

**La responsabilidad de los Proveedores de  
Servicios (Intermediarios) de Internet  
(*Internet Service Providers – ISP*)**

**Hugo R. Gómez Apac**

**Profesor del curso “Libre Competencia y Acceso al Mercado”  
Maestría en Propiedad Intelectual y Competencia  
Pontificia Universidad Católica del Perú**

**7 de julio de 2020**

¿Quiénes califican como proveedores de servicios (intermediarios) de internet -ISP?

# Internet Service Providers - ISP

- Proveedor de mera transmisión en una red de comunicaciones (v.g., un *internet access provider*)
- Proveedor de servicios de memoria temporal (*caching*), que es hacer una copia temporal para lograr una conexión más rápida a los sitios de internet
- Proveedor de servicios de enlace o motores de búsqueda (*linking*)
- **Proveedor de alojamiento de datos (*hosting*)**
  - Por ejemplo, Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn

**El prestador de servicios que permite  
compartir contenidos en línea**

Una categoría especial de prestador de servicios de alojamiento

# Prestador de servicios para compartir contenidos en línea

“Prestador de un servicio de la sociedad de la información cuyo fin principal o uno de cuyos fines principales es almacenar y dar al público acceso a una gran cantidad de obras u otras prestaciones protegidas cargadas por sus usuarios, que el servicio organiza y promociona con fines lucrativos.”

Art. 2.6 de la Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el **mercado único digital** y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE

- Podría ser el caso de YouTube
- No entran en esta categoría, por ejemplo, las enciclopedias en líneas sin fines lucrativos: Wikipedia.

Los actos ilícitos cometidos por los usuarios del ISP; es decir, por los destinatarios del servicio prestado por el ISP:

**cargar o descargar material objeto de infracción**

## De la necesidad de imputar algún tipo de responsabilidad a los ISP

- La dificultad de “atrapar” o exigir responsabilidad a los usuarios.
- Los IPS son **intermediarios** (técnicos) entre los usuarios (que cargan o descargan el material objeto de infracción) y el público receptor

¿Los ISP son responsables por los contenidos que cargan o descargan sus usuarios sin la autorización de los titulares de derechos de autor (o derechos conexos) de tales contenidos?

¿Los ISP son policías que tienen que estar vigilando todo lo que hacen sus usuarios?

# La problemática de atribuir responsabilidad a los ISP

- Vigilar “todo” lo que hagan sus usuarios es imposible o costosísimo.
- El ISP no es un editor de la información que sus usuarios cargan (textos, libros, videos, fotografías, imágenes, etc.).
- No los podemos convertir en censuradores de sus usuarios.
- La responsabilidad que se impute al ISP debe ser **subjetiva**: exige un nivel de conocimiento del acto ilícito cometido por el usuario del servicio.

# **Estados Unidos de América**

Digital Millenium Copyright Act - DMCA  
(1998)

## Sección 512 de la Digital Millennium Copyright Act

Supuestos de exención de responsabilidad (por infracciones a la propiedad intelectual) de los ISP (4 *safe-harbors*):

- Proveedor de mera transmisión, enrutamiento o suministro de conexión material o el almacenamiento transitorio del material en el curso de la transmisión – *mere conduit* (a)
- Proveedor de almacenamiento temporal llevado a cabo mediante un proceso automático – *caching* (b)
- **Proveedor de almacenamiento a petición del usuario del material que se aloja en un sistema o red controlado u operado por o para el ISP – *hosting* (c)**
- Proveedor de instrumentos de localización de información (motores de búsquedas) – *linking* (d)

## DMCA, Sección 512 (c): Proveedor de almacenamiento a petición del usuario del material que se aloja en un sistema o red controlado u operado por o para el ISP

El ISP no será considerado responsable si:

- (A) (i) no tiene conocimiento real (*actual knowledge*) de que el material o una actividad que utiliza el material en el sistema o la red constituye infracción;
  - (ii) en ausencia de tal conocimiento real, no tiene un conocimiento aparente (*aware*) de los hechos o circunstancias de los cuales es evidente la actividad infractora; o
  - (iii) al obtener tal conocimiento (*knowledge*) o conocimiento aparente (*awareness*), actúa rápidamente para eliminar, o deshabilitar el acceso, al material;
- (B) no recibe un beneficio financiero directamente atribuible a la actividad infractora, en un caso en el cual el ISP tiene el derecho y la capacidad de controlar tal actividad; y
- (C) tras la notificación de la infracción denunciada, procede rápidamente a eliminar, o deshabilitar el acceso, al material que se denuncia como objeto de infracción o de la actividad infractora

## DMCA, Sección 512 (c): Proveedor de almacenamiento a petición del usuario del material que se aloja en un sistema o red controlado u operado por o para el ISP

- *Red flag test:*
  - Vinculado a la categoría de conocimiento “awareness”
  - El ISP tiene la carga de probar que no conocía los hechos o circunstancias que revelen la ilicitud de la información
- Prevé un proceso detallado de *notice and take down*

# Los acuerdos de libre comercio con Estados Unidos de América

- TLC Perú - Estados Unidos (Feb 2009)
- TLC Colombia - Estados Unidos (May 2012)
- Regulan las limitaciones de responsabilidad de los ISP
- Contemplan los 4 *safe-harbors* previstos en la DMCA
  - La *mere conduit*, el *caching*, el **hosting** y el *linking*

# Unión Europea

Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior

(Directiva sobre el **comercio electrónico**)

## La Directiva 2000/31/CE

Supuestos de exención de responsabilidad (por cualquier tipo de infracción) de los ISP (*3 safe-harbors*):

- Proveedor de mera transmisión (art. 12)
- Proveedor de memoria tampón - *Caching* (art. 13)
- **Proveedor de alojamiento de datos - hosting (art. 14)**

## Art. 14 de la Directiva 2000/31/CE

- **Alojamiento de datos (*hosting*):** almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio
- El ISP no será considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que:
  - a) El ISP no tenga **conocimiento efectivo** de que la actividad o la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de **hechos o circunstancias** por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que,
  - b) En cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el ISP actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible.
- Un tribunal o autoridad administrativa puede exigir al ISP poner fin a la infracción o impedirla.

## Art. 15 de la Directiva 2000/31/CE

- Los ISP no tienen la obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas.
- Los Estados pueden obligar a los ISP a comunicar con prontitud a las autoridades competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por los destinatarios de su servicio o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de estas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento.

# Los acuerdos de libre comercio con la Unión Europea

- TLC Perú - Unión Europea (Mar 2013)
- TLC Colombia - Unión Europea (Ago 2013)
- TLC Ecuador - Unión Europea (Ene 2017)
- Regularan las limitaciones de responsabilidad de los ISP
- Contemplan los 3 *safe-harbors* previstos en la Directiva europea del 2000
  - La *mere conduit*, el *caching* y el *hosting*
  - Alojamiento de datos: “...que el ISP no tenga conocimiento **real** de actividades o informaciones ilícitas...”

# España

Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico

# La Ley española 34/2002

Supuestos de exención de responsabilidad de los ISP (4 *safe-harbors*):

- Operadores de redes y proveedores de acceso (art. 14)
- Prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios - *caching* (art. 15)
- **Prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos - *hosting* (art. 16)**
- Prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda - *linking* (art. 17)

## Art. 16 de la Ley española 34/2002

### Responsabilidad de los proveedores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos (*hosting*)

- El ISP que alberga datos proporcionados por el destinatario de su servicio no será responsable por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:
  - a) No tengan **conocimiento efectivo** de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o
  - b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.
  
- Se entenderá que el ISP tiene **conocimiento efectivo** cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el ISP conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los ISP apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

# Unión Europea

Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el **mercado único digital** y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE

## El art. 17 de la Directiva (UE) 2019/790

- Uso de contenidos protegidos por parte de los **prestadores de servicios para compartir contenidos en línea (ISP)**.
- El ISP realiza un acto de comunicación al público o de puesta a disposición al público cuando ofrece al público el acceso a obras protegidas por derechos de autor u otras prestaciones protegidas que hayan sido cargadas por sus usuarios.

## El art. 17 de la Directiva (UE) 2019/790

- El ISP deberá obtener una autorización de los titulares de derechos mediante la celebración de un acuerdo de licencia, con el fin de comunicar al público o de poner a su disposición obras u otras prestaciones.
  - Negociar con entidades de gestión colectiva
- Cuando el ISP sea responsable de actos de comunicación o de puesta a disposición al público, no se aplicará el *safe-harbor* previsto en el art. 14.1 de la Directiva 2000/31/CE.

## El art. 17 de la Directiva (UE) 2019/790

En caso de que no se conceda autorización, el ISP será responsable de los actos no autorizados de comunicación al público, incluida la puesta a a disposición de este, de obras y otras prestaciones protegidas por derechos de autor, a menos que demuestre que:

- a) ha hecho los mayores esfuerzos por obtener una autorización, y
- b) ha hecho, de acuerdo con normas sectoriales estrictas de diligencia profesional, los mayores esfuerzos por garantizar la indisponibilidad de obras y otras prestaciones específicas respecto de las cuales los titulares de derechos les hayan facilitado la información pertinente y necesaria [**una suerte de *safe-harbor* especial**], y en cualquier caso
- c) ha actuado de modo expeditivo al recibir una notificación suficientemente motivada de los titulares de derechos, para inhabilitar el acceso a las obras u otras prestaciones notificadas o para retirarlas de sus sitios web, y han hecho los mayores esfuerzos por evitar que se carguen en el futuro (***notice-and-stay-down***) de conformidad con la letra b).

## El art. 17 de la Directiva (UE) 2019/790

- La aplicación del art. 17 no dará lugar a ninguna obligación general de supervisión.
- No se puede exigir al ISP una inspección manual de posibles infracciones al derecho de autor, sino una inspección automatizada (así se plasmaría el “mayor esfuerzo”).
- Censura algorítmica preventiva: no es 100% infalible.

¿Qué dice el derecho comunitario andino?

El art. 54 de la Decisión 351 – Régimen Común sobre  
Derecho de Autor y Derechos Conexos (1993)

## Art. 54 de la Decisión 351

“**Artículo 54.-** Ninguna autoridad ni **persona natural o jurídica**, podrá autorizar la utilización de una obra, interpretación, producción fonográfica o emisión de radiodifusión o **prestar su apoyo** para su utilización, si el usuario no cuenta con la autorización expresa previa del titular del derecho o de su representante. En caso de incumplimiento será solidariamente responsable.”

El ejemplo de la fotografía en Facebook

# El ejemplo de la fotografía en Facebook

- Asumamos que Juan notifica a Facebook que Mario ha colgado en su muro una fotografía respecto de la cual Juan alega tener el derecho de autor.
- ¿Qué debería hacer Facebook? Podría ocurrir que el titular de la obra es Mario.
  - Contra-notificación
  - Notificación a la autoridad competente.

Reflexión final: a modo de conclusión

¿Qué modelo seguir para delimitar la  
responsabilidad de los ISP?

Muchas gracias...