

APROXIMACIÓN AL TRATAMIENTO INTERNACIONAL EN LA RESPONSABILIDAD INFORMÁTICA DE LOS PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET (ISP)

Iván Vargas Chaves

AUTOR

Abogado de la Universidad del Rosario. Especialista en Responsabilidad Contractual y Extracontractual de la Universidad de Castilla - La Mancha, Toledo (España). Miembro de la subcomisión colombiana de propiedad intelectual ante la Cámara de Comercio Internacional con sede en París; del panel de expertos en inversión extranjera de la Organización Mundial de la Tributación; y, del programa de investigadores y expertos del Observatorio Iberoamericano de Derecho de Autor.

Actualmente admitido para cursar en el cohorte 2011-2012 del programa de máster europeo en derecho privado impartido conjuntamente por cuatro universidades en Italia, España y Portugal.



ABSTRACT

El concepto y alcance de los ISP ha sido un tema álgido en el ámbito de la responsabilidad informática a nivel internacional. Tema que ha sido ampliamente discutido en diversos escenarios, presentes todos en las iniciativas que algunos países han presentado para regular dicho alcance. En este sentido, el objetivo principal del presente artículo consiste en la presentación de un recorrido panorámico por iniciativas normativas y precedentes jurisprudenciales que han marcado un hito en la estructuración de esta disciplina, teniendo siempre cómo ruta de navegación los balances generados y perspectivas esperadas, pues dada la novedad del tema, aún a la fecha de publicación del presente artículo son varias las iniciativas que aún se encuentran en trámite legislativo.

KEYWORDS

i. Derecho de Daños; ii. Derecho Comparado; iii. Proveedores de Servicio de Internet; iv. Responsabilidad Contractual; v. Responsabilidad Informática; vi. Sociedad de la Información

Por la abreviatura anglicista ISP (Internet Service Provider) entendemos un concepto tan amplio cómo ambiguo, y aunque éste es definido técnicamente cómo toda persona, entiéndase persona natural o jurídica, que proporciona a través de diversos mecanismos acceso a Internet, teniendo como contraprestación a esta obligación de tracto sucesivo¹ una cuota periódica, usualmente mensual. Los destinatarios son, en todo caso, también personas naturales y jurídicas, quienes se benefician indirectamente de los NAP², o puntos de acceso localizado de red, que le permite a los ISP apoyarse entre sí en tiempo real, gracias a que todas ellas pueden estar conectadas, en la mayoría de casos, a cables submarinos.

De hecho los usuarios de Internet en Colombia, Venezuela, Panamá, Costa Rica, Honduras y Nicaragua aún recordarán cómo en el año 2005 sus países estuvieron sin acceso, o con acceso limitado, a la red de redes durante un tiempo prolongado³, todo debido a fallos en dos cables submarinos que alimentaban los sistemas NAP, situación que también fue noticia⁴ en el año 2008, debido a una interrupción del servicio en Asia y Oriente Medio. Realidades que dejaron en evidencia la fragilidad y dependencia de las ISP⁵ frente a elementos externos de caso fortuito, y que las libraron de eventuales demandas de responsabilidad contractual y extracontractual, pues es de resaltar que adicionalmente al servicio de conexión, varios de estos proveedores prestan servicios adicionales de almacenamiento de contenidos, transmisión de datos y aplicaciones basadas en cloud computing v.gr. discos duros virtuales o localización instantánea de información por demanda.

En materia de responsabilidad informática y análisis de derecho comparado del régimen jurídico de los proveedores de servicios de internet (ISP), Estados Unidos se convirtió en un referente obligado con el caso *Netcom* (1995)⁶, el cual planteó cómo problema jurídico una posible responsabilidad a este ISP cómo consecuencia de infracciones al régimen

¹ Entendiendo el elemento de tracto sucesivo como aquel, “que supone una serie escalonada de obligaciones, cómo es el caso del arrendo, en que el arrendatario adquiere tantas obligaciones de pagar precios cuantos periodos de tiempo comprenda la duración del arrendamiento (...) lo mismo ocurre con el contrato de trabajo, los contratos de suministro de energía, etc.” VALENCIA ZEA Arturo y ORTIZ MONSALVE Álvaro, *Derecho Civil – De las Obligaciones* (Tomo 3). Bogotá: Temis, 2004, pág. 55

² Por sus siglas: Network Access Points (N.A.P).

³ Al respecto, Andrés Pérez, secretario general de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, una de las principales ISP colombianas señaló que: “según la empresa Columbus, operadora del cable Arcos, el arreglo podría tardar horas, pero se está trabajando para solucionar los inconvenientes. Además del cable submarino Arcos, Colombia también utiliza el cable Maya, que está trabajando normalmente. Finalmente dijo que el daño también afecta el servicio de internet en Venezuela, Honduras, Nicaragua, Panamá y Costa Rica.” Caracol Radio. *Medio país se quedó sin internet por daño en un cable submarino*. Noticia publicada el 20 de Junio de 2007. Disponible en URL: <http://www.caracol.com.co/nota.aspx?id=442739> Fecha de Consulta: Abril 20 de 2011.

⁴ “(...) El cable Falcon se rompió por culpa de un ancla de entre cinco y seis toneladas que fue abandonada en el Golfo, según Flag Telecom. El cable Flag Europe Asia (FEA), que también había sufrido daños frente a la costa mediterránea de Egipto, también quedó reparado.” Organización Editorial Mexicana, OEM. *Repararon cables que dejaron sin Internet a parte de Asia*. Noticia publicada el 11 de febrero de 2008. Disponible en URL: <http://www.oem.com.mx/esto/notas/n590663.htm> Fecha de Consulta: 20 de abril de 2011

⁵ Otros nombres dados son IAP, por sus siglas, Internet Access Providers o Proveedores de Acceso a Internet, o, OSP, Online Service Providers (Proveedores de Servicios En Línea), si es que se busca un concepto más amplio.

⁶ Ver. *Netcom OnLine Communication Services vs. Religious Technology Center*. Cfr. 907 F. Supp. 1361 (Distrito Norte de California) del 21 de Noviembre de 1995

norteamericano de propiedad intelectual⁷ cometidas sobre contenidos referentes a la Iglesia de Cienciología por parte de BBS Klemesrud, un cliente suyo, el cual a través de un sistema denominado Bulletin Board System (BBS)⁸, canalizaba contenidos que eran alojados en los servidores de Netcom, y quedaban a disposición de los -entonces cientos de- usuarios, quienes los rotaban entre sí, sin que éste controlase el flujo de datos.

Al final, el tribunal desestimó las pretensiones del demandante (Religious Technology Center), sentando un importante precedente en la exención de responsabilidad de los proveedores de servicios de internet por las infracciones de sus usuarios, incluyendo si estos no cumplían con la labor de vigilancia en la navegación y/o transferencia de archivos. No obstante, por vía jurisprudencial se han presentado debates desde todos los flancos, v.gr el caso CoStar vs. LoopNet⁹, que determinó el cómo una empresa que de forma automatizada almacene, aunque no copie, contenidos desde las direcciones de sus usuarios, si bien puede ser considerado un ISP, no puede ser responsable directo de infracción a la propiedad intelectual toda vez que carece de toda voluntad necesaria y por ende se rompe todo nexo causal¹⁰.

Así, pues, aunque a través de esta vía hayamos presenciado la evolución de los pilares de la responsabilidad informática, hoy en día la tendencia se encuentra enmarcada en las propuestas normativas.

Propuestas que en países cómo Nueva Zelanda imponen obligaciones *sui generis* a las ISP v.gr. la regla de los tres strikes, mediante la que actúan directamente con la desconexión de seis (6) meses de servicio a los infractores de derechos de autor que estén alojados o que se valgan directa o indirectamente de su plataforma para ello, esto, a partir del tercer aviso, al igual que la propuesta presentada en su momento en México a través de la controvertida “ley de los tres strikes”, sin perjuicio de las multas sucesivas que son impuestas por la ISP. Cabe aclarar, que esta iniciativa ya es una realidad plasmada en una norma vinculante:

*“The Copyright (Infringing File Sharing) Amendment Bill, which aims to stamp out internet piracy, passed by 111 votes to 11 this morning. It was supported by all parties except the Greens and independent MPs Chris Carter and Hone Harawira.”*¹¹ En traducción libre del autor (Iván Vargas Chaves): “La enmienda de derecho de autor e infracciones de intercambio de archivos, que pretende detener la piratería en Internet, fue aprobada esta mañana por 111 votos frente a 11. Siendo apoyada por todos los partidos políticos, excepto los “Verdes” y los parlamentarios independientes Chris Carter y Hone Harawira.”

Siendo, en su momento una de las propuestas normativas que más detractores y rechazo internacional tuvo, pues, además de investir de potestades arbitrarias a las ISP, en tanto

⁷ Entendida la propiedad intelectual (derecho de autor) en el sistema legal de los EE.UU. cómo una disciplina autónoma a la propiedad industrial (marcas, patentes, etc.)

⁸ Término acuñado por Ward Christensen, Ingeniero de Telecomunicaciones y creador de este sistema, a través del cual era posible subir y descargar contenidos, así como acceder a la lectura de noticias, boletines e intercambiar mensajes con otros usuarios en tiempo real.

⁹ Ver. *CoStar Group, Inc. v. LoopNet Inc.* (373 F. 3d 544), 4th Cir, del 4 de mayo de 2004.

¹⁰ Sobre el nexo de causalidad, ver. PARRA GUZMAN Mario Fernando, *Responsabilidad Civil*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, año 2010

¹¹ Stuff.co.nz. [Sección Tecnológica] *Law to fight internet piracy passed*. Noticia publicada el 14 de abril de 2011. Disponible en la URL: <http://www.stuff.co.nz/technology/digital-living/4882838/Law-to-fight-internet-piracy-rushed-through> Fecha de Consulta: 23 de abril de 2011

y en cuanto ante las mismas queda invertida la carga de la prueba, esto es, queda suprimida toda presunción de inocencia, deja relegada la labor judicial únicamente en casos de reincidencia (o tercer strike) ante un tribunal de copyright neozelandés.

Situación contraria ocurre en el Reino Unido, donde por estos días las industrias del entretenimiento y los mismos ISP, argumentando la falta de una normatividad que regule un régimen de derechos de autor en Internet, presentaron una propuesta de bloqueo voluntario que fue recibida con beneplácito por el Gobierno, quien transitoriamente, y hasta tanto esto no esté regulado asiente una *blacklist* o lista negra de páginas alojadas, reportadas y reseñadas presuntamente de distribuir contenidos sin la autorización de sus correspondientes autores/titulares.

Lo preocupante de estas listas negras es la acogida que han tenido en algunas propuestas normativas de esta estirpe, como lo fue en la denominada Ley Sinde¹² de España, quien en su normatividad delegó la administración y generación de *blacklists* a la comisión que pasa a ser administrada por una comisión del Ministerio de Cultura, y que básicamente contiene una recopilación de servidores extranjeros con una relación detallada de todas sus direcciones IP, las cuales podrán ser en efecto bloqueadas por petición de esta entidad, procedimiento que de igual forma estará avalado por un juez.

Empero, para este escenario es conveniente advertir que éste podrá negarse a dejar en firme una resolución, siempre y cuando se afecten los derechos constitucionales de intimidad personal, familiar, honor y la propia imagen¹³ o, sea afectado el parágrafo tercero del artículo 18 de la Constitución Política de España:

CAPÍTULO II. Derechos y libertades.

SECCIÓN I. De los derechos fundamentales y de las libertades públicas.

Artículo 18.

Parágrafo 3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.

Retomando en síntesis lo ocurrido en el Reino Unido, la propuesta¹⁴ revela una evidente ausencia de instancias y órganos decisorios, así como de procedimientos sometidos a los postulados mínimos de un debido proceso, empero, se espera un denominado plan B¹⁵ de parte del gobierno, quien a través de su ministro de comunicaciones Ed Vaizey desde enero de 2011 ha venido liderando una serie de conversaciones con los titulares (la industria) y los ISP para evitar posibles litigios que de esta propuesta puedan derivarse.

¹² Dada, con la reforma de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, por sus siglas LSSI, la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley Reguladora en materia de Jurisdicción Contencioso-Administrativa; y, con el otorgamiento de las referenciadas facultades de cierre de páginas web a esta comisión del Ministerio de Cultura. Ver. *Supra*.

¹³ Contenidos en el artículo 18, parágrafo 1 de la Constitución Política Española.

¹⁴ The Guardian. *ISPs urged to block filesharing sites*. Noticia publicada el 22 de marzo de 2011. Disponible en URL: <http://www.guardian.co.uk/technology/2011/mar/22/isps-urged-to-block-filesharing-sites> Fecha de Consulta 24 de abril de 2011, cfr. Nota Original: "(...) is leading a series of talks with rights holders and ISPs, including BT and TalkTalk, aimed at developing voluntary code on internet policy, including site blocking."

¹⁵ Cfr. The Guardian. *Government hunts for 'plan B' on internet piracy proposals*. Noticia publicada el 25 de febrero de 2011 Disponible en URL: <http://www.guardian.co.uk/technology/2011/feb/25/digital-economy-act-website-blocking> Fecha de Consulta 24 de abril de 2011

Australia por su parte cuenta desde 1984 con un sistema regulatorio completo en materia de derecho de autor, a través de la Advance Australia Logo Protection Act¹⁶, por sus silgas AALPA, la cual desde ese año entró a apoyar a la tradicional “Copyright Act” australiana promulgada en 1968¹⁷. Y aunque en asuntos propiamente regulatorios de Internet y responsabilidad de los ISP no existan antecedentes de este tipo, es plausible citar el caso¹⁸ de la ISP australiana iiNet vs. Village Roadshow a través de la Agencia AFACT: Australian Federation Against Copyright Theft, compuesta por “gigantes”¹⁹ de la industria del entretenimiento.

Este caso, dejó un precedente en la exención de responsabilidad de los ISP australianos, en tanto se concluyó que iiNet no era responsable por las acciones llevadas a cabo en Internet por sus usuarios/clientes, en tratándose de compartir contenidos sometidos al régimen autoral vigente²⁰, pues la prestación del servicio de conexión a Internet que proveía este ISP estaba limitada únicamente a eso, a proveer dicha conexión, y que por tanto, si bien la descarga ilegal de contenidos es tanto en Australia cómo en el mundo un gran problema, no hay ningún un elemento de nexo de causalidad²¹ entre las descargas de los usuarios y las pérdidas generadas por este fenómeno que lleve a la justicia australiana a creer lo contrario frente al proveedor demandado. De lo anterior, llama la atención este argumento expuesto en la parte motiva de la sentencia²²:

“La Corte (El Tribunal) considera que el efecto mixto de estas disposiciones y el carácter voluntario de cualquier código de la industria (reg 20B of the Regulations) tiene dos consecuencias. La primera de ellas, se da en el cumplimiento de los requisitos del “puerto seguro”, y que puede ser un acervo probatorio conducente para demostrar que una ISP no deben ser responsable por la prestación del servicio frente a las infracciones al derecho de autor. Por lo tanto, si una ISP implementara un esquema en relación con las actividades de la categoría A, siempre y cuando ésta cumpla con la condición 1 del apartado 1° del 116AH s (1), sí y sólo sí, podría llegar a constituirse en evidencia conducente para demostrar que esta ISP no autorizó en ningún momento la violación de los derechos de autor (directa o indirectamente). En segundo lugar, la Corte (El Tribunal)

¹⁶ Disponible en el sistema de consulta pública de normas del gobierno australiano ComLaw.gov.au donde se señala en el encabezado del texto original “Act No. 20 of 1984 as amended, taking into account amendments up to Act No. 23 of 1987. An Act to make provision for the protection of the Advance Australia logo, and for related purposes”.

¹⁷ Cfr para consulta: *Ídem*.

¹⁸ Ver. *Roadshow Films Pty Ltd & Ors v. iiNet Ltd, (No. 3) [2010] FCA 24*, del 4 de febrero de 2010, ACN 100 746 870 v. ACN 068 628 937. Rad. NSD 1802 of 2008.

¹⁹ Entre más de 30 empresas se encuentran: Twentieth Century Fox, Paramount Pictures, Disney Enterprises, Inc. Village Roadshow, Warner Brothers Entertainment, Universal Pictures y Sony Pictures Entertainment.

²⁰ Regulado a través de AALPA y la Copyright Act de 1968, cfr. *Supra*.

²¹ Cfr. PARRA GUZMAN Mario Fernando, *Responsabilidad Civil. Op.cit.*

²² Traducción libre del autor (Iván Vargas Chaves) sobre el texto original: “The Court considers that the combined effect of such provisions and the voluntary nature of any industry code (reg 20B of the Regulations) have two consequences. First, that compliance with safe harbour requirements may be evidence that can be relevant to show that a CSP ought not be rendered liable for copyright infringement. Therefore, should a CSP implement a scheme in relation to category A activities which complies with condition 1 of item 1 of s 116AH(1), that may be evidence in favour of a finding that the CSP did not authorise the infringement of copyright or infringe copyright directly. Second, the Court considers that the reverse is not true. That is, failure to comply with the requirements of the safe harbour provisions cannot be relevant and is not evidence that goes to a finding that a CSP is liable for copyright infringement, since this would defeat the voluntary nature of the safe harbour provisions.”

considera que las excepciones presentadas para revocar el fallo *ad-quo* no son ciertas. A razón de que el incumplimiento de los requisitos de las disposiciones de “puerto seguro” no es un factor relevante y tampoco es el acervo probatorio que lleva concluir que el proveedor (ISP) sólo es responsable de infracciones al derecho de autor, ya que de por sí, esto iría en contra de la naturaleza voluntaria de las disposiciones de “puerto seguro (...)”²³

De este fallo, cabe advertir que es visto por los abogados, expertos e incluso por los medios de comunicación como una referencia cardinal en este tema, siendo incluso reseñado por el diario El Mundo de España “como un hito que sienta un precedente judicial para proveedores de servicios de Internet en todo el mundo, que pueden verse así libres del acecho de las grandes multinacionales del entretenimiento que les exigen responsabilidades por la piratería en la que incurren sus clientes”²⁴, una sentencia pues, que ha dado y dará mucho de qué hablar en las discusiones que en todo el mundo se están sucintando en materia de responsabilidad informática, además de sentencias judiciales y laudos arbitrales.

Australia no es la única agencia que ha pretendido convertirse en eje de control de las ISP, Francia, con su Agencia Hadopi²⁵ ha sido señalada por ser una de las más estrictas, lo cual no es de extrañar, pues una agencia que quedando facultada legalmente para revocar el acceso a Internet a todo aquel que reincidiera en descargas ilegales por tercera vez, además de otras potestades, llegó a reportar en un solo día 25.000 denuncias²⁶ llevando al Gobierno francés a replantear su estrategia por una más acorde a la realidad:

“La nueva iniciativa legal busca premiar a quienes adquieren música digital legalmente. De ser aprobado el proyecto, los franceses entre 12 y 25 años de edad podrán adquirir una tarjeta de música ‘carte musique’, la cual les costará 25 euros pero tendrá 50 euros de crédito, cortesía del gobierno francés. El Estado prevé vender un millón de tarjetas al año, lo que se traduce en costos de 50 millones de euros.”²⁷

Empero, de esta normatividad es preciso recordar que el Consejo Constitucional de Francia ya había revocado en su momento la primera iniciativa aprobada por el congreso, llevando a los promotores a estructurar una nueva ley, denominada *Ley Hadopi 2* por los sectores opositores, la cual además de contemplar sanciones pecuniarias y penales de hasta dos años de cárcel, deja una órbita de acción tan amplia, que son los mismos usuarios/clientes

²³ Cfr. *Roadshow Films Pty Ltd & Ors v iiNet Ltd*, (No. 3) [2010] FCA 24, del 4 de febrero de 2010, *Op.cit.*,

²⁴ El Mundo.es 34 *productoras pierden un juicio por descargas ilegales en Australia*, Noticia publicada el 08 de febrero de 2010. Disponible en URL: <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/02/04/navegante/1265252120.html> Fecha de Consulta: 24 de abril de 2011

²⁵ Siglas de “Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet”, en español: “Alta Autoridad por la Difusión de Obras y las Protección de Derechos en Internet”

²⁶ Esta noticia, fue reportada en medios locales a través de la Revista Enter, de la casa editorial El Tiempo, bajo el título: *Agencia antipiratería Hadopi recibe 25.000 denuncias diarias*. Noticia publicada el 26 de octubre de 2010. Disponible en URL <http://www.enter.co/internet/agencia-antipirateria-hadopi-recibe-25-000-denuncias-diaras/> Fecha de consulta: 15 de abril de 2011.

²⁷ *Ídem*, que además se señala que la nueva estrategia promoverá “el crecimiento equitativo de los distribuidores de música digital. Cada tienda podrá recaudar un máximo de 5 millones de euros de clientes que aprovechen el beneficio del gobierno. Esto significa que iTunes, Amazon y Napster no se llevarán toda la torta a pesar de ser los más populares de la fiesta, algo que ayudará a las pequeñas y medianas empresas francesas que les compiten.”

de las ISP los que también se atienen a estas sanciones cuando por acción u omisión faciliten su conexión a terceros para la descarga ilegal de contenidos a través de redes P2P.

Estos usuarios/clientes, a su vez, estarán sometidos a una vigilancia permanente, pues en una primera etapa del proceso de implementación de estas políticas, se planean monitorizar aproximadamente cien mil direcciones IP, con la finalidad no de identificar propiamente a los infractores cómo si a aquellas IP y a aquellos usuarios/clientes que permiten la descarga de contenidos, pues tal y cómo fue advertido por el propio diario LeMonde²⁸ “Hadopi no pretende directamente sancionar la descarga ilegal, de hecho, lo que pretende es aplicar estas sanciones a aquellos titulares de una conexión a Internet que negligentemente lo permitan, y que no controlen o protejan su conexión para evitar que un tercero la use para descargas ilegales.”²⁹ Y es que de no identificar a los infractores, según los reportes enviados, en un plazo de 8 días fijado por Hadopi, éstos se atenderán a una multa de 1.500 euros por día, por cada dirección IP no identificada completamente, esto es, localizada conjuntamente con los datos de contacto del titular de la misma.

Pero el caso paradigmático de una regulación de Internet frente a las infracciones que en materia de propiedad intelectual existen³⁰, y que regulan el régimen de los ISP se presenta en España, país en el que dentro de las políticas de restablecimiento económico para hacer frente a la crisis, se ha impulsado a través del Gobierno Rodríguez-Zapatero una normatividad conformada por medidas radicales que ahora hacen frente a las descargas de contenidos sin la autorización de sus autores y/o titulares, todo en aras de devolver la rentabilidad a las industrias culturales y de entretenimiento, esta nueva normatividad se encuentra hoy ya integrada en la disposición final segunda de la Ley de Economía Sostenible.

Esta propuesta normativa, denominada por los sectores de oposición como Ley³¹ SINDE, en alusión a que la entidad abanderada en toda la estructuración y gestión de la misma fue el Ministerio de Cultura, en cabeza de Ángeles González Sinde, buscó la creación de una comisión de propiedad intelectual dependiente³² de dicha entidad, la cual, con el beneplácito de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, tiene ahora la facultad de ordenar a las ISP españolas el cierre de todas aquellas páginas web, que según su criterio, fueran consideradas infractoras de derechos de autor en Internet.

²⁸ Le Monde.fr. *L'Hadopi sera opérationnelle "fin juin"*. Noticia publicada el 04 de mayo de 2010. Disponible para consulta en la URL: http://www.lemonde.fr/technologies/article/2010/05/04/l-hadopi-sera-operationnelle-fin-juin_1346192_651865.html. Fecha de Consulta: 18 de abril de 2011

²⁹ Traducción libre del autor (Iván Vargas Chaves) sobre el texto original: “L'Hadopi ne sanctionnera en effet pas directement le téléchargement illégal, mais plutôt la "négligence" du titulaire d'une connexion à Internet, qui aurait insuffisamment surveillé ou protégé sa connexion pour empêcher quelqu'un de s'en servir pour télécharger illégalement.”

³⁰ FIELD Thomas, et al. *Enfoque en los derechos de propiedad intelectual* [traducción Angel Carlos González Ruiz] Washington, D.C: Oficina de Programas de Información Internacional. Departamento de Estado, 2006

³¹ Es preciso aclarar que al no tener el rango de Ley no se trata, valga la redundancia, de una Ley, siendo en realidad una modificación de una serie de leyes y normas de otros rangos, cuyo único objetivo es el ya mencionado cierre de páginas web infractoras de derechos de propiedad intelectual,

³² Ley de Economía Sostenible, Artículo 158 (Sobre la Comisión de Propiedad Intelectual) perteneciente a la disposición final segunda. Modificación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, el Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 29/1998, de 13 de julio., con el siguiente texto “Artículo 158. Segundo párrafo: (...) La Sección Segunda velará, en el ámbito de las competencias del Ministerio de Cultura, por la salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual frente a su vulneración por los responsables de servicios de la sociedad de información.”

El *modus operandi* para la puesta en marcha de esta regulación se da con la reforma de la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información, por sus siglas LSSI, la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley Reguladora en materia de Jurisdicción Contencioso-Administrativa³³; y, con el otorgamiento de las referenciadas facultades de cierre de páginas web a esta comisión del Ministerio de Cultura, que en otros términos se convertirá, sin perjuicio del aparato judicial, en el “garante” de la propiedad intelectual española.

Es importante resaltar a esta altura, que si bien las principales detracciones frente a esta iniciativa han girado en torno al procedimiento administrativo y judicial, por el mismo hecho de la asignación de las funciones a una comisión y no a un juez, quien si bien es el llamado a limitar o restringir derechos fundamentales a través de la reserva judicial, en esta normatividad pasaría a ser un mero espectador durante todo el proceso de determinación del daño³⁴, hecho generador y el no menos importante elemento del Bajo estas premisas, examinamos los distintos tipos de participación parlamentaria en la declaración de guerra y la firma de la paz y presentamos una propuesta de taxonomía al respecto. Asimismo, defendemos la necesidad de que no desaparezca de las Constituciones, bajo el pretexto de la renuncia a la guerra como instrumento de política nacional, la participación parlamentaria de la declaración de guerra. de causalidad, asuntos ahora a cargo de la comisión, correspondiéndole al juez³⁵ únicamente una labor de aprobación o denegación de la resolución emanada.

Al respecto, tan sólo basta con analizar el procedimiento implementado para ver que estos argumentos no se encuentran tan apartados de esta preocupante realidad. En primer lugar la comisión recibe una queja³⁶ por parte de todo aquel que considere tener interés alguno en la presunta infracción, esta petición se tramita teniendo cómo primera respuesta su aceptación o denegación. Ante la primera hipótesis, y sin perjuicio de los recursos que caben ante la denegación, el hilo conductor es el siguiente:

El proceso inicia cuando es notificado el presunto infractor³⁷, quien a partir de ese momento cuenta con cuarenta y ocho horas para retirar el contenido (sin que hasta acá intervenga la ISP, pero de no acatar este plazo de gracia, voluntario en todo caso, y con la firme convicción de que su contenido no vulnera derechos de propiedad intelectual, o que en su consideración a pesar de vulnerarlos debe permanecer en línea, debe someterse a dos plazos³⁸. Surtido el trámite anteriormente descrito, la comisión tiene un plazo no mayor a tres días para emitir la resolución, que será remitida al juez para su autorización final.

³³ En atención a: i. Comercio electrónico; ii. Propiedad intelectual; y, iii. Servicios de la sociedad de la información.

³⁴ Ver. VELÁSQUEZ POSADA Obdulio, *Responsabilidad civil extracontractual*. Bogotá: Temis, 2009

³⁵ Modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial., en la que se añade un nuevo apartado (5 del artículo 90) con la siguiente redacción: “Corresponde también a los Juzgados Centrales de lo contencioso-administrativo autorizar, mediante auto, la ejecución material de la resoluciones adoptadas por la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual para que se interrumpa la prestación de servicios de la información o para que se retire contenidos que vulneren la propiedad intelectual, adoptadas en aplicación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información. Ley de Economía Sostenible, *op. cit.*

³⁶ O el equivalente a una denuncia en los términos planteados por el texto final. Cfr. *Ídem*.

³⁷ Que es en todo caso quien tiene a cargo o es el responsable de que el, o los, contenidos estén publicados u hospedados en un proveedor con acceso directo o indirecto a un servidor.

³⁸ i. Un plazo de DOS (2) días para allegar debidamente el acervo probatorio a la comisión, esperando que el demandante presente sus pruebas dentro del mismo plazo. ii. Un plazo de CINCO (5) días para presentar el equivalente a los alegatos de conclusiones en atención a las pruebas allegadas por la contraparte.

Valga recordar y aclarar que hasta antes de este momento el juez no ha tenido participación alguna, por lo tanto, independiente a esta facultad de rectificación que es apenas necesaria, recae en la comisión una enorme responsabilidad, pues hasta entonces deberá ser la garante del cumplimiento de un debido proceso y de la aplicación correcta de todos los principios que ello conlleva.

Hoy ya con la denominada Ley Sinde integrada dentro del sistema normativo, aprobada el 15 de febrero de 2011 por el Congreso y en vigencia desde el 6 de marzo del mismo año, España se encuentra con una nueva órbita de acción a la cual deberemos todos acogernos, residentes o no³⁹ de ese país⁴⁰ y que también ya es de por sí, una herramienta jurisprudencial, que tan solo unas semanas después de la entrada en vigencia, empezó a integrarse en el Auto 179/2011 de la Audiencia Provincial de Madrid que dio fin al debate más antiguo en materia de redes P2P, habilitando una intervención administrativa antes que una penal en el caso Donkeymania:

"(...) el Legislador, en vez de modificar el vigente artículo 270 del Código Penal para superar los problemas interpretativos que plantean las páginas de enlaces de contenidos de Internet, ha optado por una intervención administrativa para clausurar estas páginas o retirar sus contenidos caso de que se vulneren los derechos de propiedad intelectual. El principio de subsidiariedad del derecho penal es un argumento más para sostener la atipicidad de la conducta investigada"

Y aunque el propósito de esta normatividad sea igual de válido cómo el de las iniciativas pares en otros países: "Acabar la piratería y regular conexamente el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet", es necesario tener presente que no se debe utilizar una herramienta de esta importancia bien sea por mala técnica en la elaboración de normas o por conveniencia, para dejar la puerta abierta a absurdos jurídicos que desconozcan presupuestos procesales de garantía a los derechos fundamentales y, que estando alejados de una realidad, se presten para normas desacertadas, cómo recientemente se reportó en Francia con la Agencia HADOPI y las ya mencionadas 25.000 denuncias.

En Argentina con el hasta ahora proyecto de ley presentado por Federico Pinedo⁴¹ (dirigente del bloque de diputados del partido de centroderecha PRO, a través del cual fue acuñado el término Ley Pinedo), que busca regular el régimen de responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet, se establece un amplio margen de actuación para los jueces frente a estos ISP, pues además de clasificarlos según su órbita de acción de la siguiente

³⁹ Igual disposición se plantea en EE.UU. a través de la denominada Ley Leahy, un proyecto normativo presentado por el demócrata Patrick Leahy, dicha disposición le permitiría a las ISP bloquear el acceso en EE.UU. de aplicaciones peer to peer, alojadas tanto dentro como fuera del país. Cfr. CNET News. *Lawmakers want power to shut down 'pirate sites'*. Noticia publicada el 20 de septiembre de 2010. Disponible en URL http://news.cnet.com/8301-31001_3-20016995-261.html?tag=mncol;txt Fecha de Consulta: 19 de abril de 2011.

⁴⁰ Ver. Agencia EFE / Diario 20minutos.es. *La ley Sinde impedirá acceder a webs de descargas "ilegales" alojadas fuera de España*. Noticia publicada el 12 de abril de 2011. Disponible para consulta en la URL: <http://www.20minutos.es/noticia/1018596/0/borrador/ley/sinde/> Fecha de Consulta: 22 de abril de 2011. "El reglamento, compuesto de 24 artículos y que ha iniciado este martes el trámite preceptivo de consultas, recuerda en su preámbulo que un órgano competente, en este caso la Audiencia Nacional, puede ordenar a un prestador de servicios de intermediación de la sociedad la información, -proveedores de telefonía-, "que interrumpa la prestación de un servicio o impida el acceso desde territorio español".

⁴¹ Proyecto de Ley 8793-D-2010 (T.P 208).

manera i. Proveedores de Acceso a Internet; ii. Proveedores de Facilidades de Interconexión; iii. Proveedores de Alojamiento; Proveedores de Contenido; y, Proveedores de Servicios, los hace responsables de las infracciones causadas por los contenidos puestos a disposición en Internet ilegalmente por los usuarios/clientes, esto, a partir del momento en que se logre demostrar la ISP tuvo conocimiento de esta conductas. Algo favorable para los mismos.

Es menester estar al tanto que en el artículo 5 se formula otro tipo⁴² de responsabilidad para los ISP, una aplicable a la transmisión de contenidos generados por terceros, en tanto y en cuanto estos sean los que los originen, modifiquen o seleccionen para transmisión o retransmisión de datos, adicional a una carga impuesta a los motores de búsqueda:

“Artículo 8º.- Los Motores de Búsqueda que se encuentren en sitios web bajo el código país (ccLTD) AR deberán agregar en sus sitios webs, dentro de los noventa días de la entrada en vigencia de ésta ley, una dirección de correo electrónico para la atención de reclamos de consumidores o usuarios, la cual deberá emitir una respuesta electrónica, incluyendo una copia del mensaje recibido, dirigida a la dirección electrónica del remitente confirmando la recepción del reclamo.”

En sí, esta propuesta normativa se basa en la "automaticidad" de los servicios involucrados, situación que es distinta a aquella en que los propios proveedores de servicios de internet son quienes originan una transmisión o retransmisión de contenidos, y/o modifican o seleccionan los contenidos y/o seleccionan a los destinatarios de la información transmitida o retransmitida⁴³, ante lo cual, estaríamos frente a uno de los modelos normativos de esta estirpe más alejados de un régimen de responsabilidad informática para las ISP, puesto que su proposición varía en las exenciones que operan por los contenidos a los que terceros accedan a través de su sistema, claro está, si es que los mismos violan algún derecho, con la única excepción de que hayan recibido una notificación por vía judicial .

Así, pues, todas son regulaciones con ligeras diferencias pero similares en el objetivo de regular la responsabilidad de los ISP frente a los contenidos en Internet presuntamente infractores del derecho de autor, en muchos casos cuestionados, en otros exaltados, pero con la firme convicción de llevar el aparato judicial a un mundo de convergencia entre las industrias de telecomunicaciones, informática y contenido, sobre que tenía razón la Comunidad Europea, en su Comité Económico y Social, al afirmar que esto es apenas necesario en la red de redes, la cual es una de las principales piezas de la infraestructura mundial de la información y un potente foco de influencia en los ámbitos social, educativo y cultural.

⁴² Adicional a una de responsabilidad objetiva *sui generis* planteada por los promotores de esta ley. Parlamentario.com *El PRO impulsa una ley para regular a los proveedores de Internet*. Noticia publicada el 28 de febrero de 2011. Disponible en URL: <http://parlamentario.com/noticia-34666.html> Fecha de Consulta: 25 de abril de 2011. “Para el PRO, otra solución en la asignación de responsabilidad -esto es, la posibilidad de establecer una suerte de responsabilidad objetiva por el daño creado o la cosa riesgosa, en los términos del art.1113 del CC- , entiende que no sólo afectará el ejercicio del derecho a la libertad de expresión -recordemos lo contemplado en la ley 26.032 que antes citamos- sino que también producirá en los actores involucrados una suerte de incertidumbre jurídica que desembocará ciertamente en autocensura, en la mayor lentitud de los servicios, en suma, en perjuicio del ciudadano, es decir, de todas las personas que tenemos en Internet una entrada al conocimiento global provisto de una forma democrática como en ningún otro medio.”

⁴³ Porque de hecho en estos casos, la norma plantea ya no sólo hay un accionar automático, Cfr. ZAMORA Guillermo Manuel. *Argentina y la Ley Pinedo*. columna de opinión publicada en la Red Iberoamericana de Derecho Informático (Argentina), portal: www.ElDerechoInformatico.com, el 20 de abril de 2011., Disponible en la URL: http://www.elderechoinformatico.com/index.php?option=com_kunena&func=view&catid=12&id=325&Itemid=123 Fecha de Consulta: 28 de abril de 2011