lo hubieran requerido. Finalmente el proveedor deberá también bloquear el acceso a los contenidos señalados como ilegales ni bien tenga conocimiento de tal situación obedeciendo las condiciones estipuladas en la ley

c) En relación a la responsabilidad de los proveedores de hospedaje el inciso 'c' de la mencionada ley establece una exención de responsabilidad directa e indirecta por infracciones al derecho de autor para el proveedor de hospedaje que: i) no tenga conocimiento efectivo (actual knowledge) de que el contenido o la actividad basada en la utilización de ese contenido en el sistema se encuentra en infracción, ii) no sea conciente (not aware) de hechos o circunstancias que revelan que una actividad es infractora, iii) no obtenga un beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, iv) remueva o impida el acceso a la información ilegal a partir del momento en que tenga conocimiento de su existencia.

d) En cuanto a los mecanismos de búsqueda de información la norma establece prácticamente el mismo sistema de responsabilidad que para los proveedores de almacenamiento, exceptuando de responsabilidad a aquellos proveedores de servicios que mediante procedimientos de búsqueda automatizada dispongan enlaces para sitios web que contengan material ilícito, siempre y cuando se cumplan los requisitos anteriormente mencionados.

A continuación, en el mismo párrafo, se establece un complejo procedimiento de notificación de las infracciones, denominado "notice and takedown", expresión que significa quitar (takedown) de Internet los contenidos que se denuncia que están en infracción luego de recibida la notificación pertinente (notice). Al recibir esta notificación el ISP debe actuar rápidamente para suprimir el contenido o bloquear el acceso a este. De no actuar en la forma indicada podrá ser considerado responsable por la infracción. En relación con el mencionado procedimiento la ley estableció un dispositivo que tiene por objeto cohibir la eventual conducta maliciosa de terceros que requieran injustamente el bloqueo de informaciones legítimas responsabilizándolos por los daños causados al proveedor de contenidos, proveedor de almacenaje y al titular de los derechos de la PI. En conjunto con tal dispositivo la mencionada ley exonera de responsabilidad a los ISPs que bloqueen el acceso a información supuestamente ilegal independientemente de que posteriormente sea considerada lícita o ilícita.

Es de fundamental importancia hacer referencia al art. 512(h) en el que la norma establece un importante dispositivo mediante el cual el titular de un derecho de PI puede

²¹ DMCA art. 512 (a). La traducción es propia.

Autor: Clara Zucchini

Ganador Categoría Joven Profesional. Certamen IP 2008. Mentes Innovadoras para el Desarrollo.

obtener una citación judicial (subpoena) que ordene a un ISP a suministrar los datos necesarios para identificar a un supuesto infractor; este procedimiento cobra relevancia ya que permite responsabilizar al verdadero autor del ilícito.

Finalmente, estipula el artículo 512(m) que un ISP no tiene el deber de monitorear o investigar efectivamente actividades infractoras en su servicio a fin de poder ampararse en las limitaciones de responsabilidad (safe harbors) previstas en dicha normativa.

Tomemos a modo de ejemplo el caso “Ellison v. Robertson”. El demandado había escaneado entre marzo y abril de 2000 una serie de obras de ficción de autoría y titularidad del demandante, Harlan Ellison, conocido escritor de novelas. Una vez digitalizadas las obras sin autorización del autor, Robertson las cargó en el sitio de un grupo de noticias Usenet. Cuando Robertson cargó las copias en infracción de las obras de Ellison, la política del proveedor de servicios de Internet America Online (AOL) consistía en mantener almacenados los mensajes de tipo Usenet que contuvieran archivos digitales en los servidores de la empresa por un lapso de catorce días. Luego de que Robertson cargó las reproducciones no autorizadas de las obras de Ellison en el grupo de noticias, éstas fueron reenviadas y copiadas en servidores Usenet de distintas partes del mundo, incluyendo los de propiedad de AOL. Al enterarse de la actividad infractora, el autor envió una notificación de infracción a AOL, con fundamento en el art. 512(C)(3) (procedimiento de “notice and takedown”). Durante el pleito AOL negó haber recibido dicha notificación. A poco de iniciada la demanda, el actor desistió de su reclamo respecto de Robertson continuando solo contra AOL, por infracción coadyuvante (contributory infringement) y responsabilidad indirecta (vicarious liability) por la difusión no autorizada de sus obras.

El tribunal sostuvo que para que tuviera acogida el reclamo por infracción directa (direct infringement) contra AOL, el demandante debía cumplir dos requisitos: 1) probar que era el titular del material objeto de la infracción y 2) probar que el supuesto infractor lesionó al menos uno de los derechos exclusivos reconocidos a los titulares por la Copyright Act. Estimó que, de acuerdo a lo resuelto en “Religious Technology Center v. Netcom On-Line”, los proveedores de servicios de Internet (ISP) solo operan o implementan un sistema que es esencial para que los mensajes de Usenet sean ampliamente distribuidos. De modo que consideró innecesario interpretar la Copyright Act de forma tal de convertir a dichos proveedores en infractores. Citó el precedente Netcom, en el cual el tribunal basó su conclusión en que no encontraba razonable adoptar una teoría de responsabilidad directa que convirtiera a la totalidad de Internet en responsable por actividades que no pueden, razonablemente, ser controladas y que la responsabilidad por infracción directa debía quedar limitada a aquellos usuarios que, como Robertson, habían realizado la reproducción efectiva de las obras.

Respecto del reclamo por infracción coadyuvante (contributory infringement), el tribunal consideró que la responsabilidad existe si el demandado se involucra en actividades que alientan a la infracción. En consecuencia, el infractor que contribuye debe “conocer o tener razones para conocer la infracción directa”. Ellison había sostenido que AOL efectivamente conocía la existencia de las reproducciones infractoras de sus obras en sus servidores Usenet en razón del correo electrónico que su abogada había enviado a dicha empresa en abril de 2000. Sin embargo, AOL sostuvo que nunca le había llegado ese correo electrónico y que sólo fue notificada de la infracción cuando recibió la demanda de Ellison. Si bien el tribunal aceptó la afirmación de que AOL nunca habría recibido el correo

Autor: Clara Zucchini

Ganador Categoría Joven Profesional. Certamen IP 2008. Mentes Innovadoras para el Desarrollo.

electrónico, estimó que en el caso, podía inferirse que dicha empresa tenía motivos para saber que reproducciones de las obras de Ellison en infracción al Copyright estaban almacenadas en sus servidores Usenet.

AOL sostuvo que la mera provisión de acceso a Usenet estaba sumamente alejada de una efectiva actividad infractora como para constituir una contribución sustancial al ilícito. Fundó esta afirmación en el artículo 512(m) de la Digital Millennium Copyright Act (DMCA) que establece que un ISP no tiene que monitorear o investigar efectivamente actividades infractoras en su servicio a fin de poder ampararse en las limitaciones de responsabilidad (safe harbors) que prevé la DMCA.

El tribunal rechazó la acción contra AOL porque consideró que la responsabilidad indirecta (vicarious infringement) se configura cuando un proveedor de servicios en Internet tiene el derecho y la facultad de supervisar la actividad infractora y también posee un interés económico directo en dichas actividades. AOL había alegado que no poseía el derecho ni la facultad de supervisar la actividad infractora de Robertson debido a la naturaleza automatizada de su participación en el sistema Usenet y que la posibilidad con que contaba de remover o bloquear el acceso a actividades infractoras por parte de usuarios no pertenecientes a AOL, no constituía una facultad de controlar o supervisar, como podía ser el caso de otro tipo de proveedores de servicios de Internet.

El Tribunal estuvo de acuerdo con esta argumentación y expresó que, para que se pudiera decir que el ISP había tenido el derecho y la facultad de controlar la actividad infractora, la DMCA exigía más que la simple facultad de borrar material en infracción y bloquear el acceso a este luego de que fuera puesto en un sitio web. También dijo que aún en el supuesto de que AOL hubiera podido controlar la actividad infractora de Robertson, no sería responsable en forma indirecta por infracción al copyright dado que no había obtenido un beneficio económico directo por dicha actividad, aclarando que este existe cuando la disponibilidad de material en infracción constituye un atractivo para los clientes. Estimó que esto no había ocurrido porque la importancia de Usenet en el ámbito de AOL era sumamente reducida y más reducida aún era la utilización de Usenet que se relacionaba con actividades infractoras del copyright.

El tribunal sostuvo, con cita del artículo 512(i) de la DMCA, que las limitaciones (safe harbors) a la responsabilidad de los ISP sólo son aplicables si estos han adoptado, implementado razonablemente y notificado a sus clientes una política que prevea la terminación del servicio a quienes reiteran infracciones al copyright y que todo ello había sido cumplido por AOL.^{22 23}

b) El marco regulatorio en la Unión Europea

Este marco legal está compuesto de dos directivas que establecen las reglas generales de responsabilidad de los ISPs.

La primera de ellas es la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo. Esta normativa establece reglas generales de responsabilidad de los ISPs independientemente de la

²² Internet Library of Law and Court Decisions. Disponible en

http://www.internetlibrary.com/cases/lib_case255.cfm

²³ La presente sección se basa enteramente en: Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina - XI: "El derecho de autor y los derechos conexos en el entorno digital" Disponible en: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_7.pdf y Marcel Leonardi. "Responsabilidade Civil Dos Provedores de Serviços de Internet". Ed. Juarez de Oliveira. Las traducciones son propias.

Autor: Clara Zucchini

Ganador Categoría Joven Profesional. Certamen IP 2008. Mentes Innovadoras para el Desarrollo.

naturaleza de la ley violada a través de la transmisión ilícita adoptando así, un sistema horizontal. En tanto la segunda, es la directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo relativa a la armonización de ciertos aspectos de derecho de autor y de los derechos conexos en la sociedad de información.

La directiva 2001/29/CE establece la exención de responsabilidad de todo intermediario (incluidos en esta categoría los ISPs) que almacene en forma temporal información cuando tal proceso sea inherente y necesario para la transmisión de información protegida por el derecho de la PI.

Ambas directivas se complementan estableciendo pautas mínimas a ser seguidas por todos los países miembros de la Unión Europea, dejando libertad para legislar en cuanto a temas más específicos.²⁴

La directiva 2000/31/CE fue adoptada con el objeto de incentivar el comercio electrónico en la Unión Europea y crear un marco regulatorio destinado a asegurar la libre circulación de los servicios de la sociedad de información entre los estados miembros.

A los efectos del presente trabajo analizaremos únicamente las cuestiones relativas a las limitaciones de responsabilidad establecidas para los ISPs que se encuentran reguladas por los artículos 12 a 15 de la presente normativa.

La Directiva define al prestador de servicios de la sociedad de información como “cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de información”.²⁵

La citada norma se orienta al proveedor de servicios como la entidad a través de la cual tiene lugar un acto de transmisión, alojamiento o envío de información que como intermediario, no tiene control ni conocimiento sobre la información transmitida o almacenada.

El artículo 12 se refiere a la mera transmisión de información y establece que en dicho caso el proveedor de servicios no tendrá responsabilidad siempre que cumpla con los siguientes requisitos: a) no haya originado el mismo la transmisión, b) no seleccione el destinatario de la transmisión y c) no seleccione ni modifique los datos transmitidos.

Este artículo aclara también que el almacenamiento automático, intermediario y transitorio de las informaciones transmitidas queda comprendido en el concepto de “actividades de transmisión y provisión de acceso”, siempre que esto sea realizado únicamente para permitir la transmisión de datos y en tanto su duración no exceda el tiempo razonable necesario para efectuar dicha tarea.²⁶ ²⁷

En este caso la exención de responsabilidad se basa en que la actividad realizada pueda ser considerada como “simple transmisión de datos” sin interferencia o control sobre los mismos y el motivo de la misma es que desde el punto de vista técnico, la mencionada reproducción es imprescindible para la transmisión de datos a través de la red.

El artículo 13 remite al almacenamiento temporáneo (caching). El proceso de caching, permite un uso más rápido y eficiente de Internet. Las informaciones más accedidas de servidores remotos son copiadas en los servidores locales, evitando que aquellos reciban más solicitudes de las que pueden atender, lo que causaría una sobrecarga en la red e

²⁴ Marcel Leonardi. “Responsabilidade Civil Dos Provedores de Serviços de Internet”. Ed. Juarez de Oliveira. Las traducciones son propias. 34-44.

²⁵ José Luis Barzallo “La Propiedad Intelectual en Internet” P. 354

²⁶ Directiva 2000/31/CE

²⁷ José Luis Barzallo “La Propiedad Intelectual en Internet” P 356.

Autor: Clara Zucchini

Ganador Categoría Joven Profesional. Certamen IP 2008. Mentes Innovadoras para el Desarrollo.

impediría el acceso a dicha información. La ley establece una limitación de responsabilidad por daños causados por el almacenamiento temporal de información, siempre que el prestador de servicios: a) no modifique la información, b) cumpla con las condiciones de acceso a la información, c) cumpla las normas relativas a la actualización de la información, d) no interfiera en la utilización lícita de tecnología realizada por el sector con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información, y e) actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado o para bloquear el acceso a ella cuando tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal o autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir su acceso.

El artículo 14 hace referencia al almacenamiento de información en servidores (hosting). En orden a ser beneficiados con una limitación de responsabilidad, estos proveedores deberán, a partir del momento en que tengan conocimiento de la ilicitud o en que sean alertados a cerca de la misma, proceder con diligencia, removiendo la información o bloqueando el acceso a la misma.

En este punto la ley establece una importante diferenciación entre responsabilidad civil y penal. En términos de responsabilidad penal dispone que el proveedor no será responsabilizado penalmente por hospedar información ilegal de terceros a menos que tenga conocimiento efectivo de la existencia de información ilegal en sus servidores.

En tanto en términos de responsabilidad civil, se dispone que el proveedor de hospedaje no será responsable por daños si no tiene conocimiento de actos o circunstancias que evidencien una actividad o información ilegal.

Este artículo ha merecido duras críticas en cuanto a su redacción ya que no establece claramente que significa tener “conocimiento de hechos o circunstancias que evidencien una actividad o información ilegal”.

Finalmente el artículo 15 establece la ausencia de la obligación general de vigilancia. Se refiere a un deber de “no monitorear” de carácter genérico. El objetivo del mismo es impedir que se imponga la obligación de monitoreo de todas las actividades de los usuarios del proveedor, ya que ello volvería inviable el funcionamiento debido a la gran cantidad de datos que el mismo precisaría verificar en forma ininterrumpida.

A los efectos del presente trabajo analizaremos únicamente el artículo 5 de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo, que trata de las exenciones y limitaciones a los derechos de autor. El mencionado artículo establece que el derecho exclusivo de reproducción debe ser sujeto a una exención para permitir ciertos actos de reproducción temporaria, que consisten en reproducciones transitorias o puntuales, que constituyen una parte integrante y esencial de un proceso tecnológico efectuado con el objeto de posibilitar una transmisión más eficaz. Los actos de reproducción mencionados no deberán tener en sí, valor económico.

Satisfechas las condiciones mencionadas, la exención es aplicable a los actos que posibilitan la navegación (browsing), los actos de almacenamiento temporario (caching), e incluso los que permiten el funcionamiento eficaz de los sistemas de transmisión, siempre que el intermediario no altere el contenido de la transmisión.^{28 29}

²⁸ Marcel Leonardi, “Responsabilidad Civil Dos Provedores de Serviços de Internet”. Ed. Juarez de Oliveira. Las traducciones son propias. P 58-60.

²⁹ Directiva 2000/31/CE y 2001/29/ CE.

Autor: Clara Zucchini

Ganador Categoría Joven Profesional. Certamen IP 2008. Mentes Innovadoras para el Desarrollo.

IV a) Análisis comparativo

Primero: mientras la DCA y la DMCA son leyes nacionales, las Directivas europeas son normas supranacionales, vinculantes para todo Estado miembro. Sin embargo son leyes marco que permiten a las autoridades nacionales la elección de la forma y los medios para aplicarlas, transponerlas o incorporarlas al derecho nacional.

Segundo: la Directiva europea establece reglas generales de responsabilidad de los ISPs independientemente de la naturaleza de la ley violada a través de la transmisión ilícita adoptando así, un sistema horizontal, mientras que la DMCA ha instrumentado un sistema vertical, es decir, ha tratado la cuestión específicamente desde el derecho de autor.

Tercero: Tanto la Directiva 2000/31/CE como la DMCA establecen una limitación de responsabilidad para ciertas actividades realizadas por los ISPs en vez de enunciar categorías de proveedores.

Cuarto: ambos sistemas legislativos limitan la responsabilidad por las actividades de: simple transmisión o transporte de datos (mere conduit), almacenamiento temporáneo (caching) emplazamiento u hospedaje (hosting). Pero la legislación Norteamericana contempla además una limitación a la responsabilidad por las actividades llevadas a cabo por herramientas de localización de información mientras que este punto no es contemplado por la legislación europea.

Así mismo ambos sistemas tratan de modo similar las actividades de simple transmisión de datos así como establecen una limitación de responsabilidad para actividades de “caching”.

Quinto: ninguno de los dos sistemas exime de responsabilidad al proveedor de contenidos que cree, modifique o seleccione la información puesta a disposición ya que en ninguno de los dos sistemas ésta hipótesis configura actividad intermediaria. Tanto el sistema europeo como el norteamericano otorgan un tratamiento similar a los proveedores de hospedaje.

Sexto: mientras la DMCA establece el procedimiento de “notice and take down policy” que pone en funcionamiento un mecanismo extrajudicial, la Directiva europea no contempla un procedimiento de estas características en su ley marco, sino que cada país miembro instrumenta un procedimiento judicial similar adaptable a su legislación.

Séptimo: La normativa estadounidense establece un procedimiento mediante el cual el titular de un derecho de PI puede obtener una resolución judicial denominada “subpoena” que ordena al proveedor de servicios en línea a revelar la identidad de un suscriptor respecto del cual puede presumirse se encuentra involucrado en actividades infractorias, de manera que el verdadero actor sea responsabilizado. La Directiva europea contempla también un procedimiento similar.

Octavo: finalmente ambos sistemas eximen de responsabilidad a los ISPs por el pago de indemnizaciones pero no quedan exentos de eventuales medidas urgentes cuyo objeto sea la remoción o bloqueo de información lesiva.³⁰

³⁰ Marcel Leonardi “Responsabilidade Civil Dos Provedores de Serviços de Internet”. Las traducciones son propias. P 61

Autor: Clara Zucchini

Ganador Categoría Joven Profesional. Certamen IP 2008. Mentes Innovadoras para el Desarrollo.

b) Ventajas y desventajas de ambos sistemas

El establecimiento de limitaciones de responsabilidad encausado hacia ciertas actividades en lugar de hacia categorías de proveedores constituye una ventaja importante teniendo en cuenta que muchas de las empresas del sector ofrecen más de uno de estos servicios simultáneamente.

Considero que ha sido un acierto por parte de la legislación norteamericana haber otorgado una limitación de responsabilidad para las herramientas de localización de información. Sostiene el Dr. Pedro Less Andrade, Gerente de Asuntos Gubernamentales y Políticas Públicas para Latinoamérica de la empresa Google, que considerando la existencia de mas de 1300 millones de usuarios de Internet, todos ellos con potencialidad de crear y publicar contenidos en la web, el papel de los motores de búsqueda y demás servicios que facilitan el acceso a la información en la red es fundamental para no perderse en los millones de contenidos publicados.³¹

Constituye una ventaja también, la disposición por parte de ambos sistemas de una limitación de la responsabilidad por actividades de “caching” debido a que estas actividades son imprescindibles para optimizar la tecnología utilizada en Internet.

Otro punto a destacar es el procedimiento de “notice and take down policy” que constituye una ventaja en cuanto a que permite a los proveedores de servicio tomar conocimiento de la existencia de material ilícito en sus servidores y removerlo sin necesidad de medidas judiciales específicas. Además este procedimiento establece el grado de conocimiento necesario que debe tener un proveedor para bloquear el acceso a un contenido ilícito.

Además resulta beneficioso que ambas legislaciones estén alineadas, considerando la problemática de la jurisdicción respecto de Internet

V- a) La responsabilidad de los ISP en Argentina. El marco legal.

La cuestión que se plantea respecto de los proveedores de servicios de Internet es la siguiente: ¿Hasta que punto y bajo que condiciones son responsables los ISPs por los contenidos violatorios de los derechos de la PI que se introducen por intermedio de ellos en Internet?³²

Es necesario comenzar el presente capítulo aclarando que el sistema legal argentino no contiene una codificación de reglas aplicables a cuestiones de Internet. El derecho de Internet esta evolucionando en argentina a través de la aplicación de reglas contenidas en el código civil, leyes generales y unas pocas normas que regulan algunos aspectos relacionados con Internet.

No creo que sea necesario ni conveniente elaborar una codificación sobre la materia. Considero más atinado hacer aplicación de los principios y reglas generales del derecho y solo en contadas situaciones recurrir a nuevas normas, como se ha hecho en Estados Unidos o en Europa.³³

A continuación analizaremos aquellas normas dictadas en nuestro país que tienen una relación directa con la temática planteada en este trabajo.

El Decreto 1279/1997 declara en su artículo 1° que el servicio de Internet se considera comprendido dentro de la garantía constitucional que ampara a la libertad de expresión

³¹ “El día mundial de la Propiedad Intelectual” Pedro Less Andrade.

³² Pablo Wagbrait. “ La responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet por violación al derecho de autor. Publicado en LL 2000-F, 1143).

³³ Guillermo Cabanellas de las Cuevas “Derecho de Internet” Ed. Heliasta. P 11,18

Autor: Clara Zucchini

Ganador Categoría Joven Profesional. Certamen IP 2008. Mentes Innovadoras para el Desarrollo.

correspondiéndole en tal sentido, las mismas consideraciones que a los demás medios de comunicación. En sus considerandos establece que dada la vastedad y heterogeneidad de los contenidos del mencionado servicio, es posible inferir que el mismo se encuentra comprendido dentro del actual concepto de prensa escrita.³⁴

La Resolución 1235/1998 de la Secretaría de Comunicaciones establece en su artículo 1° “las facturas emitidas por los Internet provider deberán incluir la siguiente inscripción: El Estado nacional no controla ni regula la información disponible en Internet...”³⁵ Si bien la presente normativa establece una obligación para los “Internet provider”, no brinda definición alguna de que es un ISP.

A su vez la Ley 25.690 establece también una obligación para los “Internet Service Provider”, así denominados por la misma norma. En este caso se trata de la obligación de ofrecer software de protección que impida el acceso a sitios específicos. Sin embargo tampoco esta normativa define qué es un ISP.³⁶

Finalmente la Ley 25.140 aprueba el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor y el Tratado de la OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas, otorgándoles a dichas normas recepción en nuestra legislación.

A estos tratados se los ha llamado “Tratados de Internet” ya que contienen una serie de cláusulas que ofrecen ciertas respuestas a los desafíos impuestos por la tecnología digital y el entorno de Internet.

A fin de dar cumplimiento a los tratados, el Congreso norteamericano aprobó la DMCA. La Unión Europea hizo lo propio mediante la aprobación de la Directiva 2000/31/CE. A su vez varios países de Latinoamérica están revisando sus leyes de PI como consecuencia de la suscripción de acuerdos de libre comercio o promoción de inversiones con países desarrollados.³⁷ ³⁸ En tanto Argentina aún no adecua completamente su legislación a dichos instrumentos.³⁹

Finalmente considero conveniente hacer una breve mención a cerca del Proyecto de ley de Comercio Electrónico que solo obtuvo tratamiento parcial en el Congreso.

El proyecto, que toma como fuente principal a la Directiva 2000/31/CE, tiene por objeto fundamental establecer la garantía de seguridad jurídica mediante un marco claro y de carácter general. En su art. 2° establece que “Prestador de Servicios comprende al operador de telecomunicaciones y de portales, y al proveedor de acceso a Internet, de servicios de alojamiento de datos o motores de búsqueda. También comprende al operador o intermediario de mercados virtuales, cuando tales redes o mercados sean utilizados en la compraventa y otros contratos celebrados por vía electrónica referidos a bienes o servicios”. Además en los artículos 11, 12, 13 y 14 instituye el deber de no monitorear y establece un sistema de exenciones de responsabilidad para los ISP,

³⁴ B.O., XII-1997

³⁵ B.O., 28-V-1998

³⁶ B.O., 3-1-2003

³⁷ Entrevista con Pedro Less Andrade, Gerente de Asuntos Gubernamentales y Políticas Públicas para Latinoamérica de Google Inc.

³⁸ Ver Chile: proyecto modificatorio de Ley 17336. Título IV, Capítulo III. Disponible en:

<http://tratojustoparatodos.cl/docs/proy5393.pdf>. Dicho proyecto cuenta con aprob. en Cam. Diputados y se encuentra en bajo análisis del senado.

³⁹ B.O. 24-9-1999

Autor: Clara Zucchini

Ganador Categoría Joven Profesional. Certamen IP 2008. Mentes Innovadoras para el Desarrollo.

clasificándolos y asignándoles la misma responsabilidad que la normativa europea con el fin de evitar la incertidumbre sobre la responsabilidad de estos prestadores de servicios.⁴⁰

b) Naturaleza jurídica de los ISP

Para poder determinar la responsabilidad de los ISPs debemos primero determinar la naturaleza jurídica de los mismos. Al respecto existen en doctrina, tanto nacional como internacional, dos posturas claramente diferenciadas. Para algunos los proveedores de servicios son editores. Si consideramos que son editores, estos tendrían una responsabilidad por los contenidos incorporados ya que al ser editores tienen la responsabilidad de controlar los contenidos de los sitios a los que prestan sus servicios. Para otros estos proveedores son simplemente distribuidores de la información. Esta postura considera al ISP como un mero distribuidor de la información o un prestador de equipos para la transmisión de la información y que, consecuentemente, en su papel de distribuidor de la información, no tiene responsabilidad alguna ya que es imposible pretender que controle el gran flujo de información que se transmite o aloja en su servidor.^{41 42}

c) Régimen de responsabilidad aplicable en la actualidad:

Como se menciono previamente, la carencia en Argentina de una normativa específica sobre la responsabilidad de los ISPs hace aplicable el régimen de responsabilidad de nuestro Código Civil. En nuestro derecho existen dos tipos de responsabilidad:

Responsabilidad contractual, que deriva del incumplimiento de un contrato, y responsabilidad extracontractual, que se origina en haber producido un daño a otro sin que exista un nexo contractual.

A su vez existen dos factores de atribución de responsabilidad:

Por una parte encontramos la responsabilidad objetiva, regulada por los artículos 1113, 1071, 1071bis, 1198 y complementarios del Código Civil y por otra parte hallamos la responsabilidad subjetiva regulada por los artículos 512 y 1109 del Código Civil.

Considero apropiado aplicar a los ISPs plena responsabilidad objetiva por la publicación de contenidos propios. Asimismo me parece atinado aplicar responsabilidad subjetiva a los ISPs por contenidos ajenos,⁴³ la cual surge únicamente de su negligencia manifiesta o cuando se comunicó la existencia de un contenido ilícito y el proveedor no toma las medidas necesarias para evitar que el ilícito se continúe cometiendo. Es importante destacar que si bien es posible basarse en legislaciones foráneas es fundamental tener en cuenta las características de nuestro sistema legislativo evitando transpolar legislación. Por ejemplo: EE UU cuenta con un procedimiento extrajudicial (Notice and Take Down). Dicho procedimiento es eficaz en su marco legal debido a la existencia de la figura de "contributory infringement".⁴⁴ Sería un error aplicar dicho procedimiento en Argentina debido a la inexistencia de dicha figura. Así como también porque se estaría dejando a un

⁴⁰ Proyecto de ley de Comercio electrónico, disponible en: http://www.senado.gov.ar/web/comisiones/verExpeComi.php?origen=S&tipo=PL&numexp=3812/06&nro_comision=&tConsulta=3

⁴¹ Gustavo Daniel Tanus "La responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet" E.D., 900.

⁴² Horacio Fernandez Delpech. "Internet: Su Problemática Jurídica" Ed. Lexis Nexis. Abeledo Perrot. P.220

⁴³ Horacio Fernandez Delpech. "Internet: Su Problemática Jurídica" Ed. Lexis Nexis. Abeledo Perrot. P.224

⁴⁴ 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 infractor. Jorge Mario Galdos "Responsabilidad civil de los proveedores de servicios de Internet" LL 2001-D, 953

Autor: Clara Zucchini

Ganador Categoría Joven Profesional. Certamen IP 2008. Mentes Innovadoras para el Desarrollo.

lado el principio de legalidad, que impone la necesidad en el caso de nuestro país de recurrir a un procedimiento judicial. En varios estados miembros de la UE cuyo sistema legislativo es similar al nuestro, se ha establecido una exención de responsabilidad directa e indirecta por infracciones al derecho de autor para el proveedor que no tenga “conocimiento efectivo” de que el contenido o la actividad basada en la utilización de ese contenido en el sistema se encuentra en infracción, entendiéndose que existe “conocimiento efectivo” cuando un tribunal de justicia competente haya notificado legalmente al ISP a cerca de la infracción (ordenando la eliminación o bloqueo a la información), por tanto las legislaciones han dispuesto procedimientos similares al instrumentado por EE UU pero llevados a cabo con intervención de la justicia.

d) La problemática de la Inseguridad Jurídica

Mas allá de el tipo de servicio que presten, la posibilidad de ser considerados responsables por las infracciones que pudieran cometer los usuarios de los servicios por ellos ofrecidos, coloca a los ISPs, en una posición de incertidumbre que necesita ser definida.⁴⁵

Consultado a cerca de la problemática que representa la falta de un marco regulatorio adecuado, sobre la responsabilidad del los ISPs por la publicación de contenidos de terceros, el Dr. Lisandro Frene miembro del estudio jurídico “Richards, Cardinal, Tutzer, Zabala & Zaefferer” expresa que los clientes consultan frecuentemente a cerca el riesgo de litigiosidad que podría enfrentar la empresa al realizar concursos y promociones “interactivas”, que promueven entre los usuarios el upload de diversas clases de contenidos (videos, fotos, canciones, textos, etc).

Explica el Dr. Frene que este tipo de promociones, cada vez más utilizadas por las áreas de marketing y publicidad de las empresas, constituyen una actividad riesgosa desde el punto de vista del derecho civil, ya que el organizador podría ser considerado responsable del contenido subido por los usuarios es decir, podría verse expuesto a responsabilidad por violación a derechos de autor, de marcas, por uso de imagen de terceros, por difamación, calumnias e injurias, etc.⁴⁶

Es necesario que obtengamos un marco legal claro, que de respuestas frente a las situaciones planteadas. En nuestro país hay al momento varias causas en trámite en las que se responsabiliza a ISPs por exhibir imágenes de modelos en sitios pornográficos. Tomemos por ejemplo en caso “Zámolo Sofía K. c/ Google y yahoo!”. En esta causa el juez hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la modelo ordenando a las demandadas “Yahoo! Argentina S.R.L.” y “Google Inc.” a realizar los actos necesarios para que se elimine el nombre y vinculación de la actora respecto a un número de sitios detallados en la demanda de contenido sexual, pornográfico, de acompañantes y otras actividades vinculadas al tráfico de sexo, a los que se accedía mediante los respectivos servidores de las demandadas. Para tomar la decisión el magistrado tuvo en cuenta que se encontraban en juego el derecho a la intimidad, al honor y el buen nombre y que la inclusión del nombre de la actora en los sitios identificados, se había realizado sin su autorización, constituyendo un uso indebido del mismo. Además consideró que el rechazo de la medida solicitada era susceptible de acarrear consecuencias más gravosas para la actora que los eventuales perjuicios que su admisión pudiera producir a su contraria. Por otra parte la

⁴⁵ Gustavo Daniel Tanus “La responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet” E.D., 900

⁴⁶ Entrevista realizada personalmente por el autor de este trabajo.

Autor: Clara Zucchini

Ganador Categoría Joven Profesional. Certamen IP 2008. Mentes Innovadoras para el Desarrollo.

demandada invoca su falta de legitimación pasiva, en razón de ser un mero intermediario de acceso a los contenidos que terceros publican en la red, por lo cual no se le puede atribuir conductas ilícitas, que no realiza. Asimismo, advierte que a su juicio la medida resulta ineficaz puesto que la vinculación del nombre de la actora subsistirá a través de otros buscadores. Mientras los propietarios de los sitios no remuevan el nombre de la actora de aquellos, dicha vinculación continuará activa, por lo que la medida debe dirigirse contra ellos.⁴⁷ Sin embargo debemos tener en cuenta que el momento de fallar a cerca de este punto está próximo a llegar y de no haber una legislación apropiada, habrá grandes probabilidades de que haya sentencias contradictorias en los casos mencionados. Es conveniente destacar que los ISPs son un blanco atractivo, ya que son fácilmente ubicables y en su mayoría se trata de empresas de gran solidez patrimonial. Entrevistada recientemente sobre este tema María Baudino, abogada de la empresa “Google” para América Latina, informa que las demandas de esta índole ya suman casi un centenar. Además aclara que se trata de una responsabilidad que no les cabe, de la que como hemos visto, están expresamente liberados en otras legislaciones y que ven con preocupación que dichas demandas pueden perseguir exclusivamente un fin económico. En tanto sobre el tema de las medidas cautelares, Baudino agregó que las mismas son cumplidas en tanto existan las posibilidades técnicas para realizar lo ordenado.⁴⁸

Respecto a este mismo tema opina Sebastian Vibes, Head of Internacional Development de la empresa “RGB” que, si bien sería positivo contar con un marco legal claro al respecto, debido a nuestra idiosincrasia se hace necesario que por parte del gobierno y de las organizaciones avocadas a la defensa de la Propiedad Intelectual, se tomen medidas para instruir a la población.⁴⁹

Aplicar leyes existentes con anterioridad al fenómeno Internet, puede llevar a resultados no deseados, inapropiados, inaplicables y aún ridículos como ocurrió en el reconocido fallo Jujuy.com.⁵⁰ En el caso mencionado se responsabiliza a los propietarios de una página web por daño moral ocasionado a los integrantes de un matrimonio en virtud de mensajes injuriosos contenidos en dicho espacio informático. El daño moral argumentado por los actores se motivó por los mensajes injuriosos que afectaron en forma directa el buen nombre, honor y la reputación de la actora, que también afectó a su marido. Se pueden observar dos líneas de argumentación consideradas por los magistrados. Por una parte los jueces tratan de llevar a cabo un paralelismo con los delitos cometidos por medio de la prensa, entendiendo que en el caso hay tanto un autor de una opinión o mensaje como un editor o difusor del mismo. Creo que este paralelismo entre Internet y los medios de comunicación no es acertado. Las características, las modalidades y la naturaleza de Internet son muy diferentes a la prensa, por lo que no es conveniente tratar de transpolar la legislación.⁵¹ Por otra parte el tribunal consideró a Internet como una cosa riesgosa argumentando que puede ser considerada una nueva forma de energía por reunir los mismos caracteres que la energía eléctrica, correspondiendo por lo tanto aplicar su mismo régimen. Por tanto se determina la responsabilidad del proveedor en virtud de la

⁴⁷ Lexis N° 35004478, C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, publicado en SJA 24/1/2007. JA 2007-I-373, 14/11/2006

⁴⁸ “Google deslinda responsabilidad sobre contenidos en Internet y apela medidas judiciales” Diario La Nación, edición 23 de septiembre de 2008. Disponible http://www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1052804

⁴⁹ Entrevista realizada personalmente por el autor de este trabajo.

⁵⁰ Beatriz Bugallo Montaña. “Internet, comercio electrónico y propiedad Intelectual”. Montevideo 2000

⁵¹ Jorge Mario Galdos “Responsabilidad civil de los proveedores de servicios de Internet” LL 2001-D, 953

Autor: Clara Zucchini

Ganador Categoría Joven Profesional. Certamen IP 2008. Mentes Innovadoras para el Desarrollo.

aplicación del art.1113, 2° párrafo, 2° parte del Código Civil (responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa) y el art. 2311 del Código Civil (régimen de las cosas) considerando a Internet como una cosa riesgosa por la cual el proveedor debe hacerse responsable.^{52 53}

VI-Conclusión

Considero que Argentina debería tomar como fuente a las legislaciones norteamericana y europea para desarrollar un sistema legislativo que tenga por objeto mantener un equilibrio entre el respeto a los derechos a la Propiedad Intelectual y la responsabilidad de los ISP. Estimo que dicha ley debería orientarse a hallar un balance por medio del cual tanto los proveedores de servicios como los titulares de derechos de la Propiedad Intelectual reciban los beneficios comerciales de la explotación de sus obras o servicios, poniendo fin de esta manera a la inseguridad jurídica que prevalece en la materia, favoreciendo el crecimiento de las industrias relacionadas con la propiedad intelectual.

Dicha legislación debería contemplar por lo menos los siguientes aspectos: -Tener presentes los objetivos y principios de la PI al momento de legislar -Contar con la visión del empresariado local. -Brindar una definición y clasificación clara de ISP. -Establecer con claridad las exenciones y recaudos mínimos a ser cumplidos por los ISP en orden a beneficiarse con una exención de responsabilidad. -Disponer de herramientas útiles y prácticas que otorguen al titular de derechos de PI acciones rápidas y eficaces para hacer frente al desafío. -Disponer un sistema de identificación del infractor, que permita responsabilizarlo por sus actividades ilícitas. -Desarrollar iniciativas conjuntas entre el gobierno, las organizaciones avocadas a la protección de la PI y las empresas proveedoras para instruir y concienciar a la población sobre la importancia que tiene el respeto a la PI. -Tener en cuenta la naturaleza fluctuante de la tecnología y dejar abierta la posibilidad real de aplicar las normas generales sobre la responsabilidad vigente, en lo que resulte aplicable en nuestra legislación, a fin de abarcar el mayor ámbito posible.

Finalmente quisiera agregar que el adecuado tratamiento del desafío planteado contribuirá a fortalecer las bases para el progreso de la innovación, de la creatividad, del desarrollo humano y de la economía, todos elementos fundamentales para la evolución de nuestra sociedad.

⁵² “ S.M. y L.E.M.” Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Jujuy, sala I. LLNOA 2004, 1405.

⁵³ Lucas F. Tamango “ La responsabilidad de los administradores de contenidos por el uso de foros de discusión” JA 2005-II-1366