

## **¿POR QUÉ SE REGULÓ LA RESPONSABILIDAD DE LOS ISP Y POR QUÉ DEBE REGULARSE EL TEMA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS ISP EN COLOMBIA?**

---

**GINA PAOLA SPIN CORTÉS\***

El Internet ha sido una de las innovaciones más importantes del siglo XX. La rápida, segura y económica capacidad para la distribución de información digital, lleva a que casi todas las personas puedan recibir y enviar textos, imágenes, sonidos, datos o software con solo tocar un botón.

Es allí donde el papel de los proveedores de servicios de Internet, o, ISP (siglas en inglés de Internet Service Provider<sup>1</sup>), vienen a jugar un papel determinante, al ser éstos quienes haciendo posible la conexión entre los usuarios de Internet y los contenidos incorporados a los sitios de la red, vienen a ser también los que tienen un control más próximo a los materiales alojados.

Entre los servicios ofrecidos por los ISP tenemos el uso del correo electrónico u otras formas de transferencias electrónicas de datos, como la interconexión de servicios Internet a redes privadas de las universidades, empresas, e incluso los ordenadores familiares en una red global, al igual que servicios de transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, alojamiento en los propios servidores de información, suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se

---

\* Abogada egresada de la Universidad Externado de Colombia. 2006, Investigadora en temas de propiedad intelectual, laborales, civiles y comerciales (2003-2006), Tesis de Grado: “Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet”. Participó en la investigación “El levantamiento del velo corporativo” (2003). Fue monitora en el Departamento de Derecho Laboral Universidad Externado de Colombia en los años 2001, 2002 y 2003. Actualmente realiza una Especialización en Derecho Comercial en la Universidad del Rosario.

<sup>1</sup> Se entiende por PROVEEDORES DE SERVICIOS DE INTERNET o ISP (siglas en inglés de Internet Service Provider), al dotador de acceso a Internet a personas naturales o jurídicas por medios físicos que ofrecen y prestan a los usuarios diversos servicios, aislada o conjuntamente, haciendo posible la conexión entre los usuarios de Internet y los contenidos incorporados a los sitios de la red.

preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio). Son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos.

De dichos servicios, se desprenden tres básicos a saber:

- 1. Servicios de mera transmisión:** consiste en transmitir por una red de telecomunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones. Estos servicios de mera transmisión engloban el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos transmitidos siempre que dicho almacenamiento sirva exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones y que su duración no supere el tiempo razonablemente necesario para la transmisión. Son conocidos como “proveedores de herramientas de búsqueda”.<sup>2</sup>
- 2. Servicio de memoria tampón o "caching":** almacenamiento de la información que hace el ISP con la única finalidad de hacer más eficaz la transmisión ulterior de esa información a otros destinatarios del servicio a petición de éstos. Es un almacenamiento de tipo automático, provisional y temporal.
- 3. Servicio de Alojamiento de datos:** consiste en almacenar datos en un espacio de un servidor arrendado por el proveedor de servicios al usuario, quien podrá hospedar en sus instalaciones archivos de texto, imágenes, vídeo o sonidos, que a su vez podrán ser accedidos públicamente. El servidor deberá permanecer conectado continuamente los 365 días del año.

Vale la pena aclarar que en muchas oportunidades un mismo proveedor reúne la doble función de brindar el acceso y almacenar los contenidos. Igualmente, muy importante distinguir hipótesis diferenciadas: la del mero transmisor (operadores de acceso y de redes), la del autor identificado del contenido, la de su suministrador (caching) y la del alojador de datos (hosting), como el prestador del servicio que aloja material.

Como sucede con toda prestación de servicios, es claro que se generan para los ISP obligaciones, muchas de ellas implícitas en el uso de Internet y que abarcan desde la obligación genérica de prestar el servicio convenido, posibilitando la conexión del usuario con la red y responsabilizándose por los daños que puedan causar por la interrupción del servicio, hasta obligaciones específicas como la de ofrecer software de protección que impida el acceso a sitios específicos. Vienen entonces dichas obligaciones a enmarcar y limitar su responsabilidad.

Tenemos obligaciones como la de la obtención de una licencia de prestadores de servicios de valor agregado, (en nuestro país, debe tramitarse la obtención de la licencia ante el

---

<sup>2</sup> Dice el Doctor Carlos Neira que claramente el ISP NO incurre en responsabilidad al ser mero mensajero.

Ministerio de Comunicaciones)<sup>3</sup>, la del trámite de inscripción en el registro público para la obtención de la personalidad jurídica necesaria para su funcionamiento y para efectos de publicidad, la del deber de otorgar a cada usuario un número IP<sup>4</sup> (el cuál puede ser estático o dinámico, según la calidad del usuario), la obligación de conservación de los datos de contenido y tráfico entre los usuarios de Internet, y en particular con relación al correo electrónico, la obligación a los ISP de mantener los datos de sus suscriptores y de facilitar a las autoridades los datos solicitados por éstos. Tal deber de colaboración con las autoridades y la justicia, aparte de la obligación para el ISP de brindar a la autoridad la información solicitada, también abarca lo referente al deber de suspender la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio cuando una autoridad así lo notifique o comunique su requerimiento al ISP, o, el deber de retirar determinados contenidos o información de la web.

Deben sin embargo, protegerse por las legislaciones, los derechos a la intimidad personal y familiar,<sup>5</sup> así como lo referente al derecho de libre expresión y el derecho a la información.<sup>6</sup> Se trata entonces de hacer un análisis objetivo para determinar si definitivamente se están viendo vulnerados derechos de autor<sup>7</sup>, o derechos a la integridad

<sup>3</sup> Es por ello que prestar servicios de telecomunicaciones, y en nuestro caso concreto servicios telemáticos y de valor agregado sin la respectiva licencia otorgada por el Ministerio de Telecomunicaciones o sin el debido trámite regulatorio de la concesión, constituye una infracción que ameritará como sanción desde una multa hasta la suspensión de la actividad, revocación del permiso, caducidad del contrato o cancelación de la licencia.

<sup>4</sup> Número IP: “Internet Protocol”: cada vez que un usuario de un ISP se conecta con Internet se le asigna un número IP. Así el ISP sabe quiénes son sus usuarios y puede saber quién está bajando por ejemplo información ilícita. Por esto los usuarios siempre van a ser identificables o identificados.

<sup>5</sup> Artículo 15 Constitución Política Colombiana: “*Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas*”

<sup>6</sup> Se protege en nuestro país a nivel constitucional el derecho de información y libre expresión y se establece para éste un control posterior (no previo) a la publicación: Artículo 20: “*Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones; la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura*”

<sup>7</sup> Artículo: “Responsabilidad de los ISP’s en Colombia”, Carlos M. Álvarez “Los derechos de autor tienen como finalidad alentar la creación intelectual. Se compone de un derecho moral (personal e intransferible) y uno patrimonial (que puede cederse).

Ley 23 de 1982, artículo 76: “*Los autores de obras científicas, literarias o artísticas y sus causahabientes tienen el derecho exclusivo de autorizar o prohibir:*

- a). La edición, o cualquier otra forma de reproducción;
- b). (...)
- c). La inclusión en película cinematográfica, videograma, cinta video, fonograma, o cualquier otra forma de fijación, y
- d). La comunicación al público, por cualquier procedimiento o medios tales como: (...)

moral, caso de la injuria o la calumnia, o si por el contrario, prima el derecho a la información o el de la libre expresión.<sup>8</sup>

Otro es el tema de las obligaciones de los ISP frente a los delitos informáticos<sup>9</sup> que pueden ocurrir por sus mismos usuarios o por terceros (hackers)<sup>10</sup>, para lo cual debe el ISP ser diligente en la adopción preventiva y reactiva de medidas de seguridad física y lógica de sistemas, las cuales no sólo se restringen al tema del cybercrime, sino que llegan a tener injerencia en otros tópicos, como es el del *SPAM* o *correo no deseado*.<sup>11</sup> En este evento, se instituye responsabilidad para el proveedor de correo electrónico que ha establecido la recepción de correo electrónico comercial no solicitado como condición a sus usuarios para el acceso gratuito al servicio de correo electrónico, o que no brinda a sus usuarios procedimientos efectivos para que puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado para la recepción de correo comercial.

Se trata entonces de alcanzar estándares óptimos de seguridad y certeza, tanto técnica como jurídica (contractual y legal) en el contexto de los servidores, de los sitios WEB,

---

e) La utilización pública por cualquiera otro medio de comunicación o reproducción, conocido o por conocerse.”

“ Estas infracciones podrían ser cometidas por el prestador de servicios hosting, e Mail y acceso o conexión”

<sup>8</sup> Se protege en nuestro país a nivel constitucional el derecho de información y libre expresión y se establece para éste un control posterior, no previo, a la publicación.

<sup>9</sup> “En todo sistema computacional o informático, sobre todo si se producen interconexiones a diversos servidores vía redes abiertas como Internet, la seguridad es un problema de gestión, de diligencia y ético que le compete, principalmente, a los administradores del sistema y responsables de sus bases de datos... pueden surgir responsabilidades, tanto para los administradores como para terceros que en forma indebida y sin autorización, vulneren los sistemas. Es necesario adoptar las medidas de prevención para evitar dichos ataques que, aunque luego castigados, de ser exitosos, pueden tener consecuencias económicas irreversibles, pero bajo el supuesto de que la existencia de mecanismos de seguridad computacional debe ser vista por las organizaciones con la misma naturalidad y alerta con que se implantan, para evitar riesgos, extintores contra incendios o personal de vigilancia contra delitos tradicionales. Y el desarrollo e implementación de sistemas de seguridad específicos, idóneos o apropiados deben contemplar medidas preventivas que abarquen desde las más habituales vulneraciones desde el exterior hasta el tratamiento de los datos por el personal interno”

<sup>10</sup> Son genios en materia de computación, que cuentan con programas y con la habilidad suficiente para penetrar a computadoras y redes de cómputo, acceder las transacciones que realizan diversas personas con sus tarjetas de crédito, los montos, así como sus claves, desviar llamadas a través de diversos satélites para no ser detectados, penetrar a la red Internet sin que se les cobre, pues hacen de algún modo inrastreadable su ubicación o su penetración; pueden crear números falsos de tarjetas de crédito; realizar fraudes, etc. Los hackers hacen uso de diversos programas para penetrar en las redes computacionales, usurpando cuentas de usuarios, creando nuevas cuentas, o utilizando cuentas predeterminadas por el sistema de red. Estos programas con los que cuentan los hackers pueden obtenerse sin mayor esfuerzo, en la autopista de información, mejor conocida como Internet. “Elementos para fincar responsabilidades a los Administradores de Sistemas de Redes” , Luis Manuel Ramírez Perches.

<sup>11</sup> Sobre el mismo, se elaboró en Colombia un proyecto de ley “por medio de la cual se regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado (spam) y se dictan otras disposiciones”. Fue éste el proyecto número 142 de 2004, aprobado en primer debate, y que se encuentra en la comisión sexta de Senado.

y de los centros de procesamiento de datos o Data Center, al igual que de establecer una regulación pormenorizada de estas situaciones y de las obligaciones consecuentes de los ISP, con el fin de fundarse un justo límite entre el derecho a la intimidad y privacidad de las comunicaciones.

Este panorama nos señala la urgente necesidad de legislar jurídicamente estos nuevos escenarios en que el hombre de nuestro siglo se inmiscuye cada vez más, y que por la rapidez que estos fenómenos acarrearán, llega a verse el derecho atrasado, por lo que nos corresponde a nosotros vigilar cuidadosamente que esto no ocurra y estar prontos a entrar en nuevos mares donde nunca habíamos pensado que la ciencia del derecho debería llegar.

Como puede advertirse, los ISP cumplen un papel determinante en Internet, ya que permiten que los usuarios accedan a los contenidos existentes en la Red. Es por ello que deben establecerse reglamentaciones precisas que establezcan con exactitud la forma en que se atribuirá la responsabilidad en caso de existir contenidos ilícitos, inadecuados u ofensivos para terceros; sin dejar de lado, claro, que la responsabilidad de los contenidos debe recaer primeramente sobre los autores y los suministradores de los mismos.

Por otro lado, para los posibles perjudicados por contenidos ilícitos, es de suma importancia conocer si pueden dirigir sus pretensiones resarcitorias también contra los que actuaron como intermediarios para la difusión del contenido que ocasionó el daño.

El problema radica entonces en si debe o no crearse un régimen de responsabilidad especial para los Proveedores de Servicios de Internet, o si, por el contrario, bastaría con el régimen general de responsabilidad.<sup>12,13</sup>

Aclaremos sin embargo que la regulación de la responsabilidad de los proveedores de servicios no parte de señalar los eventos en que ellos tendrían efectivamente responsabilidad, sino, de los eventos EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD, para lo que ellos deberán cumplir con unos requisitos que taxativamente señalarán las regulaciones.

Se intentó entonces encuadrar la responsabilidad de los ISP's en diferentes regímenes, como el de la "responsabilidad empresarial", donde se tiene a los ISP como los

---

<sup>12</sup> El Doctor Alvaro Ramírez considera que con el régimen general de responsabilidad basta, a diferencia de los Doctores Wilson Ríos y Rafael Gamboa, quienes consideran que sí debe regularse el tema en concreto. Sin embargo, el Dr. Gamboa prefiere hablar de OSP "Online service Provider": "*estos incluyen el host, los buscadores, los chat room's, politing boards, etc, a diferencia del ISP que no los incluye, sólo incluye el acceso a Internet. El prefiere hablar de la responsabilidad de los OSP. El ISP es un mero conducto, conector. No es un tenedor de información*". Entrevista realizada al Doctor Rafael Gamboa en Bogotá – Colombia.

<sup>13</sup> "*En Colombia hay una responsabilidad general, que es la del Art 2341 CC, extra contractual, y una particular, que es por ejemplo la del editor, la de la honra y el nombre, etc. El régimen General de responsabilidad puede cubrir los eventos de los ISP, pero es mejor regularlo específicamente a través de las herramientas exhibientes de Responsabilidad*". Entrevista realizada al Doctor Rafael Gamboa en Bogotá – Colombia.

empresarios que deben asumir el riesgo que su actividad implica o conlleva (en este caso el riesgo consiste en que a través del servicio prestado por éstos, sus suscriptores pueden cometer ilícitos, llegando a ser éstos un subproducto natural del servicio de Internet); el de la “*responsabilidad directa*”, la cual se fundamenta en que es responsable el ISP, incluso en los casos en que hay ausencia de culpa o de conocimiento de la infracción, por el sólo hecho de la prestación del servicio de Internet a un suscriptor infractor; el de la “*responsabilidad indirecta*”, bajo la cual se responsabiliza al ISP siempre que éste tenga la capacidad de supervisar al infractor y no lo haya hecho, y además que exista para éste un interés financiero en la explotación del material protegido por el derecho de autor; el de la “*responsabilidad contributiva*”, la que se materializa cuando el ISP o proveedor de servicios de Internet conoce la infracción cometida por el usuario; el de la “*teoría de la equivalencia de las condiciones*”, donde la actividad desarrollada por el prestador de servicios de intermediación será una de las causas que han contribuido a la producción del daño. Divide este esquema la responsabilidad según el grado de la causa, teniendo tres a saber: la causa adecuada como la “*que con gran probabilidad producirá un daño sin necesidad de particulares alteraciones inesperadas del curso causal y que genera entonces responsabilidad*”, la causa próxima como aquella que podría comportar responsabilidad, y una causa remota como la que no generaría responsabilidad alguna. Otra es la que asemeja la actividad o servicios ofrecidos de los Proveedores de Servicios de Internet a una “*actividad riesgosa*”, con lo que los llevarían a un régimen de “*Responsabilidad objetiva*”.

Se pensó también en un momento en asimilar la relación ISP – usuarios, a la relación empleador – empleado, para igualar el régimen de responsabilidad de los ISP a la del derecho laboral, bajo el cual el demandado es responsable por la conducta infractora de otro. Así, los empleadores pueden llegar a ser responsables por la conducta de sus empleados. La idea era que bajo éste esquema, los Proveedores de Servicios de Internet fueran responsables por la conducta de sus clientes o suscriptores, bajo un régimen de “*Responsabilidad civil indirecta del superior responsable*”.

Por último, tenemos el régimen que asimila a los Proveedores de servicios de Internet a editores, por cuanto ambos proporcionan el soporte material que permite a los autores de la información su divulgación. Bajo la responsabilidad civil solidaria vienen a ser los editores responsables por la “*culpa in eligendo*” o “*in vigilando*” del contenido de la información y opinión que en el periódico o revista se difunda. Vendrían entonces los ISP a tener “*obligaciones como garantes de la información*”, siendo responsables por el material que en sus redes se publique.<sup>14</sup>

Ante esta corriente, los proveedores han resaltado que ellos no son editores, sino simples distribuidores, fundamentándose en dos razones principales: la primera, la imposibilidad de lograr un control efectivo de los contenidos, debido al enorme volumen de información que los usuarios introducen en un servidor. Aún pensando en hacer este

---

<sup>14</sup> Se toma entonces al ISP como un caso de posición de garante.

tipo de controles, sería también imposible por los costos absolutamente desproporcionados que esto acarrearía. La segunda, que no se puede equiparar a los ISP a los editores, pues si bien para los editores sí es su deber revisar los contenidos que posteriormente se publicarán, no es éste, deber de los ISP.

Considero que efectivamente resulta técnicamente imposible para un prestador de servicios de Internet estar continuamente revisando el material que sus servidores alojan, por la cantidad del material así como por los costos económicos que esta función acarrearía. Lo que sí es aceptable, es que para casos específicos, como el de la pornografía infantil, se les exija tomen tales medidas, como ocurre en nuestro país bajo el código de conducta firmado por los ISP para el caso específico de pornografía infantil. Podría entonces llegarse a establecer políticas similares con temas como el racismo o el nazismo, en otros países.

De esta teoría se derivó una consecuencia positiva, cual fue la de regular la “no obligación” para el ISP de revisar materiales alojados en sus sistemas. Así se estableció en la Directiva Europea del año 2000, la cual prohibió a los Estados miembros imponer a los proveedores de servicios obligaciones *generales de supervigilancia* de los contenidos que circulan a través de ellos. No obsta ello para que los Estados requieran de los ISP la adquisición de tecnología para el filtrado de la información que legalmente no pueda circular.

Sobre el tema se pronunció el Tribunal Constitucional Español en sentencia 240/92, en la que expresa:

“La responsabilidad civil solidaria, entre otros, del director del medio periodístico y de la propia empresa editora, se justifica en la culpa in eligendo o in vigilando del editor o del director, dado que ninguno de ellos es ajeno al contenido de la información y opinión que el periódico difunda [...] (esto es diferente en Internet donde realmente no hay un control del material..)”

Igual fue la postura asumida por Estados Unidos: así, diversos Tribunales de Justicia consideraron que los ISP no tienen control editorial sobre el contenido de los correos e-mail, y que de ninguna manera pueden ser considerados culpables de difamación ni responsables del contenido del material publicado por los usuarios de su servicio.

Se fundamentaron dichos fallos en lo establecido por la “*Communications Decency Act*” de 1996, que en su sección 230 establece que “no debe responsabilizarse a un ISP por el contenido de la información suministrada por un tercero”. De igual manera, la Digital Millennium Copyright Act de 1998, excluye totalmente de responsabilidad a los ISP respecto de la que pudiera serle atribuida a sus clientes.

Posteriormente el Congreso de Estados Unidos estableció que no se podrá considerar a un ISP como un editor: “ningún proveedor o usuario de un servicio de computación interactivo puede ser considerado como el impresor de una información provista por un proveedor de información (“information content provider”).

En conclusión, en un medio como lo es Internet, es imposible, desde nuestro punto de vista, exigirles a los proveedores de servicios un mismo nivel de vigilancia respecto a los contenidos que en la red se publican, que al grado de vigilancia que debe tener el editor de una revista o periódico.

Diferente, claro, es el caso en que sean los mismos proveedores de servicios de hospedaje quienes proporcionen los contenidos en la World Wide Web o en los grupos de discusión, donde son, evidentemente, responsables.

A estas corrientes favorecedoras de responsabilizar a los ISP, las diferencian las que, por el contrario, promueven la no responsabilidad de éstos mismos:

La posición más difundida es que los proveedores de acceso son meros intermediarios, equiparables al titular de una tarjeta de crédito o de una línea telefónica, que proveen, pero no responden por los hechos de quien las utiliza.

Explican que la función de las empresas de “*Acces Service providers*” es brindar el ingreso al ciberespacio por lo que en la medida en que no coexistan con otras funciones, carecen de vinculación con el contenido de la información que transfieren desde la computadora personal al “*provider*”.

Entre sus argumentos están que éstos no tienen por qué pagar por las consecuencias de la conducta de sus suscriptores; que el servicio de Internet, no implica *per se* una violación a los derechos de autor y derechos conexos; que responsabilizarlos del contenido que circula por sus redes los llevaría a hacer una indiscriminada remoción del mismo, corriendo el riesgo de atentar contra principios constitucionales al no haberse configurado en realidad vulneración a derecho alguno, aparte de que debido al volumen de información que se intercambia, el control de contenidos es difícil de realizar y acarrea costos insostenibles.

Respecto a los Proveedores de servicios de almacenamiento (hosting<sup>15</sup>), argumentan que su deber acaba al momento de otorgar una locación para el uso y goce del usuario, por lo que no asumen responsabilidad alguna frente a hechos de terceros.

Existe por último, una teoría intermedia, en la que como regla, el ISP no es responsable, pero puede serlo si tuvo oportunidad de valorar la ilegalidad del contenido de la información o su dañosidad para terceros. Se trata de las teorías que exigen al Proveedor “tener” conocimiento de la infracción para endilgarle responsabilidad.

Es ésta la tesis que en Estados como Austria, Alemania, Francia y Reino Unido se ha adoptado o propuesto en legislaciones para los proveedores de servicios de hospedaje, en las que sólo serán responsables del contenido alojado en sus servidores cuando se

---

<sup>15</sup> hace referencia al servicio de almacenamiento de la información que se aloja en un sistema o red controlada u operada por o para el proveedor, y solicitada por sus usuarios. Se incluye en ésta los correos electrónicos y sus archivos adjuntos almacenados en el servidor del proveedor, y páginas web alojadas en el servidor del proveedor.



compruebe que conocían la ilegalidad de éste, y no han tomado medidas razonables para eliminar dicho contenido.

Algunas reglamentaciones van más allá, y exigen a los proveedores que restrinjan el acceso a sitios con contenido ilegal. Caso éste es el Colombiano, en el que se exige dicha conducta a los proveedores en el tema de la pornografía infantil.

Otros, todavía más radicales, pretenden la ausencia total de regulación para los Proveedores de Servicios de Internet, exponiendo que el mundo virtual es ajeno al real, ajeno a la jurisdicción de los Estados. Obviamente carece esta posición de toda lógica, y no merece por ello ni ser discutida.

Fueron todas estas teorías desechadas para regular la responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet, por no ser ninguna de éstas totalmente adecuada para las características especiales del servicio brindado por éstos, lo que llevaba a esclarecer la necesidad de un régimen especial.

Otra posición es la de no pretender regular el tema bajo leyes Estatales, sino a través de autorregulaciones y códigos de conducta<sup>16</sup> fomentados por las mismas asociaciones de suministradores de acceso a Internet.

Considero conveniente esta última vertiente, la que en realidad se viene desarrollando a nivel mundial, donde se está entrando a regular el tema bajo leyes dictadas por los gobiernos, y a la vez, se fomenta la utilización de códigos de conducta y autorregulaciones.

Se debe eso sí, pretender la armonización legislativa universal, pues que cada nación establezca su sistema legal, puede resultar inconveniente por la disparidad social, política, ideológica, cultural, y las divergentes pautas sociales. Horacio Fernández Delpech propone construir acuerdos entre Estados pertenecientes a una cultura jurídica común u homogénea o a bloques de países que registren esas similitudes. Sería un buen comienzo, desde nuestro punto de vista.<sup>17</sup>

Siendo este el panorama, y las diferentes posturas, lo cierto es que Gobiernos, empresas e individuos afectados por las actividades de algunos usuarios de Internet reclaman responsabilidades a los proveedores de servicios, por lo que debe definitivamente el tema regularse en cada Estado, procurando eso sí, una legislación universal, donde existan principios generales orientados al buen uso de la normatividad y al mismo tiempo, al continuo avance y progreso de la era informática.

---

<sup>16</sup> Los proveedores de servicios han establecido códigos de conducta cuya utilidad es indiscutible. Sin embargo, sería un error imaginar que dichos códigos puedan sustituir al Derecho en un ámbito tan sensible como el del orden público. Limitarse únicamente a la autorregulación del mercado podría desembocar incluso en desviaciones peligrosas en la medida en que, en temas como por ejemplo la pornografía o la religión, los proveedores podrían interpretar su deber de vigilancia en función de los deseos expresados por diversos grupos de presión. Si debe haber censura, ésta no puede ser ejercida sino por parte de las autoridades públicas. Jurisprudencia Yahoo.

<sup>17</sup> Horacio Fernández Delpech, artículo “la obligación de conservación de datos en el correo electrónico por parte de los proveedores de servicio de Internet”

Entramos entonces en el tema de la territorialidad: ¿la ley de qué lugar aplicar?, ¿dónde debe la víctima demandar?, ¿hasta dónde un ISP responderá por conductas cometidas por sus usuarios fuera de su territorio?

El lugar de establecimiento del prestador determina la ley y las autoridades competentes para el control de su cumplimiento, de acuerdo con el “*principio de la aplicación de la ley del país de origen*”.

El Convenio de Berna parte del principio por el cual la ley aplicable es la del país donde se reclama la protección:

*Artículo 5,2: “sin perjuicio de las estipulaciones del presente convenio, la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección”.*

En el caso de emisiones transnacionales por satélite, se han generado dos teorías:

La primera, la “*teoría de la emisión*”, bajo la cual se aplica la ley del país donde opera el emisor.<sup>18</sup>

La segunda, la “*teoría de la comunicación*”, según la cual, ésta se produce en todos los países comprendidos en el área de cobertura del satélite y entonces el acto de transferencia debe ajustarse a la ley de cualquiera de estos países y son competentes los tribunales de cada uno de éstos.<sup>19</sup>

Vemos que las transmisiones digitales en línea se asemejan a las satelitales, pues como pasa en esas, la emisión puede efectuarse en un determinado país para ser accesible al público en muchos otros países.

Aparte de esto, puede suceder que el origen de la transmisión se haya hecho en un país donde no exista ley que proteja los derechos de autor y conexos, caso en el cual, no podría ajustarse la teoría de la emisión por no haber ley reglamentaria que regule el tema. Nos guiaríamos entonces por la teoría de la comunicación.

Ahora, no resulta sencillo en las comunicaciones en línea conocer el país de origen del contenido, pues así como puede provenir del país donde se encuentra la página, puede también provenir de un sitio reflejo (*mirror site*). O puede ocurrir, como lo expone Ricardo Antequera Parilli,<sup>20</sup> que el proveedor de contenido esté ubicado en el país (A), el proveedor de acceso en el país (B) y el que aloja dicho contenido en un país (C). Incluso, puede que el usuario de la red lo haga a través de líneas telefónicas de otro país. Son éstas razones por las cuales la teoría de la emisión resulta inaplicable.

---

<sup>18</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, “ Comercio electrónico, puesta a disposición del público de contenidos protegidos de las transmisiones digitales”

<sup>19</sup> Idem.

<sup>20</sup> Idem

Pasemos ahora a analizar las dos legislaciones base para el tema de la responsabilidad de los ISP, como lo son la Digital Millenium Copyright Act (DMCA), firmada en ley por el Presidente Clinton en octubre 28 de 1998, y la Directiva Europea Número 31 del 08 de junio de 2000, relativa a los “*aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico*”.

A la primera de éstas se le conoce como un “salva vidas” o “puerto seguro” para los Proveedores de Servicios de Internet, pues la DMCA contiene disposiciones encaminadas a exonerar a los ISP de cualquier tipo de responsabilidad civil por las violaciones al derecho de autor cometidas por sus usuarios, siempre y cuando éstos cumplan con ciertos requisitos enumerados taxativamente para dicho fin.

Para ello crea cuatro limitaciones de responsabilidad por las infracciones de derechos de autor para los abastecedores de servicio en línea, y establece un detallado sistema de “*notice and take down*” para hacer posible que los titulares identifiquen las infracciones que se cometen de sus obras a través de Internet y lo notifiquen a los servidores afectados para que el material supuestamente infractor sea retirado o su acceso bloqueado.

Las limitaciones son basadas en las cuatro categorías de servicios que puede ofrecer un abastecedor de servicio:

1. Comunicaciones transitorias;
2. Sistema que deposita información de manera temporal;
3. Almacenaje de la información sobre sistemas o redes en la dirección de usuarios;
4. Herramientas de la localización de la información.

Es importante aclarar desde ya que cada limitación corresponde a una función separada y distinta, y el hecho de que un abastecedor de servicio califique para una de las limitaciones no implica per se que clasifique para cualesquiera de las otras tres. [sección 512(n)].

De igual forma, el hecho de que un proveedor de servicios de Internet no clasifique en una de las limitaciones, no necesariamente lo hace responsable por la infracción de copyright. El titular del copyright o supuesto afectado deberá entonces entrar a demostrar que el abastecedor ha infringido, y el abastecedor podrá hacer uso de su derecho de defensa.[sección 512(l)].

Además de limitar la responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet, el título II ofrece a los titulares del copyright que consideren están siendo afectados por infracciones a sus derechos por parte de un tercero suscriptor de cierto abastecedor, un procedimiento por medio del cual una corte federal ordene a dicho abastecedor de servicios divulgar la identidad del suscriptor para la respectiva investigación [(sección 512 (h)].

Aclaremos desde ahora que la DMCA en ningún momento impone a los Proveedores de Servicios de Internet la obligación de supervisar su servicio o tener acceso al material o contenidos alojados por sus suscriptores para poder clasificar en alguna de las cuatro clases de limitaciones a su responsabilidad que les ofrece la ley.

La primera limitación hace referencia al tema de las COMUNICACIONES TRANSITORIAS, donde el abastecedor actúa simplemente como conductor de los datos, transmitiendo la información digital a partir de un punto en una red a otro por petición de un usuario. Esta limitación cubre los actos de transmisión, enrutamiento, o los de proporcionar a los usuarios las conexiones necesarias para lograr que éstos obtengan los contenidos solicitados. Cubre también las copias intermedias y transitorias que se hacen automáticamente en la operación de una red.

Para calificar a esta limitación, las actividades del abastecedor de servicio deben reunir las condiciones siguientes:

- La transmisión se debe iniciar por una persona (con excepción del abastecedor).
- La transmisión, enrutamiento, disposición de conexiones, o del copiado se debe realizar por un proceso técnico automático sin la selección del material por el abastecedor de servicio.
- El abastecedor de servicio no debe determinar los recipientes del material.
- Las copias intermedias no deben ordinariamente ser accesibles a cualquier persona con excepción de recipientes anticipados, (no acceso a terceros de copias anticipadas) y no se deben conservar por un plazo más del largo que es razonablemente necesario. (eliminar en un plazo prudente las copias temporales que haya realizado)
- El material se debe transmitir sin la modificación a su contenido.

La segunda limitación de responsabilidad, “SISTEMA QUE DEPOSITA INFORMACIÓN DE MANERA TEMPORAL”, para los Proveedores de Servicios de Internet, se refiere a la situación en la que el abastecedor de servicio conserva el material solicitado por otro, bajo una copia temporal, para poder satisfacer los pedidos subsiguientes del mismo material, de manera más rápida, transmitiendo la copia conservada, (recurre el ISP al material que ha sido hecho accesible en línea por una persona con excepción del abastecedor, y es entonces transmitido a la dirección de un suscriptor), en vez de recuperar el material de la fuente original en la red. Se limita la responsabilidad de los abastecedores de servicio a que la práctica de dicha retención del material (copias de retención), sea, por un tiempo limitado.

Establece la Digital Millenium Copyright Act de 1998 que esta limitación se aplica a los actos del almacenamiento intermedio y temporal, cuando está realizado con un proceso técnico automático con el fin de poner el material a disposición los suscriptores que lo solicitan posteriormente.

Para ser acreedor a dicha limitación, el proveedor debe reunir las siguientes condiciones:

- El contenido del material conservado no debe ser modificado.
- El abastecedor debe conformarse con las reglas establecidas en los protocolos de comunicación estándar, sobre la "actualización" del material, substituyendo copias conservadas del material por el material de la localización original, cuando esté así especificado.
- El abastecedor no debe interferir con la tecnología creada para beneficiar a la persona que fijó el material y que estableció ciertos requisitos para su uso.
- El abastecedor debe limitar el acceso de usuarios al material de acuerdo con las condiciones para el acceso (ejemplo, protección de contraseña) impuesto por la persona que fijó el material.
- Debe el Proveedor de servicios de Internet quitar o bloquear cualquier material que fue removido de su origen por infringir derechos de autor.

La tercera limitación de responsabilidad, "*ALMACENAJE DE LA INFORMACIÓN SOBRE SISTEMAS O REDES EN LA DIRECCIÓN DE USUARIOS*", (sección 512 c), hace referencia al servicio de almacenamiento de la información que se aloja en un sistema o red controlada u operada por o para el proveedor, y solicitada por sus usuarios. Se incluye en ésta los correos electrónicos y sus archivos adjuntos almacenados en el servidor del proveedor, y páginas web alojadas en el servidor del proveedor. (HOSTING).

Se les prohíbe a los abastecedores de servicios infringir el material almacenado en los Web site (u otros depósitos de la información) recibidos en sus sistemas.

Para ser merecedores de esta limitación, debe el Proveedor de servicios reunir las condiciones siguientes:

- El abastecedor no debe tener el nivel indispensable del conocimiento de la actividad catalogada de infractora, ni el derecho ni la capacidad de controlarla.<sup>21</sup>
- Si el abastecedor tiene el derecho y la capacidad de controlar la actividad catalogada de infractora, no debe recibir ninguna ventaja financiera directamente atribuible a ésta.

<sup>21</sup> "El requisito del conocimiento se define partiendo de dos criterios: conocimiento real de que existe infracción y «conocimiento de hechos o circunstancias por las cuales es aparente que existe infracción». Este segundo criterio es el que se conoce como «bandera roja» (red-flag). La adopción de este texto fue difícil de consensuar entre los proveedores de contenido (que querían un criterio fácil de probar) y los servidores (que no querían tener la obligación de investigar o controlar cualquier actividad que pudiera ser sospechosa). En principio, este lenguaje permite distinguir entre circunstancias que pueden plantear dudas sobre su ilegalidad y circunstancias que la hacen aparente. Por ejemplo, una página web llamada Los Piratas del Mar del Sur puede plantear la duda de que esté dedicada a la transmisión no autorizada de programas de ordenador o de música, pero ello no es en sí mismo suficiente para que el servidor tenga que investigarla; al fin y al cabo, puede tratarse de la página web de un grupo roquero que ensaya en el garaje de su casa. No obstante, si el servidor constata que la página tiene contratado un espacio considerable, que ha experimentado un volumen de actividad (de descargas) inusual para una página no comercial y, al visitarla, comprueba que se ofrecen copias de Microsoft Windows por 1.000 pesetas, todo ello son circunstancias que hacen aparente la existencia de infracción". Raquel Xalabarder, artículo: "Infracciones de propiedad intelectual y la Digital Millennium Copyright Act"

- Recibida la notificación apropiada de la infracción demandada, el abastecedor debe tomar automáticamente las medidas necesarias para bajar o bloquear el acceso al material. O sea, una vez que el ISP se ha enterado de la ilicitud del material debe proceder a bloquearlo o bajarlo de la red.

En conclusión, son dos los eventos en que la ley obliga al ISP a remover el material de la red, para poder mantener su exoneración de responsabilidad:

- 1) En el momento en que el ISP tiene conocimiento o advierte el peligro de infracción,
- 2) Cuando recibe una queja formal por infracción a los derechos de autor.

Respecto a la notificación, la misma DMCA establece el procedimiento adecuado y las reglas en cuanto a su efecto. Tenemos así que el supuesto afectado o perjudicado, notifica al abastecedor de servicio (ISP) de la infracción de la que se está viendo afectado. La notificación debe ir firmada por el titular y contener información suficiente para poder ponerse en contacto con él, (nombre, dirección, correo electrónico, etc), debe identificar tanto la obra objeto de supuesta infracción como el material o la actividad supuestamente infractora y, finalmente, debe contener una declaración de que el notificante cree de buena fe que el uso es ilegal (no autorizado por el titular o no permitido por la ley) y de que la información contenida en la notificación es verdadera.<sup>22</sup>

Si, sobre la recepción de una notificación apropiada, el abastecedor de servicio quita o bloquea puntualmente el acceso al material identificado en la notificación, (como debe hacerlo bajo la DMCA), será exento de toda responsabilidad monetaria por este hecho, (porque se bloqueó, retiró o inhabilitó el material), o sea, queda protegido de cualquier responsabilidad frente a la persona que le pudiera reclamar por haber retirado o bloqueado el acceso a su material, así como de cualquier responsabilidad derivada de una demanda de responsabilidad por indemnización de daños y perjuicios frente al titular del material supuestamente infringido.

De la misma manera, la DMCA crea ciertas garantías para proteger a los acusados suscriptores de los ISP o Proveedores de Servicios de Internet de notificaciones falsas o fraudulentas. Para ello, brinda al suscriptor acusado de violar derechos a la propiedad intelectual, la oportunidad de responder al aviso o notificación del supuesto afectado al ISP, anexando éste una notificación contraria.

El abastecedor de servicio o ISP deberá inmediatamente, dar traslado de la contra - notificación al titular del derecho supuestamente infringido, avisándole de que el material

---

<sup>22</sup> “Por ejemplo, Lucasfilm, la productora de la saga Star Wars envió a diversos servidores norteamericanos una notificación genérica en la que no se identificaba a los infractores de su nueva película Episodio I: La amenaza fantasma, sino que sólo se apuntaba la existencia en Internet de «archivos digitales no autorizados de la película de inminente estreno». Los servidores simplemente no le hicieron caso (no les correspondía a ellos identificar a los supuestos infractores), puesto que no cumplía con los requisitos formales previstos para que la notificación tuviera efecto bajo el sistema de notice and take down de la DMCA”. Raquel Xalabarder, artículo: “Infracciones de propiedad intelectual y la Digital Millennium Copyright Act”

será repuesto (o desbloqueado), y que cuenta con un plazo de diez a catorce días para presentar una demanda judicial para que el ISP proceda nuevamente a retirar o inhabilitar el material (restraining order).

Se establece que tanto el supuesto afectado que presente una notificación falsa a un Proveedor solicitando el bloqueo o inhabilitación de un material, como el suscriptor que presente a ésta una contra - notificación, de la misma manera, falsa, deberán responder por todos los daños causados con su conducta, bien sea al mismo ISP o Proveedor de servicios de Internet que se vio obligado a bloquear un material o bajarlo de su red, o al titular del copyright (o su concesionario) que efectivamente se estaba viendo afectado con dicho material. Se sanciona entonces la mala fe de alguna de las partes.

La cuarta limitación para los Proveedores de servicios de Internet, “*HERRAMIENTAS DE LA LOCALIZACIÓN DE LA INFORMACIÓN*”, se relaciona con los hyperlinks, los directorios en línea, los motores de búsqueda y similares.

Exonera de responsabilidad al ISP que usando tales herramientas de la localización de información, refiera o dirija a sus usuarios a un sitio que contenga material ilícito, siempre y cuando reúna las siguientes condiciones:

- Si el abastecedor no debe tener el nivel indispensable del conocimiento para determinar que un material pueda ser catalogado de infractor, y efectivamente no lo tiene, o sea, no está enterado de los hechos o de las circunstancias bajo las cuales el material es evidentemente infractor.
- Si el abastecedor tiene el derecho y la capacidad de controlar el material en la red, y existe evidentemente un material infractor, el abastecedor no debe recibir ninguna ventaja financiera directamente atribuible a dicho material infractor.
- Sobre la recepción por parte del Proveedor de una notificación de la ilicitud del material alojado en la red, el abastecedor debe tomar inmediatamente las medidas necesarias para bajar o bloquear el acceso a dicho material.

Estas son esencialmente las mismas condiciones que se aplican bajo la limitación anterior, con algunas diferencias en los requisitos de la notificación. Las provisiones que establecen salvaguardias contra la posibilidad de notificaciones erróneas o fraudulentas, se aplicarán igualmente. De la misma manera se aplicarán las que protegen al abastecedor que al recibir la notificación, bajó o bloqueó el material.

Vemos entonces como la DMCA beneficia a los ISP, quienes al ceñirse a los requerimientos establecidos en la legislación, se verán menos expuestos a ser demandados exitosamente, y obtendrán además protección cuando tomen las medidas necesarias para limitar o prevenir los posibles daños contra los titulares de derechos de autor, retirando el material infractor o impidiendo el acceso a éste.

Un punto de debate generado por esta legislación, es el del proceso de la notificación y la contra-notificación: se apartan muchos del sistema Americano en el que el afectado notifica al ISP de la infracción, y éste, automáticamente procede a restringir el acceso a

dicha información, o, a bajarla de la red. Los opositores plantean que el ISP no debe proceder a ello, hasta no tener una orden judicial o administrativa previa.

Esta postura, que es la que nos plantea la “*Directiva Europea*” y la que está promoviéndose actualmente, controvierte que cualquier persona pueda solicitar al Proveedor remover el material de la red, y sugiere entonces al supuesto afectado ir ante la respectiva jurisdicción y que sea entonces bajo un proceso o bajo una medida cautelar que se notifique y obligue al ISP a utilizar sus mecanismos para restringir dicho contenido de la Web.

Trae esta corriente un punto positivo, para los mismos Proveedores, y es que no se verán obligados a estar bloqueando, o retirando material de la red, lo que les acarrea costos elevados, y tareas “extras” a las que ellos se obligan realmente, cuales son las de transmitir o almacenar información. Por ello éstos prefieren la corriente Europea.

Los que defienden la posición Americana de la Digital Millenium Copyright Act, entre éstos el Doctor Álvaro Ramírez Bonilla,<sup>23</sup> Rafael Gamboa,<sup>24</sup> y Raquel Xalabarder<sup>25</sup>, exponen que seguir la línea Europea, sería negativo para el supuesto afectado, quien no tendrá una solución inmediata al problema de los contenidos expuestos en la red, y deberá entonces adelantar el proceso respectivo para que el juez o funcionario administrativo ordene al ISP tomar las medidas necesarias. Esto, podría llevar claramente, a un incremento en la indemnización de perjuicios, pues por mayor tiempo el afectado tuvo que sobrellevar los perjuicios, de tipo moral y otros, que le generaba tal contenido en la red. Aparte de ello, patrocinan que el procedimiento estadounidense es mucho más rápido y efectivo.

Por su lado, la Directiva Europea del año 2000, el segundo pilar existente (después de la DMCA) en materia de regulación de la “Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet por infracciones cometidas en la red”, protege también otros

---

<sup>23</sup> Expone también Álvaro Ramírez Bonilla que la Digital Millenium Copyright Act logra un equilibrio entre la defensa a los derechos de copyright y el negocio de los ISP.

<sup>24</sup> Considera el Doctor Gamboa que la legislación Americana es mucho más práctica e ingeniosa. (entrevista realizada en Bogotá- Colombia ). Sin embargo, no está de acuerdo con el proceso de la contra notificación, y, es participe del procedimiento administrativo o judicial previo, lo que, a nuestro criterio, lo acerca más a la posición Europea. “*Respecto a si debe haber un procedimiento Administrativo o judicial previo, coercitivamente debe haberlo, pero si el ISP sabe de un material ilícito y no lo baja esperando la orden judicial o administrativa, la responsabilidad se le puede ir incrementando. Si por el contrario, notifican al ISP por cierto material ilícito y el ISP mira y no lo hay, entonces como prueba, fotocopie la página web, día , hora, para demostrar que ese día NO había tal material ilícito. Pueden los ISP por razones políticas , bajar la información sin haber recibido la orden administrativa o judicial. Es el ejemplo de los códigos de conducta. En conclusión , lo mejor es que los mismos ISP sean los que regulen su responsabilidad a través de regulaciones fundamentadas en sus posiciones políticas, o sea, aún sin notificación el ISP puede por sí mismo bloquear el acceso a ciertas páginas, como las de las autodefensas o las guerrillas, o de pornografía, para ellos mismos protegerse. Es una posición derechista. Todo se restringe a una decisión política para salvaguardarse de responsabilidad*”.

<sup>25</sup> Raquel Xalabarder, artículo: “*Infracciones de propiedad intelectual y la Digital Millennium Copyright Act*”



bienes jurídicos, (a diferencia de la DMCA que sólo protege el derecho a la Propiedad Intelectual) como la difamación, el uso ilícito de marcas, la competencia desleal o la violación de la intimidad.

La Directiva presenta como objetivo principal la creación de un marco limitante de responsabilidad para los Proveedores de Servicios, en el que se introducen reglas específicas que ofrecen la garantía de que, cumplidos determinados requisitos, no podrán ser declarados responsables por los daños causados por haber transmitido o alojado contenidos ilícitos o lesivos proporcionados por terceros.<sup>26</sup>

La Directiva, señala tres categorías de servicios que pueden prestar los Proveedores de Servicios de Internet, y en los que podrían verse eximidos de responsabilidad si cumplen los requisitos establecidos para cada uno de ellos:

1. servicios de mera transmisión y servicios de provisión acceso a la Red;
2. servicios de almacenamiento temporal (*caching*);
3. servicio de alojamiento de datos (*hosting*).

Al igual que en la Digital Millenium, a cada categoría de servicio corresponde una limitación separada y distinta de las demás, por lo que se estudiará de manera aislada cada servicio en el que pueda el Proveedor verse limitado o eximido de responsabilidad.<sup>27</sup>

Como se puede ver, la Directiva de Comercio Electrónico no señala ( como sí lo hace la DMCA) la responsabilidad que puede derivarse del servicio prestado por los ISP's de servir de herramienta para hacer enlaces o link's, actuando así como motor de búsqueda.<sup>28</sup>

Respecto a la primera limitación, son tres los requisitos exigidos por la norma para disfrutar de la exención. En caso de que el proveedor haya transgredido alguno de esos tres requerimientos establecidos, ya no podrá entonces ser exonerado:

- a) no haya originado él mismo la transmisión;
- b) no seleccione al destinatario de la transmisión; y
- c) no seleccione ni modifique los datos transmitidos.

---

<sup>26</sup> Considerando # 42 de la directiva Europea: "Las exenciones de responsabilidad establecidas en la presente Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros, es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente.

<sup>27</sup> "Y, teniendo en cuenta que los criterios de atribución de responsabilidad siguen siendo los del régimen general, la simple falta de los requisitos para obtener la exención no implicarán directamente la atribución de responsabilidad al sujeto, sino que será preciso que hayan concurrido, y así lo aprecie el juez, todas y cada una de las condiciones que en el régimen general son necesarias para establecer la imputación del deber de reparar". Miguel Peguera Poch, Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios de Internet (ISP), España.

<sup>28</sup> Vínculos directos a otro lugar de la Red por medio de hipertexto.

Establece el legislador que podrá el Proveedor verse necesitado de realizar una copia del material solicitado por el usuario, para poder posteriormente transmitirlo a éste, pero restringe la norma el fin de dicho procedimiento, cual es el de servir exclusivamente para ejecutar la transmisión en la red de comunicaciones. De igual manera restringe el tiempo que el Proveedor podrá utilizar para el almacenamiento de la información, entendiéndose que será un lapso razonable para la operación en ejecución.

Advierte el legislador que podrá una Autoridad Judicial o Administrativa ordenar al ISP que *“ponga fin a la infracción o que la impida”*, a lo que el Proveedor debe responder de manera inmediata.

Respecto a la segunda limitación, servicios de almacenamiento temporal (*caching*), establece el legislador cinco requisitos:

El primero de ellos se refiere a que *“el prestador de servicios no modifique la información”*: resulta lógico este requisito, pues, en el momento en que el Proveedor modifique la información, está dejando ésta de ser independiente al ISP, y entra entonces el ISP a correr con toda la responsabilidad que dicha modificación le devenga, empezando desde el mismo hecho de *“modificarla”*, que ya configuraría per se una infracción.

El segundo dispone que *“el prestador de servicios cumpla las condiciones de acceso a la información”*: debe el Proveedor cumplir con las condiciones que establece el creador de la página o sitio web para quienes quieran acceder al mismo, como el diligenciamiento de un registro, (generalmente, nombre y dirección de correo electrónico), con lo que el solicitante recibe una contraseña, la que deberá usar para acceder a la página, o, en otros casos, la realización de un pago.

El tercer deber establece que: *“el prestador de servicios cumpla las normas relativas a la actualización de la información, especificadas de manera ampliamente reconocida y utilizada por el sector”*: debe el proveedor estar vigilante de que la información que tiene alojada en su memoria caché, se encuentre realmente actualizada a la del sitio web original, pues, sería responsable si estuviese mostrando a sus usuarios información obsoleta por negligencia en sus obligaciones.<sup>29</sup> Resulta bien importante este deber, pues toca directamente a los usuarios del Proveedor de Servicios de Internet, quienes pueden verse muy perjudicados con una falta como esta.

La cuarta dispone que: *“el prestador de servicios no interfiera en la utilización lícita de tecnología ampliamente reconocida y utilizada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información”*: debe el Proveedor permitir al titular del sitio web original, utilizar la tecnología existente para registrar la información de cómo, cuándo, quién y especialmente cuántas veces se consultan sus páginas, información ésta que resulta por lo general trascendente para los titulares de páginas de Internet. Se necesita del Proveedor

---

<sup>29</sup> Sin embargo, el Doctor Carlos Neira aclara que el proceso de actualización es automático, se renueva cada periodo de tiempo establecido. Según esto, los ISP NO tienen entonces responsabilidad en este tema. Ahora, hay páginas que ponen reglas para el proceso de caché, entonces el ISP debe cumplirlas. En caso de incumplirlas, el ISP tendría responsabilidad.

colaboración en este punto debido a que muchas visitas no se hacen al sitio web original sino a la copia en memoria caché.

Dice el quinto y último requisito: *“que el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar la información que haya almacenado, o hacer que el acceso a ella será imposible, en cuanto tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente, de que se ha imposibilitado el acceso a dicha información o de que un tribunal o una autoridad administrativa ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella”*.

Como el ISP tiene hospedadas páginas web en su memoria caché, debe estar presto a retirarlas (o retirar la información específica) o inhabilitarlas (la página o un contenido de ésta), tan pronto *“tenga conocimiento efectivo”* de que dicho contenido fue retirado o inhabilitado del sitio original, o que así lo ha ordenado una autoridad con competencia para ello.

Quede claro que pueden darse dos eventos diferentes de generación de responsabilidad para el prestador de servicios de alojamiento caché:

El primero, es el caso de *“caching de contenidos ilícitos”*, cuando el ISP está alojando en su memoria caché información lesiva, caso en el cual, tan pronto tenga el ISP la orden de la autoridad respectiva, deberá retirarla o hacer imposible el acceso a ésta. De igual manera lo deberá hacer cuando tenga conocimiento efectivo del hecho de que la información ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente.

Nos preguntamos qué debe hacer el ISP cuando se ha dado cuenta o le han informado que el material que está guardando en su memoria caché es ilícito, pero no lo han retirado del lugar original, ni hay orden alguna de un tribunal o autoridad administrativa.

Recordemos que el conocimiento efectivo que se le exige cuando presta servicio de memoria caché, es un conocimiento más laxo que en el del servicio de memoria hosting, pues aquí se entenderá que el ISP conocía del hecho de la ilicitud hasta cuando tenga una orden judicial o administrativa que así lo disponga, o cuando ya hubiese sido retirado el material de la red.

Siendo así, consideramos que deberá entonces el ISP avisar al titular de la página web de la ilicitud del contenido de su material, y podrá dar aviso a la autoridad correspondiente para que ésta, constatando la ilicitud, emita la orden respectiva y pueda el ISP proceder a retirar la página o inhabilitarla según el caso.

De la misma manera deberá proceder el particular que encuentre en dicho contenido almacenado por el ISP en su memoria caché (cuestión de la que el usuario no tendrá conocimiento) información ilícita.<sup>30</sup>

<sup>30</sup> Es de destacar que no se contempla la intimación del particular o usuario damnificado por lo que cabe interpretar que éste habrá de acudir al órgano administrativo o jurisdiccional competente para que disponga el retiro del contenido difamante o ilegal. Ponencia: *“La obligación de conservación de datos en el correo electrónico por parte de los proveedores de servicio de Internet”*, autor: Horacio Fernández Delpech.

El segundo evento de generación de responsabilidad para el prestador de servicios de alojamiento caché es el del “*caching lesivo de contenidos lícitos*”: se da cuando, siendo la información que se proporciona lícita “—de modo que el sujeto que la suministra no incurre en responsabilidad alguna—, es el intermediario el que realiza el acto ilícito cuando copia contenidos sin la autorización de quien ostenta el derecho exclusivo de reproducción de los mismos, con lo que el daño se ocasiona precisamente a quien suministra esos contenidos”.<sup>31</sup>

Viene a ser entonces el propio ISP el infractor directo.

Este evento no está consagrado en ninguno de los cinco eventos eximentes de responsabilidad del servidor que ofrece servicios de memoria caché, por lo que, deberá probarse que efectivamente el ISP copió los contenidos sin la autorización del titular, bajo un régimen de responsabilidad general.

Recordemos que el hecho de que no sea un requisito consagrado en la Directiva, no por ello, se deduce la responsabilidad del mismo. Deberá probarse bajo el procedimiento ordinario de responsabilidad.

Por último, el servicio de alojamiento de datos (*hosting*):

Se tiene entonces al presente servicio como aquellos de “*valor agregado*”, debido a que ofrece al usuario otros servicios más avanzados a los de simple transmisión o provisión de acceso, como el de almacenamiento de datos facilitados por el destinatario del servicio (sea éste una persona natural o una jurídica).

Lo primero es aclarar que existen dos tipos de servicios de hospedaje:

Aquel que restringe el acceso a terceros, consistente en almacenar en el servidor copias de seguridad que sólo podrán ser consultadas por el interesado, caso éste el del correo electrónico, donde el cliente cuenta con un espacio de disco en el servidor del intermediario donde quedan alojados los mensajes recibidos, y los enviados.

Y aquel que hospeda contenidos que pueden ser consultados por terceros, como el caso de los portales (donde el proveedor aloja información de su usuario) o el de los grupos de discusión que funcionan como foros.

El problema en estos últimos, radica en un punto ya analizado, y es el de si el ISP se cataloga entonces como un editor o como un simple distribuidor. (partiendo de la base de que los contenidos son ajenos al Proveedor, o sea, el no los creó). No considero al ISP como un editor.

Ahora, respecto a los requisitos para que el proveedor sea eximido de responsabilidad cuando presta servicios de alojamiento o hosting, tenemos, en primer lugar, la ausencia de conocimiento por parte del ISP de la ilicitud del contenido.<sup>32</sup> Es más exigente el

---

<sup>31</sup> Miguel Peguera Poch, Jornadas de Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios de Internet (ISP), España.

<sup>32</sup> Considerando número 46 de la Directiva Europea: “Para beneficiarse de una limitación de responsabilidad, el prestador de un servicio de la sociedad de la información consistente en el almacenamiento de

legislador para el caso de que el interesado reclame al intermediario el resarcimiento de daños y perjuicios, pues en este evento se exige al Proveedor no haber tenido conocimiento de *“hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito”*.<sup>33</sup>

El segundo requisito trata la prontitud con que deben los ISP bloquear o inhabilitar el material del que han tenido conocimiento de su ilicitud, y en el caso de una acción de daños y perjuicios desde el momento en que conoció hechos o circunstancias reveladores de la ilicitud.

Un punto que merece ser señalado, es que la Directiva no introduce ningún régimen de notificación para que los particulares perjudicados soliciten al ISP la retirada de los contenidos alojados que consideran infringen derechos de autor; a diferencia de la DMCA.

Debe entonces el perjudicado recurrir a instancias administrativas o judiciales, para que éstas ordenen al Proveedor tomar las medidas necesarias, como pueden ser la retirada o el bloqueo de los datos (enseñándole a éste la resolución que declare la existencia de la lesión). Recordemos que la Directiva maneja el criterio del procedimiento previo ante la autoridad respectiva, a diferencia de la DMCA que posibilita a cualquier persona para requerir al ISP retire un contenido por considerarlo ilícito.

Para concluir, debe entonces el Proveedor retirar o bloquear el material tan pronto tenga conocimiento de la resolución que así lo dispone. Será éste el presupuesto para dar por sentado que el ISP tenía el conocimiento de la ilicitud, o sea, no la ignora.

Por eso, si el Proveedor, una vez recibida la orden de *“poner fin a una infracción o impedirla”*,<sup>34</sup> no toma las medidas para ello necesarias, estaría incumpliendo con uno de los requisitos

---

datos habrá de actuar con prontitud para retirar los datos de que se trate o impedir el acceso a ellos en cuanto tenga conocimiento efectivo de actividades ilícitas.”

<sup>33</sup> Entrevista al Doctor Carlos Neira, representante de los ISP’s en Colombia: *“Al alojar contenidos el ISP no es responsable porque el solo lo aloja, no pone la información, tan sólo presta servicios de Buena Fe. Ahora, de haber material infractor, el ISP sólo responderá por el material alojado en su país de origen”. Recalca el Doctor Neira que las medidas que deben optar los gobiernos son las de ORIGEN. “Si la página infractora está en USA, no debe porqué responsabilizarse a un ISP Colombiano. Deberá juzgarse en USA bajo la legislación de USA. Debe Responsabilizarse al ISP que aloja el contenido y NO al que lo transmite. Si por ejemplo hay material pornográfico alojado en USA, y un ISP Colombiano lo transmite porque un usuario Colombiano lo solicitó, se debe, según el Dr. Neira, demandar al ISP estadounidense y no al colombiano. Sólo hay una excepción en la que un ISP que transmite, por ese sólo hecho, responde; así la información esté ubicada o alojada en un ISP de otro país, y es el tema de pornografía, en el que los ISP de Colombia responderán. Así lo establecieron en un Código de conducta firmado por ellos. Se hizo entonces en Colombia una lista negra para bloquear todas las páginas web con material pornográfico. Fue una decisión política de los ISP, para ayudar a combatir este tema.” Dice el Doctor que no habrá otra excepción que ellos firmen, “pues el hecho de bajar o bloquear el acceso a una página web es muy costoso para ellos. Por ejemplo en este caso el ISP Colombiano, al ver material pornográfico alojado en Francia debe bloquear el acceso a sus usuarios colombianos a dicho material. De resto, los ISP no están de acuerdo con bloquear los contenidos de afuera sino los de origen.”*

<sup>34</sup> *“La orden del tribunal o de la autoridad administrativa no sólo puede exigir al prestador que ponga fin a una infracción, sino también que la impida. Esto último supone poner los medios adecuados para evitar que se llegue a producir una infracción... que todavía no se ha producido. Para ello resulta necesario que el prestador realice un control previo. Ajustado al sistema jurídico del Estado miembro, pero previo, al fin y al cabo. Si la orden dictada no es lo bastante precisa, se estará trasladando al prestador de servicios la difícil carga de discriminar qué debe permitir y qué debe*

expresamente previstos para el otorgamiento de la exención: el requisito de actuar "*con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible*" en cuanto tenga conocimiento de la ilicitud de los datos.

Al igual que en la DMCA, consagra la Directiva la "Inexistencia de obligación general de supervisión" para los ISP.

Como se ve, la Directiva Europea sigue el esquema trazado por la DMCA, con algunas diferencias, no por ello de poca importancia. Fueron entonces estas dos legislaciones base para el tema en cuestión y de vital importancia para el progreso de la ciencia del derecho y la Propiedad Intelectual.

No debe el derecho entorpecerse ni quedar como una ciencia inútil debido al desarrollo de la ciencia y la tecnología. Debemos los juristas correr con estos adelantos y amoldar el derecho a la realidad de hoy en día. No podemos perder el enfoque.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Internet, Derecho electrónico y telecomunicaciones, Legis. 2002.
2. Derecho de telecomunicaciones. Legis. 2003
3. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago; JULIÀ-BARCELÓ, Rosa. «La responsabilidad civil por daños causados a través de Internet».
4. ARQUER, José Manuel; MARTÍNEZ SIMANCAS, Julián. "*Derecho sobre Internet*". Madrid.
5. CHARLESWORTH, Andrew; REED, Chris. (2000). «The liability of Internet Service Providers and Internet intermediaries».
6. DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A. (2001). *Derecho Privado de Internet*. Madrid: Civitas, 2ª ed.
7. GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, Ignacio. (2000, septiembre-diciembre). «La responsabilidad civil extracontractual de los prestadores de servicios en línea por infracciones de los derechos de autor y conexos».
8. GUERREIRO, Gabriela. «Responsabilidad del proveedor de servicio de correo electrónico por la transmisión de spam», ponencia presentada en el Primer Congreso Mundial de Derecho Informático, celebrado en Quito, octubre de 2001.
9. JULIÀ-BARCELÓ, Rosa; KOELMAN, Kamiel J. (2000, junio). «La responsabilidad de los intermediarios de Internet en la Directiva de Comercio Electrónico: problemas no resueltos».
10. MORALES GARCÍA, Óscar. (2001, noviembre). «Criterios de atribución de responsabilidad penal a los prestadores de servicios e intermediarios de la sociedad de la información.

11. PLAZA PENADÉS, Javier. (2001, 23 y 24 de abril). «La responsabilidad civil en Internet: su regulación en el Derecho comunitario y su previsible incorporación al Derecho español».
12. SALELLES, José R. (2000, diciembre). «La armonización comunitaria proyectada del régimen de excepciones del derecho de autor y otros derechos afines en la sociedad de la información».
13. Legislación Colombiana: Decreto 1900 de 1999, Ley 527/1999 ( Ley de Comercio Electrónico ), Decreto 2170 de 2002 ( por el cual se hace modificaciones a la ley 527 /99 ), Decreto 1747 de 2000. Reglamentario de la Ley 527 de 1999., Ley 679 de 2001 ( de pornografía infantil ), Proyecto de Ley 234 de 2003 Cámara ( modifica la Ley 679 de 2001 ), Proyecto de Ley N° 035 de 2001 relativo a “ la sociedad de la información y el comercio electrónico”, Decreto 600 de 2003 ,Decreto 3955 de 2003 ( modificadorio del Decreto 600 de 2003).
14. Digital Millenium Copyright Act (DMCA) de 1998 expedida en USA.
15. Directiva Europea N° 31 del 08 de junio de 2000 “*aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico*”.
16. Directiva Europea N° 48 de 2004.
17. TLC suscrito entre Chile y USA.
18. TLC suscrito entre Australia y USA.
19. TLC suscrito entre USA y Singapur.
20. TLC CAFTA y USA.
21. TLC que se discute actualmente entre los Países Andinos (Colombia, Ecuador y Perú) con USA.
22. Sentencia caso Yahoo – Francia.
23. Artículo: “Responsabilidad Civil y Penal de los Prestadores de Servicios de Internet (ISP)”. Autor: Miguel Peguera Poch. País: España.
24. Ponencia: “La obligación de conservación de datos en el correo electrónico por parte de los proveedores de servicio de Internet”.Autor: Horacio Delpech ,País: República Argentina. IV Congreso mundial de derecho informático alfa-redi» Políticas y marco regulatorio para una sociedad de la información de todos».

### **PÁGINAS WEB:**

- Cecolda: Centro Colombiano de Derechos de Autor
- Alfa Redi: <http://www.alfa-redi.com/>
- Cybercrime: <http://www.cybercrime.gov/>
- Unión europea: [http://europa.eu.int/news/index\\_es.htm](http://europa.eu.int/news/index_es.htm)

- Ministerio de Industria, Comercio y Turismo <http://www.mincomercio.gov.co/VBeContent/home.asp>
- NAP COLOMBIA: <http://www.nap.com.co/html/objetivos.htm>
- Tratados de Libre Comercio: <http://www.sice.oas.org/TRADES.ASPE>
- United States Patent and Trademark Office (USPTO) Home Page.  
<http://www.uspto.gov/hometext.htm>
- Delitos Informáticos: <http://www.delitosinformaticos.com/>
- Asociación Colombiana de Propiedad Intelectual ( ACPI )  
<http://www.acpi.org.co/> ( NADA
- Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle  
<http://www.aippi.org/>
- Convenio antipiratería Colombia: <http://www.convenioantipirateria.org.co/>
- Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA): <http://www.iidautor.com/>
- World Trade Organization: <http://www.wto.org/>
- Office if the USA Trade representative: <http://search.crownpeak.com>
- Digital Millennium Copyright Act (Copyright Office): <http://www.copyright.gov>
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): <http://www.wipo.org>
- Tratado OMPI sobre derechos de autor:  
<http://www.wipo.org/treaties/ip/copyright/index-es.html>
- Tratado OMPI sobre interpretación o ejecución y fonogramas  
<http://www.wipo.org/treaties/ip/performances/index-es.html>
- [http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/2001/es\\_301L0029.html](http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/2001/es_301L0029.html)
- [http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/2000/es\\_300L0031.html](http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/dat/2000/es_300L0031.html)