

## EL DERECHO DE AUTOR EN INTERNET Y LAS RESPONSABILIDADES DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET

Jonathan Gabriel GARZÓN GALVÁN\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derechos de autor*. III. *Responsabilidad de los proveedores de Servicios de Internet (PSI)*. IV. *Sistemas de protección*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

La red de Internet ha sido un motor de desarrollo para diversos sectores e industrias, permitiéndoles alcanzar nuevos clientes y mercados de forma ágil y a menor costo.<sup>1</sup> Estos beneficios también se han permeado dentro de la industria autoral, donde los autores tienen plataformas para dar a conocer y explotar sus obras a una audiencia a nivel global sin requerir de fuertes cantidades de inversión. Inclusive los usuarios de la red, al realizar videos o

---

\* Especialista en temas de derecho y tecnología, con experiencia en la implementación de soluciones y herramientas legales relacionadas con la protección de datos personales, firma electrónica avanzada, factura electrónica, protección de propiedad intelectual y derechos de autor en Internet, contratación electrónica, etcétera. Es licenciado en derecho con mención honorífica por la Barra Nacional de Abogados, licenciado en ciencia política y administración pública con mención honorífica por la UNAM y cuenta con los grados de maestro en derecho de la empresa con mención honorífica emitido por la Universidad Panamericana y maestro en comercio electrónico por el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey. Actualmente, es gerente de proyectos y productos de tecnología en Cecoban, S.A. de C.V., y profesor de posgrado en el ITAM, La Salle, Universidad Panamericana y el ITESM. Fungió como miembro del Consejo Directivo y Vicepresidente Jurídico de la Asociación Mexicana de Internet (AMIPCI) durante los periodos 2011 y 2012.

<sup>1</sup> *Cfr.* Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), *The Seoul Declaration, the Future of Internet Economy*, Korea 2008 pp. 5-7. Recuperado de <http://www.oecd.org/internet/consumer/40839436.pdf>, fecha de consulta 4 de marzo de 2014.

audios y escribir blogs o diferentes textos en las redes sociales, podrían convertirse en autores de obras protegidas por derechos de autor sin conocerlo.

Con la red de Internet, la industria autoral percibe que sus derechos están siendo vulnerados cuando los materiales digitales de su creación son compartidos, visualizados y descargados de forma viral. Hoy una obra puede ser reproducida, compartida y descargada por miles de usuarios sin la autorización del autor.

Esta industria ha señalado que la piratería generalizada es el principal culpable del debilitamiento del negocio de la música digital. Los servicios de contenido legítimos en Internet, sea cual sea su modelo, deben adquirir las licencias y remunerar a los titulares de los derechos de autor, además de invertir en infraestructura segura y soporte de calidad, lo cual se torna insostenible cuando se compite con sitios ilegales que no remuneran a los titulares de los derechos de autor y evaden la normativa.

Para los autores proteger sus obras de forma individual y colegiada significa enfrentar la búsqueda, identificación y seguimiento de un gran número de posibles infracciones en una red global como lo es Internet, mientras que el contenido de sus creaciones se sigue descargando y compartiendo sin restricción alguna, lo cual genera una carga adicional y desproporcionada para ellos. El hecho que dicha protección se vea afectada, y que sea bastante complejo evitar que un contenido continúe siendo descargado o compartido, así como la dificultad para conocer la identidad de quién lo está realizando, ocasiona la reducción del incentivo para producir nuevas obras y tecnologías.

Con estos criterios la industria autoral ha considerado que los Proveedores de Servicios de Internet (PSI o ISP por sus siglas en inglés, *Internet Service Providers*), podrían ser parcialmente responsables de los contenidos que comparten y descargan los usuarios de forma ilegal a través de sus redes y servicios.

En este tenor, juicios y controversias se han analizado a lo largo del mundo sin resoluciones o criterios homogéneos. Por ello, algunos países buscaron hacer adecuaciones regulatorias para contemplar puertos seguros a los PSI, y elementos para proteger a los titulares de derechos de autor: EUA con la *Digital Millennium Act*, la Unión Europea con la Directiva 98/34/CE, así como Canadá, Chile y Francia, todos ellos contando con modelos de protección diferente.

Estos modelos tienen por objeto una mayor protección, pero también pueden ser modelos donde se llegan a generar abusos que encarecen los servicios de Internet o que obligan a los proveedores de servicios a desconectar

personas, o afectar derechos de los usuarios como su privacidad, libertad de expresión, entre otros derechos.<sup>2</sup>

Al momento de la redacción del presente artículo, México se encuentra en negociación y ratificación de tratados internacionales como el Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica (en inglés: *Trans-Pacific Strategic Economic Partnership* o *Trans-Pacific Partnership*, o TPP) y el Acuerdo Comercial Anti-falsificación (en inglés: *Anti-Counterfeiting Trade Agreement*, o ACTA), así como reformas nacionales en materia de telecomunicaciones y derechos de autor, que con base en la protección del derecho de autor podrían llegar a responsabilizar de manera indirecta a los PSI en caso de que no monitoreen las comunicaciones realizadas en Internet, afectando el funcionamiento actual de Internet con la posibilidad de repercutir en calidad o costo del servicio a los usuarios, lo cual afectaría los esfuerzos nacionales e internacionales de reducir la brecha digital y aumentar el acceso a la red en mayor medida, así como perturbar derechos humanos de los usuarios de los servicios de Internet.

El objetivo del presente artículo es proporcionar un documento explicativo y de análisis a los diferentes interesados en el tema que sirva para orientar y entablar discusiones futuras en los diferentes foros que al respecto se lleven a cabo. Analizando de inicio las generalidades respecto de los derechos de autor y las principales problemáticas que el abuso de algunos usuarios en red de Internet ha provocado a los intereses de los titulares de dichos derechos. Posteriormente se analizarán los marcos de responsabilidad que pudieran llegar a aplicárseles a los PSI, y finalmente los modelos que se han implementado en otros países para solventar estos conflictos.

## II. DERECHOS DE AUTOR

La Organización Mundial del Comercio (OMC) establece que el principal objetivo de la protección del derecho de autor y los derechos conexos es fomentar y recompensar la labor creativa, es decir, si un autor está protegido se ve estimulado para crear obras, enriqueciendo la literatura, el teatro, la música, e incluso los programas de cómputo de su país.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Zucchini, Clara, *La responsabilidad de los ISPs por los contenidos generados y transmitidos por los usuarios*, Certamen IP 2008: mentes innovadoras para el desarrollo, 2a. ed., Argentina, 2008, pp. 7-11. Recuperado de [https://www.u-cursos.cl/derecho/2011/2/D124T07237/35/material\\_docente/bajar?id\\_material=411759](https://www.u-cursos.cl/derecho/2011/2/D124T07237/35/material_docente/bajar?id_material=411759), fecha de consulta, 4 de marzo de 2014.

<sup>3</sup> Rangel Medina, David, *Derecho de la propiedad industrial e intelectual*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1992, p. 91.

El derecho autoral siempre ha sido un derecho que cada país otorga dentro de sus fronteras, es decir, es un derecho territorial, lo cual era funcional derivado del carácter relativamente limitado de la circulación de las obras.<sup>4</sup> Sin embargo, a raíz de un mayor flujo internacional de productos y servicios, se requirió de acuerdos bilaterales y posteriormente multilaterales, los cuales, en general, establecen que el autor tiene dos tipos de prerrogativas respecto de sus obras: los derechos morales y los derechos patrimoniales, los primeros son aquellos que le permiten al autor tomar ciertas medidas para preservar un vínculo entre él y su obra, destacan: a) el derecho de paternidad (aparecer como autor de la obra, y la salida al comercio de la misma), y b) el derecho de integridad (autorizar su traducción, adaptación, interpretación o cualquier tipo de modificación). Este tipo de derechos están íntimamente unidos al autor por lo que son inalienables, imprescriptibles, irrenunciables e inembargables, e incluso le permite que después de la muerte del autor los herederos salvaguarden los intereses morales del autor, al ser la obra como un reflejo de su personalidad.<sup>5</sup>

Los derechos patrimoniales son aquellas facultades que tiene el autor de autorizar o prohibir la explotación de sus obras u obtener una retribución económica por su uso.<sup>6</sup> Entre las formas de explotación existen varias, pero sólo se ahondará en aquellas que por su relación la forma en que se prestan los servicios a través de la red de Internet sean relevantes.

1. *Reproducción*. Se refiere a la realización de uno o varios ejemplares de una obra en cualquier forma. Es el derecho fundamental de los derechos patrimoniales, el cual permite a su titular autorizar o prohibir que se creen copias de su obra. Aquí, cabe señalar que derivado del funcionamiento de Internet, los PSI requieren para guiar los paquetes de información hasta su destino final, almacenar temporalmente el contenido de la transmisión (que pudiera ser una obra protegida), en la memoria temporal de un enrutador. Por tanto, si esta copia se considera como reproducción, el PSI, el dueño

---

<sup>4</sup> Comisión de las Comunidades Europeas (CCE), *Libro verde: los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información*, Bélgica, 1995, p. 24.

<sup>5</sup> Rangel Medina, David, *op. cit.*, nota 3, p. 102.

<sup>6</sup> Cfr. Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*, p. 8. Recuperado de: [http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/909/wipo\\_pub\\_909.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/909/wipo_pub_909.pdf), fecha de consulta, 6 de marzo de 2014.

o usuarios de la computadora o servidor que realiza esta copia transitoria podría estar cometiendo una infracción.<sup>7</sup>

Otra copia que se realiza debido a funciones informáticas que buscan la optimización de las aplicaciones, es la que se queda en la memoria *caché*. Ésta se genera debido a que cuando a través de una computadora o servidor se accede por primera vez a algún contenido dentro de la red, se hace una copia en la memoria *caché* de dicho equipo; los futuros accesos se realizan a dicha copia, haciendo que el tiempo de acceso al contenido sea menor.

Cuando el equipo necesita leer o escribir en una ubicación en memoria principal, primero verifica si una copia de los datos está en el *caché*. Si es así, el procesador de inmediato lee o escribe en la memoria *caché*, que es mucho más rápido que la lectura o la escritura a la memoria principal. Por lo anterior esta función también podría considerarse una infracción.

La LFDA, en la definición de reproducción, incluye cualquier almacenamiento permanente o temporal por medios electrónicos, y no hace excepción en la facultad del titular de autorizar y prohibir la reproducción cuando sea en memoria temporal o *caché*, por lo que en México los escenarios antes señalados sí se considerarían infracciones, si es que no se llega a comprobar que está dentro de alguna excepción enmarcada por la ley.<sup>8</sup>

2. *Publicación*. La reproducción de la obra en forma tangible y su puesta a disposición del público mediante ejemplares, o su almacenamiento permanente o provisional por medios electrónicos, que permitan al público leerla o conocerla visual, táctil o auditivamente.

3. *Comunicación pública*. Acto mediante el cual la obra se pone al alcance general, por cualquier medio o procedimiento que la difunda y que no consista en la distribución de ejemplares. Esta facultad viene recogida por el artículo 8o. del WCT, y se amplía a que el público pueda acceder a las obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.

Con la definición anterior podría interpretarse que si un usuario pone al alcance de una pluralidad de personas, a través de las plataformas de servicios de los PSI, alguna obra protegida, podría estar infringiendo los derechos de autor, siempre que no exista una excepción aplicable a esa comunicación.

4. *Ejecución o representación pública*. Presentación de una obra, por cualquier medio, a oyentes o espectadores, sin restringirla a un grupo privado o

---

<sup>7</sup> Cfr. Piñeiro Ugarte, Lorena, “Responsabilidad de los ISPs por violación a la propiedad intelectual: Estados Unidos, Europa y Chile”, *Revista Chilena de Derecho Informático*, Chile, 2011, pp. 173 y 174.

<sup>8</sup> Artículos 16 y 27 de la LFDA.

círculo familiar. En este caso no se considera pública la ejecución o representación que se hace de la obra dentro del círculo de una escuela o una institución de asistencia pública o privada, siempre y cuando no se realice con fines de lucro.

5. *Distribución al público*. Es la puesta a disposición del público del original o copia de la obra mediante venta, arrendamiento y, en general, cualquier otra forma.

Los derechos patrimoniales tienen un periodo de vigencia reconocido, el Convenio de Berna establece un mínimo de 50 años después de la muerte del autor, siendo México el único país que actualmente lo protege por más de 100 años después de la muerte del autor. Estados Unidos y la Unión Europea tienen un plazo de 70 años posteriores a la vida del autor.<sup>9</sup>

Estas prerrogativas tienen ciertas limitaciones, es decir, pueden utilizarse sin autorización del titular y sin remuneración, en casos muy específicos, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, se cite la fuente y no se altere la obra. Estos casos específicos quedan determinados por cada país conforme al artículo 9.2 del Convenio de Berna. En México, en el artículo 148 de la LFDA se establecen los casos específicos.<sup>10</sup>

Antes de continuar con el análisis, es importante recordar que la legislación mexicana ofrece una amplia protección en materia de derechos

---

<sup>9</sup> Cfr. Xalabarder, Raquel, “Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?”, *IDP Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 1, España, 2005, pp. 3 y 4. Recuperado de <http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/xalabarder02.pdf>, fecha de consulta, 12 de febrero de 2014.

<sup>10</sup> Los supuestos establecidos son:

I. Cita de textos, siempre que la cantidad tomada no pueda considerarse como una reproducción simulada y sustancial del contenido de la obra.

II. Reproducción de artículos, fotografías, ilustraciones y comentarios referentes a acontecimientos de actualidad, publicados por la prensa o difundidos por la radio o la televisión, o cualquier otro medio de difusión, si esto no hubiere sido expresamente prohibido por el titular de derechos de autor.

III. Reproducción de partes de la obra, para la crítica e investigación científica, literaria o artística.

IV. Reproducción por una sola vez, y en un solo ejemplar, de una obra literaria o artística, para uso personal y privado de quien la hace y sin fines de lucro. Las personas morales no aplican esta excepción salvo que se trate de una institución educativa, de investigación, o que no esté dedicada a actividades mercantiles.

V. Reproducción de una sola copia, por parte de un archivo o biblioteca, por razones de seguridad y preservación, y que se encuentre agotada, descatalogada y en peligro de desaparecer.

VI. Reproducción para constancia en un procedimiento judicial o administrativo.

VII. Reproducción, comunicación y distribución por medio de dibujos, pinturas, fotografías y procedimientos audiovisuales de las obras que sean visibles desde lugares públicos.

de autor, en la vía penal, al constituir como delito grave, perseguido de oficio y con sanción personal y patrimonial la comisión de delitos contrarios al derecho de autor (artículos 424 y 424 bis del Código Penal Federal). La LFDA establece como infracción la reproducción de obras y fonogramas no autorizada, sea con ánimo de lucro directo o indirecto. En forma adicional para ambos casos se establece la posibilidad de la reparación del daño.

En adición, el artículo 234 de la LFDA y 199 bis de la Ley de la Propiedad Industrial establecen las medidas precautorias que el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) puede realizar para la protección de la propiedad intelectual, independientemente de los medios en que estas actividades se cometan y dichas leyes establecen las garantías que se otorgan al presunto infractor para mantener a salvo sus derechos en caso de que no se dicte declaración administrativa de infracción.

### III. RESPONSABILIDAD DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET (PSI)

Actualmente, Internet es de vital importancia para las personas, los gobiernos e inclusive para los autores de la nueva generación, y esta red requiere de los PSI para funcionar y continuar desarrollándose. Pero los PSI sólo se verán impulsados a mantener estos servicios e incluso invertir en su crecimiento, si el régimen jurídico es sencillo, fiable y no impone cargas innecesarias y onerosas para ellos, contando con garantías de que no serán imputados de alguna responsabilidad por actividades que no pueden, ni deben controlar.

En el manejo de contenido protegido por derechos de autor a través de Internet existen varios roles que deben analizarse: 1) el titular de derechos de autor, que es aquella persona que tiene algún derecho moral o patrimonial sobre la obra que está dentro del contenido controvertido; 2) el PSI; 3) el proveedor del contenido, que es la persona o empresa que sube el contenido a la red, y 4) el usuario que usa o descarga el contenido. Algunos de estos roles pueden ser llevados a cabo por una misma persona al mismo tiempo, es decir el autor o productor de una canción puede ser quien también la suba a la red, en este caso es al mismo tiempo titular de derechos de autor y proveedor del contenido; o como el caso de Netflix, quien con sus series originales, es PSI, titular de derechos de autor y proveedor de contenido. Aquí comienza la problemática de si es que el titular de derechos de autor pierde sus derechos por el simple hecho de que el contenido ha sido subido a la red.

Lo primero que habría que señalar es que un usuario es responsable de los usos que hace de los diversos contenidos/obras que encuentran en Internet; de acuerdo con las condiciones que le imponga la legislación nacional sobre derecho de autor o el titular de derechos de autor. El problema radica en que en muchas ocasiones es difícil identificar en la red a una persona para hacerla responsable de la comisión de un ilícito.<sup>11</sup>

Los usuarios y los proveedores de contenido son identificados con un *nickname*, del cual resulta complejo determinar su identificación real, ya que sólo el PSI podría contar con datos que logren identificar el origen de la comunicación, sobre todo si se tiene en cuenta el acelerado ritmo con que los usuarios acceden a las redes informáticas.<sup>12</sup>

En el caso del proveedor del contenido, es quien realmente decide compartir, subir o poner a disposición, una película, serie, canción, libro, artículo o cualquier otro contenido en la red. Este proveedor podría ser al mismo tiempo titular de derechos de autor y no existiría problema alguno; sin embargo, cuando no lo es, esta persona es responsable de los derechos relacionados, en cada caso, con un contenido determinado; pues al ponerlo en la red a disposición de los usuarios, favorece la explotación de tal contenido en forma indiscriminada.<sup>13</sup>

Por otro lado, es entendible, en primera instancia, el porqué de la interpretación o tendencia de responsabilizar al PSI de las actividades realizadas por los usuarios en la red de Internet, ya que sin la existencia de los servicios brindados por los PSI no podrían cargarse, descargarse, visualizarse, copiarse, compartirse y transmitirse sin autorización, con la misma calidad, de manera fácil y con costos reducidos, contenido protegido por derechos de autor, lo cual en el mundo de reproducciones físicas no era sencillo o era fácilmente diferenciable un original de una copia.<sup>14</sup> Este argumento, si bien es real, también es engañoso. Ya que también sin la existencia de estos servicios no se obtendrían tampoco los beneficios de la Sociedad de la Información, los cuales se suponen mayores, como para limitar la existencia de los mismos.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Cfr. Álvarez Amézquita, David *et al.*, “Proveedores de servicios de Internet y de contenidos, responsabilidad civil y derechos de autor”, *Revista Studiositas*, Colombia, 2009, núm. 4, vol. 3, p. 53.

<sup>12</sup> *Idem.*

<sup>13</sup> *Idem.*

<sup>14</sup> Smedinghoff, Tomas J., *Online law: the SPA's legal guide to doing business on the Internet*, EUA, Software Publishers Association, 1996, p. 138.

<sup>15</sup> Viviana Sarra, Andrea, *Comercio electrónico y derecho*, Argentina, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2000, p. 242.

Su situación sería similar a la de una compañía carretera o un proveedor de servicios telefónicos, donde no es posible sostener que dichas compañías deben responder por los actos ilegales que realicen las personas en la carretera construida por ella o vía telefónica, respectivamente. Inclusive, este ejemplo podría verse aún más claro con empresas vendedoras de armas de fuego, donde en ningún momento se responsabiliza a las mismas por los actos que los compradores llegaren a realizar con ellas.

Retomando las razones para la interpretación de responsabilizar a los PSI, éstas descansan en la idea errónea de que ellos conocen, controlan o pueden conocer o controlar el contenido que fluye o está almacenado en sus servicios. Lo anterior es tecnológicamente imposible ya que el monitorear o revisar todos los contenidos e información que viaja por la red requeriría de inversiones multimillonarias donde casi se requeriría del mismo número de personas que están cargando e intercambiando contenido, para revisarlos e interpretar su legalidad.

Adicional a esto, el obligar a auditar y revisar los contenidos de las comunicaciones enviadas por Internet, se encuentra expresamente prohibido en el marco constitucional mexicano, dentro del artículo 16 constitucional, al señalar: “Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas”. Lo anterior está ratificado por el artículo 177 del Código Penal Federal que sanciona hasta con 12 años de prisión a quien intervenga comunicaciones privadas sin mandato de autoridad judicial competente. En este último artículo, se prevé que exclusivamente sea la autoridad judicial quien pueda autorizar y ordenar la intervención de comunicaciones privadas.

Finalmente, suponiendo que fuera tecnológicamente viable y no existiera restricción legal, al permitirle un monitoreo del contenido compartido y bloquear o impedir el acceso de aquel que el PSI considere, se está usando o compartiendo sin autorización, constituye un acto de molestia originado por la simple presunción de la comisión de una infracción, lo cual sería violatorio de garantías de debido proceso, convirtiendo al PSI en una autoridad de decisión, sobre qué material infringe o no derechos de autor para llevar a cabo alguna actividad que impidiera su libre flujo.

### *1. Responsabilidad contractual y extracontractual (objetiva y subjetiva)*

La responsabilidad civil es la obligación de indemnizar o reparar los daños y perjuicios causados a una persona en su integridad física o en su patrimonio fundamentándose en el principio de no causar daño a los demás, y

por consecuencia en el deber de reparar el daño injustamente causado. Se divide en dos categorías, la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual.<sup>16</sup>

La responsabilidad civil contractual procede de un determinado acto jurídico, de un acuerdo de voluntades –generalmente un contrato– que le da la facultad a los sujetos involucrados en dicho acto, para reclamar los daños causados. Este tipo de responsabilidad se deriva de conductas lícitas dentro de actos jurídicos, los cuales no fueron cumplidos por las personas que lo acordaron. Este tipo de responsabilidad está contenida en el artículo 2104 del Código Civil Federal (CCF).

En este tipo de responsabilidad debe considerarse que no basta que haya un contrato entre las partes, sino que se requiere que la actividad causante del daño se encuentre incluida dentro de la esfera de lo pactado y como desarrollo del contenido contractual.<sup>17</sup>

En esta situación se encuentra el PSI con los proveedores de contenido y los usuarios de la red, quienes aceptan los términos y condiciones de uso de los servicios, y donde se establecen las responsabilidades que adquieren las partes por el uso de contenido protegido por derechos de autor, y donde también se establecen mecanismos para apoyar a los autores en caso de que se esté utilizando de forma no autorizada material sobre el cual tengan derechos.<sup>18</sup>

En cuanto a la responsabilidad civil extracontractual, ésta se materializa en cualquier otro supuesto en que el daño o afectación sean causados por circunstancias ajenas a alguna relación contractual previa entre los involucrados, debiéndose acreditar culpa o negligencia por parte del sujeto a quien se le demanda. Es un derecho distinto del que nace por el incumplimiento a un contrato, pero que causa un daño.<sup>19</sup>

Esta es la responsabilidad generalmente atribuida de forma errónea a los PSI, dado que se interpreta que por una omisión de debido cuidado, al permitir el paso de contenido protegido, el PSI causa un daño al titular de derechos de autor, lo cual es incorrecto ya que está impedido por la propia ley para conocer la naturaleza de lo que pasa por sus redes y servicios.

<sup>16</sup> Ángel, Ricardo de, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 1993, p. 26.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 28.

<sup>18</sup> El maestro Joel Gómez Treviño hace un análisis detallado de las políticas de algunas redes sociales como Facebook, Twitter y Youtube. Cfr. Gómez Treviño, Joel, “Retos legales para proteger los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital”, en Pérez-Alonso, Rodrigo y Piedras Fera, Ernesto (coord.), *Una agenda digital: telecomunicaciones y tecnologías de la información en México*, México, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, 2012, pp. 453-461.

<sup>19</sup> Cfr. Ángel, Ricardo de, *op. cit.*, nota 16, p. 28.

La responsabilidad extracontractual se basa en la existencia de un régimen subjetivo u objetivo. El primero se encuentra fundamentado en el marco legal mexicano en el artículo 1910 del CCF y se enfoca en la persona que ha causado el daño y en el efecto que por su acción u omisión se lo causó a otro. La responsabilidad objetiva implica que se debe reparar el daño con base en el perjuicio efectivamente causado, se atribuye a la actividad humana, no a la culpa.<sup>20</sup> Bajo la óptica de este sistema, el PSI sería responsable de la reparación del daño que ha causado si es que, estando en posibilidad razonable de hacerlo, omitió conducirse con el especial cuidado que las circunstancias ameritaban para prevenir el daño a los titulares de derechos de autor, lo que se traduce en un deber de diligencia frente al titular de derechos de autor.

Por tanto, el PSI sería responsable siempre que haya culpa o negligencia de su parte. Este tipo de régimen subjetivo se basa en la teoría de la culpa donde el eje central no es el daño ni la víctima, sino el agente y su conducta frente al daño, bajo la premisa de que “no hay responsabilidad sin culpa”.<sup>21</sup> En este caso, al estar impedido técnica y legalmente para controlar el contenido y los materiales que fluyen o se almacenan al prestar los servicios, es complejo dictaminar este tipo de responsabilidad que debiera imputárseles.

En el caso de la responsabilidad objetiva la cual se encuentra fundamentada en el marco legal mexicano en el artículo 1913 del CCF, no requiere que la actividad sea ilícita. Esta responsabilidad, también catalogada de riesgo creado, no requiere de negligencia o culpa, se apoya en el hecho de que se usa un objeto peligroso que requiere de cuidados especiales, lo cual genera un estado de riesgo para otros.

En este caso la simple existencia del daño reputaría la responsabilidad del PSI como causante del mismo y, por consiguiente, sería responsable de la reparación de los daños y perjuicios causados, toda vez que no es necesario que el afectado acredite la culpa del causante, sino el daño y la causa de éste. Sin embargo, interpretar que el PSI es responsable por ofrecer el servicio de Internet o hacer uso de la tecnología e infraestructura que permite su existencia, requiere al mismo tiempo interpretar que Internet y la infraestructura que le dan vida, son mecanismos, instrumentos, o aparatos peligrosos, o la actividad llevada a cabo por el PSI es una actividad peligrosa.

<sup>20</sup> Álvarez Amézquita, David *et al.*, *op. cit.*, nota 11, p. 60.

<sup>21</sup> Cfr. Aguilar, Jorge, *La responsabilidad civil objetiva por daños al medio ambiente y su regulación en México*, México, Cámara de Diputados, Congreso de la Unión, 2010. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/redipal/redipal-02-10.pdf>. Fecha de consulta, 11 de febrero de 2014.

De estos puntos es posible concluir que en los marcos normativos de origen romano como el mexicano no es posible establecer ningún grado de responsabilidad al PSI, cuando su actuar es neutral es decir, cuando no es quien provee, elige o modifica el contenido o sus destinatarios.

## 2. *Responsabilidad vicaria, contributiva y directa*

En Estados Unidos existen tres tipos de responsabilidad general por daños, las cuales se han aplicado en materia de copyright para obtener la responsabilidad de los PSI por hechos realizados por terceros, utilizando sus servicios.<sup>22</sup>

*Responsabilidad directa (Direct infringement)*. Implica que alguien está realizando directamente la infracción a los derechos patrimoniales de autor. En este caso quien reproduce, distribuye o comunica una obra protegida sin previa y expresa autorización de su autor o titular de derecho es responsable directo de la infracción.<sup>23</sup> Este tipo de responsabilidad se les ha asignado a los PSI dado que al subir el usuario sus contenidos a Internet, la infraestructura del PSI automáticamente los conserva para verificar la transmisión o para facilitar futuras descargas del contenido, lo cual es considerado como reproducción no autorizada. Sin embargo, se creó una excepción en los marcos legales norteamericano y europeo, pero este tipo de responsabilidad por reproducción temporal sigue vigente en el marco normativo mexicano.

*Responsabilidad contributiva (Contributory infringement)*. No requiere la comisión personal de la infracción aunque sí el conocimiento de la misma y la inducción, causación o contribución material en la actividad del tercero infractor.<sup>24</sup> Ahora bien, el PSI desconoce el contenido de las comunicaciones o información almacenada, pero qué sucede cuando el PSI es avisado por quien supone ser el titular de derechos de autor de una infracción y el PSI no baja los contenidos y no hace imposible su acceso.

---

<sup>22</sup> Cfr. Piñeiro Ugarte, Lorena, *op. cit.*, nota, 7, p. 174.

<sup>23</sup> Ramírez, Mónica Andrea, “La responsabilidad de los ISPs desde el punto de vista de los contenidos, *Revista la Propiedad Inmaterial*, núm. 13, Colombia, 2009, p. 291. Recuperado de [http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5\\_revistaPropiedadInmaterial/rpi%2013/MonicaRamirez.pdf](http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_revistaPropiedadInmaterial/rpi%2013/MonicaRamirez.pdf). Fecha de consulta, 13 de febrero de 2014.

<sup>24</sup> *Religious Technology Center vs. Netcom On-Line Communications Services*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal 1995), donde se indica: “quien, con conocimiento de la actividad infractora, la induce, causa o materialmente contribuye a la conducta infractora de otro, puede ser considerado responsable como un infractor contributivo”, [http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/907\\_FSupp\\_1361.htm](http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/907_FSupp_1361.htm). Fecha de consulta, 10 de septiembre de 2014.

*Responsabilidad vicaria (Vicarius liability)*. Sucede cuando aquél que tenía el derecho y la posibilidad de controlar el acto del tercero infractor, no lo hace, y además recibe un beneficio económico al suceder la infracción, en este caso se responsabiliza a quien debió controlar la acción del tercero.<sup>25</sup> Para que exista responsabilidad vicaria deben satisfacerse dos requisitos: i) que el demandado tenga el derecho y capacidad de controlar los actos del infractor, y ii) que el demandado reciba beneficio financiero directo de la infracción.<sup>26</sup>

Cabe concluir que es totalmente imposible la aplicación de este último tipo de responsabilidades en México al estar basadas en una doctrina extranjera, incompatible con el ordenamiento jurídico mexicano.

En atención a la aplicación de toda esta gama de posibles responsabilidades, la normativa de ciertos países buscó atender las preocupaciones anteriormente plasmadas, establecido puertos seguros (*safe harbors*) para ciertas funciones de los PSI, delimitando una serie de supuestos y garantizando que, si se cumplen las condiciones previstas en los mismos, el PSI no podrá ser declarado responsable por sus servicios.

Estos puertos seguros no deben interpretarse que en caso de no cumplirse los requisitos, suponga que automáticamente los PSI se vuelven responsables. Tienen el objetivo de excluirlos directamente, pero en caso de incumplir el juzgador deberá evaluar el caso en concreto para decidir si se les debe imputar alguna responsabilidad, estando en posibilidad de que, a pesar de no cumplir con estos requisitos, no sean declarados responsables por las circunstancias específicas del caso y la regulación aplicable.

Los requisitos del puerto seguro no son obligaciones o deberes que la regulación de otros países impone a los PSI, son tan sólo elementos que permiten considerar su actividad como neutra o pasiva en relación con los contenidos alojados o transmitidos. Por tanto, el hecho de que el PSI no satisfaga los requisitos no se debe interpretar como un incumplimiento de un deber legal.

#### IV. SISTEMAS DE PROTECCIÓN

Habiendo revisado la problemática existente y los esquemas de responsabilidad que en ocasiones se ha interpretado le aplican a los PSI, se revisa-

<sup>25</sup> Piñeiro Ugarte, Lorena, *op. cit.*, nota 7, p. 174.

<sup>26</sup> Maza, Íñigo de la, *Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet por infracción de los derechos de autor*, 2003, p. 5. Recuperado de [http://www.fundacionfuego.udp.cl/articulos/inigo\\_de\\_la\\_maza/responsabilidad%20isp.pdf](http://www.fundacionfuego.udp.cl/articulos/inigo_de_la_maza/responsabilidad%20isp.pdf). Fecha de consulta, 7 de marzo de 2014.

rán también los esquemas que otros países han implementado en búsqueda de equilibrar los intereses de la industria autoral y los PSI.

### 1. *Estados Unidos de Norteamérica (vertical)*

En Estados Unidos la *Digital Millennium Copyright Act* de 1998 (en lo sucesivo la DMCA),<sup>27</sup> define según la limitación de la que se trate de aplicar. En el caso de las comunicaciones transitorias es: “an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user’s choosing, without modification to the content of the material as sent or received”.<sup>28</sup> Respecto de cualquier otra limitación se define en términos más amplios como “a provider of online services or network access, or the operator of facilities therefor”.<sup>29</sup>

El PSI debe cumplir con dos requisitos generales para que le puedan aplicar las exenciones. El primero de ellos es adoptar e implementar una política de terminación de las cuentas de los usuarios reincidentes de infracciones de derechos de autor (respuesta gradual); el segundo es que el PSI debe abstenerse de interferir con las medidas técnicas estándares (*standard technical measures*), en la medida que éstas no le impongan costos o cargas excesivas sobre sus servicios o sistemas.

El DMCA establece cuatro tipos de actividades o servicios que están cubiertos dentro de los puertos seguros, siempre que el PSI cumpla con los dos requisitos previos generales y los requisitos particulares de cada actividad.

---

<sup>27</sup> Es posible consultar la Digital Millennium Act en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-105publ304/pdf/PLAW-105publ304.pdf>.

<sup>28</sup> DMCA sección 512(k)(1)(A) y (B).

(k) DEFINITIONS.

(1) SERVICE PROVIDER.

(A) As used in subsection (a), the term “service provider” means an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user’s choosing, without modification to the content of the material as sent or received.

(B) As used in this section, other than subsection (a), the term “service provider” means a provider of online services or network access, or the operator of facilities therefor, and includes an entity described in subparagraph (A).

<sup>29</sup> *Idem*.

### A. *Comunicaciones transitorias, sección 512 (a) DMCA*

Es cuando el PSI únicamente transmite, enruta o provee las conexiones de datos desde un punto a otro a solicitud de otra persona. Dentro de esta excepción se incluye el almacenamiento intermediario y temporal. Esta exención será aplicable si se cumplen cinco requisitos particulares: 1) el PSI no haya iniciado la transmisión; 2) el proceso de transmisión sea automatizado; 3) el PSI no seleccione los destinatarios; 4) no se almacene copia de la información en los sistemas del PSI más allá del tiempo necesario para lograr la comunicación, y 5) el PSI no modifique o seleccione el contenido de la comunicación.

### B. *Almacenamiento temporal en cacheo caching sección 512 (b) DMCA*

Este tipo de almacenamiento es el que es necesario como consecuencia de la fragmentación en paquetes para transmitir la información vía Internet, para que, en caso de que un paquete de información no llegue o llegue incompleto a su destino, el PSI puede acudir a esta copia para completar la información y completar la transmisión.<sup>30</sup> La DMCA establece que para ser sujeto de esta exención es necesario: 1) el contenido o la información no hayan sido modificados; 2) que el PSI actualice los contenidos que conserva en caché; 3) que no interfiera en las medidas que permiten al titular del sitio obtener información sobre quienes acceden a sus contenidos, y 4) que mantenga las condiciones de acceso.<sup>31</sup>

Esta normativa contiene un requisito adicional para ser sujeto de esta y la siguiente exención (alojamiento-*hosting*): el PSI tiene la obligación de retirar o hacer inaccesibles aquel material que haya sido subido a la red sin autorización de su titular, siempre que sea notificado por una persona que declare bajo protesta de decir verdad que es titular de los derechos sobre el contenido en controversia. Esta obligación es conocida como *Notice and Take Down*, la cual se especifica en la sección 512 c (1)(C), (2) y (3).

### C. *Alojamiento (hosting-web housing) sección 512 (c) DMCA*

Aplica para la información que reside en los sistemas o redes del PSI en sitios, páginas y direcciones de terceros. Para encuadrarse en esta causal de

<sup>30</sup> Cfr. Piñeiro Ugarte, Lorena, *op. cit.*, nota 7, p. 176.

<sup>31</sup> Cfr. Maza, Íñigo de la, *op. cit.*, nota 26, p. 13.

exención se requiere: 1) el PSI no tenga conocimiento de que la actividad o el disponible en su sistema infringe derechos de autor, incluyendo el conocimiento de hechos o circunstancias que hagan presumirlo; 2) en caso de obtener el conocimiento, actúe expeditamente para retirar o deshabilitar el acceso al material, y 3) no reciba beneficio económico directo por la actividad infractora del usuario.

En relación con el segundo requisito y muy similar al mismo, se agrega un cuarto requisito, para el PSI para que en caso de una notificación de vulneración de derechos (*notification of claimed infringement*) responda de manera expedita removiendo o haciendo inaccesible el contenido. La principal diferencia se encuentra en que en el segundo requisito, donde el PSI pudo haber obtenido el conocimiento por cualquier medio y en este caso debe “actuar”; en contraste del cuarto requisito, donde el PSI recibe una notificación específica con elementos y un procedimiento establecido, en este caso el PSI debe “responder”.

Dentro del cuarto requisito se establecen los elementos de la notificación de vulneración de derechos (sección 512 (c) (3)) y la designación de un agente responsable de la atención a las notificaciones (sección 512 (c) (2)). El procedimiento de *Notice and Take Down* que debe cumplir el PSI al recibir una notificación consta de cuatro pasos fundamentales:

- a) Remover o inhabilitar el contenido.
- b) Notificar prontamente al usuario respecto a quién removió o inhabilitó el acceso a su contenido.
- c) En caso de recibir una contra-notificación, enviar rápidamente copia al quejoso e informarle que en 10 días repondrá el material o restablecerá su acceso. Los requisitos para la contra-notificación son iguales a los anteriormente descritos.
- d) Reponer el material o restablecer su acceso entre el día 10 al 14 de haber recibido la contra-notificación, a menos que el quejoso le haya hecho saber que presentó el caso en tribunales.

En cuanto a la designación de un agente responsable, la DMCA señala que el PSI deberá poner a disposición de los posibles quejosos la información de su delegado (nombre, dirección, número de teléfono, y correo electrónico) a través de un aviso en su sitio web y registrándolo en la *Copyrights Office*.

#### D. Herramientas para la localización de información sección 512 (d) DMCA

Son aquellos servicios de búsqueda, referencia o enlace (*linking*) de usuarios con sitios o direcciones web, como: motores de búsqueda, hipervíncu-

los, directorios en línea, y otras herramientas de búsqueda semejantes. Las condiciones para la aplicación de la exención son las mismas que para la actividad anterior (alojamiento).

En este caso PSI se exime de responsabilidad si: teniendo conocimiento, remueve el contenido o material presuntamente infractor o, sin tener conocimiento, y sin recibir beneficio económico de la infracción, al recibir una notificación (independientemente de su estado de conocimiento) remueve o inhabilita el acceso. Adicional a lo anterior, la DMCA establece que el PSI no está autorizado a monitorear o vigilar el contenido que se transmite o almacena en sus redes.<sup>32</sup>

## 2. *Europa (horizontal)*

En el sistema europeo, a través del artículo 1o. de la Directiva 98/34/CE, la cual fue modificada por la Directiva 98/48/CE, y en relación con la Directiva 2000/31/CE (DCE), define al PSI como cualquier proveedor de un servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios. La DCE regula tres funciones dentro de estas exenciones.

### A. *Mera transmisión de datos o acceso a la red (artículo 12, DCE)*

Donde se requiere que el PSI no haya originado él mismo la transmisión, no haya seleccionado al destinatario de la transmisión ni haya seleccionado o modificado los datos o contenidos transmitidos. La exención opera únicamente si la transmisión ha sido pasiva y automática. Por lo mismo la selección del destinatario de la transmisión y los datos transmitidos deben haber sido realizados por el usuario y el PSI no debe haber modificado los datos.<sup>33</sup>

En este punto se requiere que la información no sea almacenada por un periodo más largo de lo razonablemente necesario. Este punto resulta relevante, ya que en la normatividad mexicana este tipo de almacenamiento, al igual que el almacenamiento en memoria caché, están dentro de la

---

<sup>32</sup> Cfr. Maza, Íñigo de la, *op. cit.*, nota 26, p. 16.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 9.

definición de reproducción y, por lo tanto, podría resultar en una infracción por parte de los PSI.

*B. Almacenamiento de datos en memoria caché o catching  
(artículo 13, DCE)*

La DCE no difiere en el fondo con lo establecido por la DMCA, pues reconoce que se puede llevar a cabo esta función con el solo propósito de hacer más eficiente la transmisión, cumpliendo con los requisitos de no modificar o actualizar la información y con las condiciones de acceso a la información, así como no interferir en las tecnologías de control de visitas.

*C. Almacenamiento de información cargada por el usuario  
o hosting (artículo 14, DCE)*

Como en la DMCA, esta acción es aquella donde el usuario carga información a una plataforma administrada por un PSI para su alojamiento. En este caso, para brindar la exención, la DCE requiere que el PSI no tenga conocimiento efectivo de que la actividad es ilícita, ni tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito o, en caso de tenerlos, actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible, así como que el PSI no tenga un rol de control sobre el destinatario del servicio.

Esta exención se establece para el PSI a modo de doble nivel de ausencia de conocimiento, respecto de la ilicitud de la información almacenada: “conocimiento efectivo” y “conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito”. La DMCA (sec.512 c A ii) también recoge este doble nivel de conocimiento. Pero en el segundo nivel –circunstancias revelen carácter ilícito– la problemática de este punto es que si se realiza la inhabilitación del contenido y no existió violación al derecho de autor, el PSI podría ser sujeto a una demanda por incumplimiento de contrato, o incluso un transgresor de la libertad de expresión.

En este punto también existe debate ya que, como la DCE no define “conocimiento efectivo”, no hay claridad en que si una notificación por parte de un particular puede o no generar elementos para que se considere que un PSI tiene conocimiento efectivo o conocimiento de hechos que revelen el carácter ilícito del contenido y, por lo tanto, la obligación de reaccionar ante

la notificación de una supuesta infracción.<sup>34</sup> En algunos casos, la legislación de los países miembros de la Unión Europea establece esta definición, como en el caso español, que en el artículo 16.1.b) de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información (LSSI) señala que será cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos.

La normativa europea y la norteamericana cuentan con diferencias relevantes, las cuales resumimos a continuación:

- I. La normativa europea no incluye al día de hoy, dentro de su alcance, las funciones de motores de búsqueda o localizadores, sí incluidos en la DMCA. Cabe señalar que los Estados miembros de la Unión Europea pueden incorporarlo, como ejemplo está España dentro de la LSSI (artículo 17).
- II. La normativa europea no establece ningún tipo obligación adicional de carácter permanente al PSI, como la exigencia de una política de terminación anticipada de servicio a sus usuarios por reincidir en las infracciones en materia de *copyright*, o la designación de una persona o agente para atender las notificaciones.
- III. La normativa americana únicamente requiere de una notificación por parte de un particular para retirar o imposibilitar el acceso a algún contenido, mientras que la europea requiere de la participación de una autoridad.
- IV. La DCE, en su artículo 15, establece la prohibición expresa dirigida a los países miembros de imponer alguna obligación a los PSI de supervisar, o monitorear a través de búsquedas activas los contenidos que se prestan por los servicios de transmisión, acceso, *catching* o *hosting*.
- V. La normativa americana, a través de la DMCA, únicamente está dirigida a infracciones de *copyright* mientras que la DCE aplica a cualquier tipo de infracción.<sup>35</sup> En EUA, otras leyes sectoriales diferentes a la DMCA incorporan la exención de responsabilidad de los PSI, como es la sección 230 de la *Communications Decency Act* que forma parte de la *Telecommunications Act* de 1996,<sup>36</sup> con la cláusula del

<sup>34</sup> Cfr. Piñeiro Ugarte, Lorena, *op. cit.*, nota 7, p. 181.

<sup>35</sup> Álvarez Amézquita, David *et al.*, *op. cit.*, nota 11, p. 60.

<sup>36</sup> *Telecommunications Act de 1996*, <http://www.fcc.gov/telecom.html>, 47 USC § 230. *Protection for Private Blocking and Screening of Offensive Material*, fecha de consulta, 12 de mayo de 2014.

buen samaritano (*Good Samaritan*).<sup>37</sup> Señala que inicialmente esta cláusula estaba prevista únicamente para la responsabilidad por la *third party speech* (difamaciones, afirmaciones falsas, etcétera, cometidas por usuarios de Internet), pero su alcance se ha ido expandiendo hasta cubrir la responsabilidad por todo tipo de infracciones civiles.

### 3. Canadá

En cuanto a la regulación en Canadá, su *Copyright Act* fue recientemente modificada por la Bill C-11 que recibió sanción real el 29 de junio de 2012, y la mayoría de sus disposiciones entraron en vigor el 7 de noviembre de 2012.<sup>38</sup> Estas modificaciones incluyeron el establecimiento, en su artículo 31.1 referente a los Servicios en la Red (*Network Services*), que los PSI y motores de búsqueda se encuentran eximidos de responsabilidad cuando actúan estrictamente como intermediarios en la comunicación, actividades de *hosting* y almacenamiento en caché. Esta exención de responsabilidad no se aplica si un PSI está diseñado principalmente para permitir actos de infracción de derechos de autor o si conoce de una decisión judicial que establece que el material que almacena infringe derechos de autor, y continúa con la actividad.

Sin embargo, lo realmente novedoso es que de acuerdo con los aún no vigentes artículos 41.25 y 41.26, referentes a las Medidas Tecnológicas de Protección e Información para la Gestión de Derechos (*Technological Protection Measures and Rights Management Information*) de la *Copyright Act* de Canadá modificada por la ya referida Bill C-11, se introduce un sistema de “notificación y aviso” (conocido como *notice and notice*), obligatorio para los PSI.

El sistema de notificación y aviso permite a propietarios del copyright enviar avisos de infracción a los PSI, que estarán legalmente obligados a remitir la notificación a sus suscriptores, que presuntamente estén violando

---

<sup>37</sup> Xalabarder, Raquel, “La responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (PSI) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios”, IDP *Revista de Internet, Derecho y Política*, España, 2006, núm. 2, p. 13.

<sup>38</sup> Es importante señalar que el texto completo de la Bill C-11 (*Modernization Copyright Act*), que modifica la *Copyright Act* de Canadá se encuentra en el sitio web del Parlamento de Canadá, <http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?Language=E&Mode=1&DocId=5697419>. Es posible que en otros sitios gubernamentales de Canadá no se encuentre el texto de los artículos de la *Copyright Act* que aún no entran en vigor, como son los artículos 41.25 y 41.26, como podría ser el sitio web del gobierno canadiense, donde se centraliza la legislación de dicho país, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-42/index.html>. Fecha de consulta, 24 de febrero de 2014.

derechos. El PSI deberá mantener un registro de esta notificación y retener información de identificación del suscriptor durante seis meses (o 12 meses si se inician procesos judiciales). Si un PSI no reenvía las notificaciones podría ser responsable de daños civiles. Independientemente de lo anterior los titulares de derechos de autor tienen las herramientas para hacer valer sus derechos ante las autoridades correspondientes.

Cabe señalar que si bien la mayor parte de la ley entró en vigor en noviembre de 2012, estos artículos, referentes al sistema de “notificación y aviso”, quedaron pendientes de entrar en vigor, esperando los resultados de una consulta pública realizada por el gobierno canadiense a finales de 2013 y la posible reglamentación secundaria del proceso.

#### 4. *Chile*

En mayo de 2010 fue modificada la ley núm. 17336, Ley de Propiedad Intelectual,<sup>39</sup> introduciendo el capítulo III llamado “Limitación de Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet”, que va desde el artículo 85L al 85U. Esta legislación establece las siguientes condiciones específicas:

- A. PSI de transmisión y acceso a Internet.
  - a) No haya modificado ni seleccionado el contenido de la transmisión, con excepción de aquellas modificaciones necesarias para facilitar la transmisión, como la división de paquetes.
  - b) No sea el iniciador de la transmisión.
  - c) No seleccione a los destinatarios.
- B. Almacenamiento temporal y automático (caché).
  - c) Respete las condiciones de acceso de usuarios y las reglas relativas a la actualización del material almacenado establecidas por el proveedor del sitio de origen.
  - d) No interfiera con la tecnología compatible y estandarizada utilizada en el sitio de origen para obtener información sobre el uso en línea del material almacenado.
  - e) No modifique el contenido.
  - f) Retire o inhabilite en forma expedita el acceso a material almacenado que haya sido retirado o al que se haya inhabilitado el

---

<sup>39</sup> Puede ser consultado en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933>. Fecha de consulta, 3 de abril de 2014.

acceso en su sitio de origen, cuando reciba una notificación por parte de un tribunal.

C. PSI de *hosting*, motores de búsqueda y directorios

- d) No tenga conocimiento efectivo del carácter ilícito de los datos, que en este sistema se traduce en que un tribunal ordene el retiro o bloqueo del contenido.
- e) No reciba un beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, en los casos en que tenga el derecho y la capacidad para controlar dicha actividad;
- f) Designe públicamente un representante para recibir las notificaciones judiciales.<sup>40</sup>
- g) Retire o inhabilite en forma expedita el acceso al material almacenado.

Cualquiera de las tres clases de PSI antes mencionadas, para disfrutar de la exención de responsabilidad, debe adicionalmente:

- Establecer públicamente los términos y condiciones para sus usuarios en caso de uso de contenido calificado judicialmente como infractor.
- No interferir en las medidas tecnológicas de protección y de gestión de derechos de obras protegidas.
- No haber generado, ni seleccionado el material o a sus destinatarios. Esta condición está exceptuada para motores de búsqueda.

El artículo 85 Q establece la posibilidad de que un juez dicte como medida precautoria (sin audiencia del proveedor del contenido) o dentro de su resolución definitiva el retiro o bloqueo de los contenidos infractores. En los casos de medidas prejudiciales se requerirá que el titular de los derechos de autor que solicita la medida rinda una garantía para salvaguardar los derechos del proveedor de contenido, en caso de que resultare improcedente su reclamación y el proveedor del contenido sea vulnerado en sus derechos.

En este caso el proveedor de contenido afectado podrá solicitar al tribunal chileno que deje sin efecto la medida de restricción de acceso o retiro

---

<sup>40</sup> A este respecto, el artículo 24 del reglamento de la Ley de Propiedad Intelectual chilena señala que la designación del representante de los PSI, deberá ser identificada en el sitio web del PSI, en forma destacada. El reglamento se puede consultar a través de <http://www.cultura.gob.cl/wp-content/uploads/2013/11/REGLAMENTO-PROPIEDADINTELECTUA L.pdf>. Fecha de consulta, 14 de abril de 2014.

de material, bastando para ello una solicitud y continuando el proceso legal respectivo.

El artículo 85 R, en su inciso b), considera la posibilidad de que un juez solicite al PSI el cierre de cuentas de usuarios, identificadas como infractoras reincidentes, algo muy similar a lo que sucede en Francia. Por su parte, el artículo 85 S autoriza al tribunal competente, a requerirle al PSI que entregue información que permita identificar al presunto infractor, a requerimiento de los titulares de derechos.

Ahora bien, en busca de inhibir posibles abusos de las medidas precautorias, el artículo 85 T. de la ya multicitada ley, establece la obligación de indemnizar por daños y perjuicios, adicional a la respectiva sanción penal, a quien a sabiendas proporcione información falsa relativa a supuestas infracciones a los derechos de autor, en estos casos.

Adicionalmente esta ley prevé, en su artículo 85 U, una notificación, de forma independiente, mediante la cual el PSI les comunica a sus usuarios que un titular de derechos de autor ha detectado que se han realizado utilidades no autorizadas de material protegido infringiendo la Ley de Propiedad Industrial a través de su computadora.

La notificación, en primer lugar, consiste en poner en conocimiento del usuario del PSI que se ha detectado que desde su equipo se llevan a cabo dichas actividades ilícitas y exhortar al usuario al inmediato cese de la actividad infractora, informándole que de continuar con la actividad presuntamente infractora, el usuario se arriesga a verse expuesto a las correspondientes acciones judiciales.

Adicional a lo anterior, la ley analizada específicamente señala la prohibición de los PSI a supervisar o monitorear los datos que transmitan, almacenen o referencien, prohibiendo la realización de búsquedas de hechos o circunstancias de actividades infractoras.

##### 5. *Francia (modelo de respuesta gradual)*

Este país había implementado, desde el 1o. de julio de 2010, en la Ley Promotora de la Difusión y la Protección de la Creación en Internet, llamada extraoficialmente como la Ley HADOPI por las siglas de la autoridad responsable creada a través de la misma (Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet o Alta autoridad para la difusión de obras y la protección de derechos en Internet, en español), un sistema de respuesta gradual, es decir, hacer del conocimiento de un usuario que está violando derechos de autor a través de su cuenta o computadora y tomar

medidas de forma gradual para evitarlo. En el modelo de respuesta gradual, los titulares de los derechos de autor alertan a los PSI sobre la existencia de direcciones IP utilizadas para subir contenidos protegidos a Internet sin la debida autorización.

Para detectar esta infracción no se monitorea la conducta individual de los usuarios, sino que se vigilan las redes *Peer to Peer* y los canales de distribución de archivos que vulneran los derechos de autor. Como paso siguiente, los PSI rastrean a cuál de sus suscriptores pertenece la dirección IP y contactan al usuario para informarle que su cuenta está siendo usada para violar derechos de autor y habrá de recibir una penalidad o sanción si no desiste de dicha actividad después de una serie de notificaciones.

En Francia se contemplaban tres avisos o notificaciones: como primer aviso, un correo electrónico; como segundo aviso, un correo certificado; y como último recurso el cierre de la conexión a Internet. Específicamente el usuario debía hacer caso omiso de dos avisos en el curso de seis meses y violar derechos de autor a través de su cuenta por tercera vez en un año, para que la Alta Autoridad por la Difusión de Obras y la Protección de Derechos en Internet (HADOPI),<sup>41</sup> notificara a un tribunal penal, el cual a su vez solicitaba la suspensión de la cuenta.

Sin embargo, a través del decreto número 0157 del 9 de julio de 2013, el sistema de respuesta gradual fue derogado y dejado sin efectos. Cabe señalar que este país fue el primero en introducir leyes de respuesta gradual, pero únicamente estuvo vigente por aproximadamente tres años.

## V. CONCLUSIONES

Es fundamental que México adopte un enfoque compatible con los sistemas internacionales. En virtud de que Internet es un sistema sin fronteras y dado que existen diferentes enfoques y tradiciones jurídicas distintas en cada país, no es necesario que el sistema sea idéntico, pero debe ser interoperable para permitir un desarrollo armonizado y con cooperación de autoridades de forma global. En este tenor, el tema abordado genera varios puntos de vista, pero, en el afán de servir al propósito de los debates que se lleven a cabo en México, serán delimitadas las siguientes recomendaciones particulares, las cuales fueron el objetivo del presente trabajo.

---

<sup>41</sup> Es posible encontrar mayor información de la HADOPI en el sitio oficial <http://www.hadopi.fr/es>. Fecha de consulta, 24 de abril de 2014.

Inicialmente, se requiere una definición clara de lo que es un PSI, tipos o actividades que pueden desarrollar, ya sea servicios de acceso a Internet, *hosting*, memoria *caché*, motores de búsqueda, plataformas de intercambio, entre otros.

En cuanto a la responsabilidad del PSI, se considera que generalmente se está frente a una función de intermediación puramente pasiva y neutra, por lo que los PSI no deben ser declarados responsables de los contenidos intercambiados o almacenados en su infraestructura, en el caso de que éstos resulten ilícitos. Entendido por intermediación pasiva y neutral cuando no sea el originador del contenido, no lo modifique, no elija destinatarios, no tenga control del contenido y no lo almacene por más tiempo que el estrictamente necesario, así como no tenga conocimiento efectivo de que por su infraestructura, redes o servicios se están realizando actividades contrarias a la ley. No debe entenderse por control el simple hecho de que se utilicen sus medios para almacenar o transferir la información.

Es importante definir claramente cuando un PSI tiene conocimiento efectivo de que a través de sus redes o servicios se están realizando actividades ilícitas, para que pueda o no ser considerado responsable. El conocimiento efectivo parte de una notificación, independientemente de la obligación que adquiere el PSI a partir de ella (bajar el contenido y transmitirla al usuario presuntamente infractor).

Se recomienda que para el caso mexicano, por agilidad y protección de derechos de los usuarios, para que exista conocimiento efectivo por parte del PSI, la notificación debiera provenir de una autoridad administrativa con facultades dentro de su competencia. No se recomienda una autoridad judicial debido a lo tardado y burocrático que podría ser este proceso para los titulares de derechos de autor, así como para el PSI, que deberá contar con un número relevante de expertos en materia jurídica para dar atención y respuesta a requerimientos judiciales.

Para cumplir lo anterior deberá establecerse y definir a detalle un proceso ágil de análisis por parte de la autoridad administrativa (con el conocimiento especializado necesario) para evaluar las solicitudes de los titulares de derechos de autor y ordenar las provisionales o definitivas que deban realizar los PSI, así como el establecimiento de garantías y contragarantías para proteger a los interesados.

Ahora bien, una vez que se tenga el conocimiento efectivo, deben existir previsiones por un periodo de tiempo corto para que el PSI actúe y evite caer en un escenario de posible responsabilidad, como pueden ser los bloqueos o retiro del contenido o sitios. De la misma forma, para evitar cualquier tipo de abuso, es necesario que cualquier persona que solicite ante la

autoridad administrativa el bloqueo de contenido como medida preventiva, demostrándose posteriormente que no tenía derechos sobre el contenido en cuestión, deberá ser sancionado con una pena administrativa ejemplar e inclusive con el delito de falsedad de declaración ante autoridad administrativa establecida en el artículo 247 del Código Penal Federal.<sup>42</sup>

Paralelamente, como refuerzo a este puerto seguro, podrían imponérsele obligaciones a los PSI que robustezcan la protección, y ayuden a inhibir y mitigar las vulneraciones a los derechos de autor, como puede ser el contener cláusulas de bloqueo de contenido en sus contratos con sus usuarios, la obligación de retransmitir a sus usuarios notificaciones privadas recibidas de los titulares del derecho de autor, nombramiento de un responsable interno para orientar a los titulares de derechos de autor y recibir notificaciones al respecto, almacenamiento de la información de identificación del equipo donde se está cometiendo presuntamente la actividad ilegal, y su entrega a las autoridades correspondientes.

Para no menoscabar la libertad de expresión, la privacidad de las personas, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas y no imponer cargas tecnológicamente inviables o altamente costosas a los PSI, se debe expresamente prohibir que los PSI fiscalicen, monitoreen, auditen o vigilen los contenidos que los usuarios almacenen, reproduzcan o comuniquen a través de sus servicios.

Es importante que el sistema sea equilibrado y funcional para los involucrados, que tenga un enfoque de disuadir infracciones y al mismo tiempo estimular a los autores a seguir generando obras y proteger el importante papel desempeñado por los PSI para permitir el intercambio de ideas e información, sin menoscabar las garantías de seguridad jurídica, debido proceso, libertad de expresión y privacidad de los usuarios de la red.

Como parte de los elementos para inhibir las prácticas ilegales en línea, todos los participantes deberán invertir en la concientización del público. Finalmente, el debate de este tipo de soluciones deberá integrar las voces e intereses de todas las partes relacionadas: autores, sociedades de gestión colectiva, PSI, plataformas, academia, sociedad civil, usuarios, industria de Internet, etcétera, e incluso deberán evaluarse otros participantes si los sistemas abarcan cualquier otro tipo de contenido contrario a la legislación,

---

<sup>42</sup> Artículo 247. Se impondrán de cuatro a ocho años de prisión y de cien a trescientos días multa:

I. Al que, interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judicial en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, faltare a la verdad.

donde las reglas pudieran ser igualmente aplicables y no únicamente para material infractor de derechos de autor, lo cual es muy recomendable.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Jorge, *La responsabilidad civil objetiva por daños al medio ambiente y su regulación en México*, Cámara de Diputados, Congreso de la Unión, México, 2010. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/cedia/sia/redipal/redipal-02-10.pdf>.
- ÁLVAREZ AMÉZQUITA, David *et al.*, “Proveedores de Servicios de Internet y de contenidos, responsabilidad civil y derechos de autor”, *Revista Studiostitas*, Colombia, 2009, vol. 3, núm. 4.
- ÁNGEL, Ricardo de, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, Civitas, 1993.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (CCE), *Libro verde: los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información*, Bélgica, 1995.
- CHWELOS, Paul, *Internet Service Providers Report*, Industry Canada, 2006. Recuperado de [http://www.ic.gc.ca/eic/site/ippd-dppi.nsf/eng/h\\_ip01423.html](http://www.ic.gc.ca/eic/site/ippd-dppi.nsf/eng/h_ip01423.html).
- GRIJALVA, Agustín, *Internet y derechos de autor*, Ecuador, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso), recuperado de <http://www.flacso.org.ec/docs/sfintgrijalva.pdf>.
- JIJENA LEIVA, Renato *et al.*, *El derecho y la Sociedad de la Información: la importancia de Internet en el mundo actual*, México, Tecnológico de Monterrey, Porrúa, 2003.
- LITHWICK, Dara, *Legislative Summary of Bill C-32: An Act to amend the Copyright Act*, Parlamento de Canadá, 2010. Recuperado de <http://www.parl.gc.ca/Content/LOP/LegislativeSummaries/40/3/c32-e.pdf>.
- LOREDO HILL, Adolfo, *Nuevo derecho autoral mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- MAZA, Íñigo de la, *Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet por infracción de los derechos de autor*, 2003. Recuperado de [http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/inigo\\_de\\_la\\_maza/responsabilidad%20isp.pdf](http://www.fundacionfueyo.udp.cl/articulos/inigo_de_la_maza/responsabilidad%20isp.pdf).
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), *The Seoul Declaration, the Future of Internet Economy*, Korea, 2008. Recuperado de <http://www.oecd.org/internet/consumer/40839436.pdf>.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC), *¿Qué se entiende por “derechos de propiedad intelectual”?* Recuperado de [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/intell\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/intell_s.htm).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI), *Principios básicos del derecho de autor y los derechos conexos*. Recuperado de [http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/909/wipo\\_pub\\_909.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/es/intproperty/909/wipo_pub_909.pdf).

———, *Intellectual Property on the Internet: A Survey of Issues*. Recuperado de [http://www.wipo.int/copyright/en/ecommerce/ip\\_survey/](http://www.wipo.int/copyright/en/ecommerce/ip_survey/).

PEGUERA POCH, Miquel, “Sólo sé que no sé nada (efectivamente): la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 5, 2007. Recuperado de <http://www.uoc.edu/idp/5/dt/esp/peguera.pdf>.

———, *La exención de responsabilidad civil por contenidos ajenos en Internet*, 2002. Recuperado de <http://www.uoc.edu/in3/dt/20080/20080.pdf>.

PÉREZ-ALONSO, Rodrigo y PIEDRAS FERIA, Ernesto (coords.), *Una agenda digital: telecomunicaciones y tecnologías de la información en México*, México, Cámara de Diputados, LXI Legislatura, 2012.

PIÑEIRO UGARTE, Lorena, “Responsabilidad de los ISPs por violación a la propiedad intelectual: Estados Unidos, Europa y Chile”, *Revista Chilena de Derecho Informático*, Chile, 2011.

RAMÍREZ, Juan, *Responsabilidad civil objetiva*, México. Recuperado de [http://www.conamed.gob.mx/comisiones\\_estatales/coesamed\\_nayarit/publicaciones/pdf/responsabilidad\\_civil.pdf](http://www.conamed.gob.mx/comisiones_estatales/coesamed_nayarit/publicaciones/pdf/responsabilidad_civil.pdf).

RAMÍREZ Mónica, Andrea, “La responsabilidad de los PSI desde el punto de vista de los contenidos”, *Revista La Propiedad Inmaterial*, Colombia, núm. 13, 2009. Recuperado de [http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5\\_revistaPropiedad Inmaterial/rpi%2013/MonicaRamirez.pdf](http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_revistaPropiedad%20Inmaterial/rpi%2013/MonicaRamirez.pdf).

RANGEL MEDINA, David, *Derecho de la propiedad industrial e intelectual*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.

RICKETSON, Sam., *WIPO Study on Limitations and Exceptions of Copyright and Related Rights in the Digital Environment*, Ginebra, 2003. Recuperado de [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr\\_9/sccr\\_9\\_7.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/sccr_9/sccr_9_7.pdf).

SANTÍN, Abel, *Peer 2 Peer Sistemas Operativos Distribuidos*. Recuperado de [http://www.dit.upm.es/~jo\\_aquin/so/p2p/p2p.pdf](http://www.dit.upm.es/~jo_aquin/so/p2p/p2p.pdf) Smedinghoff, Tomas J., *Online law: the SPA's legal guide to doing business on the Internet*, Software Publishers Association, EUA, 1996.

UBC, *Bill C-11: The Copyright Modernization Act*, Universidad de British Columbia. Recuperado de <http://copyright.ubc.ca/copyright-legislation/bill-c-11-the-copyright-modernization-act/>.

VIVIANA SARRA, Andrea, *Comercio electrónico y derecho*, Argentina, Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2000.

XALABARDER, Raquel, “Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?” IDP *Revista de Internet, Derecho y Política*, España, núm. 1, 2005. Recuperado de <http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/xalabarder02.pdf>.

“LA responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios”, IDP *Revista de Internet, Derecho y Política*, España, núm. 2, 2006.

ZUCCHINO, Clara, *La responsabilidad de los PSIs por los contenidos generados y transmitidos por los usuarios*, Certamen IP 2008 Mentees Innovadoras para el desarrollo, 2a. ed., Argentina, 2008. Recuperado de [https://www.u-cursos.cl/derecho/2011/2/D124T07237/35/material\\_docente/bajar?id\\_material=411759](https://www.u-cursos.cl/derecho/2011/2/D124T07237/35/material_docente/bajar?id_material=411759).