



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Procesal

**EL CONFLICTO ENTRE LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE
INTERMEDIARIOS EN INTERNET EN AMÉRICA LATINA POR CONTENIDOS
PROTEGIDOS POR DERECHOS DE AUTOR Y LA LIBERTAD DE
EXPRESIÓN**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

RODRIGO MIGUEL VARGAS ACOSTA

Profesor guía: DANIEL ÁLVAREZ VALENZUELA

ALEX PESSÓ STOULMAN

Santiago, Chile

2015



Esta obra está licenciada bajo la Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional. Para ver una copia de esta licencia, visita <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

"On the one hand information wants to be expensive, because it's so valuable. The right information in the right place just changes your life. On the other hand, information wants to be free, because the cost of getting it out is getting lower and lower all the time. So you have these two fighting against each other".

Stewart Brand, 1984.

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, pues sin ellos nada de esto habría pasado.

A los amigos de verdad, quienes sabrán identificarse con esta mención, por los innumerables aportes que serían imposibles de identificar individualmente. En particular, a Abraham Clark y René Larroucau, por los comentarios y la revisión general. Cualquier error restante es de mi exclusiva responsabilidad.

Al profesor Daniel Álvarez, por el apoyo y la confianza otorgada en la realización de esta investigación.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: REGULACIÓN DE LOS INTERMEDIARIOS EN INTERNET	6
1.1.1 Intermediario en Internet	7
1.1.2 Modelos de responsabilidad de intermediarios	12
1.1.3 Mecanismos de retiro de contenidos	17
1.1.4 Tipos de regulación	19
1.2 Necesidad de la regulación	23
1.2.1 Historia de la regulación	23
1.2.2 Justificación de la regulación	29
1.2.3 Regulación de la responsabilidad por contenidos protegidos por derechos de autor	35
CAPÍTULO II: EL CONFLICTO ENTRE LA REGULACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN	45
2.1 Los intermediarios como guardianes y su importancia para la libertad de expresión.	45
2.2 Teoría de los <i>Chilling Effects</i> sobre la libertad de expresión.	54
2.3 Uso de los sistemas de exclusión de responsabilidad como mecanismos de censura. Ejemplos prácticos.	71

CAPÍTULO III: CONSTRUCCIÓN DE UN BALANCE ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS	82
3.1 Normas relevantes en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos	82
3.2 Reportes del relator especial para la libertad de expresión de la ONU.....	88
3.3 Reportes del relator especial para la libertad de expresión de la OEA	94
3.4 Declaración conjunta de las relatorías para la libertad de expresión	98
3.5 Principios de Manila sobre la responsabilidad de intermediarios.....	101
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE LAS REGULACIONES EN AMÉRICA LATINA	108
4.1 Cuestiones preliminares.....	108
4.2 Chile.....	111
4.2.1 Análisis de la Ley 20.435	111
4.2.2 Críticas.....	116
4.3 Costa Rica	119
4.3.1 Análisis del reglamento N° 36880-COMEX-JP	119
4.3.2 Críticas.....	126
4.4 Paraguay.....	129
4.4.1 Análisis de la Ley 4.868	129
4.4.2 Críticas.....	133
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES.....	135
BIBLIOGRAFIA	145

RESUMEN

Desde la entrada en vigencia de la *Digital Millennium Copyright Act* (DMCA) en 1998, el establecimiento de sistemas de exclusión de responsabilidad de los intermediarios ha sido una solución habitual para el problema de la determinación de responsabilidad de los intermediarios en Internet por las conductas ilícitas de los usuarios de sus servicios. No obstante, estos sistemas pueden poner en riesgo otros intereses relevantes, como lo es el derecho de libertad de expresión. Esta investigación analiza los sistemas de exclusión de responsabilidad de intermediarios establecidos en Chile, Paraguay y Costa Rica, y los evalúa a través de un enfoque de derechos humanos, de modo de comprobar si estos logran un balance entre los intereses de intermediarios, titulares de contenidos y usuarios.

Palabras Clave: Proveedores de servicios en internet, intermediarios, libertad de expresión en internet, derecho de autor, responsabilidad de intermediarios, *notice and takedown*.

INTRODUCCIÓN

La masificación del conjunto de tecnologías de la información que comúnmente conocemos como internet, a partir de la década de 1990, supuso desafíos para los legisladores a nivel mundial, en razón de que este medio facilitó el actuar de las personas en múltiples ámbitos; incluyendo, por cierto, la posibilidad de desarrollar conductas ilícitas.

Las actividades que desarrollan las personas en Internet son experiencias necesariamente intermediadas, toda vez que su conducta se realiza a través de medios tecnológicos operados por terceros, quienes tienen especiales capacidades técnicas para proveer dichos medios. La conducta de estos terceros, en adelante “los intermediarios”, ha sido objeto de especial preocupación para el Derecho, y en consecuencia, objeto de regulación legal, tanto por razones prácticas, cómo el hecho de que resulta más eficiente controlar la conducta de unos pocos intermediarios conocidos, que la de una multitud de usuarios, de los cuales no necesariamente se conoce su identidad *a priori*; así también por el hecho de que existía incertidumbre sobre la manera en que las normativas existentes les eran aplicables, y además, por la preocupación de que éstas fueran insuficientes, precisando de regulaciones

específicas que se adecuaron a las necesidades creadas en este nuevo contexto.

Este trabajo busca analizar la regulación de la responsabilidad de los intermediarios por las conductas infractoras de derechos de autor realizadas por los usuarios de sus servicios, a través de normas que limitan o condicionan la responsabilidad civil de los mismos, basadas en la sección 512 de la DMCA, norma legal vigente desde 1998 en los Estados Unidos de América; que crea un sistema de responsabilidad que establece condiciones necesarias a cumplir para que el intermediario pueda acogerse a un *safe harbor*¹, que limita o excluye su responsabilidad. Estas condiciones suponen el establecimiento de medidas para llevar a cabo el bloqueo o la retirada de los contenidos supuestamente ilícitos, denominados sistemas de *notice and takedown*², que consisten en una comunicación que hace el titular de derechos de autor al intermediario para que este adopte dichas medidas, las que pueden o no ser mediadas por la intervención de una autoridad judicial o administrativa.

Estos sistemas de exclusión de responsabilidad, creados para proteger un interés legítimo de los titulares de derechos de autor, en la práctica pueden entrar en conflicto con otros intereses igualmente legítimos, como es el derecho

¹ En español, un puerto seguro.

² En español, notificación y bajada.

a la libertad de expresión de los usuarios de internet. Esto, toda vez que el titular de derechos de autor puede utilizar estas medidas para solicitar la bajada de un contenido no necesariamente infractor de derechos de autor; sea porque se esté amparado por una excepción a éste (o en el caso del derecho norteamericano, que se trate de un caso de *fair use*); sea porque se apunta a bajar un contenido no infractor por error, sea porque el titular de derechos de autor puede ocupar en forma maliciosa esta posibilidad para imposibilitar el acceso a un contenido lícito, pero que no es de su agrado.

Este trabajo, en primer lugar, busca revisar cuáles son los fundamentos prácticos y legales que justifican la implementación de este tipo de medidas, para luego analizar cómo se han implementado en las legislaciones nacionales, partiendo por la dictación de la DMCA en 1998, hasta la actualidad, limitando su análisis a las leyes sobre exclusión de responsabilidad de intermediarios en internet vigentes en algunos países de América Latina, esto es; los casos de Chile (2010), Costa Rica (2011) y Paraguay (2013).

Así, en primer lugar se analizará el fundamento teórico y práctico de la implementación de sistemas de exclusión de responsabilidad de los intermediarios, que incluyen medidas de *notice and takedown*, desde la implementación de la DMCA. Es especialmente relevante el análisis de la

legislación norteamericana –aun en forma breve, dado que ha sido ampliamente tratado por la doctrina–, en la medida que los EE.UU. han intentado “exportar” este tipo de regulación como parte de su política comercial exterior, a través de la regulación de materias de derechos de autor en los tratados de libre comercio que ha suscrito o se encuentra negociando en la actualidad. Así por ejemplo, tanto la ley chilena como la costarricense fueron implementadas a consecuencia de acuerdos comerciales con los Estados Unidos de América.

Ante esta posibilidad de que los sistemas de notificación y bajada de contenidos protegidos por derechos de autor puedan afectar un interés legítimo, como es la libertad de expresión, es que la doctrina comparada –por ejemplo, a la luz de la doctrina de la primera enmienda de la Constitución estadounidense referente a los *chilling effects*³ sobre la libertad de expresión–y organismos internacionales⁴,y organizaciones de la sociedad civil, han analizado este tipo de normas, y han recomendado que estos cumplan con ciertos requisitos para mantener un balance entre estos intereses legítimos. Así, el objetivo de esta investigación es revisar lo que se ha dicho en referencia a este conflicto de derechos, para así construir un estándar de balance entre los intereses legítimos de la protección a los derechos de autor, la protección de los intereses

³ En español, efectos inhibitorios.

⁴ En este caso, a través de las relatorías especiales para la libertad de expresión de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y de la Organización de Estados Americanos (OEA).

de los intermediarios en Internet, y el derecho a la libertad de expresión de los usuarios de Internet.

Finalmente, en base a estos estándares se realizará un análisis de derecho comparado de la legislación vigente sobre exclusión de responsabilidad de los Intermediarios en Latinoamérica, analizando en concreto, la reforma de 2010 a la Ley 17.336 de Propiedad Intelectual en Chile, la Ley 4.868 de Comercio Electrónico de Paraguay de 2013, y el Decreto N°36880-COMEX-JP de Costa Rica, de 2011.

Esta investigación se considera como relevante y necesaria, puesto que la regulación de los sistemas de notificación y bajada de contenidos ha sido objeto de estudio por la doctrina, pero estos análisis se han concentrado mayoritariamente en la legislación norteamericana y la chilena, faltando un análisis más amplio, que abarque la regulación vigente a la fecha en los países latinoamericanos. Asimismo, su relevancia se da en la medida que no se trata de un tema zanjado, en cuanto acuerdos comerciales como el *Trans-Pacific Partnership* (TPP), firmado en febrero de 2016, pero cuya ratificación e implementación aún están pendientes, podrían cambiar la legislación vigente en materias de derechos de autor, alterando los balances regulatorios que se han alcanzado en algunos de los países objeto del análisis.

CAPÍTULO I: REGULACIÓN DE LOS INTERMEDIARIOS EN INTERNET

Como se dijo en la introducción de este trabajo, la actividad de las personas en internet es esencialmente intermediada⁵. Esto, en cuanto los usuarios actúan a través de medios tecnológicos proveídos por terceros, los cuales “no sólo operan, sino que además tienen la posibilidad de controlar aquello que circula a través de sus redes”⁶. En palabras de Peguera Poch, los intermediarios, en cuanto proveedores de medios técnicos “hacen posible la existencia y funcionamiento de la red, así como las conductas activas y pasivas que en ella tienen lugar”⁷.

Para poder tratar de modo adecuado este tema, es necesario hacer unas consideraciones previas. En primer lugar, respecto a qué entenderemos por “intermediario en internet”, luego, respecto de cuáles son los modelos de responsabilidad que se les pueden aplicar por los contenidos subidos a internet por terceros, y por último, de qué manera se pueden retirar de internet los

⁵ MELÉNDEZ HUARBE, Hiram A. 2012. Intermediarios y libertad de expresión: Apuntes para una conversación. En: BERTONI, Eduardo (compilador). Hacia una Internet libre de censura: Propuestas para América Latina. Buenos Aires. CELE Universidad de Palermo, p. 10

⁶ RUIZ GALLARDO, Claudio y LARA GALVEZ, Juan Carlos. 2012. Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (ISPs) en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Latinoamérica. En: BERTONI, Eduardo (compilador). Hacia una Internet libre de censura: Propuestas para América Latina. Argentina. Universidad de Palermo. p. 46.

⁷ PEGUERA POCH, Miguel. 2007. La Exclusión de responsabilidad de los Intermediarios en Internet. Granada. Editorial COMARES, p. 1.

contenidos considerados como infractores; en segundo lugar, respecto al contexto histórico y político que derivó en el actual consenso respecto de la necesidad de la regulación de la responsabilidad de los intermediarios, así como de los balances que existieron en su momento para delimitar las normas, y respecto a los tipos de contenidos regulados como eventuales causas de responsabilidad de éstos, centrando la investigación en la regulación respecto de los contenidos protegidos por derechos de autor.

1.1 Definiciones

1.1.1 Intermediario en Internet

Es preciso definir con claridad el término genérico 'intermediario'. En el lenguaje común, un intermediario o intermediador, es aquel “Que actúa poniendo en relación a dos o más personas o entidades, conforme a la definición dada por el Diccionario de la RAE”⁸.

Esta definición concuerda con las ocupadas dentro del ámbito del Derecho y la Economía, citando por ejemplo la dada por Thomas F. Cotter, quien define

⁸ Diccionario RAE, 23° edición. Entrada: Intermediador.

intermediario como "cualquier entidad que permite la comunicación de información de una parte a otra"⁹.

El rol de los intermediarios en internet, como se dijo en la introducción, es esencial, en la medida que la actividad de las personas en internet es esencialmente intermediada¹⁰. En el caso de internet, estos se han definido por la OCDE como aquellos que "juntan o facilitan transacciones entre terceros en Internet. Dan acceso a, almacenan, transmiten e indexan contenido, productos y servicios originados por terceros en internet, o proveen servicios basados en internet a terceros"¹¹. Asimismo, se señala que los intermediarios tienen un rol fundamental en la provisión de la estructura básica del internet¹².

Se preferirá mantener el uso del término 'intermediario' por sobre otros, utilizados tanto en la ley¹³ como en la doctrina o en reportes de relatorías de

⁹COTTER, Thomas. F. 2006. Some Observations on the Law and Economics of Intermediaries. Michigan State Law Review, vol. 1 (67), p. 68. [en línea] <http://www.ibrarian.net/navon/paper/SOME_OBSERVATIONS_ON_THE_LAW_AND_ECONOMICS_OF_INT.pdf?paperid=11989423> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

Todas las traducciones de fuentes en idioma inglés son nuestras.

¹⁰ Ver *supra*, nota 5.

¹¹ OECD. 2010. The economic and social role of Internet intermediaries, [En línea] <www.oecd.org/internet/ieconomy/44949023.pdf> [Consulta: octubre de 2015], p. 9.

¹² *Ibid.*, p. 6.

¹³ Así, teniendo como ejemplos las leyes objeto de análisis en esta investigación, podemos señalar que en la DMCA se usa el término '*service provider*'; en la ley 20.435 que modifica la ley chilena de propiedad intelectual se utiliza el de "Prestadores de Servicios de Internet"; en la ley 4.868 de Comercio Electrónico de Paraguay se usan varios términos según el tipo de servicio prestado en internet, bajo la fórmula "Proveedor de (servicio prestado)"; finalmente, en el reglamento N° 36880-COMEX-JP de Costa Rica, se los denomina "Proveedores de Servicios".

organismos internacionales, como por ejemplo "proveedores de servicios en Internet" (o ISP por sus siglas en inglés), en la medida que este término es más genérico, funcionando así como un concepto que designa el conjunto de entes al que nos referiremos en esta tesis. Vale decir, el término 'intermediario en internet', sirve para denominar tanto a los ISP¹⁴, como a proveedores de otros tipos de servicios, como por ejemplo, los de alojamiento de datos, búsqueda de información, etc.

En efecto, hay una enorme variedad de actividades que pueden categorizarse como de intermediación en internet. Como lo señala Peguera Poch:

“Las categorías de intermediarios a quienes afecta el problema de la responsabilidad no se reducen a las compañías de telecomunicaciones que se encargan de transmitir la señal, las empresas que prestan espacio de disco en sus servidores para el alojamiento de sitios *web*, y los buscadores que permiten la localización de contenidos en la red. La variedad de sujetos y supuestos es mucho más amplia (...) El problema

¹⁴ Un Proveedor de Servicios de Internet, concepto que se puede definir como “Cualquier entidad que ofrezca la transmisión, enrutamiento o provisión de conexiones para las comunicaciones en línea, entre o a través de puntos especificados por un usuario, de materiales a elección del usuario, sin realizar ninguna modificación del contenido tal como fue enviado o recibido”. Basado en la definición legal de la DMCA. Véase ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. 1998. Digital Millenium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512 (k)(1)(a). “As used in subsection (a), the term “service provider” means an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user’s choosing, without modification to the content of the material as sent or received”.

de la responsabilidad por contenidos ajenos se plantea por ejemplo respecto de los foros (...), en los espacios de chat, en los blogs que permiten comentarios (...) y en muchos otros supuestos similares”¹⁵.

Así las cosas, es esencial para nuestro análisis delimitar bien a cual tipo de intermediarios nos referiremos al momento de determinar la aplicación de normas de responsabilidad, en la medida que estos pueden tener simultáneamente distintos roles, como por ejemplo, como intermediarios puros entre terceros, como usuarios finales o como proveedores de contenidos o servicios¹⁶.

Como se puede ver, resulta un criterio esencial para distinguir a un intermediario en internet el hecho que se limite a un rol de intermediación o de mero conducto de información, excluyéndolos por tanto en las hipótesis en que estos crean o modifican contenidos. A la vez, hay un segundo nivel de delimitación, que excluye a determinados intermediarios, al especificarse en la ley a cuál tipo de intermediarios se les aplicarán las normas de exclusión de responsabilidad, como veremos a continuación.

¹⁵ PEGUERA POCH, Miguel. Op. Cit., p. 2.

¹⁶ OECD. Op. Cit., p. 10.

Así, podemos entender como intermediarios, a variadas entidades que prestan ciertos tipos de servicios en Internet, como por ejemplo a: los ISP, los proveedores de servicios de hosting o almacenamiento y de procesamiento de datos, los motores de búsqueda de contenidos, los intermediarios en materias de comercio electrónico y de pago en línea, las redes sociales¹⁷, etc., mas no todos son sujetos de las regulaciones objeto de esta investigación.

Esta distinción ha sido reflejada en las leyes que regulan su responsabilidad en el marco de infracciones a derechos de autor, las que imponen distintos tipos de requisitos según el tipo de servicio prestado, agrupándolos en cuatro categorías, a saber:

1. Los prestadores de servicios de transmisión, enrutamiento o provisión de conexiones a Internet.
2. Los prestadores de servicios de alojamiento de información o *hosting*.
3. Los prestadores de servicios de alojamiento temporal de información o *caching*.
4. Los prestadores de servicios de búsqueda de información.

¹⁷ OECD. Op. Cit., p. 9.

1.1.2 Modelos de responsabilidad de intermediarios

En 1998, con la dictación de la DMCA¹⁸, se reguló por primera vez la responsabilidad de los intermediarios en internet a propósito de los contenidos protegidos por derechos de autor, a través de la creación de un sistema de exclusión de responsabilidad de intermediarios, consistente en el establecimiento de ciertas condiciones en el actuar del ISP para que este se pueda acoger a un *safe harbor*, en el cual

“pueda recalar con la tranquilidad de saber que en la medida que la actividad que realiza encaje en el supuesto contemplado, no se verá obligado a responder por las infracciones de copyright que en su caso tengan lugar y de las que eventualmente (...) pudiera ser considerado responsable”¹⁹.

No obstante, esta no ha sido la única técnica legislativa utilizada para regular la responsabilidad de los intermediarios en internet, sino que es una más de un espectro de posibilidades establecidas por los legisladores, la jurisprudencia o por la misma práctica de los intermediarios. Así, el problema de la

¹⁸ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. 1998. 17 U.S.C. § 512. Digital Millenium Copyright Act, Title II Online Copyright Infringement Liability Limitation Act.

¹⁹ PEGUERA POCH, Miguel. Op. Cit., p. 122.

responsabilidad de los intermediarios se ha resuelto a través de cinco tipos diferentes de enfoques, a saber: responsabilidad penal de los intermediarios, y un subconjunto de regulaciones de la responsabilidad civil de estos, correspondientes a los modelos de inmunidad absoluta de los intermediarios, responsabilidad subjetiva, inmunidad condicionada, y responsabilidad objetiva o estricta²⁰.

En primer lugar, se ha planteado la posibilidad de establecer responsabilidad penal de los intermediarios por los contenidos que suban sus usuarios. Esta, conforme a las garantías que rigen en materia penal, debe ser necesariamente establecida por ley previa, y definida de manera certera, conforme al aforismo “*nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia, scripta, stricta et certa*”; asimismo, esta responsabilidad sólo puede ser personal, esto es, sólo se puede sancionar directamente al infractor por sus hechos como autor, cómplice o encubridor²¹.

²⁰ THE MANILA PRINCIPLES on Intermediary Liability Background Paper version 1.0. 2015 [En línea] <https://www.eff.org/files/2015/07/08/manila_principles_background_paper.pdf> [Consulta: 10 octubre de 2015], pp. 13-14.

²¹ RUIZ GALLARDO, Claudio y LARA GALVEZ, Juan Carlos. 2012. Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (ISPs) en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Latinoamérica. En: BERTONI, Eduardo (compilador). Hacia una Internet libre de censura: Propuestas para América Latina. Argentina. Universidad de Palermo. p. 52

Luego, está el modelo de inmunidad absoluta para los intermediarios, el cual supone que estos no tendrán responsabilidad alguna respecto de los contenidos subidos por sus usuarios. Este modelo se ha utilizado, por ejemplo, en la sección 230 de la *Communications Decency Act* (CDA) norteamericana, que excluye a los intermediarios de toda responsabilidad por los contenidos publicados por otros²² en los casos que son materia de la ley, exceptuando la posibilidad de responsabilidad penal, y no abarcando las materias de *copyright*²³.

En tercer lugar, están los modelos de responsabilidad subjetiva, en que el intermediario puede ser considerado responsable conforme a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual, en la medida que actúe con culpa o dolo, al incumplir un deber de actuar con diligencia, por ejemplo, luego de haber tenido conocimiento o cuando debió haber conocido del acto ilícito²⁴. Este tipo de responsabilidad se aplicó por ejemplo, antes de la vigencia de la DMCA

²² ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. 1997. Communications Decency Act. 347 U.S.C. § 230(c) “(c) Protection for “Good Samaritan” blocking and screening of offensive material.

(1) Treatment of publisher or speaker

No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider”.

²³ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. 1997. Communications Decency Act. 347 U.S.C. § 230(e) “(e) Effect on other laws

(1) No effect on criminal law

Nothing in this section shall be construed to impair the enforcement of section 223 or 231 of this title, chapter 71 (relating to obscenity) or 110 (relating to sexual exploitation of children) of title 18, or any other Federal criminal statute.

(2) No effect on intellectual property law

Nothing in this section shall be construed to limit or expand any law pertaining to intellectual property”.

²⁴ MELENDEZ JUARBE, Hiram .A. Op. Cit., p. 116

norteamericana, a través de los conceptos de responsabilidad contributiva y de la responsabilidad vicaria de los intermediarios²⁵. Es preciso indicar que los conceptos anteriormente señalados son propios de la tradición del *common law*, resultando ajena su aplicación en el derecho continental²⁶.

Dentro del modelo de responsabilidad subjetiva podemos distinguir los sistemas de exclusión de responsabilidad de intermediarios (ya mencionados en la introducción y al principio de esta sección, toda vez que estos son el objeto de nuestra investigación), los que se pueden definir como modelos en que se excluye²⁷ de responsabilidad al intermediario, en la medida que este cumpla determinadas obligaciones establecidas por ley, generalmente consistentes en mecanismos de notificación y bajada de contenidos.

²⁵ Ver *infra*, sección 1.2.1

²⁶ Por ejemplo, respecto de la responsabilidad por el hecho ajeno en el Derecho Chileno se ha afirmado que “por el hecho de personas que son capaces, contra las cuales se puede ejercer una acción por su propio hecho culpable, a cuya responsabilidad personal la ley agrega la responsabilidad de quien ejerce sobre ella autoridad o cuidado (...) el Código Civil chileno sigue el principio de que se responde por la propia culpa del demandado: la responsabilidad se funda en la falta de cuidado ejercido sobre el autor del daño y no es una responsabilidad estricta, por el mero hecho de que este último esté al cuidado o bajo dependencia del tercero que responde (responsabilidad vicaria)”. BARROS BOURIE, Enrique. 2006. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile, p. 167. Para más detalle, ver *infra*, capítulo IV, sección 4.1.

²⁷ Peguera Poch prefiere el uso del término ‘exclusión’ por sobre ‘exención’ u otros, en la medida que el uso preciso del término exención supone una responsabilidad previa del beneficiado, supuesto de hecho que no se daría en el derecho continental respecto de los intermediarios, los que al cumplir con los requisitos legales se ven por tanto excluidos de la posibilidad de ser declarados responsables. PEGUERA POCH, Miguel. Op. Cit, pp. 5-6

Finalmente, están los modelos que imponen responsabilidad estricta a los intermediarios, esto es, un sistema “que obligue al intermediario por razones independientes a su diligencia o conocimiento del ilícito, obligándolo a reparar el daño que se produzca por usuarios, en todo caso, del servicio”²⁸.

El tipo de régimen de responsabilidad utilizado dependerá de los intereses que se pongan en la balanza. Así, un sistema que imponga responsabilidades excesivas en los intermediarios, como es el caso de los sistemas de responsabilidad estricta, será más que conveniente para los intereses de los titulares de derechos de autor, puesto que impondrá en la práctica al intermediario un deber de monitorear y remover contenidos; por su parte, un sistema en que se exima de toda responsabilidad al intermediario por los contenidos infractores que suban sus usuarios será conveniente para los intermediarios, mas podría ser perjudicial a los intereses de los titulares de derechos, que se verían privados de herramientas para oponerse a los usos infractores de sus derechos.

²⁸ MELÉNDEZ JUARBE, Hiram A. Op. Cit., p. 116.

1.1.3 Mecanismos de retiro de contenidos

Dentro de los sistemas de exclusión de responsabilidad, se puede realizar una clasificación en torno a la forma utilizada para dar de baja los contenidos protegidos, según el grado de *accountability* y de balance existente, tanto respecto a la protección que ofrezcan a la libertad de expresión de los usuarios, como a la protección de los intermediarios frente a grados muy intensos o desproporcionados de responsabilidad²⁹. Estos modelos son:

1) Remoción automatizada de contenidos por parte del intermediario.

En estos modelos, se retiran contenidos sin involucrar una revisión independiente hecha por humanos, sino que, por ejemplo, se usan herramientas automatizadas que marcan y retiran contenidos o restringen el acceso a éstos, teniendo como característica esencial no requerir que el usuario exprese su consentimiento para ser aplicados³⁰.

2) Remoción unilateral de contenidos, previa solicitud de tercero.

Consisten en la remoción por parte del intermediario de contenidos, sin estar legalmente obligado a hacerlo, en respuesta a la solicitud de un tercero. Este

²⁹ THE MANILA PRINCIPLES. Op. Cit., p. 16.

³⁰ *Íbid.*, p. 16.

tipo de modelos excluyen la posibilidad del usuario afectado por el retiro a recurrir a la medida³¹.

3) Mecanismos de *notice and takedown* entre privados.

Estos suponen la inclusión de procedimientos de notificación y la posibilidad de oposición por parte de los usuarios que suben los contenidos en disputa, siendo operados por los mismos intermediarios. Esto supone problemas para los usuarios, puesto que las órdenes de retiro de contenido no son evaluadas por una autoridad independiente³².

4) Mecanismos de *notice and notice*.

Consisten en que el intermediario pasa una notificación del titular de derechos al supuesto infractor, para que este baje el contenido subido, mas sin obligarlo legalmente a hacerlo (pero si creando un fuerte incentivo a hacerlo³³).

5) Mecanismos de *notice and takedown* previa orden judicial

Estos requieren que el titular de derechos obtenga una orden judicial para proceder a la remoción del contenido, ante la cual puede presentarse oposición o revisión judicial³⁴.

³¹ *Íbid.*, pp. 16-17.

³² *Íbid.*, p. 17.

³³ *Íbid.*, p. 17

³⁴ *Íbid.*, p. 17

1.1.4 Tipos de regulación

Por otra parte, otro elemento propio de la regulación es el referente al contenido controlado, esto es; qué tipos de expresiones de los usuarios de Internet son considerados ilícitos y generadores de responsabilidad para los intermediarios.

Así, por ejemplo, Ruiz y Lara señalan como causales de responsabilidad de los proveedores de internet (usando sus propios términos), un listado abierto de conductas, que incluye a los siguientes casos señalados como especialmente reconocidos como delitos realizables a través de internet:

"(a) la difusión de instrucciones sobre preparación de bombas, las actividades terroristas, la producción y tráfico de drogas y el activismo político, lo que atenta contra la seguridad nacional y mundial;

(b) la oferta de servicios sexuales y pornografía relacionada con niños (pedofilia), lo que requiere velar por la protección de menores;

(c) el envío de mensajes que incitan al odio y la discriminación racial o religiosa, lo que atenta contra la dignidad humana;

(d) las conductas de hurto y destrucción de datos que realizan los «hackers», que atentan contra la seguridad y confidencialidad de la información;

(e) los delitos de «pirateo» de software, que vulneran la propiedad intelectual;

(f) la recolección, procesamiento y transmisión no autorizada de datos personales, lo que requiere proteger legalmente la privacidad o intimidad de las personas;

(g) el envío de mensajes difamatorios o injuriantes, lo que atenta contra la honra y dignidad de las personas; etcétera³⁵.

Asimismo, estos autores señalan como un tema emergente la búsqueda de atribución de responsabilidad por la difusión de información sensible, secreta, confidencial o capaz de comprometer la seguridad de un Estado o sus tropas, haciendo referencia al caso Wikileaks³⁶. El artículo finaliza con el estudio en detalle de la aplicación de responsabilidad en Internet respecto de casos de pornografía infantil, atentados contra el honor, la honra y la vida privada, y respecto de infracciones de derechos de propiedad intelectual³⁷.

³⁵ RUIZ GALLARDO, Claudio y LARA GÁLVEZ, Juan Carlos. Op. Cit., pp. 52-53.

³⁶ Íbid., p. 52

³⁷ Íbid., pp. 66 y ss.

Otra referencia a los tipos de contenidos regulados como causantes de responsabilidad de intermediarios la podemos encontrar en el reporte de la UNESCO sobre el rol de los intermediarios en la libertad de expresión *online*; en ese reporte, se realizó un estudio de casos limitado al contexto de determinadas jurisdicciones, a saber: Brasil, China, Egipto, Alemania, Hungría, India, Kenia, Rusia y el Reino Unido, señalando algunos ejemplos³⁸ de materias respecto de las cuales estos Estados han considerado que se puede limitar la libertad de expresión, y por consiguiente, que pueden compeler a los intermediarios a restringir la libertad de expresión en línea.

Son listados los siguientes tipos de discurso como posibles objetos de limitación: difamación, materias de seguridad pública y seguridad nacional (como por ejemplo, discursos sediciosos, propaganda extremista, discursos que dañen la dignidad o los intereses del Estado, contenido que perturbe el orden o la estabilidad social, etc.), discursos de odio, limitaciones relativas a materias electorales, pornografía infantil, contenidos inapropiados para niños, discurso blasfemo, y contenido protegido por propiedad intelectual³⁹.

³⁸ FOSTERING FREEDOM online: The role of internet intermediaries. 2014. Por Rebeca MACKINNON et al. Paris, UNESCO, [en línea] <<http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002311/231162e.pdf>> [consultado el 15 de noviembre de 2015], p. 31.

³⁹ *Íbid.*, pp. 31-36.

Como se puede ver, el catálogo de conductas que podrían considerarse al momento de determinar la responsabilidad de intermediarios en internet es bastante amplio, más aún si se considera que en el caso de la responsabilidad civil basta con que se cumplan con las reglas generales de atribución de responsabilidad para que haya una obligación de reparar el daño, sin necesidad de que haya una sanción legal previamente establecida, como en el caso de la responsabilidad penal, lo cual hace que todo intento de listar todas las materias que pueden ser causa de responsabilidad de los intermediarios resulte incompleto con el paso del tiempo.

Hecha esta prevención, es necesario señalar que, en el caso de esta investigación, el análisis de la responsabilidad de los intermediarios en Internet se limitará exclusivamente a los casos de infracción a derechos de autor en las jurisdicciones de EE.UU., Chile, Costa Rica y Paraguay⁴⁰, tal como se anticipa en el título y la introducción de este trabajo.

⁴⁰ Se eligieron estos países para el análisis por dos motivos. En primer lugar, se analiza la legislación de los EE.UU. puesto que esta fue la primera en el mundo, inspirando las regulaciones posteriores. En el caso de Chile, Costa Rica y Paraguay, por ser estos los únicos países que a la fecha tienen vigentes sistemas de exclusión de responsabilidad de intermediarios en internet por infracciones a los derechos de autor. Para un panorama general del estado de la legislación sobre Responsabilidad de Intermediarios en Latinoamérica, véase CENTER FOR INTERNET AND SOCIETY, 2016. WORLD INTERMEDIARY LIABILITY MAP (WILMAP) [en línea] <http://cyberlaw.stanford.edu/our-work/projects/world-intermediary-liability-map-wilmap> [consultado: 15 de julio de 2016].

1.2 Necesidad de la regulación

1.2.1 Historia de la regulación

En el caso objeto de la investigación, esto es, la eventual responsabilidad de los intermediarios en internet por las actividades de sus usuarios de carácter ilícito, en concreto, respecto de infracciones al derecho de autor, la discusión sobre su regulación comenzó en los Estados Unidos de América, toda vez que la nueva realidad que supuso la masificación del uso de internet dio lugar a dudas respecto a la aplicación de las normas generales de responsabilidad civil, en la medida que los supuestos de hecho contemplados en la jurisprudencia previa “se correspondían a un escenario pretecnológico o, por lo menos, muy alejado del nuevo fenómeno intensivo de la comunicación en red”⁴¹, generando inseguridad jurídica.

La discusión en los EE.UU. respecto a la responsabilidad de los intermediarios en relación a las conductas ilícitas de sus usuarios primero se centró en la regulación de otro tipo de conductas, teniendo como motivo el prevenir la exposición de menores de edad a contenidos indeseables, resultando en la

⁴¹ PEGUERA POCH, Miguel. Op. Cit., p. 39.

publicación de la *Communications Decency Act* (CDA) en 1996. Esta norma fue declarada inconstitucional en el caso *Reno v. ACLU* el año 1997, exceptuando su sección 230⁴², la cual exime de responsabilidad civil a los proveedores de servicios en relación a los contenidos publicados por terceros⁴³, siendo los límites de esta regulación la determinación de su responsabilidad penal, y los casos de infracciones al derecho de autor.

En los casos de derecho de autor, se discutió sobre la aplicación o no de las doctrinas del *contributory infringement* (en español, infracción contributiva), que se puede definir como el caso en que quien teniendo conocimiento de la actividad infractora, induce, causa o contribuye materialmente a esta, puede ser considerado responsable; y la *vicarious liability* (en español, responsabilidad vicaria), que atribuye responsabilidad a quien obtuviera beneficios directos de la infracción de otro, teniendo facultades para supervisarla, aun sin tener conocimiento de esta⁴⁴.

⁴² Para más detalle sobre el alcance original de la CDA, y la sentencia que declara su inconstitucionalidad, ver ÁLVAREZ, Daniel. 2004. Libertad de Expresión en Internet y el control de Contenidos Ilícitos y Nocivos. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile, pp. 83-88.

⁴³ El alcance de la CDA ha sido amplio, "Incluyendo casos de difamación, privacidad, contenidos negligentemente falsos, y recientemente, ofertas de prostitución, excluyendo contenidos criminales. Notablemente, se ha resuelto en repetidas ocasiones otorgar inmunidad incluso cuando se ha requerido al proveedor de servicios bajar contenidos, y aun cuando este falla o se niega a hacerlo". Véase EDWARDS, Lilian. 2011. The role and responsibility of intermediaries in the field of copyrights and related rights. WIPO. [en línea], p. 11.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 41-42.

De esta incertidumbre, surgieron dos posturas en conflicto: la de los titulares de derechos de autor (en particular, los representantes de las industrias de contenidos), que consideraban que los intermediarios deberían ser considerados responsables de los contenidos subidos por sus usuarios, en virtud del riesgo creado por estas nuevas tecnologías, que posibilitaban un aumento incontrolado de las copias no autorizadas⁴⁵; y la de los ISP, quienes buscaron el establecimiento de normas sobre exclusión de responsabilidad⁴⁶, así como planteaba la CDA.

Los argumentos de los ISP para ser excluidos de responsabilidad eran los siguientes: i) Que en la práctica era imposible comprobar manualmente la legalidad de todo el contenido, y que no era deseable ni legal hacerlo sin afectar la privacidad de sus suscriptores; ii) Que en cuanto actuaban como mensajeros y no como proveedores de contenido, sería injusto considerarlos responsables por este, y; iii) Que la imposición de responsabilidad por el contenido supondría una carga económica demasiado onerosa para poder ser soportada por empresas emergentes⁴⁷.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 43.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 43.

⁴⁷ EDWARDS, Lilian. 2011. The role and responsibility of intermediaries in the field of copyrights and related rights. WIPO. [en línea] <http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet_intermediaries_final.pdf> [consultado el 10 de marzo de 2016].

Una primera etapa de esta discusión, previa a la regulación legal de la materia, tuvo como hito la publicación del *White Paper*⁴⁸ en 1995, y la dictación de diversos fallos que fueron definiendo los criterios bajo los que se podría imputar responsabilidad a intermediarios. En el *White Paper* no se planteó modificación alguna a la normativa vigente en la época, considerando adecuado que los intermediarios fueran responsables por las infracciones al *copyright* cometidas por sus usuarios⁴⁹. Así, en dicho reporte se señaló que sería prematuro e injusto⁵⁰ reducir o limitar la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea, en cuanto consideraban que existían otros medios para alcanzar el objetivo de la protección de los derechos de autor en el entorno digital.

Durante esta época, se dictaron variados fallos relevantes, referentes a la responsabilidad de operadores de BBS⁵¹ (*Bulletin Board System*) y de pequeños proveedores de servicio de Internet, por los contenidos subidos por sus usuarios. Entre otros, podemos citar los casos *Sega v. Maphia*⁵², *Religious*

⁴⁸ Forma coloquial de referirse al reporte del grupo de trabajo sobre derechos de propiedad intelectual de la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos de América (USPTO). Véase LEHMAN, Bruce. 1995. *Intellectual Property and the National Information Infrastructure. The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights*. Washington D.C. Information Infrastructure Task Force.

⁴⁹ PEGUERA POCH, Miguel. Op. Cit., p. 50.

⁵⁰ LEHMAN, Bruce. Op. Cit., p. 122. Para más detalle, ver *Íbid.*, pp. 114-122,

⁵¹ Un BBS es un software que permite a los usuarios conectarse a un sistema central a través de una terminal, accediendo a una especie de tablero de anuncios en línea, permitiendo subir y bajar contenidos, intercambiar mensajes, etc. Fueron una tecnología popular en las décadas de 1980 y 1990.

⁵² Corte de Distrito para el Distrito Norte de California, Estados Unidos. “*Sega Enterprises Ltd. v. Maphia*”, 18 de diciembre de 2014. [en línea] <<http://digital-law-online.info/cases/41PQ2D1705.htm>> [consultado el 14 de noviembre de 2015] En este caso, se

*Technology Center v. Netcom*⁵³, *Playboy v. Russ Hardenburgh Inc.*⁵⁴, y el caso *Marobie v. National Association of Fire Equipment Distribution*⁵⁵. Un elemento en común en estos casos es que descartaron la responsabilidad directa del intermediario en la medida que no participara directamente en los hechos de la infracción, sin descartar por otro lado la posibilidad de su responsabilidad contributiva a la infracción, siendo el criterio relevante finalmente el tamaño del intermediario, que determinaría la mayor o menor posibilidad de conocer y por tanto, contribuir en la infracción: así, los pequeños operadores de BBS

fallo que el operador del BBS era responsable contributivamente a la infracción, en la medida que existía una infracción directa por parte de los usuarios, quienes subían y descargaban videojuegos, conocía objetivamente de la actividad infractora, y además, proporcionaba los medios técnicos tanto para almacenar los archivos y realizar las descargas, y asimismo, incentivaba de manera activa a los usuarios para que realizaran las actividades infractoras. Para más detalle, ver PEGUERA POCH, Miguel. Op. Cit., pp. 54-58.

⁵³ Corte de Distrito para el Distrito Norte de California, Estados Unidos. “Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communications Services Inc”, 21 de noviembre de 1995. [en línea] <https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/907_FSupp_1361.htm> [consultado el 14 de noviembre de 2015]. En este caso, uno de los demandados había postado en un *newsgroup* de un BBS textos escritos por el fundador de la secta de la *Church of Scientology*, ante eso, los titulares del copyright de los textos, demandaron al proveedor de servicio que otorgaba conexión al BBS, Netcom, quien a su vez, alojaba en sus servidores los contenidos posteados en el BBS. El fallo descartó la posibilidad de que hubiera responsabilidad vicaria de Netcom, mas no la posibilidad de que hubiera responsabilidad contributiva, no llegando a una decisión final debido a un acuerdo entre las partes para terminar el proceso. Para más detalle, ver PEGUERA POCH, Miguel. Op. Cit., pp. 58-62.

⁵⁴ Corte de Distrito para el Distrito Norte de Ohio, Estados Unidos. “Playboy Enterprises Inc. V. Russ Hardenburgh Inc.”, 25 de noviembre de 1997. [en línea] <<http://www.internetlibrary.com/pdf/Playboy-Russ-Hardenburgh-Inc.pdf>> [consultado el 14 de noviembre de 2015]. En este caso, se consideró responsable de forma directa al operador de un BBS por la reproducción y distribución de imágenes de la revista Playboy. El operador alentaba y ofrecía incentivos a sus usuarios a subir imágenes a su sistema, veía que tipos de archivos se subían, y posteriormente los cambiaba de lugar para que estos fueran accesibles a los suscriptores del BBS.

⁵⁵ Corte de Distrito para el Distrito Norte de Illinois, Estados Unidos. “Marobie-FL Inc. v. National Association of Fire Equipment Distributors”. 13 de noviembre de 1997. [en línea] <<http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/983/1167/1989682/>> [consultado el 14 de noviembre de 2015]. En este caso se falló que el demandado, quien era representante de una asociación de distribuidores de material de equipamiento para bomberos subió a un sitio web dibujos relativos al área que estaban protegidos por *copyright*, siendo declarado responsable directo de la infracción, sin descartar la posibilidad de responsabilidad contributiva del proveedor de los servicios de acceso y alojamiento en internet.

resultaron vulnerables a eventuales demandas por responsabilidad contributiva, mientras que los proveedores de servicios más masivos y a la vez más remotos a las actividades infractoras, como es el caso de los proveedores de acceso y alojamiento quedaron liberados de estas. En el fondo, mientras más cercano fuera el intermediario a un mero conducto de la información, menos probable sería que se lo encontrara responsable⁵⁶.

Finalmente, este conflicto se decidió en EE.UU. con la dictación de la DMCA en 1998, la que se puede considerar, en palabras de Peguera Poch, como “el resultado de un pacto entre la industria de contenidos y la industria de telecomunicaciones y de servicios de Internet”⁵⁷. En el mismo sentido, concuerda Zittrain, quien señala que «este conjunto, de las así llamadas “provisiones de puerto seguro”, reguladas en el 17 USC sección 512, reflejaron un cálculo político en que tanto los editores de contenido como los ISPs, cuyos intereses no calzaban bien, tuvieron poder»⁵⁸.

⁵⁶ ZITTRAIN, Jonathan. 2006. A History of Online Gatekeeping. Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 19(2):253-298, [en línea] <<http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v19/19HarvJLTech253.pdf>> [consultado el 15 de noviembre de 2015], pp. 264-265.

⁵⁷ PEGUERA POCH, Miguel. Op. Cit., p. 39.

⁵⁸ ZITTRAIN, Jonathan. Op. Cit., p. 265.

1.2.2 Justificación de la regulación

En parte por ser actores necesarios para la participación de las personas en internet, y además por motivos prácticos, la regulación de la conducta de los intermediarios ha sido objeto de debate doctrinario y legislativo desde los comienzos del uso de internet como una tecnología comercial y masiva a mediados de la década de 1990. Con la masificación del uso de internet, la regulación de las conductas de sus usuarios se consideró como un tema especialmente relevante, toda vez que, como relata Zittrain:

"Apenas hubo un número significativo de consumidores en línea (...) ellos disfrutaron de una cantidad significativa de poder y libertad para postear información a un amplio público (...) Estas tecnologías resultaron ser altamente generativas respecto de la transmisión, uso y reutilización de contenido (...) Esta generatividad también permitió usos indeseados"⁵⁹.

En concreto, el problema se origina por las incertidumbres existentes respecto de si es posible imputarle responsabilidad a los intermediarios que prestan servicios en internet, que son neutros en relación a las conductas que desarrollan los usuarios en línea, respecto de conductas ilícitas, que no serían

⁵⁹ *Íbid.*, p. 257.

posibles de no ser por la intervención técnicas de los intermediarios⁶⁰. En términos de Zittrain, "Estas conductas, iniciadas por individuos difíciles de encontrar, y probablemente a prueba de juicios, rápidamente dio origen a preguntas sobre responsabilidad de terceros"⁶¹.

En otras palabras, existen razones prácticas que centraron el interés del legislador en regular la responsabilidad de los intermediarios antes que la de los usuarios de Internet. Como señala Meléndez Juarbe,

“el rol de los intermediarios en la regulación es vital en nuestros días. En la medida en que los Gobiernos persigan objetivos políticos (legítimos o no) en Internet, los blancos de ataque poco a poco dejarán de ser los individuos cuya actividad preocupa al Estado, para ser aquellas entidades que provean los medios tecnológicos para esa actividad. Después de todo, será más económico y sencillo dirigirse contra unas pocas entidades sujetas a la jurisdicción del Estado que contra miles de individuos en ocasiones difíciles de identificar o imposibles de alcanzar”⁶².

⁶⁰ MELÉNDEZ JUARBE, Hiram A. Op. Cit., pp. 109-110.

⁶¹ ZITTRAIN, Jonathan. Op. Cit., p. 258.

⁶² MELÉNDEZ JUARBE, Hiram A. Op. Cit., p. 110.

Asimismo, también por motivos prácticos, al legislador le resulta más eficiente regular de manera indirecta la conducta de los individuos, en cuanto

“Por un lado, al Estado le resulta imposible o demasiado dispendioso desincentivar o castigar cierta conducta (...) enjuiciando a cada persona de manera individual. Por el otro, la imposición de penas altas para desestimular dicha conducta puede tener un efecto desproporcionado frente a personas que no están incurriendo en ella pero temen el castigo por cuenta de un error propio o de una aplicación equivocada de la ley”⁶³.

Como señala Zittrain, “Cuando las faltas son más serias (o al menos los legisladores tienen mayor determinación), señalar que existen dificultades de *enforcement* es simplemente pedirle a los reguladores ser más insistentes y creativos en influenciar conductas”⁶⁴.

Este rol central de los intermediarios en internet también ha sido reconocido en los reportes de organismos internacionales, los que han señalado que "por la posición que ocupan y el rol que cumplen, los intermediarios se han erigido como puntos a través de los cuales es técnicamente posible ejercer el control

⁶³ CORTÉS CASTILLO, Carlos. 2013. Las llaves del ama de llaves: La estrategia de los intermediarios en Internet y el impacto en el entorno digital. Buenos Aires. CELE Universidad de Palermo, [en línea] <<http://www.palermo.edu/cele/pdf/LasLlavesDelAmaDeLlaves.pdf>> [consultado el 15 de noviembre de 2015], p. 5.

⁶⁴ ZITTRAIN, Jonathan. Op. Cit., p. 255.

de los contenidos en internet"⁶⁵. En el mismo sentido, señalan que el interés en utilizarlos como punto de control se funda en la mayor facilidad que brinda el controlar a unos pocos intermediarios identificados, que a los actores que son responsables de manera directa de la expresión a controlar, en cuanto los usuarios no suelen estar identificados o pueden encontrarse en diversas jurisdicciones, y a que existen incentivos económicos para perseguir la responsabilidad de los intermediarios⁶⁶.

Es relevante asimismo señalar el rol que han tenido en la implementación de este tipo de medidas la aprobación de tratados internacionales, y las consiguientes obligaciones de los Estados signatarios. Así por ejemplo, la DMCA fue dictada con ocasión del debate en el Congreso norteamericano sobre la implementación de los tratados de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) de 1996⁶⁷. Así, esta ley, entre otras cosas, implementa los tratados OMPI al derecho norteamericano, ocasión en la que se aprovechó de regular la materia de la limitación de responsabilidad de

⁶⁵ BOTERO, Catalina. 2013. Libertad de expresión e Internet. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, [en línea] <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf> [consultado el 15 de noviembre de 2015], p. 43.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 43-44.

⁶⁷ Como relata Litman, el contenido de la DMCA resultó de un acuerdo entre los titulares de derechos de autor y los ISP, el cual se incorporó en la ley sobre los tratados OMPI que sería enviada al Senado. En esa oportunidad, "se señaló a los grupos de interés que se habían opuesto a la legislación (...) que si querían alcanzar acuerdos deberían hacerlo inmediatamente, porque el proyecto de ley sería enviado al Senado con o sin su participación". Véase LITMAN, Jessica. 2006. Digital Copyright. New York. Prometheus Books, pp. 135-136.

intermediarios por infracciones al *copyright*, materia no regulada en aquellos tratados⁶⁸.

Otro ejemplo de esto, es el hecho de que la regulación de normas de exclusión de responsabilidad de intermediarios en internet por contenidos protegidos por derechos de autor subidos por sus usuarios, tanto en el caso de Chile como el de Costa Rica, no fueron precedidos por grandes discusiones políticas respecto de la responsabilidad de los intermediarios en internet⁶⁹, como sí ocurrió en el caso norteamericano.

Aunque en Chile existió un caso emblemático sobre responsabilidad civil de un prestador de servicios en internet⁷⁰, en la práctica la regulación de la materia fue hecha expresamente para cumplir con los compromisos internacionales

⁶⁸ PEGUERA POCH, Miguel, Op. Cit., p. 103.

⁶⁹ Si bien existieron diversos intentos de regulación de la responsabilidad de prestadores de servicios de internet en Chile, en concreto, a través del Boletín N°3004-17 sobre Responsabilidad en Internet del año 2002, estos no prosperaron en la discusión legislativa, quedando sólo como intentos de regulación. Véase ÁLVAREZ, DANIEL. 2004. Op. Cit., pp. 113-127.

⁷⁰ En el caso chileno, existió un caso sobre responsabilidad de un proveedor de servicio por los contenidos ilícitos posteados por sus usuarios, respecto de contenido difamatorio que atentaba contra la honra del demandante. En el denominado 'caso Entel', la corte falló en sede de protección de garantías constitucionales, estableciendo la responsabilidad del intermediario, al considerar que este al prestar los medios para la publicación del contenido ilícito adquiere un deber de control sobre estos. Posteriormente, la demandante persiguió la responsabilidad extracontractual de Entel, siendo resuelto por la Corte de Apelaciones de Concepción que el proveedor de servicios no tenía un deber de cuidado respecto al control de los contenidos publicados en la red, y que tampoco infringió deberes de cuidado, pues bajó el contenido en un tiempo prudente desde que se le reclamó. Para más detalle, ver RUIZ GALLARDO, Claudio y LARA GÁLVEZ, Juan Carlos. Op. Cit., pp. 62-66.

asumidos: en el caso de Chile, en el Tratado de Libre Comercio con EE.UU. de 2003⁷¹, incorporando este mecanismo para cumplir con los objetivos del Tratado mencionado, e indirectamente, con los de la DMCA⁷²; respecto del caso Costarricense, si bien en el reglamento sobre la materia señalan la necesidad de establecer certeza jurídica, a continuación señalan expresamente que se reguló a propósito del cumplimiento del compromiso establecido en el capítulo 15 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica-Estados Unidos⁷³.

Por su parte, en el caso de Paraguay, la Ley 4868 de Comercio Electrónico, que incluye regulaciones de responsabilidad de los intermediarios en internet, fue introducida en 2013 como parte de una agenda de modernización del país en el ámbito comercial, buscando objetivos de integración comercial del país en el marco de la Sociedad de la Información⁷⁴. Así, la inclusión de normas de

⁷¹ CHILE. Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual. Boletín 5012-03, [en línea] <<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=5191&prmTIPO=INICIATIVA>> [consulta: 15 de octubre de 2015], p. 10

⁷² ÁLVAREZ, Daniel. 2011. The Quest for a Normative Balance: The Recent Reforms to Chile's Copyright Law. Policy Brief 12. International Centre for Trade and Sustainable Development, [en línea] <<http://web.uchile.cl/archivos/derecho/CEDI/Art%EDculos/the-quest-for-a-normative-balance-the-recent-reforms-to-chilee28099s-copyright-law.pdf>> [consultado el 15 de noviembre de 2015], p. 3.

⁷³ COSTA RICA. 2011. Reglamento sobre la limitación a la responsabilidad de los proveedores de servicios por infracciones a Derechos de Autor y Conexos de Acuerdo con el Artículo 15.11.27 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica- Estados Unidos. N° 36880-COMEX-JP. considerandos I y III.

⁷⁴ DI MARTINO ORTIZ, Rosa Elena María. 2014. Comercio electrónico en Paraguay: alcanzando metas. En: 14° Simposio Argentino de Informática y Derecho, SID 2014. Buenos Aires, Universidad de Palermo, [en línea]

responsabilidad de intermediarios resulta ser más un hecho tangencial en esta agenda de modernización más que un elemento central a ser regulado como fue el caso de la DMCA, o un objetivo cuya implementación fue consecuencia de obligaciones internacionales, como en el caso de Chile o Costa Rica.

1.2.3 Regulación de la responsabilidad por contenidos protegidos por derechos de autor

Con la entrada en vigencia de la DMCA en 1998 se estableció el primer sistema de exclusión de responsabilidad de los intermediarios por conductas infractoras de los derechos de autor cometidas por sus usuarios, texto aprobado por unanimidad tanto por el Senado como por la Cámara de Representantes norteamericana.

Esta norma, en su título segundo, también denominada como “*Online Copyright Infringement Liability Limitation Act*”, introduce una nueva sección (la sección 512) al capítulo 5 del título 17 del *U.S. Code*, bajo el título de “*Limitations on liability relating to material online*”, la que procederemos a explicar brevemente

<http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/42110/Documento_completo.pdf?sequence=1
> [consultado el 15 de noviembre de 2015], p. 75.

en esta sección, dada su gran influencia en las regulaciones posteriores de la materia.

En primer lugar, como se ha dicho, esta norma establece un conjunto de supuestos en los cuales otorga la posibilidad de excluir la responsabilidad a los ISP, así como a otros proveedores de servicios en línea, a cambio del cumplimiento de determinados requisitos, o en otros términos, “los proveedores de servicios en línea podrán recibir inmunidad respecto de responsabilidades secundarias si cooperan con un titular de derechos de *copyright* que tenga una creencia de buena fe de que ocurren infracciones directas a su derecho en los márgenes de los servicios del proveedor”⁷⁵.

Este sistema ha sido denominado como de puerto seguro (*safe harbor*) “en el que el proveedor puede recalar con la tranquilidad de saber que en la medida que la actividad que realiza encaje con el supuesto contemplado, no se verá obligado a responder por las infracciones de *copyright* que en su caso tengan lugar y de las que eventualmente –aunque no necesariamente siempre– pudiera ser considerado responsable”⁷⁶

⁷⁵ BROWN, Brandon. 2008. Fortifying the Safe Harbors: Reevaluating the DMCA in a Web 2.0 World. Berkeley Technology Law Journal, Vol. 23(1):437-467. [en línea] <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=btlj>> [consultado el 15 de marzo de 2016], p. 445.

⁷⁶ PEGUERA POCH, Miguel. Op. Cit., p. 122.

La DMCA establece cuatro *safe harbors* para cuatro tipos distintos de servicios, a saber: las actividades de transmisión⁷⁷ (*Transitory Digital Network Communications*) en la sección 512(a); las actividades de almacenamiento en memoria caché (*System Caching*) en la sección 512(b); las actividades de alojamiento de información a solicitud de usuarios (*Information Residing on Systems at Directions of Users*) en la sección 512(c) y por último; la de actividades de localización de información (*Information Location Tools*) en la sección 512(d). Asimismo, establece una exclusión de responsabilidad para las instituciones educativas sin fines de lucro que sean prestadoras de servicios *online*, la que no es relevante a efectos de este análisis.

En primer lugar, hay que señalar que la ley no establece una exclusión absoluta de responsabilidad, si no que limita sus efectos a liberar de la obligación de indemnizar de todo daño⁷⁸ y asimismo, excluye, no completamente, la posibilidad de ejercer acciones de cesación contra el proveedor; vale decir, limita totalmente la tutela resarcitoria (*monetary relief*), y parcialmente la posibilidad de exigir una tutela cesatoria (*injunction relief*)⁷⁹, sin excluirlo tampoco de la posibilidad de ser sujeto a responsabilidad penal⁸⁰.

⁷⁷ Actividad que agrupa los servicios de transmisión, enrutamiento y acceso a conexión, correspondiendo a los ISP.

⁷⁸ Lo que incluye daños, costos, costas judiciales y cualquier forma de pago monetaria. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. 1998. Digital Millenium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512(k)(2).

⁷⁹ La tutela resarcitoria se limitará a la señalada en la sección § 512(j). Véase PEGUERA POCH, Miguel. Op. Cit., p. 123.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 125.

Para que operen estos puertos seguros, los que funcionan de manera independiente entre sí⁸¹, deben primero cumplirse requisitos generales, consistentes en: i) adoptar políticas dirigidas a expulsar cuando proceda a los infractores reincidentes que sean usuarios de sus servicios y; ii) respetar las medidas tecnológicas utilizadas por los titulares de derechos de *copyright* para identificar o proteger las obras sobre las que tengan derechos, no interfiriendo con ellas⁸².

Luego, respecto de las actividades de transmisión de datos, y de *caching*, establece requisitos similares, excluyéndolos de responsabilidad en la medida que se limiten a cumplir su rol pasivo⁸³ como intermediarios.

Así, respecto de los servicios de transmisión, les exige: i) que la transmisión del material sea iniciada por una persona distinta al proveedor del servicio; ii) que esta transmisión sea hecha a través de un procedimiento automático; iii) que no se seleccionen los destinatarios del material transmitido; iv) que no se hagan

⁸¹ *Íbid.*, p. 122.

⁸² ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. 1998. Digital Millenium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512, (i)(1).

⁸³ ZITTRAIN, Jonathan. *Op. Cit.*, pp. 265-266.

copias del material para otros propósitos ajenos a la actividad de transmisión, y;
v) que no se modifique el material transmitido a través de la red⁸⁴.

Respecto de los proveedores de servicios de *caching*, en primer lugar, establece requisitos similares a los proveedores de transmisión, exigiéndoles: i) que el material haya sido subido por un tercero; ii) que sea transmitido a un tercero distinto del que lo subió, a través de las redes del proveedor, pero a requerimiento o solicitud del tercero, y; iii) que el almacenamiento temporal del material sea hecho por el proveedor mediante un proceso tecnológico automatizado cuyo propósito sea facilitar el acceso a dicho material a otros usuarios luego de la primera transmisión⁸⁵; vale decir, estos requisitos se limitan a decir que el proveedor del servicio de *caching* debe limitarse a realizar esta actividad, en cuanto estos resultan una definición precisa de la misma.

En segundo lugar, establece requisitos que apuntan a la pasividad del intermediario en su actividad, al exigir: i) que el material sea transmitido sin modificación alguna; ii) que el proveedor cumpla las reglas sobre actualización del material; iii) que este no interfiera con las tecnologías asociadas a la recuperación de información sobre el material subido, de modo que esta sea

⁸⁴ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. 1998. Digital Millenium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512 (a).

⁸⁵ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. 1998. Digital Millenium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512 (b)(1).

idéntica a la que se podría recuperar desde la ubicación original; iv) que se respeten las condiciones de acceso puestas por quien subió el material original, y; v) que se actúe en forma expedita a efectos de remover o bloquear el acceso al material, si este fue subido sin la autorización del titular del *copyright*, previa solicitud del mismo, o bien previo a su retiro o bloqueo desde la ubicación original⁸⁶.

Respecto de los proveedores de servicios de alojamiento (*hosting*), introduce la exigencia de tener conocimiento efectivo (*actual knowledge*) de la presencia de material infractor en sus redes⁸⁷, o bien, en ausencia de este, que no tenga conciencia de actividades ilícitas evidentes (lo que se ha denominado como ‘test de la bandera roja’⁸⁸). Si el proveedor tiene conocimiento efectivo o conciencia de la actividad infractora, deberá retirar el material o inhabilitar el acceso a este en forma expedita.

⁸⁶ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. 1998. Digital Millenium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512 (b)(2).

⁸⁷ Esta regla actúa trasladando la carga de buscar e identificar materiales infractores desde el lado de los proveedores de servicios hacia los titulares de derechos de autor. De este modo, los proveedores no están obligados a monitorear el contenido que alojan, sino que sólo actuarán en la medida que tengan conocimiento de la infracción. Si este conocimiento viene por parte del titular de derechos, deberá ser a través de una notificación que cumpla todos los requisitos legales de la sección 512(C)(3)(a) de la DMCA. Véase BROWN, Brandon. Op. Cit., pp. 453-454.

⁸⁸ Este test tiene requisitos subjetivos y objetivos, correspondiendo el elemento subjetivo en la existencia de conocimiento por parte del proveedor de servicios al momento de la infracción, mientras que el elemento objetivo corresponde a la evaluación judicial de si “una persona media, operando en las mismas o semejantes circunstancias” consideraría que la actividad infractora era evidente. Véase BROWN, Brandon. Op. Cit., p. 455.

Además, se le exige al proveedor que en caso de tener el derecho y la capacidad de controlar la actividad infractora, no reciba beneficios económicos directos de la misma⁸⁹ y; que cuando reciba una notificación de la infracción en los términos legales, retire o bloquee el acceso al contenido infractor⁹⁰. Asimismo, el proveedor deberá designar un agente para recibir las notificaciones de la sección (C)(3)(a).

Estos mismos requisitos son básicamente los mismos exigidos a los proveedores de servicios de localización de información, esto es, los buscadores, en la sección (d)⁹¹.

A efectos de determinar la existencia de conocimiento efectivo por parte del intermediario y de que el titular obtenga el retiro o bloqueo del material infractor, es que la sección (c)(3)(A) establece un mecanismo formal de notificación y bajada (*Notice and Takedown*) de materiales infractores, a través del envío de una comunicación escrita que tenga los siguientes elementos:

1. La firma física o electrónica del representante del titular de derechos.

⁸⁹ En caso de tener beneficios económicos directamente atribuibles a una infracción que puede controlar, el proveedor incurriría en responsabilidad vicaria, conforme a las reglas generales. Véase BROWN, Brandon. Op. Cit., pp. 445-446.

⁹⁰ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. 1998. Digital Millenium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512 (c).

⁹¹ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. 1998. Digital Millenium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512 (d).

2. La identificación del material protegido por *copyright*, o si se trata de varias infracciones en el mismo sitio, un listado representativo de las obras infringidas en el mismo.
3. La identificación del material del que se reclama como infractor e información para que el proveedor lo localice.
4. La información de contacto del solicitante.
5. Una declaración de que el solicitante cree de buena fe que el uso del material no es autorizado por el titular de derechos, su representante o la ley.
6. Una declaración de que la información provista es precisa, y que se actúa en representación del titular de derechos⁹².

Una vez realizada esta notificación, el titular de derechos además podrá solicitar a la Corte de Distrito correspondiente, una orden judicial (*subpoena*) para que el proveedor de servicios revele la identidad del usuario infractor, conforme lo dispone la sección (h)⁹³.

Finalmente, en la sección (g), se libera de responsabilidad al proveedor por el retiro o inhabilitación del acceso a un material supuestamente infractor si es que

⁹² ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. 1998. Digital Millenium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512 (c)(3)(a)

⁹³ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. 1998. Digital Millenium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512 (h).

este actúo de buena fe, basándose en hechos o circunstancias que revelaban una actividad infractora, sin importar si finalmente el material es o no declarado infractor.

No obstante, existe una excepción a esta limitación de responsabilidad, la cual ocurre cuando el usuario presente una contra-notificación escrita dirigida al proveedor. Esta contra-notificación del usuario deberá contener su firma, la identificación del material que ha sido removido o que al que se ha inhabilitado acceder, una declaración en la que afirme que cree de buena fe que el material ha sido retirado por error o por mala identificación, e información de contacto, junto a una declaración de que se somete a la jurisdicción del Tribunal competente, a efectos de someterse al procedimiento judicial que inicie la persona que efectúo la notificación original. Una vez notificado el proveedor por esta contra-notificación, debe informar al solicitante de la primera notificación de esta, y deberá restablecer el acceso al contenido en 10-14 días hábiles, salvo que el solicitante original informe que siguió acciones judiciales⁹⁴.

Por último, en la sección (f) se regula el mal uso del procedimiento, estableciendo que deberán responder por cualquier daño, incluyendo costas, tanto el titular de derechos, el proveedor o el supuesto infractor, a consecuencia

⁹⁴ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. 1998. Digital Millenium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512 (g).

de que se haya actuado a sabiendas de que se alega falsamente que determinado material infringe derechos de *copyright*, o quienes interpongan una contra-notificación alegando bajo los mismos supuestos que el material se retiró o bloqueó por error o incorrecta identificación del mismo⁹⁵.

⁹⁵ ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. 1998. Digital Millenium Copyright Act, 17 U.S.C. § 512 (f).

CAPÍTULO II: EL CONFLICTO ENTRE LA REGULACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

2.1 Los intermediarios como guardianes y su importancia para la libertad de expresión.

Los proveedores de servicios en Internet no son los únicos intermediarios con un rol relevante para el derecho, sino que los intermediarios han sido objeto de estudio del derecho, y objetos de regulación desde décadas antes de la adopción masiva de Internet. Podemos mencionar un estudio temprano, hecho por Reinier Kraakman en 1986, respecto a la pregunta de cuándo –si es posible- imponer responsabilidad a los intermediarios en cuánto partes que no son los autores directos, ni beneficiarios de un ilícito⁹⁶. Kraakman denomina a este tipo de problemas como un problema de responsabilidad colateral, llamada por él ‘responsabilidad de porteros o guardianes’ (en el original, *gatekeeper*

⁹⁶ KRAAKMAN, Reinier H. 1986. Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy. *Journal of Law, Economics & Organization*. Vol. 2(1), Spring: 53-104.

liability), impuesta sobre privados, que son capaces de impedir ilícitos al retirar su cooperación con los infractores⁹⁷, problema que, como podemos ver, es bastante similar a las consideraciones que fundamentaron la regulación de la responsabilidad de los proveedores de servicios en Internet.

Así, y por los motivos prácticos señalados en la sección 1.2.2 del capítulo anterior; esto es, la dificultad de identificar y localizar a los usuarios infractores en comparación a intermediarios que son escasos y conocido; y los incentivos económicos para demandar a intermediarios, con mayor patrimonio que sus usuarios, es que la regulación se ha vuelto hacia los intermediarios, transformándolos de actores neutros respecto de las conductas de sus usuarios, en partes interesadas, que cumplen esta función de guardianes o porteros. Esta necesidad regulatoria fue sistematizada por Kraakman, quien señala las siguientes razones de hecho para establecer la regulación de intermediarios como guardianes):

“Un *gatekeeping* exitoso suele requerir (1) que exista una conducta grave e indeseada que no se haya podido disuadir a través de las sanciones; (2) que no hayan incentivos privados o que estos sean insuficientes; (3) que existan guardianes que puedan prevenir la conducta indeseada de manera confiable, sin perjuicio de las preferencias y/o alternativas en el

⁹⁷ *Íbid.*, p. 53.

mercado que tengan los infractores, y; (4) que los costos introducidos por las reglas legales para que los guardianes detecten las conductas infractoras sean razonables”⁹⁸.

Para que se justifique la regulación de la responsabilidad de estos guardianes, estos en primer lugar deben poder prevenir las conductas infractoras, al retirar su soporte a estas. Este soporte consiste en un bien o servicio especializado, o una forma de certificación esencial para que la infracción sea posible⁹⁹, situación que se cumple en el caso de los intermediarios en Internet, toda vez que proveen servicios técnicos esenciales para la realización de cualquier conducta de los usuarios y, por tanto, son capaces de impedirlos, por ejemplo, retirando o filtrando los contenidos infractores.

Luego, deben existir motivos para preferir esta estrategia regulatoria por sobre la disuasión directa de los usuarios infractores, como por ejemplo, si las infracciones son muy caras de detectar o perseguir¹⁰⁰, o si el imponer penas muy altas a los infractores supone efectos excesivos o desproporcionados

⁹⁸ *Ibíd.*, p. 61.

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 54

¹⁰⁰ En el caso de internet, se señala que dado el anonimato relativo que poseen los usuarios hace muy costosa su persecución, e incluso descubriendo la identidad de los infractores, estos suelen ser personas “a prueba de juicios”, que carecen de los medios económicos para pagar daños. Véase HAMDANI, Assaf. 2002. Who’s Liable for Cyberwrongs. *Cornell Law Review*. Vol. 87(4):901-957 [en línea] < <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol87/iss4/1> > [consultado el 16 de marzo de 2016], pp. 910-911.

respecto de personas inocentes pero que temen ser sancionadas por un error de apreciación judicial o por algún error propio¹⁰¹, situaciones que se cumplen respecto de los usuarios de Internet.

En el caso de Internet, la conducta del guardián tiene características especiales, las cuales lo configuran dentro de un rol de controlador del flujo de información. Este rol tiene los siguientes objetivos: “amurallar al usuario (o ‘encerrado’) en la red del guardián, ejercer la guardia para evitar que agentes externos al entorno cerrado atraviesen el portón, y mantener sin sobresaltos la actividad permitida dentro de la red”¹⁰².

En concreto, la regulación busca transformar a los intermediarios en internet en un tipo de guardián conocido como "chaperón", conforme a la tipología propuesta por Kraakman; en esta, se distinguen dos roles del intermediario, según su nivel de control. Un intermediario actúa como portero cuando su reacción frente a la conducta indeseada es bloquearla de plano, mientras que actuará como chaperón si es que desarrollan una actividad de detección y limitación de la conducta de sus usuarios en el marco de una relación continua

¹⁰¹ *Ibíd.*, p. 57. Para más detalle sobre los efectos desproporcionados denominados efectos inhibitorios, ver *infra*, sección 2.2

¹⁰² CORTÉS CASTILLO, Carlos. *Op. Cit.*, p. 7.

con estos¹⁰³. Los regímenes de intermediarios como chaperones permiten llevar a cabo deberes de control más complejos, pero asimismo, aumentan la frecuencia de errores en su control¹⁰⁴.

En su aplicación práctica, estos sistemas de exclusión de responsabilidad entran en conflicto con otros derechos; dado que en estos sistemas, el intermediario sólo velará por sus intereses, que corresponden a buscar la limitación de su responsabilidad, actuando de modo tal que se siga al pie de la letra los requisitos legales que le permitan limitar su responsabilidad, retirando los contenidos supuestamente ilícitos que les sean solicitados por un titular de derechos de autor a través de una medida de notificación y bajada, o incluso. En otras palabras, el intermediario actúa sin evaluar los intereses de los usuarios, puesto que su estrategia racional es evitar todo eventual costo originado por no cumplir las condiciones para limitar su responsabilidad¹⁰⁵. El autor agrega que este balance de intereses es particularmente difícil de realizar en los casos complejos, en que aumenta la ambigüedad y la incertidumbre respecto de la legalidad de la conducta, situación que es usual en materias de derechos de autor.

¹⁰³ MELÉNDEZ JUARBE, Hiram A. Op. Cit., pp. 117-118.

¹⁰⁴ KRAAKMAN, Reinier. Op. Cit., p. 63.

¹⁰⁵ MELÉNDEZ JUARBE, Hiram A. Op. Cit., p. 111. En el mismo sentido, HAMDANI, Ahmed, Op. Cit., p. 921, quien señala: "Cuando los incentivos del tercero divergen de los del autor directo, imponer responsabilidad sobre el tercero puede suponer una disuasión excesiva".

Este tipo de regulaciones, descentralizadas del Estado, pueden producir excesos regulatorios: por ejemplo, respecto de valores democráticos como la libertad de expresión, al entregar funciones tradicionalmente estatales a agentes privados que, al no ser agentes estatales, no se espera que sirvan al interés público, ni que estén sujetos a normas de profesionalismo o servicio público asociados a dichas instituciones¹⁰⁶.

Esta conducta se dará por defecto, toda vez que el diseño del sistema y la naturaleza de los derechos protegidos hace que se genere un riesgo de sobreprotección, ya que es difícil para el intermediario -en su rol de guardián- resolver si el contenido que subió un usuario es o no infractor de derechos de autor, y por tanto, ante una notificación del titular de derechos de autor, su reacción será que bajará inmediatamente el contenido, actuando como un portero de facto¹⁰⁷.

Este desequilibrio entre los costos que deben asumir los intermediarios en internet en comparación a los que asumen los usuarios se puede resumir de la siguiente manera:

¹⁰⁶ LAIDLAW, Emily B. 2010. A framework for identifying Internet Information Gatekeepers. *International Review of Law, Computers & Technology*, Vol. 24(3). [en línea] <https://ueaeprints.uea.ac.uk/29193/1/A_Framework_for_Identifying_Internet_Information_Gatekeepers.pdf> [consultado el 15 de noviembre de 2015], p. 264.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 120.

“De una parte, el usuario que resulta afectado por un retiro equivocado corre con el costo de ‘perder’ el contenido –al menos temporalmente– y asume la carga de defenderlo. De otra parte, la comunidad en general resulta afectada por las expresiones e informaciones removidas de manera excesiva. Por cuenta del balance de los incentivos, el PSI no pierde nada con retirar material y sí gana mucho con la entrada al puerto seguro”¹⁰⁸.

Como se dijo anteriormente, al intermediario le es indiferente el valor expresivo que pueda tener la conducta del usuario, o que el contenido supuestamente infractor de derechos de autor no sea efectivamente ilícito, por estar excepcionado o ser un uso justo, o por cualquier otra causa establecida por la ley que permita un uso no autorizado de obras protegidas por derechos de autor. Es decir, que un usuario realice un uso de un contenido protegido por derechos de autor no implica necesariamente un uso ilícito, y aun cuando no sea autorizado, “este uso puede responder a intereses individuales y colectivos relacionados con la expresión política, social y artística”¹⁰⁹.

Por otra parte, hay que entender que no todos los intermediarios tienen el mismo rol ni la misma importancia en internet, como señala Cortés Castillo:

¹⁰⁸ CORTÉS CASTILLO, Carlos. Op. Cit., p. 16.

¹⁰⁹ MELÉNDEZ JUARBÉ, Hiram A. Op Cit., p. 113.

“No todos están ubicados en el mismo nivel en la red ni ofrecen el mismo servicio. En una arquitectura de niveles como la de Internet, unos están en la capa física –son la infraestructura de la red— y otros en la de aplicaciones (...) el punto central es entender que estas categorizaciones se hacen con la idea de identificar al intermediario para saber qué función debe asumir como guardián”¹¹⁰.

Como se pudo ver en el análisis del sistema de exclusión de responsabilidad de los intermediarios establecido por la DMCA, los deberes del intermediario que presta servicios en internet dependerán de la mayor o menor pasividad de este al prestarlo. Así, se justifica la diferencia entre los deberes de los intermediarios de transmisión y los que proveen servicios de *caching* en comparación a intermediarios que poseen roles más activos, como el de almacenar permanentemente información, u ofrecer servicios de búsqueda de contenidos.

Como se ha señalado, existen numerosos problemas relativos a la libertad de expresión al establecer sistemas de exclusión de responsabilidad de los intermediarios. Así, se ha llegado a decir que las definiciones tradicionales de los intermediarios como guardianes no se han podido transferir adecuadamente

¹¹⁰ CORTÉS CASTILLO, Carlos. Op. Cit., p. 12.

al entorno de Internet¹¹¹: Laidlaw señala como factores de esto, que las definiciones tradicionales de los guardianes sólo se centran en su capacidad de prevenir ilícitos de terceros, mientras que los controlados por estos guardianes (en inglés, *the gated*) son tratados estáticamente, sin prestar atención a sus derechos¹¹². Además, agrega que en el contexto de Internet como tecnología generativa, en que los usuarios de internet son actores dinámicos en la creación y manejo del entorno del mismo, hace que los roles de guardián y controlado sean dinámicos, así por ejemplo, un individuo que maneja un *blog* puede ser controlado a través de los términos de uso del proveedor de alojamiento, y a la vez ser el guardián respecto de la sección de comentarios de su página¹¹³.

Finalmente, Laidlaw propone que se aplique un marco de Derechos Humanos a determinados intermediarios en internet, que ella denomina 'guardianes de la información en internet' (*Internet information gatekeepers* o *IIG* en el original), y los define como "una entidad, que por el rol que tiene, el tipo de negocio que hace, o la tecnología con la que trabaja, o una combinación de estas, tiene la capacidad para afectar la democracia de un modo tradicionalmente reservado a las instituciones públicas"¹¹⁴. Luego, distingue tres niveles de guardianes, según su importancia en el marco de Internet: en primer lugar, existen macro-

¹¹¹ LAIDLAW, Emily B. Op. Cit., p. 265.

¹¹² *Ibid.*, p. 265.

¹¹³ *Ibid.*, p. 266.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 268.

guardianes, cuyos servicios inevitablemente deben ser usados para que los usuarios puedan utilizar el internet, como los ISP o los motores de búsqueda; en segundo lugar, los guardianes por autoridad, consistentes en portales con alto tráfico de visitas, como Wikipedia, y finalmente; micro-guardianes, que son fuentes menores de información o discusión, como puede ser un blog personal¹¹⁵. Mientras menor tamaño e importancia tenga un intermediario en internet, sus obligaciones de Derechos Humanos –como la libertad de expresión— serán de menor alcance.

En consecuencia, la regulación legal de los intermediarios como guardianes debería contemplar un balance adecuado entre los incentivos para la colaboración de los Intermediarios en la protección de los derechos de autor y el respeto al derecho de los usuarios a la libertad de expresión. Bajo la forma actual, se corre el riesgo de la sobreprotección de los derechos de los titulares de derechos de autor, la cual “presenta el potencial de supresión de expresión política, de interés público o cultural”¹¹⁶.

2.2 Teoría de los efectos inhibitorios sobre la libertad de expresión.

Desde la entrada en vigencia de la DMCA en 1998, ha ido ampliándose el uso de las normas de su título II, referentes a las limitaciones de responsabilidad de

¹¹⁵ LAIDLAW, Emily B. Op. Cit., pp. 271-274.

¹¹⁶ MELÉNDEZ JUARBE, Hiram A. Op. Cit., p. 115.

los intermediarios en internet¹¹⁷. Aun cuando el establecimiento de este tipo de normas supuso efectos positivos, principalmente a causa de la mayor certidumbre para los proveedores de servicios en internet, lo que ha permitido finalmente el gran desarrollo que ha tenido esta tecnología en los años posteriores a la entrada en vigencia de la DMCA¹¹⁸, en la medida que las provisiones de *safe harbor* proporcionan la oportunidad de ofrecer servicios que resultarían demasiado riesgosos en caso de no existir procedimientos claramente definidos para evitar responsabilidad¹¹⁹, mas en la práctica también ha tenido efectos perjudiciales para los usuarios de estos servicios, al afectar su libertad de expresión.

Ahora bien, ¿cómo es que una norma que persigue fines que en principio son legítimos, como es el caso de la protección de los derechos de autor puede afectar a la libertad de expresión? Resulta evidente que la disuasión de eventuales infracciones a los derechos de autor no parece ser un caso evidente de restricciones ilegítimas al derecho a la libertad de expresión.

¹¹⁷ Para un análisis empírico más detallado del uso de este tipo de normas, ver *infra*, sección 2.3.

¹¹⁸ BERTONI, Eduardo, y SADINSKY, Sophia. 2015. The use of the DMCA to stifle free expression. *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, Universidad de los Andes (Colombia) 13. [en línea] <https://derechoytics.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoytics/ytics199.pdf> [consultado el 15 de noviembre de 2015], p. 5.

¹¹⁹ SELTZER, Wendy. 2010. Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment. *Harvard Journal of Law and Technology* vol. 24(1). [en línea] <<http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v24/24HarvJLTech171.pdf>> [consultado el 15 de noviembre de 2015], p. 186.

Para resolver esta pregunta, es preciso entender que toda regulación de una actividad supone en los hechos una inhibición o disuasión de las personas respecto de la actividad regulada. En el marco de la doctrina constitucional estadounidense, se acuñó el concepto de “*chilling effects*”¹²⁰ (que se puede traducir como “efectos inhibitorios”), respecto de casos de la primera enmienda de la Constitución norteamericana, que garantiza la libertad de expresión. La doctrina de los efectos inhibitorios se ha aplicado en la actualidad para el análisis de las consecuencias negativas para la libertad de expresión de los usuarios en internet en la aplicación de la sección 512 de la DMCA, razón que justifica el analizar y definir este concepto.

Como señala Schauer, en su artículo de 1978 sobre el tema, la doctrina de los *chilling effects* surge como corolario lógico de dos proposiciones: Primero, que todo proceso legal supone una cuota de incertidumbre¹²¹, y que por supuesto, pueden ocurrir errores, y segundo, que algunos errores son comparativamente más perjudiciales que otros; en este caso, que limitar en exceso la libertad de

¹²⁰ SCHAUER, Frederick. 1978. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect. Boston University Law Review 58. [en línea] <<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2010&context=facpubs>> [consultado el 15 de noviembre de 2015], p. 685.

¹²¹ *Íbid.*, p. 687.

expresión es evidentemente más perjudicial que una sobre-extensión de la expresión¹²².

Las leyes en general buscan regular conductas determinadas a través de la amenaza de una sanción. Esta es una afirmación que en ningún caso es polémica. En el caso de la libertad de expresión, resulta obvio decir que las normas que prohíben expresamente determinados tipos de expresión tienen un efecto inhibitorio respecto de esos tipos de expresión. El problema surge cuando a través de las leyes, en forma directa o indirecta, se disuade a las personas de desarrollar conductas legítimas, o como señala Schauer, los casos en que ocurre una disuasión odiosa, por ejemplo, cuando cualquier conducta protegida por la constitución es restringida de manera indebida¹²³.

La doctrina de los *chilling effects*, hace referencia a los casos en que la regulación legal no prohíbe en forma expresa determinados tipos de expresión, sino que a aquellos en que la forma de regular, supone una limitación indirecta a la libertad de expresión. Así, Schauer define este concepto de la siguiente manera:

¹²² *Íbid.*, p. 688.

¹²³ *Íbid.*, p. 690.

“un efecto inhibitorio ocurre cuando los individuos que buscar desarrollar actividades protegidas por la primera enmienda, son disuadidos de hacerlo por culpa de regulaciones gubernamentales no dirigidas específicamente contra esa actividad protegida”¹²⁴.

El tipo de regulaciones que estudiamos en este trabajo no prohíben expresamente formas legítimas de expresión. En nuestro caso, buscamos comprobar si es que las normas analizadas suponen o no una restricción indirecta a determinados tipos de expresión (aquellas que incluyan o puedan incluir expresiones protegidas por derechos de autor de terceros), generando por tanto estos efectos inhibitorios contra discursos protegidos por el derecho a la libertad de expresión.

Así, regulaciones totalmente legítimas pueden causar daños a discursos protegidos por la libertad de expresión, resultando una preocupación válida determinar en qué medida pueden reducirse estas restricciones. Para esto, hay que entender qué factores son los que generan este miedo a la sanción, vale decir, el efecto inhibitorio. En el análisis de Schauer, en términos simples estos

¹²⁴ *Íbid.*, p. 693

se pueden entender como el producto de la probabilidad de una decisión errónea y el daño causado por esta¹²⁵.

Así, por ejemplo, en el caso de nuestra investigación, la decisión errónea es el retiro por parte del intermediario de un contenido que no infringe los derechos de autor (sea porque su subida fue autorizada por el titular de derechos, sea porque está afecto a una excepción o una limitación al derecho de autor) subido por un usuario; mientras que el daño causado por este veredicto erróneo es, en primer lugar, que el contenido dejará de estar disponible en internet (lo que puede suponer costos tanto para el usuario que subió el contenido, como para el público que no podrá acceder a este), además de eventuales costos de litigación, tanto para defenderse de una eventual demanda de responsabilidad civil extracontractual del titular de derechos, como para volver a poner el contenido en línea, así como la eventualidad de la terminación de la prestación de servicios de internet al usuario que es infractor reiterado.

Además de los efectos inhibitorios respecto de los usuarios, la ambigüedad de las normas de derechos de autor en relación con la responsabilidad de los intermediarios supone también un efecto inhibitorio para los intermediarios, en palabras de Meléndez Juarbe,

¹²⁵ *Íbid.*, p. 695.

“Esto es así pues si es difícil deslindar lo nocivo de lo constitucionalmente protegido, cualquier notificación de un supuesto perjudicado bastará para amedrentar al intermediario con la mera posibilidad de un litigio costoso, lo que genera el riesgo de sobreprotección”¹²⁶.

Es especialmente problemático, en materia de efectos inhibitorios hacia la libertad de expresión, el hecho de que en muchos casos los individuos no sólo se inhiben por la incertidumbre de una decisión errónea, sino que en muchos casos la falta de certeza viene dada por la complejidad y/o la ambigüedad de las normas legales aplicables al caso, lo que hace difícil saber si su conducta es legítima o no, y finalmente puede resultar en la disuasión de desarrollar actividades protegidas por la libertad de expresión¹²⁷.

Esto último es especialmente relevante en el caso de regulaciones complejas como es el caso de las normas sobre responsabilidad extracontractual, y las normas de derechos de autor, la cual resulta en la práctica en inhibiciones a la conducta de usuarios (así por ejemplo, un usuario que no sabe si el contenido que sube a internet está o no sujeto a una excepción o limitación al derecho de autor, puede dudar de subirlo a internet) y de los intermediarios, que

¹²⁶ MELÉNDEZ JUARBE, Hiram A. Op. Cit., p. 119.

¹²⁷ SCHAUER, Fredrick. Op. Cit., pp. 698-699.

defenderán sus intereses de entrar a un puerto seguro que excluya su responsabilidad antes que defender el mantenimiento en línea de un contenido subido por los usuarios.

En el caso de la doctrina de la primera enmienda norteamericana, se sostiene que existe un valor fundamental o trascendental de la libertad de expresión, y por tanto, en un análisis comparativo del daño, siempre resultará más grave una limitación a la libertad de expresión que el hecho de que no se cumpla en forma absoluta el objeto de la regulación¹²⁸. Así, en la jurisprudencia norteamericana en materia de libertad de expresión, se ha resuelto que en virtud del valor social de la expresión, no se puede poner una carga tan fuerte sobre el sujeto regulado de probar la legitimidad de su expresión, protegiendo de este modo discursos que formalmente no tienen mayor valor¹²⁹, en orden a asegurar que no se castiguen por error expresiones claramente legítimas¹³⁰.

Se puede encontrar un análisis de la regulación de la responsabilidad de los intermediarios en internet a la luz de la teoría de los *chilling effects* en la obra de Wendy Seltzer, En su artículo, Seltzer hace una evaluación detallada del

¹²⁸ *Íbid.*, pp. 703-704.

¹²⁹ Como por ejemplo, si un periódico publica información falsa que resulte difamatoria, se protegerá de todos modos al periódico en la medida que no se haya publicado la información conociendo de su falsedad al momento de realizar la decisión editorial, como fue resuelto en el caso *New York Times v. Sullivan*. Para más detalle, véase. *Íbid.*, pp. 705-714

¹³⁰ *Íbid.*, p. 707.

funcionamiento de la DMCA, identificando una serie de problemas en su estructura, tanto en el diseño del sistema de *notice and takedown*, como en el sistema de incentivos que crea, tanto para titulares de derechos como para los intermediarios en internet.

Se parte señalando que si bien hay muchos casos en que se retira contenido infractor bajo la DMCA, esto no excusa la abundancia de errores en el resto de los casos¹³¹. Esto se debe a que es un sistema esencialmente desbalanceado, en el que por ejemplo, se da vuelta la carga de la prueba respecto de la licitud de una expresión. Así, en los casos ordinarios, una expresión permanecerá accesible hasta que alguien gane una demanda o llegue a un acuerdo judicial, mientras que en los casos de la DMCA, se obliga al emisor de contenido a probar que su contenido es lícito, a través de una contra-notificación (o si quiere que el contenido permanezca en línea ininterrumpidamente, a través de una demanda¹³²).

Asimismo, en el caso de la ley norteamericana, que posee un sistema casuístico de excepciones al *copyright*, consistente en las normas de *fair use*, que hacen que la ley sea incierta respecto de que usos de obras protegidas serán legítimos *a priori*, lo que supone que los proveedores de servicios en

¹³¹ SELTZER, Wendy. 2010. Op. Cit., p. 176.

¹³² Ibid., p. 177.

internet deban enfrentar decisiones sobre *fair use* que ni las mismas cortes pueden resolver de manera sumaria. Como la doctrina no es clara, puede haber titulares de derechos que soliciten de buena fe la remoción de contenidos suyos que en la práctica constituyan *fair use*¹³³.

Además, dada la rapidez del sistema, y el desbalance de costos, que hace que sea mucho más fácil y barato realizar una solicitud de bajada de contenidos que defenderse ante estas, se crean incentivos para presentar solicitudes con escaso fundamento, o incluso abusivas¹³⁴, llegando a ser tal el desbalance de costos e incentivos, que los críticos han señalado que los proveedores de servicios de internet no se cuestionarán la retirada de contenidos incluso en casos donde una demanda por responsabilidad contributiva probablemente falle, o incluso donde las alegaciones de infracciones al *copyright* son dudosas, lo que eliminaría el debido proceso y podría inhibir la expresión en internet¹³⁵. Asimismo, como se vio previamente¹³⁶, salvo casos muy extremos, no es posible castigar a quienes hagan un uso abusivo del mecanismo de notificación y bajada de contenidos.

¹³³ *Íbid.*, p. 178,

¹³⁴ *Íbid.*, pp. 178-179.

¹³⁵ URBAN, Jennifer M. y QUILTER, Laura. 2005. Efficient Process or “Chilling Effects”? Takedown Notices under Section 512 of the Digital Millenium Copyright Act. Santa Clara High Technology Law Journal, Vol. 22(4). [en línea] <<http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1413&context=chtlj>> [consultado el 15 de noviembre de 2015], p. 637.

¹³⁶ Ver *supra*, nota 95.

Los efectos inhibitorios de la regulación de la responsabilidad de los intermediarios a través del establecimiento de mecanismos de notificación y bajada, siguiendo el listado hecho por Kreimer, son los siguientes:

“Primero, aunque el objetivo sea totalmente legítimo (...) siempre existe un peligro de error. (...) Segundo, si es costoso distinguir entre discursos protegidos de los que no lo están, el censor por *proxy*¹³⁷ tenderá a no esforzarse en distinguir errores y a adoptar una política consciente de auto-censura profiláctica que bloquee todo contenido que pueda traer el riesgo de sanciones. (...) Tercero, aun cuando el intermediario decida gastar más recursos en identificar sólo discursos no protegidos, su respuesta usualmente estará lejos de ser preciso: se ve como un intercambio deseable el de los daños colaterales a discursos protegidos a cambio de eludir la responsabilidad (...) Finalmente, la censura por *proxy* dirigida hacia los intermediarios es menos probable de ser desafiada judicialmente que la censura directa a los emisores o receptores, y por tanto, más susceptible de ser manipulada para eliminar discursos protegidos”¹³⁸.

¹³⁷ El término '*proxy*' en lenguaje común se define como alguien que actúa en representación de otro, así por ejemplo, Diccionario Merriam-Webster. 2015, voz Proxy [en línea] < <http://www.merriam-webster.com/dictionary/proxy> > [consultado el 16 de noviembre de 2015].

¹³⁸ KREIMER, Seth. 2006. Censorship by proxy: The first amendment, internet intermediaries, and the problem of the weakest link. University of Pennsylvania Law Review. Vol. 155(11). [en línea]

Otro elemento relevante para entender cómo es que los mecanismos de notificación y bajada de contenidos, en concreto los de la DMCA norteamericana han afectado indirectamente la libertad de expresión a través de la generación de los efectos inhibitorios sobre la misma ya descritos, es el hecho del enorme crecimiento en la utilización de este tipo de mecanismos, lo que ha llevado incluso a la automatización de este tipo de procedimientos, tanto por parte de titulares de *copyright* como por parte de los intermediarios encargados de procesar dichas solicitudes.

Este crecimiento se puede observar al analizar dos análisis empíricos del uso de los mecanismos de retirada de contenidos de la DMCA, el primero, por Jennifer Urban y Laura Quilter, de 2005¹³⁹ y otro de Daniel Seng, de 2014¹⁴⁰, ambos estudios hechos a partir a la base de datos del sitio web www.chillingeffects.org, recientemente renombrado como Lumen Database, que consiste en un proyecto de investigación de privados, originado en el Berkman Center for Internet & Society de la Universidad de Harvard, que busca recopilar

<[https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume155/issue1/Kreimer155U.Pa.L.R.ev.11\(2006\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume155/issue1/Kreimer155U.Pa.L.R.ev.11(2006).pdf)> [consultado el 15 de noviembre de 2015], pp. 29-31.

¹³⁹ URBAN, Jennifer M. y QUILTER, Laura. Op. Cit.

¹⁴⁰ SENG, Daniel. 2014. The State of the Discordant Union: An Empirical Analysis of DMCA Takedown Notices. Virginia Journal of Law and Technology. Vol. 18 (3):369-473. [en línea] <http://www.vjolt.net/vol18/issue3/v18i3_2-Seng.pdf> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

y analizar notificaciones de solicitudes de retirada de contenidos online¹⁴¹, y que incluye las colaboraciones voluntarias de grandes compañías de internet, como Google y Twitter, que envían las notificaciones de bajada de contenidos que reciben.

El primer estudio, analiza un conjunto de 876 notificaciones enviadas a dicha base de datos, siendo la gran mayoría (un 84%) enviadas a Google¹⁴² entre marzo del 2002 y agosto de 2005¹⁴³. De este conjunto, las autoras encontraron que al menos un tercio de las notificaciones contenían al menos uno de los dos tipos de problemas mayores: i) dudas substantivas sobre la validez del reclamo por *copyright*¹⁴⁴ y, ii) problemas técnicos que harían que la solicitud no cumpliera con los requisitos de la DMCA¹⁴⁵.

¹⁴¹ LUMEN DATABASE. 2015. About Us. [en línea] <<https://lumendatabase.org/pages/about>> [consulta: 9 de noviembre 2015]

¹⁴² Lo cual supone que la mayoría de las notificaciones corresponden a solicitudes del 512(c) (proveedores de servicios de alojamiento) y 512(d) (proveedores de herramientas de localización de información), correspondiendo esto a los principales servicios provistos por Google. De todos modos, estas solicitudes son las más utilizadas de todas maneras, en tanto el *safe harbor* del 512(a) técnicamente no contiene mecanismos de notificación y bajada (SENG, Daniel. Op. Cit., pp. 420-412) y el del 512(b), que incluye medidas de notificación y bajada, ha sido utilizado muy poco en la práctica, dada su escasa utilidad (ver SELTZER, Wendy. 2010. Op. Cit., p. 202, y SENG, Daniel. Op. Cit., p. 421).

¹⁴³ URBAN, Jennifer M. y QUILTER, Laura. Op. Cit., pp. 641-642

¹⁴⁴ *Ibid.*, pp. 667-672

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 674.

Asimismo, listan otros problemas, como por ejemplo, el envío de notificaciones cuando claramente se cumplen los requisitos del *safe harbor* del 512(a)¹⁴⁶, solicitudes en que se reclama el retiro de contenidos por *copyright*, siendo que se trataría de problemas con la publicación de información sobre la elusión de mecanismos tecnológicos de protección de derechos de autor¹⁴⁷, así como solicitudes donde podrían asomar problemas de derecho internacional privado, ni tampoco las solicitudes consideradas por las autoras como cubiertas por *fair use* u otros tipos de defensas¹⁴⁸. Otro elemento relevante en el análisis, es que del total de la base de datos de chillingeffects.org analizados a la fecha del estudio, sólo se encontraron siete casos de contra-notificaciones. De este modo, el estudio concluye que hay al menos una confusión sobre la cobertura y los límites de la sección 512 de la DMCA; como por ejemplo, a través de usos en que se busca bloquear sitios *web* enteros en vez de sólo la ubicación del material infractor, o se utiliza como medio de atacar a un competidor, excluyéndolo de los resultados de búsqueda en internet, entre otros¹⁴⁹.

Por su parte, el segundo estudio, realizado por Daniel Seng en 2014, analizando la misma base de datos de www.chillingeffects.org, delimita un subconjunto de 501.286 notificaciones, las cuales contienen un total de

¹⁴⁶ Actividades de transmisión en que el intermediario actúa como mero conducto.

¹⁴⁷ Materias cubiertas por la sección 1201 de la *Copyright Act*.

¹⁴⁸ URBAN, Jennifer M. y QUILTER, Laura. Op. Cit., pp. 666-667.

¹⁴⁹ *Ibid.*, pp. 683-684.

56.991.045 solicitudes de retirada de contenidos, consistentes en las notificaciones hechas a Google entre los años 2008 y 2012¹⁵⁰. Del análisis de este subconjunto de la base de datos, se obtienen una serie de revelaciones: en primer lugar, que ha aumentado enormemente la cantidad de notificaciones de retirada a lo largo de los años, pasando de 6 notificaciones, solicitando un total de 14 retiros de contenido en 2008, a 435.063 notificaciones, solicitando un total de 54.263.600 retiros de contenido en 2012¹⁵¹.

En ambos estudios se nota que los principales usuarios del sistema de notificación y bajada de contenidos corresponden a empresas o a entes corporativos, como por ejemplo, entidades de gestión colectiva; así, en el estudio de 2006, sumaron porcentajes superiores al 70%¹⁵² de las notificaciones enviadas, mientras que los individuos suman porcentajes en torno al 20%¹⁵³. Por su parte, en el estudio de 2015, se comprobó que los principales usuarios del sistema en el período analizado fueron tres entidades de gestión colectiva de derechos de la industria musical, las que suman un 58,6% del total

¹⁵⁰ *Íbid.*, p. 406.

¹⁵¹ *Íbid.*, p. 454.

¹⁵² URBAN, Jennifer M. y QUILTER, Laura. *Op. Cit.*, pp. 649-650. Así por ejemplo, enviaron el 72% de las notificaciones por la sección 512(c) y el 79% de las notificaciones por la sección 512(d).

¹⁵³ *Íbid.*, p. 652.

de notificaciones enviadas¹⁵⁴, mientras que el porcentaje de notificaciones enviadas por individuos disminuye a un 5,3% del total de las mismas¹⁵⁵.

El aumento explosivo en el número de notificaciones enviadas, en particular a servicios de búsqueda, como es el caso de Google (que es sujeto principal de los dos análisis empíricos recién comentados), ha llevado a estos al establecimiento de medidas para poder cumplir con las notificaciones. Así por ejemplo, Google estableció el programa llamado “*Trusted Copyright Removal Program*” (en adelante, TCRP), bajo el cual permite a usuarios frecuentes del sistema de notificación y bajada, enviar cuotas diarias de notificaciones, las que tendrían prioridad en su tratamiento por parte de Google. Vale decir, se procesan separadamente las notificaciones de los participantes del TCRP, debido a que son considerados como solicitantes confiables y de alta precisión¹⁵⁶, no obstante que la tasa de notificaciones de bajada de contenidos exitosas es ligeramente inferior para los participantes del TCRP (96,2% en promedio) versus el promedio general (97,5%)¹⁵⁷. No obstante no señalar con exactitud qué métodos utiliza Google para procesar semejante número de notificaciones de bajada de contenidos, logrando tiempos de respuesta de 6

¹⁵⁴ SENG, Daniel. Op. Cit., p. 393.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 434.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 414.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 417.

horas ante una solicitud vía *web*¹⁵⁸, se señala que incluiría soluciones de ingeniería¹⁵⁹, lo que sugiere, aunque no explícitamente, una automatización del proceso tanto en su etapa de envío como de decisión¹⁶⁰.

De los estudios empíricos se puede concluir que la aplicación de la DMCA ha evolucionado desde un sistema manual, a un sistema que principalmente se apoya en procesamiento computacional para revisar mega-notificaciones con miles de solicitudes de bajada de contenidos, lo que genera riesgos de notificaciones ambiguas o abusivas, de falta de transparencia respecto al uso de estos mecanismos¹⁶¹, y de la incapacidad de los usuarios de responder y corregir las bajadas abusivas o erróneas¹⁶², haciéndose evidentes los efectos

¹⁵⁸ GOOGLE TRANSPARENCY REPORT. 2015. Requests to remove content due to copyright. FAQ. [en línea] <https://www.google.com/transparencyreport/removals/copyright/faq/> <consultado el 10 de noviembre de 2015>

¹⁵⁹ GOOGLE. 2014. How Google Fights Piracy [en línea] <<https://drive.google.com/file/d/0BwxyRPFduTN2NmdYdGdJQnFTeTA/view>> [consultado el 10 de noviembre de 2015], p. 17

¹⁶⁰ SENG, Daniel. Op. Cit., p. 414.

¹⁶¹ Esto es evidente respecto de los motores de búsqueda, como señala Seltzer “Mientras más indirectas son las solicitudes de retiro, estas tienden a ser menos transparentes (...) si se le requiere retirar contenido al autor de un sitio web, este puede elegir cumplir modificando la página, enfrentarse a la solicitud, o aceptar las consecuencias de que su sitio pueda bloquearse en ciertas jurisdicciones. Los visitantes que vean páginas desaparecer al menos podrán ver las explicaciones del autor. Por el contrario, cuando se bloquean páginas a nivel de los motores de búsqueda, queda a arbitrio de los proveedores del servicio avisar a sus usuarios finales. Si no lo hacen, la página desaparecerá imperceptiblemente. En la mayoría de los casos, las páginas simplemente desaparecen de los listados, dejando a quienes buscan sin el conocimiento de que una página que nunca vieron ya no está”. SELTZER, Wendy. 2008. The Politics of Internet Control and Delegated Censorship. American Society of International Law. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1496056> [consultado el 17 de marzo de 2016], p. 4.

¹⁶² SENG, Daniel. Op. Cit., p. 441.

inhibitorios a la libertad de expresión en el entorno digital creados por el sistema de incentivos de la DMCA.

2.3 Uso de los sistemas de exclusión de responsabilidad como mecanismos de censura. Ejemplos prácticos.

Reconociendo la importancia de los intermediarios para la libertad de expresión, y la consiguiente necesidad de regulación de estos, en el sentido señalado por Tushnet, quien dice que “el sistema de la libertad de expresión no es algo atomizado, sino que está profundamente estructurado a través de conductos tales como las emisoras de televisión y los proveedores de servicios de internet”¹⁶³. Así, los espacios en que se comunica la gente cada vez están siendo cada vez más mediados por la conducta de los intermediarios de internet, siendo los servicios que estos proveen espacios para la libertad de expresión, pero que no son de su propiedad, sino que son proveídos por los intermediarios, los que actúan en base a políticas que priorizan otras cosas por sobre la posibilidad de expresarse de sus usuarios¹⁶⁴.

¹⁶³ TUSHNET, Rebecca. 2008. Power without Responsibility: Intermediaries and the First Amendment. The George Washington Law Review. Vol. 76(4). [en línea] <http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1078&context=fwps_papers> [consultado el 15 de noviembre de 2015], p. 102.

¹⁶⁴ *Ibid.*, pp. 108-109.

Como vimos en la sección anterior, el mecanismo de notificación y bajada de la DMCA norteamericana ha tendido a transformarse en un sistema de uso masivo y revisión eventualmente automatizada de las notificaciones de retirada de contenidos. Más allá de cómo ha operado en la práctica el sistema, puede decirse que incluso desde su diseño este puede actuar como un mecanismo de censura indirecta¹⁶⁵.

Como señala Seltzer, el mecanismo de la DMCA invierte la carga de la prueba en materia de libertad de expresión, haciendo que sea el usuario quien deba probar la legitimidad de su discurso a través de una contra-notificación (las que, como vimos en la sección anterior, son escasamente utilizadas) o una demanda, costo agregado que actuaría como censura¹⁶⁶. En el mismo sentido, Tushnet plantea que como los requisitos para realizar una notificación de retiro de contenidos por la DMCA son mínimos, y los proveedores de servicios en internet no tienen incentivos para investigar, el procedimiento de notificación y bajada puede utilizarse para suprimir discursos críticos además de las infracciones al *copyright*¹⁶⁷. Como plantea Seltzer, “quienes reclaman derechos de autor de manera demasiado agresiva obtienen los resultados deseados en la medida que el costo de investigar excede los beneficios para el intermediario, y

¹⁶⁵ Así por ejemplo, Wendy Seltzer utiliza el término ‘restricción previa por *proxy*’ (SELTZER, Wendy. 2010. Op. Cit., p. 177), o delegación de la censura (SELTZER, Wendy. 2008. Op. Cit., p. 6) mientras que Seth Kreimer utiliza el término ‘censura por *proxy*’. (KREIMER, Seth. Op. Cit.).

¹⁶⁶ SELTZER, Wendy. 2010. Op. Cit., p. 177.

¹⁶⁷ TUSHNET, Rebecca. Op. Cit. P. 118

quien postea el contenido se inhibe de contra-notificar por falta de entendimiento de sus opciones legales o por incertidumbre respecto de las consecuencias”¹⁶⁸.

Es así como se ha señalado que el diseño de la DMCA, tendría fallas similares a las propias de los modelos de censura previa de contenidos, a saber, su sobre alcance, en la medida que las notificaciones erróneas suelen terminar en retiro de contenido; que el retiro de contenidos puede ser utilizado para afectar debates contingentes; que el retiro de contenidos suele realizarse de manera casi automática; que quien postea el contenido generalmente no tiene noticia de esto hasta después del retiro del contenido; que la naturaleza privada de la regulación desvía las críticas; que el sistema invita a su uso; que el riesgo de realizar una contra-notificación aparenta ser mayor al de postear contenido, y finalmente; que el sistema de retirada de contenidos es efectivo en prácticamente todos los casos¹⁶⁹.

Dado el sistema de incentivos de la DMCA, se han dado muchos casos en que este sistema es utilizado para fines distintos a la protección del *Copyright*¹⁷⁰, resultando en que los titulares de derechos han inducido a los intermediarios a

¹⁶⁸ SELTZER, Wendy. 2008. Op. Cit., pp. 5-6.

¹⁶⁹ SELTZER, Wendy. 2010. Op. Cit., p. 191

¹⁷⁰ Ver *supra*, nota 149.

bloquear el acceso a contenidos no infractores de derechos de autor, así como a la expansión de los derechos que invocan, a otros más allá de los regulados por la ley; como por ejemplo, a que los intermediarios revelen la identidad de los usuarios que eventualmente infringieron derechos de propiedad intelectual, a obligar a los intermediarios al monitoreo de sus redes, entre otros¹⁷¹, llegando a “secuestrar” los poderes de los intermediarios para retirar contenidos, toda vez que los privados tienen intereses que no necesariamente se corresponden con el interés público¹⁷² (como son la protección de los derechos de autor, o la libertad de expresión).

Sin la intención de realizar un listado exhaustivo, lo que resultaría imposible dado el explosivo aumento en la utilización de los mecanismos de notificación y bajada de contenidos, presentaremos ejemplos relevantes de cómo estos se han utilizado como mecanismo de censura de discursos críticos, como medio para bloquear competidores en el mercado, como modo de limitar usos lícitos de obras protegidas, entre otros usos contrarios al objetivo de estas regulaciones.

Así, podemos citar casos como *Online Policy Group v. Diebold Inc.*, en que Diebold, un fabricante de máquinas de voto electrónico, solicitó el retiro de información que se había filtrado de correos electrónicos suyos, respecto de

¹⁷¹ KREIMER, Seth. Op. Cit., pp. 23-24

¹⁷² *Ibid.*, p. 32.

fallas en sus máquinas de votación, que había sido enlazada desde una página alojada en los servidores de Online Policy Group, un servicio de *hosting* sin fines de lucro. En este caso, la Corte de Distrito del Distrito Norte de California falló que había *fair use* en la publicación de los correos, y que hubo una aplicación abusiva del mecanismo de notificación y bajada, cumpliéndose los presupuestos de la sección 512(f), y condenando al demandado al pago de US\$125.000 en daños¹⁷³.

Otro caso relevante es *Lenz v. Universal Music Corp.*, en que la Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito resolvió sobre un caso en que Stephanie Lenz, quien había subido a Youtube un vídeo de su hijo bailando mientras se escucha como sonido de fondo la canción *Let's Go Crazy* de Prince, siendo retirado por una notificación de Universal. Lenz envió una contra-notificación, alegando *fair use*, ante lo cual el vídeo fue repuesto en línea, demandando luego por el 512(f) de la DMCA a Universal. La corte de distrito falló que efectivamente había *fair use* por parte de Lenz, y que se deben tener consideraciones de *fair use* por parte del titular de derechos que pide retirar un contenido, debiendo probarse la mala fe del solicitante. Notablemente, la Corte afirma que quien solicita el retiro del contenido debe tener

¹⁷³ Corte de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Norte de California. "Online Policy Group v. Diebold, Inc.", 30 de septiembre de 2004 (Orden concediendo en parte y denegando en parte mociones cruzadas de juicio sumario)
[en línea] <https://www.eff.org/files/filenode/OPG_v_Diebold/opg_v._diebold_ruling.pdf>
[consultado el 11 de noviembre de 2015]

consideración del eventual *fair use* del contenido al momento de enviar la notificación, y por otro lado, que la implementación de algoritmos computacionales para procesar las solicitudes de retiro por parte del intermediario cumpliría los requisitos de la DMCA de actuar de buena fe al retirar contenidos¹⁷⁴.

Otro caso judicial reciente en que se utilizaron los mecanismos de la DMCA como medio de censura es el de *Automattic Inc. et al. v Steiner*, en que Nick Steiner, representante de una organización homofóbica denominada Straight Pride UK, solicitó el retiro de una entrada que contenía una entrevista suya hecha por Oliver Hotham, activista LGBT y publicada en su *blog*, alojado en el servicio Wordpress. Aunque Automattic, compañía propietaria del servicio Wordpress bajó en un primer momento la entrada del *blog*, a efectos de cumplir con la DMCA, colaboró con Hotham a efectos de demandar daños en virtud de la sección 512(f), siendo concedidos aproximadamente US\$25.000 en daños por la Corte del Distrito Norte de California¹⁷⁵.

¹⁷⁴ Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, Estados Unidos. “Lenz v. Universal Music Corp”. 14 de septiembre de 2015 (opinión confirmando el fallo de la Corte de Distrito) [en línea] <<http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2015/09/14/13-16106.pdf>> [consultado el 11 de noviembre de 2015]

¹⁷⁵ Corte de Distrito para el Distrito Norte de California, Estados Unidos. “Automattic Inc. et al. v. Steiner”, 2 de marzo de 2015 (orden adoptando el reporte y las recomendaciones del magistrado, y concediendo fallo en rebeldía) [en línea] <<https://cases.justia.com/federal/district-courts/california/candce/4:2013cv05413/272130/37/0.pdf?ts=1425375244>> [consultado el 11 de noviembre de 2015]

Además de estos casos judiciales, podemos citar múltiples instancias en que la DMCA ha funcionado como herramienta de censura, aun existiendo *fair use* por parte del usuario que sube el contenido, o incluso en casos en que no hay infracción alguna a los derechos de autor, así por ejemplo, se ha utilizado como herramienta de censura política¹⁷⁶, por ejemplo, durante la campaña presidencial norteamericana de 2008, en que se retiraron de YouTube vídeos de campaña tanto de la candidatura republicana de McCain-Palin, como de la demócrata de Obama-Biden¹⁷⁷, o el caso del gobierno de Rafael Correa en Ecuador, quien contrató a una empresa española, Ares Rights, a efectos de que esta enviara notificaciones de retirada de contenidos por la DMCA, a efectos de retirar de internet documentales, tuits, noticias y otros medios considerados como críticos de su gobierno¹⁷⁸, o por citar un caso local, cuando la Unión Demócrata Independiente (UDI) solicitó la retirada de un vídeo en Youtube en el que se parodiaba una campaña anti-aborto hecha por el partido¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Para una recopilación más sistemática de casos en que el mecanismo de notificación y bajada de la DMCA se ha utilizado como herramienta de censura política en los Estados Unidos y Latinoamérica, ver BERTONI, Eduardo, y SADINKSY, Sophia. Op. Cit., pp. 6-9.

¹⁷⁷ SELTZER, Wendy. 2010. Op. Cit., pp. 171-174.

¹⁷⁸ SUTTON, Maira. 2014. State Censorship by Copyright? Spanish Firm Abuses DMCA to Silence Critics of Ecuador's Government. EFF Deeplinks Blog, Estados Unidos, 15 de mayo [en línea] <<https://www.eff.org/deeplinks/2014/05/state-censorship-copyright-spanish-firm-abuses-dmca>> [consultado el 11 de noviembre de 2015]

¹⁷⁹ LEAL, Christian. 2015. Polémica luego de que la UDI eliminara de YouTube video que parodiaba su campaña contra el aborto. Biobiochile.cl, Concepción, Chile, 22 de agosto [en línea] <<http://www.biobiochile.cl/2015/08/22/polemica-luego-de-que-la-udi-eliminara-de-youtube-video-que-parodiaba-su-campana-contra-el-aborto.shtml>> [consultado el 11 de noviembre de 2015]

Otra categoría de usos incorrectos de los mecanismos de notificación y bajada corresponde a su uso como método anti-competitivo¹⁸⁰, como por ejemplo, para ocultar malas críticas a un producto, como el caso de Rotolight, fabricante de luces para la fotografía, quien luego de obtener una mala crítica a través de un vídeo en la plataforma Vimeo, solicitó la retirada de este¹⁸¹. Asimismo, también se han utilizado las notificaciones de retiro de contenido como instrumento de “optimización en motores de búsqueda”¹⁸², haciendo desaparecer competidores de los primeros lugares de los resultados de un buscador¹⁸³.

Otra forma en que se ha utilizado este mecanismo, es como medio de evitar la diseminación de información no deseada; así por ejemplo, se puede citar el caso del estudio NBC Universal, que intentó utilizarlo para eliminar resultados de búsqueda de noticias sobre la filtración de una película en los sitios de descarga¹⁸⁴. De la misma forma, se ha utilizado para retirar de internet

¹⁸⁰ URBAN, Jennifer M. y QUILTER, Laura. Op. Cit., p. 684.

¹⁸¹ WHITE, Ken. 2013. Rotolight Tries To Unring The Censorious Bell. Popehat, Estados Unidos, 1 de Agosto [en línea] <<https://popehat.com/2013/08/01/rotolight-tries-to-unring-the-censorious-bell/>> [consultado el 11 de noviembre de 2015].

¹⁸² Del inglés *Search Engine Optimization* o SEO, proceso consistente en afectar la visibilidad de una página *web* de modo que esta alcance los primeros lugares en los resultados de búsqueda, sin tener que pagarle al buscador para aparecer como resultado patrocinado.

¹⁸³ URBAN, Jennifer M. y QUILTER, Laura. Op. Cit., p. 684.

¹⁸⁴ VAN DER SAR, Ernesto. 2015. NBC Universal Tries to Censor TorrentFreak’s News About Leaked Films. TorrentFreak, 19 de agosto [en línea] <<https://torrentfreak.com/nbc-universal-tries-censor-news-leaked-films-150301/>> [consultado el 11 de noviembre de 2015].

contenido de sitios de *revenge porn*¹⁸⁵, al alegar derechos de autor sobre el contenido, resultando un mecanismo eficaz para su pronta retirada¹⁸⁶.

Si bien puede considerarse que en ambos ejemplos se retira información o contenidos con fines legítimos, de todos modos resulta un uso que amplía más allá de lo deseable el alcance del mecanismo, y nada obsta a que se lo utilice con fines ilegítimos; como por ejemplo, la eliminación indiscriminada de toda información, como por ejemplo, una persona que utilizó la DMCA para bajar todas las fotografías suyas de internet, incluyendo unas aparentemente posteadas por el mismo¹⁸⁷, o el caso del artista Prince, quien en un afán de eliminar toda utilización de su música no autorizados por el¹⁸⁸, ha llevado a casos de bajar contenidos en que la existencia de *fair use* es obvia, como el ya citado caso *Lenz v. Universal Music Corp.*

¹⁸⁵ Fotografías o vídeos sexualmente explícitos, usualmente realizados en contextos de relaciones íntimas, que luego son diseminados contra la voluntad de la persona que aparece en ellos, como forma de abuso, venganza, chantaje, etc.

¹⁸⁶ LICHTER, Susanna. 2013. Unwanted Exposure: Civil and Criminal Liability for Revenge Porn Hosts and Posters. Harvard Journal of Law and Technology Digest, [en línea] <<http://jolt.law.harvard.edu/digest/privacy/unwanted-exposure-civil-and-criminal-liability-for-revenge-porn-hosts-and-posters>> [consultado el 11 de noviembre de 2015].

¹⁸⁷ CUSHING, Tim. 2015. Guy Sues Google And Bing For Returning Photos Of Him In Search Results. TechDirt [en línea] <<https://www.techdirt.com/articles/20151010/10534332496/guy-sues-google-bing-returning-photos-him-search-results.shtml>> [consultado el 11 de noviembre de 2015]

¹⁸⁸ HIGGINS, Parker. 2013. Prince Inducted Into Takedown Hall of Shame With New Lifetime Aggrievement Award. EFF Deeplinks Blog, 7 de mayo [en línea] <<https://www.eff.org/deeplinks/2013/05/prince-inducted-takedown-hall-shame-new-lifetime-aggrievement-award>> [consultado el 11 de noviembre de 2015]

Una categoría final a mencionar en este listado no exhaustivo, corresponde a los casos en que la automatización del proceso de notificación y bajada de contenidos resulta en la solicitud de retirada de contenidos que nada tienen que ver con el material infractor a retirar; así por ejemplo, los casos citados por Seltzer, en que la RIAA solicitó la retirada de una página del Departamento de Astronomía de la Penn State University, por pensar que las referencias al profesor Peter Usher eran al cantante Usher, o la hecha por Universal Studios contra el Internet Archives, por unas películas de dominio público que alojaba, que tenían títulos similares a su película *U-571*, o la hecha por Warner Bros, al solicitar retirar un trabajo escolar sobre la saga *Harry Potter* de una carpeta compartida en internet, pensando que eran copias de la película¹⁸⁹. Otro mal uso asociado a la automatización, es el uso de los formularios de notificación y bajada de Google, los que son enviados por la compañía a la base de datos Lumen y son publicados en su reporte de transparencia, para efectos de postear *spam* en línea¹⁹⁰.

Como se puede concluir de este listado no exhaustivo de ejemplos, las potencialidades de abuso y censura de los sistemas de notificación y bajada de

¹⁸⁹ SELTZER, Wendy. 2010. Op. Cit., pp. 210-211.

¹⁹⁰ VAN DER SAR. Ernesto. 2015. Spammers Flood Google with Fake Takedown Notices. TorrentFreak, 19 de septiembre [en línea] <<https://torrentfreak.com/spammers-flood-google-with-fake-takedown-notice-150919/>> [consultado el 11 de noviembre de 2015]

contenidos por infracciones al derecho de autor parecieran ser casi ilimitadas, llegando a extremos colindantes con el absurdo.

CAPÍTULO III: CONSTRUCCIÓN DE UN BALANCE ENTRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS INTERMEDIARIOS

3.1 Normas relevantes en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Una vez hecho el análisis doctrinario de cómo los sistemas de notificación y bajada de contenidos pueden afectar la libertad de expresión, procederemos a revisar que se ha dicho por el Derecho Internacional respecto a la materia, con el objeto de poder construir un balance entre los derechos involucrados. Para esto, se analizarán en primer lugar las normas de Derechos Humanos relevantes y aplicables a este caso.

Como es sabido, las normas del Derecho internacional de los derechos humanos son perfectamente aplicables en el marco de Internet. Así por ejemplo lo señaló el Relator Especial de la ONU para la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión (en adelante, el Relator Especial),

Frank La Rue, en su reporte A/66/290 de 2011, al decir que "el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto (de derechos civiles y políticos) se redactó con espíritu previsor para dar cabida a futuros adelantos técnicos gracias a los cuales las personas pudieran ejercer su derecho a la libertad de expresión. A ello se debe que el marco del derecho internacional de los derechos humanos siga siendo hoy pertinente y aplicable igualmente a las nuevas tecnologías de la comunicación como Internet"¹⁹¹.

A mayor abundamiento, sostiene que es especialmente importante la protección de derechos humanos en Internet, en la medida que éste es un medio catalizador del ejercicio del derechos; en particular, de la libertad de expresión y de opinión, derecho que a su vez actúa como factor coadyuvante del ejercicio de otros derechos¹⁹². Esto, toda vez que Internet posee características especiales, como su velocidad, su alcance mundial, la posibilidad de anonimato, entre otros. No obstante, estas posibilidades transformadoras que crea también suponen la reacción por parte de actores que poseen poder, tanto estatal como privado, que "han aumentado las restricciones impuestas a Internet mediante el

¹⁹¹ LA RUE, Frank. 2011a. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/66/290. Organización de las Naciones Unidas, [en línea] <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/449/78/PDF/N1144978.pdf?OpenElement>> [consultado el 15 de noviembre de 2015], p. 7.

¹⁹² *Ibid.*, pp. 7-8.

uso de tecnologías cada vez más avanzadas para bloquear contenidos, vigilar y detectar a activistas y críticos, tipificar como delito la expresión”¹⁹³.

Respecto a la regulación de la libertad de expresión en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, las normas aplicables son:

A) El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁹⁴.

Este documento de 1948, ofrece una redacción bastante básica de una serie de derechos, entre los que consagra el derecho a la libertad de opinión y expresión.

B) El artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP)¹⁹⁵.

¹⁹³ *Íbid.*, p. 8.

¹⁹⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 1948. Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea General.

"Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión".

¹⁹⁵ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General.

"Artículo 19.

1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.

2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

Esta norma posterior, si bien conserva en su párrafo segundo una redacción similar a la norma de la Declaración Universal, amplía lo dicho por esta, regulando asimismo las restricciones a este derecho, a través de la exigencia de ley y de finalidades legítimas para el establecimiento de estas.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, órgano encargado de la implementación del tratado por los Estados parte, ha interpretado que es carga de los estados parte de este tratado probar la legalidad¹⁹⁶ y la legitimidad¹⁹⁷ de las medidas, mientras que se reserva la posibilidad de evaluar la necesidad de establecer restricciones en una situación determinada¹⁹⁸.

C) El artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)¹⁹⁹.

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

¹⁹⁶ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. 2011. Observación general N° 34. CCPR/C/GC/34. Organización de las Naciones Unidas. Considerando 27, p. 8.

¹⁹⁷ “Cuando un Estado parte haga valer una razón legítima para restringir la libertad de expresión, deberá demostrar en forma concreta e individualizada la naturaleza precisa de la amenaza y la necesidad y la proporcionalidad de la medida concreta que se haya adoptado, en particular estableciendo una conexión directa e inmediata entre la expresión y la amenaza”.
Íbid., Considerando 35, p. 9.

¹⁹⁸ Íbid., Considerando 36, pp. 9-10.

¹⁹⁹ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

"Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Esta norma posee una redacción basada en parte en la norma del artículo 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos²⁰⁰, agregando una referencia a las restricciones indirectas a la libertad de expresión.

El artículo 13 de la Convención fue interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una opinión consultiva respecto a la Colegiación Obligatoria de Periodistas, solicitada por el gobierno de Costa Rica en 1985. En esta se señala que el artículo 13.2, prohíbe la censura previa expresamente²⁰¹, y que las restricciones posteriores deberán fundarse en su necesidad y legalidad, justificándose “según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13”²⁰².

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

- a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
- b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones."

²⁰⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. 1985. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Opinión consultiva OC-5/85, considerando 45, p. 15.

²⁰¹ *Íbid.*, considerando 45, p. 15.

²⁰² *Íbid.*, considerando 46, p. 15.

Además, el artículo 13.2 debe interpretarse de acuerdo con las disposiciones del artículo 13.3, que prohíbe las restricciones indirectas a la libertad de expresión²⁰³, el cual según la Corte «no sólo trata de las restricciones gubernamentales indirectas, sino que también prohíbe expresamente "controles... particulares " que produzcan el mismo resultado»²⁰⁴. Respecto a las restricciones indirectas, se ha resuelto posteriormente por la Corte que estas “pueden provenir de determinados actos de particulares y los Estados deben asumir un rol de garantía frente a estos abusos”²⁰⁵.

El análisis hecho en la opinión consultiva concluye que las garantías a la libertad de expresión incluidas en el artículo 13 de la Convención “fueron diseñadas para ser las más generosas y para reducir al mínimo las restricciones a la libre circulación de las ideas”²⁰⁶, de modo que “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”²⁰⁷, conforme al artículo 29 b) de la Convención²⁰⁸.

²⁰³ *Íbid.*, considerando 47, pp. 15-16.

²⁰⁴ *Íbid.*, considerando 48, p. 16.

²⁰⁵ BOTERO, Catalina. Op. Cit., p. 13.

²⁰⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Op. Cit., considerando 50, p. 16.

²⁰⁷ *Íbid.*, Considerando 52, p. 17.

²⁰⁸ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

“Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

3.2 Reportes del relator especial para la libertad de expresión de la ONU

El tema de la libertad de expresión en internet fue tratado en el año 2011 por el Relator Especial, en sus reportes A/HRC/17/27 del 16 de mayo y A/66/290 del 10 de agosto del mismo.

El primero de estos reportes surge en respuesta al mandato de la resolución 7/36 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, que le pidió que "continúe dando su opinión, cuando proceda, sobre las ventajas y los desafíos de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones, incluyendo Internet y las tecnologías móviles, para el ejercicio del derecho a la libertad de opinión y de expresión, comprendidos el derecho a buscar, recibir y difundir información y la utilidad de una gran diversidad de fuentes, así como sobre el acceso a la sociedad de la información para todos"²⁰⁹. Por su parte, el segundo reporte amplía lo planteado en el primero, en virtud del mismo mandato.

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados".

²⁰⁹ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. 2008. Resolución 7/36 Mandato del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión. Organización de las Naciones Unidas. Párrafo. 4 f), p. 5.

En primer lugar, se plantea que hay que distinguir entre tipos de expresiones, separando a las consideradas legítimas (vale decir, las protegidas por medio del derecho a la libertad de expresión y opinión), de aquellas consideradas como ilegítimas por el derecho internacional de los derechos humanos, que corresponden a casos muy acotados, a saber: "la pornografía infantil (para proteger los derechos del niño), la incitación verbal al odio (para proteger los derechos de las comunidades afectadas), la difamación (para proteger los derechos y la reputación de los demás contra ataques injustificados), la incitación directa y pública a cometer actos de genocidio (para proteger los derechos de los demás) y el fomento del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, hostilidad o violencia (para proteger los derechos de los demás, como el derecho a la vida)"²¹⁰. En consecuencia, en principio toda forma de expresión es legítima y protegida por el derecho internacional de los derechos humanos, toda vez que las restricciones al libre flujo de la información deben ser excepcionales y ajustadas a la normativa internacional de derechos humanos²¹¹.

En ambos reportes, La Rue plantea que en forma excepcional, pueden establecerse restricciones al derecho a la libertad de expresión, restringiendo de este modo expresiones de otro modo consideradas legítimas, en

²¹⁰ LA RUE, Frank. 2011a. Op. Cit., pp. 8-9

²¹¹ *Íbid.*, p. 23.

conformidad a lo dispuesto por el párrafo 3 del artículo 19 del PIDCP²¹². Conforme a esta norma, para ser legítimas, las restricciones deben cumplir con un *test* consistente en tres requisitos copulativos²¹³, detallados en el reporte A/HRC/17/27, a saber:

"a) Debe estar prevista por ley de manera clara y accesible para todos (principios de previsibilidad y transparencia);

b) Debe obedecer a uno de los fines establecidos en el párrafo 3 del artículo 19 del Pacto, que son:

i) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o ii) proteger la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas (principio de legitimidad); y iii) Debe revelarse necesaria y ser el medio menos restrictivo requerido para lograr el objetivo previsto (principios de necesidad y proporcionalidad)"²¹⁴.

²¹² En el mismo sentido, el párrafo segundo del artículo 13 de la CADH, que señala que: "El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas".

²¹³ LA RUE, Frank. 2011b. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/HRC/17/27. Organización de las Naciones Unidas. [en línea] <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/132/01/PDF/G1113201.pdf?OpenElement>> [consultado el 15 de noviembre de 2015], p. 7.

²¹⁴ LA RUE, Frank. 2011b. Op. Cit., p. 8.

En el mismo sentido, y ampliando lo planteado en su primer informe, en el segundo, La Rue reitera el contenido de estos tres requisitos copulativos para la restricción de expresiones legítimas, a saber:

"a) Cualquier restricción debe estar prevista por ley, debe estar formulada con precisión suficiente para permitir a un individuo regular su conducta en consecuencia y debe ser accesible al público;

b) Cualquier restricción debe basarse en uno de los motivos legítimos de restricción establecidos en el artículo 19, párrafo 3, del Pacto Internacional, a saber:

i) asegurar el respeto a los derechos o la reputación de los demás, o ii) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas;

c) Se debe comprobar que cualquier restricción es necesaria y proporcionada, o el medio menos restrictivo para lograr uno de los objetivos específicos mencionados anteriormente²¹⁵.

En resumen, los tres requisitos para que una restricción al ejercicio de la libertad de expresión sea legítima, son: i) que esta sea prevista por ley (requisito de legalidad, previsibilidad y transparencia); iii) que sea en

²¹⁵ LA RUE, Frank. 2011a, p. 7.

consideración a los fines contemplados en el párrafo 3 del artículo 19 del PIDCP (requisito de finalidad o legitimidad) y; iii) que esta restricción sea necesaria, proporcionada y lo menos restrictiva posible (requisito de necesidad y proporcionalidad).

Asimismo, agrega en estos reportes que en el diseño y ejercicio de la legislación restrictiva de la libertad de expresión deben existir garantías de debido proceso, como por ejemplo, que su aplicación corresponda a un órgano independiente de influencias políticas o comerciales, y que exista derecho al recurso contra las decisiones que restrinjan el derecho, así como salvaguardias contra su aplicación abusiva²¹⁶; estas garantías de debido proceso, si bien no planteadas en forma expresa por el artículo 19 párrafo 3 del PIDCP, se pueden derivar de la misma norma, en su artículo 2, párrafo 3²¹⁷ y el artículo 14 párrafo

²¹⁶ LA RUE, Frank. 2011b. Op. Cit., p. 8.

²¹⁷ Artículo 2

3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:

- a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;
- b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;
- c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

primero²¹⁸, que establecen el derecho al recurso y al debido proceso, respectivamente.

Como se ha sostenido en el primer capítulo, el establecimiento de sistemas de exclusión de responsabilidad de los intermediarios en Internet, consistentes en el establecimiento de puertos seguros para los intermediarios en Internet, que incluyen mecanismos de notificación y bajada de contenidos protegidos por derecho de autor, si bien pueden ser considerados como razonables, en la medida en que estos mecanismos son generalmente eficaces y garantizan en gran medida la protección de intereses legítimos, como son los derechos de derechos de autor, y asimismo reducen la incertidumbre de los intermediarios en internet, ante la posibilidad de ser responsabilizados por conductas realizadas por sus usuarios, garantizando así la innovación en Internet²¹⁹. El

²¹⁸ Artículo 14

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

²¹⁹ En la medida que la posibilidad de ser considerados responsables puede resultar excesivamente gravoso. Para más detalle, ver OXERA CONSULTING LLP. 2015. The economic impact of safe harbours on Internet intermediary start-ups. [En línea] < <http://www.oxera.com/getmedia/cba1e897-be95-4a04-8ac3-869570df07b1/The-economic-impact-of-safe-harbours-on-Internet-intermediary-start-ups.pdf.aspx?ext=.pdf> > [consultado el 3

relator de libertad de expresión de la ONU consideró que estos sistemas no garantizan necesariamente el objetivo de proteger los derechos de sus usuarios, en particular si estos no cumplen con las normas de debido proceso, en concreto debido a que la decisión de la ilicitud del contenido a remover de Internet es realizada por el mismo Intermediario. En cuanto los intermediarios pueden ser considerados responsables de no retirar el contenido luego de recibir una notificación, la reacción normal de estos será decidir retirar el contenido, aun cuando éste no sea necesariamente ilegal²²⁰. Esto, en la medida que los intermediarios "no son los que están mejor preparados para determinar cuándo un contenido es ilegal, pues esta es una decisión compleja que requiere la realización de un balance de intereses en conflicto, y la consideración de las defensas que puedan ser presentadas"²²¹.

3.3 Reportes del relator especial para la libertad de expresión de la OEA

En el mismo sentido que lo planteado en los reportes de 2011 de Frank La Rue para la ONU, en el año 2013 se publicó un reporte sobre Libertad de Expresión

de noviembre de 2015]. No obstante, en la medida que se establezcan mecanismos que restrinjan de manera desproporcionada la libertad de los usuarios también afectará la innovación, así por ejemplo, THE MANILA PRINCIPLES. Op. Cit., pp. 18 y ss.

²²⁰ LA RUE, Frank. 2011b. Op. Cit., p.13.

²²¹ *Íbid.*, p. 13.

e Internet, de autoría de Catalina Botero, relatora de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

En este informe se reitera el carácter de Internet como un instrumento que facilita increíblemente las comunicaciones y el acceso a ideas, y que dadas su características particulares de diseño, en concreto, que se haya desarrollado el ambiente en línea como un espacio "descentralizado, abierto y neutral"²²²; para su regulación deben ser consideradas las mismas antes de afectar sus características.

Así, en base a lo dispuesto por las normas de la Convención Interamericana de Derechos Humanos²²³ respecto a la libertad de expresión, plantea la posibilidad de la restricción ulterior de este derecho, en base a una serie de requisitos, según lo que ha sido desarrollado por los órganos del sistema interamericano de Derechos Humanos. Estos requisitos -o condiciones de legitimidad, como son nombradas en este Informe- son prácticamente los mismos que los señalados en los reportes del Relator Especial de la ONU, con la adición de comentarios que desarrollan la interpretación de dichos requisitos, basados tanto en decisiones judiciales como en informes previos de la Comisión

²²² BOTERO, Catalina. Op. Cit., p. 5

²²³ Convención Interamericana de Derechos Humanos, Artículo 13.

Interamericana de Derechos Humanos; condiciones que se listarán a continuación.

En primer lugar, señala como condición de legitimidad la necesidad de que las restricciones estén establecidas por leyes, en el sentido material y formal de la expresión, las que deberán ser claras y precisas²²⁴. Plantea que ambos requisitos son necesarios en la medida que tanto una regulación definida, pero contenida en una disposición administrativa como una regulación ambigua pueden dar lugar a decisiones arbitrarias, que pueden tener efectos inhibitorios en la incorporación de los individuos al debate público²²⁵.

La segunda condición es que las restricciones "estén orientadas al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, es decir, la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público o de la salud o moral públicas"²²⁶. Se señala que los Estados no son libres de interpretar el contenido de dichos objetivos, sino que deben hacerlo en conformidad con los principios de una sociedad democrática²²⁷.

²²⁴ Botero, Catalina. Op. Cit., p. 28

²²⁵ Íbid., p. 28.

²²⁶ Íbid., p. 29

²²⁷ Íbid., p. 29.

En tercer lugar, plantea como requisito que la restricción pase por un juicio de necesidad, consistente en que esta "sea necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que persigue, estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida, e idónea para lograr su objetivo"²²⁸. Así, para imponer responsabilidades ulteriores al ejercicio de la libertad de expresión, no se pueden invocar meras conjeturas ni circunstancias hipotéticas, debe tomarse en cuenta el impacto de dicha medida en el funcionamiento de Internet como una red descentralizada y abierta, y debe tenerse en cuenta la disponibilidad de medidas menos restrictivas²²⁹.

Una cuarta condición de legitimidad de las restricciones hace referencia a que estas respeten las garantías de debido proceso y reserva judicial contenidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana²³⁰.

Finalmente, agrega como quinta condición o salvaguarda a la libertad de expresión, el hecho de que la competencia respecto de causas vinculadas con expresiones en Internet debería corresponder a los Estados con los que tales causas presenten los contactos más estrechos, planteando como criterios de

²²⁸ *Íbid.*, pp. 29-30

²²⁹ *Íbid.*, pp. 30-31

²³⁰ *Íbid.*, p. 31

referencia la residencia del autor de la expresión, el lugar desde el que se publicó, o que la expresión se dirija al público ubicado en el Estado en cuestión, de modo de evitar el *forum shopping*²³¹. Si bien el establecimiento de normas de competencia "justas" respecto a la notificación y bajada de contenidos protegidos en Internet es un tema que escapa al alcance de esta investigación, es una materia del mayor interés práctico, en la medida de que prácticamente todos los casos han terminado siendo resueltos con la aplicación de la DMCA norteamericana, como se ejemplificó en el capítulo anterior.

3.4 Declaración conjunta de las relatorías para la libertad de expresión

Además de los reportes del relator especial de la ONU y de la relatora especial de la CIDH, hay que hacer referencia a la Declaración Conjunta emitida por el Relator Especial de la ONU para la Libertad de Expresión y Opinión, Frank la Rue, junto a la Relatora Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Catalina Botero Marino; la Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación, Dunja Mijatovic; y la Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la

²³¹ *Íbid.*, pp. 31-32

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP), Faith Pansy Tlakula (en adelante, la Declaración Conjunta), de fecha 1 de junio de 2011.

En esta se reitera la aplicabilidad de las normas del Derecho Internacional de Derechos Humanos a la regulación de Internet, señalando que "La libertad de expresión se aplica a Internet del mismo modo que a todos los medios de comunicación. Las restricciones a la libertad de expresión en Internet solo resultan aceptables cuando cumplen con los estándares internacionales que disponen (...) la prueba "tripartita"²³², no obstante, no se puede llegar e importar los modelos regulatorios aplicados para otros medios de comunicación, si no que estos "deben ser diseñados específicamente para este medio, atendiendo a sus particularidades"²³³.

Así, entienden que para establecer una restricción al ejercicio de la libertad de expresión en Internet debe seguirse la prueba tripartita, de que las medidas estén previstas por ley, perseguir una finalidad legítima reconocida por el derecho internacional, y que sean necesarias para alcanzar dichos fines"²³⁴, así como tener consideraciones especiales referentes a la proporcionalidad de la

²³² DECLARACIÓN CONJUNTA sobre libertad de expresión e internet. 2011. Por Frank LA RUE et al. [En línea] <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=848> [Consultado el 3 de noviembre de 2011], 1. A.

²³³ Íbid., 1. C.

²³⁴ Íbid., 1. A.

restricción, en cuanto el impacto que esta puede tener en la capacidad de internet para garantizar y promover la libertad de expresión versus los beneficios que aportaría a la protección de otros intereses, esto es, los derechos de autor y la posibilidad de los intermediarios de desarrollar sus actividades²³⁵.

²³⁵ *Íbid.*, 1. B.

3.5 Principios de Manila sobre la responsabilidad de intermediarios.

Durante los años 2014 y 2015, un grupo amplio de organizaciones de la Sociedad Civil²³⁶ desarrolló una serie de principios para guiar a gobiernos, industrias y a organizaciones de la sociedad civil en el desarrollo de buenas prácticas respecto a la regulación de la responsabilidad de los intermediarios en internet. Estos principios fueron elaborados a través de un proceso abierto y colaborativo, que finalizó en un encuentro presencial en marzo de 2015 en la ciudad de Manila, República de Filipinas, y en la elaboración de un *background paper* en el que recogen los fundamentos para la elaboración de estos principios, los comentarios tomados en consideración durante el proceso de discusión de estos, y el desarrollo de estos principios, tomando como base los estándares internacionales existentes, el marco de derechos humanos, la jurisprudencia, regulación legal y estudios existentes acerca de la responsabilidad de intermediarios²³⁷.

En primer lugar, señalan como fundamento de la necesidad del establecimiento de estos principios el rol crítico respecto de la libertad de expresión que tienen

²³⁶ Entre las cuales se encuentran: la Electronic Frontier Foundation (EFF, Estados Unidos), el Center for Internet and Society (CIS, India), Article 19 (Reino Unido), KICTANET (Kenia), Derechos Digitales (Chile), la Asociación por los Derechos Civiles (ADC, Argentina) y Open Net (Corea del Sur).

²³⁷ THE MANILA PRINCIPLES. Op. Cit., p. 3

los intermediarios en internet, toda vez que poseen la capacidad para controlar e influenciar la manera en que se desarrolla el acceso y la disponibilidad de contenidos en internet²³⁸.

En el documento, se deja en claro que no se recomienda ningún modelo en particular para utilizar en todos los casos, mas en la aplicación de los principios se tienden a favorecer los sistemas que provean de protección amplia a los intermediarios contra la responsabilidad. Señalan que en general, a mayor grado de obligaciones impuestas contra los intermediarios, mayores deberán ser las salvaguardas de derechos humanos requeridas para establecer buenas prácticas compatibles con los principios propuestos²³⁹.

Finalmente, en las consideraciones previas se reconoce que la determinación de reglas de limitación de la responsabilidad de los intermediarios favorece los intereses económicos de los mismos. Así, en la determinación de estos principios se toma como consideración primaria la protección de los derechos humanos de los usuarios de tales servicios²⁴⁰; vale decir, estos principios buscan modificar el balance hecho en algunas legislaciones entre los intereses

²³⁸ *Íbid.*, p. 3

²³⁹ *Íbid.*, p. 5.

²⁴⁰ *Íbid.*, pp. 5-6

de los proveedores de servicios en internet y los titulares de derechos de autor, incluyendo en el análisis los derechos de los usuarios de internet.

Los principios son los siguientes:

1) Los intermediarios deberían estar protegidos por ley de la responsabilidad por el contenido de terceros;

Este, a su vez, se subdivide en varios requisitos, a saber: que las reglas sobre responsabilidad de intermediarios deben ser establecidas por leyes, que deberán ser precisas, claras y accesibles; que los intermediarios deben ser liberados de responsabilidad por el contenido de terceros, en circunstancias en que no hayan estado involucrados en la modificación de dicho contenido; que no deben ser responsabilizados por no restringir contenidos lícitos; y que no deberían ser sujetos a responsabilidad objetiva por alojar contenidos ilícitos de terceros, ni ser obligados a monitorear contenidos en forma proactiva²⁴¹.

2) No debe requerirse la remoción de contenidos sin una orden emitida por una autoridad judicial;

²⁴¹ *Íbid.*, pp. 18-25.

Esta orden debería ser emitida por una autoridad judicial independiente e imparcial que determine la ilicitud del contenido²⁴²; deben especificar la ilicitud del contenido, su ubicación y descripción²⁴³; la falla en cumplir con los requisitos no debería suponer inmediatamente responsabilidad del intermediario, mas sólo la pérdida de la protección del puerto seguro²⁴⁴ y; los intermediarios no deberían ser responsables por no cumplir con órdenes que no cumplan con estos requisitos²⁴⁵.

No obstante recomendar que las restricciones de contenido sean autorizadas por una autoridad judicial independiente, los Principios de Manila no niegan los problemas propios de exigir intervención judicial, que pueden impedir acciones expeditas, además de cargas administrativas y financieras en caso de peticiones de restringir grandes cantidades de contenido, así como cargas significativas contra quien hace el reclamo²⁴⁶. Así, este no es un principio que suponga una exigencia absoluta, sino que reconoce la posibilidad de alcanzar balances que distribuyan estas cargas, reconociendo por ejemplo la posibilidad de establecer sistemas de *Notice and Notice*, o de establecer procedimientos judiciales expeditos²⁴⁷.

²⁴² *Íbid.*, pp. 25-27.

²⁴³ *Íbid.*, pp. 27-29.

²⁴⁴ *Íbid.*, p. 29.

²⁴⁵ *Íbid.*, p. 29.

²⁴⁶ *Íbid.*, p. 25

²⁴⁷ *Íbid.*, p. 26.

3) Las solicitudes de restricción de contenidos deben ser claras, inequívocas y respetar el debido proceso;

Así, este principio supone que los intermediarios no son la parte más adecuada para determinar la legalidad del contenido de terceros²⁴⁸; que las solicitudes deben tener cierto contenido mínimo, incluyendo la base legal para aseverar que el contenido es ilícito, la identificación en internet y la descripción del contenido, haber considerado las posibles excepciones o limitaciones a los derechos de autor que podría tener el usuario que subió contenido, deben contener información de contacto de la parte que hace el requisito o su agente, entre otros²⁴⁹; finalmente, señalan que las solicitudes de restricción de contenidos abusivas o hechas de mala fe deberían ser penalizadas²⁵⁰.

4) Las leyes, órdenes y prácticas de restricción de contenidos deben cumplir con los *tests* de necesidad y proporcionalidad;

Así, la restricción de contenidos debe limitarse al contenido ilícito materia de la solicitud, y nada más que eso²⁵¹; debiendo realizarse a través de las medidas

²⁴⁸ *Íbid.*, p. 30

²⁴⁹ *Íbid.*, pp. 30-31

²⁵⁰ *Íbid.*, p. 35

²⁵¹ *Íbid.*, p. 35

técnicas lo menos restrictivas posible²⁵², y limitándose al espacio geográfico y temporal ordenados²⁵³

5) Las leyes, políticas y prácticas de restricción de contenidos deben respetar el debido proceso, y;

Este principio propone que antes de aplicar una restricción de contenidos, sean escuchados tanto el intermediario como el usuario que subió el contenido, salvo circunstancias excepcionales, en que de todos modos debería poder revisarse *post facto* la orden y su implementación²⁵⁴; que tanto los intermediarios como los usuarios deben tener derecho a apelación respecto de las órdenes de restricción de contenidos²⁵⁵ y; que en caso de que un usuario gana un recurso contra la restricción de contenidos, los intermediarios deberán reinstaurar la disponibilidad del contenido²⁵⁶.

6) La transparencia y la rendición de cuentas deben ser incluidas dentro de las normativas, políticas y prácticas sobre restricción de contenidos.

Este último principio hace referencias a obligaciones de transparencia, tanto de los gobiernos como de los intermediarios que establecen políticas de restricción

²⁵² *Íbid.*, pp. 36-39

²⁵³ *Íbid.* pp. 39-40.

²⁵⁴ *Íbid.*, pp. 40-42

²⁵⁵ *Íbid.*, pp. 42-43

²⁵⁶ *Íbid.*, pp. 44-45

de contenidos. Así por ejemplo, exige que las normas sobre regulación de la responsabilidad de intermediarios sean publicadas en tiempo y forma, de tal manera que sean accesibles²⁵⁷, que los gobiernos no usen medidas extrajudiciales para restringir contenidos²⁵⁸, o que los intermediarios, cuando sea posible, muestren claramente una nota que explique que el contenido ha sido restringido y por qué razón²⁵⁹, así como otras medidas, menos relevantes a efectos de esta investigación.

²⁵⁷ *Íbid.*, p. 48

²⁵⁸ *Íbid.*, pp. 48-49

²⁵⁹ *Íbid.*, pp. 56-57

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE LAS REGULACIONES EN AMÉRICA LATINA

4.1 Cuestiones preliminares

Antes de hacer el análisis en concreto de cada una de las regulaciones nacionales objeto de la investigación; esto es, Chile, Costa Rica y Paraguay, es preciso notar algunas diferencias propias del sistema jurídico continental en que están insertos estos tres países.

Así, a diferencia de lo que sucede en el sistema de *common law* norteamericano en que existen las hipótesis de la responsabilidad contributiva y vicaria²⁶⁰, en el sistema continental en materia de responsabilidad extracontractual por el hecho de terceros se aplica la teoría de la culpa *in vigilando*²⁶¹, que supone la responsabilidad por culpa de quienes asumen el

²⁶⁰ Ver *supra*, pp. 23-25.

²⁶¹ Así por ejemplo, los Arts. 2320 y 2322 del Código Civil Chileno, que establecen que “Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado (...)” y “Los amos responderán de la conducta de sus criados o sirvientes, en el ejercicio de sus respectivas funciones; y esto aunque el hecho de que se trate no se haya ejecutado a su vista (...)”. En el mismo sentido, los Arts. 1047 y 1048 del Código Civil de Costa Rica, que establecen: que “Los padres son responsables del daño causado por sus hijos menores de quince años que habiten en su misma casa. En defecto de los padres, son responsables los tutores o encargados del menor” y “Los Jefes de Colegios o escuelas son responsables de los daños causados por sus discípulos menores de quince años, mientras estén bajo su cuidado. También son responsables los amos por los daños que causen sus

cuidado de otros que dependen de él y causan el daño, no dándose este requisito de la subordinación o dependencia en el marco de la relación entre el intermediario en internet y el usuario de sus servicios²⁶². En ausencia de la hipótesis de culpa *in vigilando*, se aplicarán las reglas generales sobre atribución de responsabilidad, que en este caso, sería por omisión, caso en el cual, conforme a la doctrina usualmente aceptada²⁶³, éstas sólo generan responsabilidad cuando la ley establece un deber de actuar (en este caso, correspondería a un deber de los intermediarios en internet de supervisar la conducta de sus usuarios ante eventuales ilícitos contra el derecho de autor), lo que no se daría en estos casos²⁶⁴.

En este sentido, el establecimiento de sistemas de exclusión en sistemas de derecho continental parecería ser la importación de una solución exógena²⁶⁵, no obstante, podrían existir hipótesis en que el intermediario no cumpla con las

criados menores de quince años (...). Asimismo, el Art. 1842 del Código Civil Paraguayo, que establece como norma general que “El que cometiere un acto ilícito actuando bajo la dependencia o con autorización de otro, compromete también la responsabilidad de éste. El principal quedará exento de responsabilidad si prueba que el daño se produjo por culpa de la víctima o por caso fortuito”.

²⁶² HERCOVICH MONTALBA, Matías 2013. Responsabilidad de los ISP por contenidos ilícitos o infractores de terceros. Revista Chilena de Derecho y Tecnología, vol. 2(1). [en línea] <<http://www.rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/viewFile/25889/28936>> [consultado el 15 de noviembre de 2015], pp. 132-133.

²⁶³ *Ibid.*, p. 135.

²⁶⁴ Así, por ejemplo, el Art. 85P de la Ley 17.336 de Propiedad Intelectual chilena, que excluye explícitamente a los proveedores de servicios en internet del deber de supervisar a sus usuarios, para efectos de esa ley. Asimismo, el Art. 5 del Reglamento N° 36880-COMEX-JP Costarricense, que excluye al deber de monitoreo como condición para acceder a las hipótesis de limitación de responsabilidad.

²⁶⁵ HERCOVICH MONTALBA, Matías. Op. Cit., p. 139.

normas de exclusión de responsabilidad y se resuelva en sede extracontractual que este es efectivamente responsable²⁶⁶

²⁶⁶ CERDA, Alberto. 2014. Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet por infracción a los derechos de autor en línea. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 42. [en línea] <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/930/837>> [consultado el 15 de noviembre de 2015], p. 124.

4.2 Chile

4.2.1 Análisis de la Ley 20.435

En Chile se introdujo la regulación de la responsabilidad de los intermediarios en internet a través de la ley 20.435 de 2010, que modificó la ley 17.336 de propiedad intelectual, a consecuencia de la implementación de las obligaciones del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, así como con el objetivo de modernizar la ley, de modo de corregir las deficiencias normativas, a objeto de balancear los intereses legítimos de autores, titulares de derechos y el público en general²⁶⁷.

Esta ley agrega el capítulo III al título IV, titulado “Limitación de Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet”, que, como su nombre lo señala, crea normas de exclusión de responsabilidad a los ISP, sin perjuicio de la aplicación de las normas generales de responsabilidad civil, en caso de no cumplirse las condiciones establecidas en su artículo 85 L. No obstante remitirse a las normas generales en caso de no cumplir los requisitos, los ISP no serán responsables, pues, como ya vimos, no existe deber legal de

²⁶⁷ ÁLVAREZ, Daniel. 2011. Op. Cit., p. 2.

supervigilar los contenidos que publican sus usuarios, tal como plantea el Art. 85 P.

En primer lugar, la ley agrega una definición de Prestador de Servicio en el Art. 5 y), entendiéndolo como “una empresa proveedora de transmisión, enrutamiento o conexiones para comunicaciones digitales en línea, sin modificación de su contenido, entre puntos especificados por el usuario del material que selecciona, o una empresa proveedora u operadora de instalaciones de servicios en línea o de acceso a redes”.

Posteriormente, el Art. 85 O establece condiciones generales para acceder a la limitación de responsabilidad, a saber: que hayan establecido condiciones generales y públicas respecto a la facultad de terminar contratos de los infractores reincidentes, previa calificación judicial; no interferir con las medidas tecnológicas de protección y de gestión de derechos de autor, y; no haber generado, ni seleccionado el material o a sus destinatarios (exceptuando de esta última obligación a los prestadores de servicios de búsqueda).

Luego se establecen condiciones específicas para cada tipo de prestador de servicios, los que agrupa en cuatro categorías: prestadores de servicios de transmisión, enrutamiento y conexión; prestadores de servicios de

almacenamiento automático y temporal, prestadores de servicios de almacenamiento; y prestadores de servicios de búsqueda, vinculación o referencia.

Para los prestadores de servicios de transmisión, enrutamiento y conexión, las condiciones establecidas en el Art. 85 M para acceder al puerto seguro suponen que este no modifique ni seleccione el contenido de la transmisión, ni que inicie o seleccione a los destinatarios de la misma, incluyendo en esta limitación de responsabilidad a las copias automáticas y/o temporales necesarias para ejecutar la transmisión: vale decir, se le exige que actúe como un mero conducto de la información.

Para los prestadores de servicios de almacenamiento temporal y automático (esto es, servicios de *caching*), se les exige en el Art. 85 N que respeten las condiciones de acceso y las reglas de actualización del material almacenado en el proveedor del sitio de origen, que no interfiera con las tecnologías utilizadas comúnmente para obtener información sobre el uso en línea del material, que no modifiquen el contenido del mismo, y que retire o inhabilite el acceso al material almacenado que haya sido retirado o inhabilitado en el sitio de origen, una vez recibida una notificación conforme al procedimiento del Art. 85 Q, que analizaremos más adelante.

Finalmente, para los prestadores de servicios de almacenamiento y los de búsqueda, el Art. 85 Ñ establece requisitos comunes para llegar a un puerto seguro, consistentes en: i) No tener conocimiento efectivo del carácter ilícito de los datos almacenados o vinculados; ii) No recibir beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, teniendo el derecho y la capacidad para controlarla; iii) Que designe públicamente un representante para recibir notificaciones, y; iv) Que retire o inhabilite en forma expedita el acceso al material almacenado conforme al procedimiento del Art. 85 Q.

Este procedimiento, regulado en los Arts. 85 Q a 85 T consiste en una solicitud judicial por parte del titular de derechos o su representante, sea dentro de juicio o como medida prejudicial, ante el juez civil del domicilio del prestador de servicios, del bloqueo del contenido infractor respecto del proveedor de servicios de transmisión, y del retiro o inhabilitación del acceso al contenido infractor, y la terminación de cuentas determinadas de infractores reincidentes, como señala en su Art. 85 R.

Para esto, la solicitud del Art. 85 Q debe contener los requisitos del artículo 254, n° 1, 2 y 3 del Código de Procedimiento Civil, esto es, la identificación del tribunal, y del nombre, domicilio y profesión del demandante/solicitante y del

demandado, así como de sus representantes, y además, deberá indicar claramente: los derechos infringidos, con indicación precisa de su titularidad y del modo de la infracción; el material infractor; y la localización del material infractor en las redes o sistemas del prestador de servicios. Cuando se solicita como medida prejudicial, y habiendo razones graves para pedirlo, y rindiéndose una caución determinada por el tribunal.

Cumpliendo los requisitos, el tribunal decretará sin demora el retiro o bloqueo de los contenidos infractores, lo que notificará por cédula al prestador de servicios, y por el estado diario al solicitante. Ante esta notificación, el prestador de servicios puede acatarla, o puede oponerse a través de una solicitud que cumpla los mismos requisitos del Art. 85 Q, agregando todo antecedente que fundamente su posición, o bien puede ignorarla, lo cual hará que tenga conocimiento efectivo de la ilicitud, a efectos del Arts. 85 Ñ letra a), fallando así a los requisitos para la limitación de responsabilidad.

Asimismo, como dispone el Art. 85 S, los solicitantes de estas medidas pueden pedir al tribunal que este ordene al prestador de servicios la entrega de información que permita identificar al supuesto infractor, respetando las disposiciones de la Ley 19.628 sobre protección de la vida privada.

En el Art. 85 T se establece un procedimiento para sancionar con la indemnización de perjuicios, y la aplicación del Art. 197 del Código Penal que quienes a sabiendas proporcionen información falsa relativa a infracciones al derecho de autor que lleven a daños producto de cualquier acción que tome el prestador de servicios en base a dicha información.

Finalmente, establece en paralelo en el Art. 85 U un sistema de *notice and notice* que establece el deber de los prestadores de servicios de comunicar por escrito a sus usuarios los avisos de supuestas infracciones que cumplan con los requisitos establecidos en el mismo artículo, dentro del plazo de cinco días hábiles desde su recepción. Es preciso señalar que el incumplimiento de lo dispuesto en este artículo no supone sanción alguna para el prestador de servicios, ni tampoco impone deber o sanción legal alguna al usuario que decida ignorar esta comunicación.

4.2.2 Críticas

En general el sistema de notificación y retirada judicial introducido por la Ley 20.435 ha recibido elogios tanto de la doctrina²⁶⁸, como por los relatores de

²⁶⁸ Así, por ejemplo, RUIZ GALLARDO, Claudio y LARA GÁLVEZ, Juan Carlos. Op. Cit., p. 77, MELÉNDEZ JUARBE, Hiram A. Op. Cit., p. 121 y CORTÉS CASTILLO, Carlos. Op. Cit., p. 16.

libertad de expresión de los Organismos Internacionales²⁶⁹, como por parte de representantes de la sociedad civil²⁷⁰, en la medida que se considera que los sistemas de notificación y bajada judiciales son los que mejor balancean los derechos e intereses de titulares de derechos de autor, intermediarios en internet y de los usuarios, el sistema no está exento de críticas.

Así, podemos mencionar deficiencias respecto del ámbito de aplicación de la ley, puesto que esta no deja clara si se refiere sólo a prestadores de servicios en internet, o si incluye a otras redes similares, como podría ser una red de *Intranet*²⁷¹, o que podría argumentarse si es que la vinculación de contenidos a través de sistemas de *embedding streaming* (esto es, que vinculan contenidos transmitidos en línea, a través de un vínculo incrustado en un sitio web, que trae el contenido desde la fuente original hacia el sitio que lo vincula, en forma opuesta a un *link* tradicional, que lleva al usuario que hace clic en este hacia el sitio que aloja al contenido) está protegida o no por el puerto seguro de los servicios de búsqueda, vinculación o referencia²⁷².

²⁶⁹ Así LA RUE, Frank. 2011b. Op. Cit., p. 13, BOTERO, Catalina. Op Cit., pp. 3-4 y DECLARACIÓN CONJUNTA, Op. Cit.

²⁷⁰ MANILA PRINCIPLES. Op. Cit., p. 17.

²⁷¹ CERDA, Alberto. Op. Cit., pp. 127-128.

²⁷² *Ibid.*, pp. 129-130.

Además, podrían hacerse críticas respecto a la celeridad del proceso judicial, en la medida que el tribunal competente es el juzgado de letras en lo civil del domicilio del prestador de servicios. No obstante indicar un procedimiento breve y sumario, en la medida que el proceso civil en Chile adolece de problemas respecto a la falta de rapidez en la tramitación de causas, producto de la congestión de tribunales y de un sistema de tramitación antiguo, basado en procedimientos escritos, se podría señalar que este procedimiento podría afectar con su demora los intereses de los titulares de derechos de autor.

Esta demora en la tramitación podría explicar la nula utilización que ha tenido el procedimiento de los Arts. 85 Q a T, no habiéndose encontrado a la fecha casos en que se haya ocupado. Por su parte, el sistema de *notice and notice* del Art. 85 U ha sido utilizado profusamente²⁷³, pese a que por su diseño puede actuar inhibiendo expresiones legítimas, causadas por el hecho de que las notificaciones sólo tienen un carácter informativo, no existiendo sanciones para el usuario que las ignore, mas la ley no exige indicar esto, generando incertidumbre en los usuarios sobre la licitud de su conducta.

²⁷³ Así por ejemplo, STURM, Cony. 2013. IFPI envía 4000 notificaciones por usar P2P a usuarios de Internet En Chile. FayerWayer, 30 de julio [en línea] <<http://www.fayerwayer.com/2013/07/ifpi-envia-4-000-notificaciones-por-usar-p2p-a-usuarios-de-internet-en-chile/>> [consultado el 14 de noviembre de 2015]

4.3 Costa Rica

4.3.1 Análisis del reglamento N° 36880-COMEX-JP

En Costa Rica, se estableció un sistema de exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet por medio del Reglamento sobre la limitación a la responsabilidad de los proveedores de servicios por infracciones a Derechos de Autor y Conexos de Acuerdo con el Artículo 15.11.27 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana- Centroamérica- Estados Unidos, N° 36880-COMEX-JP, Como su título lo anticipa, y lo señala expresamente el punto III del preámbulo, este reglamento se promulgó a efectos de cumplir un compromiso internacional del Estado de Costa Rica.

Este reglamento parte en su Art. 2 por señalar su ámbito de aplicación, correspondiente a aquellos proveedores de servicio que voluntariamente se sometan a estas, estableciendo medidas colaborativas, razonables y proporcionales con los titulares de derechos de autor y conexos para atender a posibles infracciones por el uso no autorizado de materiales protegidos. Luego, señala en el Art. 4 que, respecto a la limitación de responsabilidad, está supondrá que los prestadores de servicios que cumplan con los requisitos no

serán sujetos a reparaciones pecuniarias, sin perjuicio de las medidas correctivas que pueda determinar la autoridad judicial competente.

Asimismo, establece en el Art. 5 que bajo ninguna circunstancia se condicionará la limitación de responsabilidad a que los prestadores de servicios deban realizar monitoreo de actividades infractoras, sin perjuicio de las que se ordenen judicialmente, o de las hechas en coherencia con la aplicación de medidas tecnológicas efectivas de protección de derechos de autor o conexos.

En materias concretas, establece en primer lugar, en el Art. 6 condiciones generales para los proveedores de servicios en internet, a saber: establecer políticas de término de cuentas de usuarios calificados como reincidentes, y; no interferir con las medidas tecnológicas de protección y gestión de derechos de autor y conexos utilizadas usualmente, siempre que estas estén disponibles en términos razonables y no supongan costos sustanciales o cargas significativas a los proveedores de servicios.

Luego, regula a los proveedores de servicio en específico, agrupándolos en cuatro categorías: proveedores de servicios de conexión, de almacenamiento temporal, de alojamiento o *hosting*, y de vinculación o referencia.

Para los primeros, les exige que se mantengan como meros conductos, esto es, que no seleccionen el contenido de la transmisión, no inicien la transmisión, ni seleccionen a los destinatarios de la misma, según dispone el Art. 7.

A los proveedores de servicios de almacenamiento temporal, se les exigen en el Art. 8 los mismos requisitos que a los proveedores de conexión, así como que permitan el acceso al material a los usuarios que cumplan las condiciones de acceso, que cumplan las reglas sobre actualización dadas por el proveedor del sitio de origen, que no interfieran con las tecnologías de acceso a información de uso, que no modifiquen el contenido en su transmisión, y finalmente, que retiren o inhabiliten el material que haya sido removido o bloqueado en el sitio de origen, luego de recibir una comunicación en los términos del Art. 11 del reglamento.

Respecto de los proveedores de servicios de alojamiento o *hosting*, regulados en el Art. 9, se les impone como requisitos los mismos de los proveedores de conexión, así como que no reciban beneficio económico directamente atribuible a la infracción, pudiendo controlarla; que designen públicamente un representante para recibir las notificaciones, y que retiren o inhabiliten el acceso al material infractor una vez que tengan conocimiento efectivo de esta, o al

darse cuenta de los hechos, esto es, al recibir una comunicación del Art. 11, o una notificación judicial, entre otros.

Finalmente, para los proveedores de servicios de vinculación o búsqueda, el Art. 10 establece como requisitos que estos no inicien la transmisión, que no seleccionen el material, salvo que el servicio involucre en sí mismo la selección, y que cumpla con los mismos requisitos referidos a la designación de representante y de retiro o inhabilitación de material establecidos para los proveedores de servicios de almacenamiento.

En cuanto al procedimiento de notificación y bajada, este establece dos sistemas: en primer lugar en los Arts. 11 a 16, un sistema de *notice and notice* denominado 'procedimiento de colaboración', en que la parte solicitante, puede comunicar por escrito (bajo juramento y sujeto a penas por falso testimonio) al proveedor de servicios que consideran que sus derechos están siendo infringidos en o por medio de sus redes (Art. 11), quien tendrá un plazo no mayor a quince días naturales (corridos) para determinar si requiere información adicional, finalizado el cual, deberá enviar los antecedentes (junto con información de notificación) al usuario o proveedor del material infractor (Art. 12), quien dentro de un plazo de quince días podrá retirar voluntariamente el material o presentar una contestación que contenga los mismos requisitos

mutatis mutandis, caso que deberá comunicar al titular de derechos para que este tome las medidas correspondientes (Art. 13).

Si el usuario no responde a esta comunicación dentro de plazo, el proveedor de servicios podrá terminar las cuentas específicas o retirar o inhabilitar el acceso a los contenidos protegidos, conforme establece el Art. 14, sin perjuicio de la posibilidad del presuntamente infractor para oponerse por medio de una contestación con los requisitos del Art. 11 *mutatis mutandis* en caso que considere que el material ha sido removido o deshabilitado por error o mala identificación, informando su decisión de resolver el reclamo ante las autoridades judiciales competentes.

Finalmente, el Art. 15 señala que el proveedor de servicios estará exento de responsabilidad por este retiro o inhabilitación, en caso que actúe de buena fe, tomando pasos razonables para notificar al usuario del retiro o inhabilitación del material, y que lo restaure en línea lo más pronto posible, exceptuando el caso en que el titular de derechos que haya hecho la comunicación del artículo 11 informe de la interposición de una demanda judicial.

Por otra parte, se establece un sistema de notificación y bajada judicial, establecido en los Arts. 16 a 20 del reglamento, en el cual el titular de derechos o su representante deben presentar dentro de un proceso cautelar o final, una solicitud, que según el Art. 16, deberá contener, entre otros, la información sobre los derechos presuntamente infringidos, con indicación precisa de su titularidad y el modo de infracción, el material infractor y su localización en las redes o sistemas del proveedor de servicios correspondientes.

Presentada la solicitud, la autoridad judicial correspondiente procederá conforme a la Ley de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, notificando la medida de compensación respectiva al proveedor de servicios correspondiente. Las medidas a adoptar dependen del tipo de proveedor de servicios: así, para los proveedores de servicios de conexión, puede ordenar la terminación de cuentas específicas, o la adopción de medidas razonables para bloquear el acceso a un sitio específico a un sitio no doméstico que contenga el contenido infractor, conforme al Art. 17.

El Art. 18 establece para el resto de proveedores de servicios, que se puede ordenar la terminación de cuentas específicas, el retiro o inhabilitación del acceso a un determinado contenido infractor u otros recursos que la autoridad

judicial considere necesarios, siempre que estos sean los menos onerosos para el proveedor de servicios.

Para la adopción de tales medidas, la autoridad judicial deberá apreciar las reglas de la sana crítica, en relación a la carga relativa para el proveedor de servicios, el daño al titular de derechos, así como la factibilidad técnica y efectividad del recurso, y la existencia de medidas menos onerosas y comparativamente efectivas.

Asimismo, en el Art. 19 se establece que se puede ordenar al proveedor de servicios, previa solicitud a la autoridad judicial competente, que revele información que tenga en su poder a efectos de poder identificar al presunto infractor, con límite en la divulgación de información considerada por el juez como datos íntimos o sensibles, o no relevantes para el juicio.

Finalmente, establece en su Art. 20 el deber de indemnizar a quien se le haya impuesto indebidamente una de estas medidas, si sufre daño producto del abuso del procedimiento, entre otros, por la presentación de información falsa respecto de infracciones a los derechos de autor.

4.3.2 Críticas

La primera crítica que se debe hacer a esta normativa es su carácter de Reglamento, norma de naturaleza infralegal que en consecuencia incumple con la prueba tripartita establecida por las relatorías de Libertad de Expresión de los Organismos Internacionales y, en consecuencia, infringe normas de Derechos Internacionales de Derechos Humanos.

Aun cuando la norma pareciera establecer medidas razonables, el hecho de que haya sido implementada por medio de las potestades reglamentarias del poder Ejecutivo costarricense, esta escapó del debate democrático. No obstante la sujeción del reglamento a consulta pública de su anteproyecto por el plazo de diez días hábiles desde su publicación, conforme a lo señalado en el punto VI de su preámbulo, esto no puede reemplazar a la discusión hecha por los representantes del poder legislativo propia de sociedades democráticas. Así, esta norma en su entrada en vigencia fue sujeta a críticas políticas, como por ejemplo, la del diputado del Frente Amplio, José María Villalta, quien declaró al semanario Universidad de Costa Rica que “(desde el poder Ejecutivo) Pretenden burlar del todo a la Asamblea Legislativa, pues se trata de una nueva

ley de implementación, sobre la cual no informaron, y ahora la pasan por decreto"²⁷⁴.

En cuanto al fondo de la regulación, esta contiene algunos elementos que denotan mala técnica legislativa, y que introducen incertidumbre. Por ejemplo, que respecto de su ámbito de aplicación esta señala que se aplicará a los proveedores de servicio que se sometan voluntariamente a sus reglas, lo cual implicará que los usuarios de internet no tengan claro *a priori* que si las medidas se aplican o no, lo cual puede tener efectos inhibitorios de la expresión. Si bien esta norma parece apuntar a la voluntariedad con que los intermediarios pueden seguir o no los requisitos para acogerse a un puerto seguro de exclusión de responsabilidad, la mala redacción de la misma genera dudas legítimas sobre su interpretación.

Más allá de esos defectos, la ley establece elementos de balance suficientes como para considerar que se respetan los derechos de los usuarios, titulares de derechos y proveedores de servicios, a saber: que establece plazos razonables en el sistema de *notice and notice*; que exige requisitos formales detallados, y sanciona civil y penalmente el abuso de ambos sistemas; que se exija en el

²⁷⁴ CHACÓN, Vinicio. 2012. Temen que decreto limite actividad en Internet. Semanario Universidad de Costa Rica, 2 de Febrero [en línea] < <http://semanariouniversidad.ucr.cr/pais/temen-que-decreto-limite-actividad-en-internet/> > [consultado el 14 de noviembre de 2015]

procedimiento judicial que se afecte el acceso a contenidos legítimos, y que al momento de adoptar las medidas debe adoptar criterios de decisión que incluyan la revisión conforme a la sana crítica de que mecanismo supondrá la menor carga para el proveedor de servicios y menor daño al titular de derechos, así como la existencia de medidas lo menos onerosas posibles y que sean comparativamente efectivas.

Asimismo, la posibilidad de revisión judicial de las comunicaciones del procedimiento de *notice and notice* denominado como de colaboración, en caso de que el usuario conteste la comunicación, supone la existencia de un control a su utilización abusiva.

4.4 Paraguay

4.4.1 Análisis de la Ley 4.868

En el caso de Paraguay, la responsabilidad de los intermediarios en internet se reguló por medio de la Ley N° 4868, publicada el 26 de febrero de 2013, cuya reglamentación fue publicada el 27 de enero de 2014, luego del vencimiento del plazo de 90 días establecido en el Art. 43 de la ley.

Como señala la ley en su artículo primero, esta tiene por objeto principal regular el comercio y la contratación electrónica, regulando asimismo materias de responsabilidad de intermediarios y de derechos del consumidor.

En cuando a la responsabilidad de los intermediarios en internet, denominados aquí como proveedores de servicio, la regula no sólo respecto de infracciones a los derechos de autor, sino que lo hace en general, en sus artículos 2 (definiciones), y en su capítulo III, Arts. 11 al 19. En estas no especifica en que consiste la exclusión legal de responsabilidad, utilizando la expresión 'no será (considerado) responsable', lo cual hace suponer que se refiere a toda responsabilidad.

En primer lugar, establece cuatro categorías de proveedores de servicios, consistentes en los proveedores de servicio de intermediación²⁷⁵, de alojamiento de datos, de enlace²⁷⁶ y de copia temporal.

Además, en su Art. 19 establece como requisito general para acceder a la exclusión de responsabilidad la designación de un representante para la recepción de notificaciones de reclamos por infracción a terceros, incluyendo en su sitio *web*, en una ubicación accesible al público, la información de contacto. Asimismo, deberán proporcionar a la autoridad de aplicación (El Ministerio de Industria y Comercio, conforme al Art. 2 del Reglamento) el nombre, domicilio, correo electrónico y demás información de contacto pertinente, a efectos de constituir un domicilio especial para los fines de la ley.

En cuanto a los requisitos específicos, exige a los proveedores de servicios de intermediación que se mantengan como mero conducto de la información, al disponer el Art. 11 que la transmisión no sea originada por ellos, que no modifiquen los datos ni realicen la selección de estos o sus destinatarios. Sin

²⁷⁵ Conforme a la definición dada en el artículo 2 f) de la Ley, “es toda persona física o jurídica que presta el servicio de acceso a Internet. Están incluidos en estos servicios el almacenamiento automático, provisional y temporal de esta información, realizado con la única finalidad de permitir o hacer más eficaz la transmisión”.

²⁷⁶ Definidos en el Art. 2 c) como “toda persona física o jurídica que facilita enlaces a otros contenidos, inclusive en los suyos, directorios o instrumentos de búsqueda de contenidos”.

perjuicio de la exclusión de responsabilidad, un tribunal o autoridad administrativa podrá exigir poner fin o impedir una infracción.

Respecto de los servicios de alojamiento de datos, el Art. 12 señala que se los excluirá de responsabilidad en caso que el destinatario del servicio no actúe bajo la dirección del proveedor; que mientras el proveedor no tenga conocimiento de la ilicitud de la actividad o información y que en cuanto lo adquiera, actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea razonablemente bloqueado.

En cuanto a los proveedores de enlace, el Art. 13 señala que no serán responsables siempre que el usuario no opere bajo la dirección, autoridad o control del proveedor de servicios, y a la vez, que el proveedor no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o información es ilícita, y que apenas lo tenga, actúe con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

En cuanto a los proveedores de servicios de copia temporal, conforme dispone el Art. 14, no serán responsables si no modifican la información, permiten el acceso sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones de acceso, y que retiren o hagan imposible el acceso a la información apenas tengan conocimiento efectivo de que esta: i) ha sido retirada del lugar en que se

encontraba inicialmente; ii) se ha imposibilitado el acceso a ella, o; iii) que un tribunal o autoridad competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

En cuanto a la exigencia de conocimiento efectivo de la infracción, esta es definida en general por el Art. 18, que señala que este se tendrá cuando se reciba notificación de la infracción en virtud de la ley, de parte de un órgano competente, sea administrativo o judicial, de la declaración de ilicitud de los datos, ordenando el retiro o la imposibilitación del acceso a los mismos. Esto se entenderá sin perjuicio de los mecanismos de detección y retiro de contenidos que los proveedores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios, u otros medios de conocimiento efectivo que pudieran implementarse.

No obstante los requisitos generales para acceder a un puerto seguro que excluya la responsabilidad, se establece en el artículo 16 una norma especial referente a derechos de autor, conexos y derechos de propiedad industrial. Esta norma permite que un tercero, que es titular de estos derechos, pueda solicitar a los proveedores que han hecho posible la divulgación o publicación de un contenido protegido, que retiren el contenido de internet, en virtud de un mecanismo de retiro que deberán establecer los proveedores de servicio, el que deberá ser de carácter público y accesible a cualquier usuario.

4.4.2 Críticas

El principal problema de la ley es su indeterminación en varios aspectos; este problema de técnica legislativa puede causar graves efectos inhibitorios sobre la libertad de expresión, los que no fueron solucionados con la dictación del reglamento de la ley.

Esta indeterminación se manifiesta, por ejemplo, en la determinación del conocimiento efectivo de la infracción por parte del proveedor de servicios, el que por regla general se tendrá luego de una notificación hecha por la autoridad administrativa o judicial competente, la que no es definida en la ley, sino en el reglamento, que indica en su Artículo 2 que corresponde al Ministerio de Industria y Comercio.

Además, la norma sobre conocimiento efectivo tiene amplísimas excepciones en el Art. 18, que en la práctica tienden a hacer irrelevante la exigencia de la notificación de autoridad competente, pues permiten la adopción de acuerdos voluntarios y de otros medios que pudieran implementarse, lo cual supone un incentivo para adoptar procedimientos simplificados y exentos del control de la autoridad competente.

Asimismo, no está clara la naturaleza de la solicitud, ni ningún requisito formal para su emisión, ni plazos, instancias de revisión, sanciones ante su abuso, etc., quedando a discrecionalidad de los titulares de contenido el alcance de su solicitud.

Finalmente, la ley establece una excepción a las reglas generales que puede entenderse como un mecanismo de conocimiento efectivo, referente a la solicitud hecha por el titular de derechos de autor, conexos o de propiedad industrial al proveedor de servicios, para que retire contenido que infrinja estos derechos. La determinación de este mecanismo es discrecional a los proveedores de servicio en internet, funcionando como un sistema privado de notificación y bajada de contenidos, exento de control alguno respecto de la forma, ignorando en absoluto cualquier preocupación por los derechos de los usuarios.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES

A lo largo de esta investigación, hemos visto que, desde los inicios de internet, los intermediarios han jugado un rol clave para el acceso de los usuarios, y por tanto, para el desarrollo de nuevas formas de expresión. Asimismo, esto supuso nuevos desafíos para la regulación, de modo de combatir determinados riesgos, como es el caso de la mayor facilidad para realizar y difundir copias de obras protegidas por derechos de autor.

Luego de un período de incertidumbre legal, en 1998 se dictó la DMCA en los Estados Unidos de América, que introdujo por primera vez un sistema de exclusión de responsabilidad para los intermediarios a través del cumplimiento de requisitos legales que los colocaban en un puerto seguro, sistema que sirvió para garantizar posteriores innovaciones que fueron forjando el internet que conocemos en la actualidad. Como parte de la agenda de Libre Comercio internacional, regulaciones de este tipo se exportaron a Latinoamérica.

No obstante, la regulación original de la DMCA adolece de graves fallas en su diseño, en la medida que fue principalmente un acuerdo entre dos industrias: la de contenidos, vale decir, los grandes titulares de *copyright* y la de proveedores

de servicios en internet, sin considerar la eventual afectación de derechos de los usuarios.

Los problemas de la DMCA, detallados en el capítulo II, implican grandes afectaciones a la libertad de expresión en el ámbito de internet, tanto por la incertidumbre generada por el sobre alcance de las regulaciones, que pueden impedir la permanencia en internet de expresiones legítimas por error, como por el hecho de que esta regulación se ha utilizado derechamente con fines distintos a la protección de los derechos de autor en línea, siendo utilizada abusivamente, como instrumento de censura.

Por otra parte, se realizó un análisis de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos relevantes, así como de las opiniones sostenidas en diversos reportes por las relatorías especiales de libertad de expresión, de la ONU (2011), y la OEA (2013), y la declaración conjunta de 2011, así como las opiniones de la Sociedad Civil recogidas en los Principios de Manila (2015): de estos análisis, resulta evidente la existencia de conflictos entre las normas de exclusión de responsabilidad de los intermediarios en internet y el derecho a la libertad de expresión de los usuarios de sus servicios, existiendo un balance desfavorable hacia estos últimos, en la medida que las normas existentes, si bien no constituyen restricciones previas a la libertad de expresión, pueden

adolecer de defectos de legalidad, proporcionalidad y de falta de consideraciones de debido proceso, que las constituyan en restricciones indirectas a la libertad de expresión, conforme a los términos del artículo 13.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Asimismo, de este análisis es posible extraer factores determinados para la construcción de un estándar de evaluación de estos sistemas que considere a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos relativas a la libertad de expresión y el debido proceso como centrales, de modo de poder tanto evaluar los sistemas existentes, como hacer propuestas *de lege ferenda*, considerando que los sistemas de exclusión de responsabilidad de los intermediarios a través de mecanismos de notificación y bajada siguen siendo parte del debate político, principalmente a través de los capítulos de propiedad intelectual de los tratados de libre comercio.

Dicho esto, procederemos a enunciar y explicar brevemente los principios que, a lo menos, deberían regular a estos sistemas conforme al análisis ya hecho:

i) Principio de Legalidad: Estos mecanismos deben estar establecidos por ley, la cual deberá ser clara y precisa, y accesible al público. Esto supone, por ejemplo, que esta norma legal establezca de modo claro las eventuales

responsabilidades del intermediario en caso de fallar en cumplir con los requisitos del puerto seguro.

ii) Principio de Reserva Judicial: Para que proceda el retiro de contenido, la solicitud del titular de derechos debe ser evaluada por una autoridad judicial independiente.

iii) Principio de Necesidad: Las solicitudes de retiro deberán realizarse sólo a efectos de cumplir con fines legítimos, como lo es el proteger los derechos de autor. Así, los mecanismos deben contemplar un análisis de las posibles excepciones o limitaciones al derecho de autor, así como previsiones contra las solicitudes abusivas o de mala fe.

iv) Principio de Proporcionalidad: El retiro de contenidos debe hacerse a través de los mecanismos técnicos lo menos restrictivos posibles, y limitarse sólo al espacio geográfico y temporal necesario para que la orden tenga efecto, y al lugar en internet donde esté ubicado el contenido ilícito.

v) Principio de Debido Proceso: Los mecanismos de retiro de contenido deben contemplar los derechos tanto del intermediario como del usuario que subió el contenido ilícito a contestar la solicitud, como a recurrir la resolución que ordene el contenido. Asimismo, los sistemas deben estar diseñados de modo que

permitan un proceso expedito, que no afecte de sobremanera los derechos del titular de contenido.

Así, tanto la doctrina, como los informes de relatores especiales de libertad de expresión, como la sociedad civil, han considerado que los sistemas de exclusión de responsabilidad de intermediarios que suponen mecanismos judiciales de notificación y bajada de contenidos, son los que mejor cumplen con esta serie de estándares.

Del análisis de las legislaciones en la materia en Latinoamérica, podemos ver una disparidad enorme entre los sistemas de Chile, Costa Rica y Paraguay, como detallaremos a continuación.

En primer lugar, en el ámbito de la legalidad, el cumplimiento es disímil entre los países, siendo Chile el único país que cumple con los requisitos de legalidad formal y sustancial en su sistema de notificación judicial y retiro, fallando en cuanto a la falta de claridad sobre las consecuencias legales para los usuarios respecto de las comunicaciones del Art. 85 U. Costa Rica, por su parte, falla en cuanto a la legalidad formal, al regular esta materia en un reglamento, aunque en el ámbito sustancial posee una regulación detallada, sin perjuicio del problema respecto a la determinación del ámbito de aplicación de la norma en el Art. 2. Finalmente, Paraguay sólo cumple el requisito en su ámbito formal, al

regular la materia por ley, fallando gravemente en cuanto al fondo de la misma, la cual no detalla los procedimientos para el retiro de contenidos, dejando al arbitrio de cada intermediario su diseño e implementación y el establecimiento de otro tipo de mecanismos para determinar el conocimiento efectivo.

En cuanto a la exigencia de reserva judicial para el retiro de contenidos, esta se cumple sólo en Chile, en cuanto el Art. 85 U, si bien establece un procedimiento de notice and notice, este no exige al usuario el retiro del contenido, el que sólo se puede solicitar en el procedimiento de notificación judicial. En el caso de Costa Rica, se permite el retiro de contenidos o la terminación de cuentas por parte del intermediario si el usuario no contesta o ignora la comunicación en los plazos indicados. Por su parte, en Paraguay la autoridad que determina el conocimiento efectivo de la infracción es un órgano administrativo, sin perjuicio de que en materias de propiedad intelectual se establece un sistema de notificación y retiro privado, cuya implementación quedó a cargo de los mismos privados, sin ninguna exigencia legal, lo cual podría derivar en graves problemas de debido proceso.

En cuanto a la necesidad de las medidas, los tres países cumplen con proteger objetivos legítimos en el marco del PIDCP y de la Convención Americana de Derechos Humanos, puesto que se establecieron en el marco de asegurar la

protección a derechos legítimos de terceros, como es el caso de los derechos de autor.

Respecto al requisito de proporcionalidad de las medidas, este se cumple en la ley chilena y en el reglamento costarricense. Ambas normas contienen provisiones que exigen la debida identificación del titular de derechos, la infracción que se alega, y la debida identificación y localización del contenido infractor, lo que evita el envío de solicitudes de retiro de contenido demasiado amplias. Asimismo, ambos países sancionan el abuso de estos sistemas mediante el envío de información falsa y contienen disposiciones que exigen considerar la carga relativa para el prestador de servicios, su factibilidad técnica y la existencia de medidas menos gravosas para asegurar el derecho reclamado. En el caso de Paraguay, la legislación tiene un nivel de indeterminación tan grande que no ofrece ninguna garantía respecto a la utilización desproporcionada o abusiva de los mecanismos de retiro de contenido.

En lo relativo a las exigencias de debido proceso, estas se cumplen en los sistemas de notificación y bajada judicial de Chile y Costa Rica. Estas someten la resolución del conflicto a una autoridad independiente e imparcial, en un procedimiento reglado por ley, el que permite que los afectados puedan contestar las solicitudes.

No obstante ser necesario el análisis de las legislaciones comparadas en Latinoamérica, este pierde alguna relevancia en la medida que en la práctica han sido de casi nula aplicación, siendo desplazadas en general por la utilización de la DMCA norteamericana, fenómeno que podría explicarse en parte por los incentivos para su uso, como son la celeridad en su tramitación, o la falta de una revisión independiente de las solicitudes, que garantiza una gran probabilidad de éxito en la retirada del contenido; como por el hecho de que las industrias titulares de *copyright* están en gran parte radicadas en los Estados Unidos de América, así como lo están la mayoría de los grandes intermediarios de Internet.

En ese sentido, resulta evidente la necesidad de una reforma a la DMCA, de modo que esta norma cumpla con los requisitos de Derechos Humanos para las restricciones legítimas a la libertad de expresión. En concreto, el principal problema de esta norma, es que establece un sistema de notificación y bajada de contenidos a cargo de privados, lo que no ofrece garantías de imparcialidad e independencia en la decisión sobre el retiro de contenidos, puesto que el interés primordial de los privados es acceder al puerto seguro de exclusión de responsabilidad y no el tomar decisiones justas. Asimismo, en el caso de la DMCA, se genera un problema de desproporcionalidad de la medida que restringe la expresión, en la medida que la sección 512(g) de esta norma libera

de responsabilidad a los intermediarios por el retiro de contenidos aparentemente infractores si esta se realiza de buena fe, lo que implica que en la práctica se retiren por defecto los contenidos, los que se podrán restablecer sólo después de que el usuario envíe una contra notificación.

Así las cosas, lo más necesario a efectos de crear balances que consideren los derechos de los usuarios en internet, sería una reforma de la DMCA norteamericana, en particular para reducir el envío de solicitudes escasamente fundadas o hechas de mala fe. También sería necesario revisar algunas legislaciones latinoamericanas que tienen fallas de diseño, como sucede en gran medida con la legislación paraguaya, y en menor medida con el reglamento costarricense.

De todos modos, ninguna reforma legal bastará por sí sola para solucionar los problemas asociados a la infracción de derechos de autor en línea, puesto que los denominados 'piratas' siempre encontrarán nuevos métodos para subir contenidos ilícitos. Una posible solución del problema por parte de la industria de contenidos debería contemplar facilidades para que los usuarios de internet consuman legalmente sus obras, eliminando barreras de acceso geográficas, temporales, de medios de pago, entre otras. Recurrir solamente al retiro masivo de contenidos protegidos por derechos de autor no puede ser la única alternativa para el desarrollo de la industria de contenidos.

BIBLIOGRAFIA

1. DOCTRINA

ÁLVAREZ, Daniel. 2004. Libertad de Expresión en Internet y el control de Contenidos Ilícitos y Nocivos. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago. Universidad de Chile

ÁLVAREZ, Daniel. 2011. The Quest for a Normative Balance: The Recent Reforms to Chile's Copyright Law. Policy Brief 12. International Centre for Trade and Sustainable Development. 13 pp. [en línea] <<http://web.uchile.cl/archivos/derecho/CEDI/Art%EDculos/the-quest-for-a-normative-balance-the-recent-reforms-to-chilee28099s-copyright-law.pdf>> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

BARROS BOURIE, Enrique. 2006. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1230 pp.

BERTONI, Eduardo, y SADINSKY, Sophia. 2015. The use of the DMCA to stifle free expression. Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías, Universidad de los Andes (Colombia), 13:1-21. [en línea] <https://derechoytics.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoytics/ytics199.pdf> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

BOTERO, Catalina. 2013. Libertad de expresión e Internet. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 93 pp. [en línea] <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_WEB.pdf> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

BROWN, Brandon. 2008. Fortifying the Safe Harbors: Reevaluating the DMCA in a Web 2.0 World. Berkeley Technology Law Journal, Vol. 23(1):437-467. [en línea] <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=btlj>> [consultado el 15 de marzo de 2016].

CERDA, Alberto. 2014. Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet por infracción a los derechos de autor en línea. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. [en línea]

<<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/930/837>> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS. 2011. Observación general N° 34. CCPR/C/GC/34. Organización de las Naciones Unidas.

CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. 2008. Resolución 7/36 Mandato del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión. Organización de las Naciones Unidas.

CORTÉS CASTILLO, Carlos. 2013. Las llaves del ama de llaves: La estrategia de los intermediarios en Internet y el impacto en el entorno digital. Buenos Aires. CELE Universidad de Palermo. 25 pp. [en línea] <<http://www.palermo.edu/cele/pdf/LasLlavesDelAmaDeLlaves.pdf>> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

COTTER, Thomas. F. 2006. Some Observations on the Law and Economics of Intermediaries. Michigan State Law Review, vol. 1 (67):67-82. [en línea] <http://www.ibrarian.net/navon/paper/SOME_OBSERVATIONS_ON_THE_LAW_AND_ECONOMICS_OF_INT.pdf?paperid=11989423> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

DI MARTINO ORTIZ, Rosa Elena María. 2014. Comercio electrónico en Paraguay: alcanzando metas. En: 14° Simposio Argentino de Informática y Derecho, SID 2014. Buenos Aires, Universidad de Palermo: 66-80 [en línea] <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/42110/Documento_completo.pdf?sequence=1> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

EDWARDS, Lilian. 2011. The role and responsibility of intermediaries in the field of copyrights and related rights. WIPO. [en línea] <http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet_intermediaries_final.pdf> [consultado el 10 de marzo de 2016]. 73 pp.

FOSTERING FREEDOM online: The role of internet intermediaries. 2014. Por MACKINNON, Rebeca et al. Paris, UNESCO. 211 pp. [en línea] <<http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002311/231162e.pdf>> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

HAMDANI, Assaf. 2002. Who's Liable for Cyberwrongs. Cornell Law Review. Vol. 87(4):901-957 [en línea] <<http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol87/iss4/1>> [consultado el 16 de marzo de 2016]

HERCOVICH MONTALBA, Matías. 2013. Responsabilidad de los ISP por contenidos ilícitos o infractores de terceros. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 2(1):113-148. [en línea] <<http://www.rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/viewFile/25889/28936>> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

KRAAKMAN, Reinier H. 1986. Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy. *Journal of Law, Economics & Organization*. Vol. 2(1): 53-104.

KREIMER, Seth. 2006. Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries and the Problem of the Weakest Link. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 155(11):11-101. [en línea] <[https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume155/issue1/Kreimer155U.Pa.L.Rev.11\(2006\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume155/issue1/Kreimer155U.Pa.L.Rev.11(2006).pdf)> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

LA RUE, Frank. 2011a. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/66/290. Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. [en línea] <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/449/78/PDF/N1144978.pdf?OpenElement>> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

LA RUE, Frank. 2011b. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, A/HRC/17/27. Organización de las Naciones Unidas. [en línea] <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G11/132/01/PDF/G1113201.pdf?OpenElement>> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

LIDLAW, Emily B. 2010. A framework for identifying Internet Information Gatekeepers. *International Review of Law, Computers & Technology*, Vol. 24(3):263-276. [en línea] <https://ueaeprints.uea.ac.uk/29193/1/A_Framework_for_Identifying_Internet_Information_Gatekeepers.pdf> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

LEHMAN, Bruce. 1995. Intellectual Property and the National Information Infrastructure. The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights. Washington D.C. Information Infrastructure Task Force. 267 pp.

LITMAN, Jessica. 2006. Digital Copyright. New York. Prometheus Books. 216 pp.

MELÉNDEZ HUARBE, Hiram A. 2012. Intermediarios y libertad de expresión: Apuntes para una conversación. En: BERTONI, Eduardo (compilador). Hacia

una Internet libre de censura: Propuestas para América Latina. Buenos Aires. CELE Universidad de Palermo. pp 109-123.

OECD. 2010. The economic and social role of Internet intermediaries. [En línea] <www.oecd.org/internet/ieconomy/44949023.pdf> [Consulta: Octubre de 2015] 49p.

OXERA CONSULTING LLP. 2015. The economic impact of safe harbours on Internet intermediary start-ups. [En línea] <<http://www.oxera.com/getmedia/cba1e897-be95-4a04-8ac3-869570df07b1/The-economic-impact-of-safe-harbours-on-Internet-intermediary-start-ups.pdf.aspx?ext=.pdf>> [consultado el 3 de noviembre de 2015]

PEGUERA POCH, Miguel. 2007. La Exclusión de responsabilidad de los Intermediarios en Internet. Granada. Editorial COMARES. 381 pp.

RUIZ GALLARDO, Claudio y LARA GALVEZ, Juan Carlos. 2012. Responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (ISPs) en relación con el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en Latinoamérica. En: BERTONI, Eduardo (compilador). Hacia una Internet libre de censura: Propuestas para América Latina. Argentina. Universidad de Palermo. pp 45-108.

SCHAUER, Frederick. 1978. Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect. Boston University Law Review 58:685-732. [en línea] <<http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2010&context=facpubs>> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

SELTZER, Wendy. 2008. The Politics of Internet Control and Delegated Censorship. American Society of International Law. [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1496056> [consultado el 17 de marzo de 2016]

SELTZER, Wendy. 2010. Free Speech Unmoored in Copyright's Safe Harbor: Chilling Effects of the DMCA on the First Amendment. Harvard Journal of Law and Technology, vol 24(1):171-232. [en línea] <<http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v24/24HarvJLTech171.pdf>> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

SENG, Daniel. 2014. The State of the Discordant Union: An Empirical Analysis of DMCA Takedown Notices. Virginia Journal of Law & Technology, vol. 18(3):369-473. [en línea] <http://www.vjolt.net/vol18/issue3/v18i3_2-Seng.pdf> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

THE MANILA PRINCIPLES on Intermediary Liability Background Paper version 1.0. 2015. 61p. [En línea]
<https://www.eff.org/files/2015/07/08/manila_principles_background_paper.pdf>
[Consulta: 10 Octubre de 2015]

TUSHNET, Rebecca. 2008. Power Without Responsibility: Intermediaries and the First Amendment. The George Washington Law Review, vol. 76(4):101-131. [en línea]
<http://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1078&context=fwps_papers> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

URBAN, Jennifer M., y QUILTER, Laura. 2005. Efficient Process or “Chilling Effects”? Takedown Notices under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act. Santa Clara High Technology Law Journal, Vol. 22(4):621-693. [en línea]
<<http://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1413&context=htmlj>> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

ZITTRAIN, Jonathan. 2006. A History of Online Gatekeeping. Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 19(2):253-298. [en línea]
<<http://jolt.law.harvard.edu/articles/pdf/v19/19HarvJLTech253.pdf>> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

2. LEGISLACIÓN Y TRATADOS INTERNACIONALES

CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. DFL 1, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil, de la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil, de la Ley N° 17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la Ley N° 16.618, Ley de menores, de la Ley N° 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, y de la Ley N° 16.271, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones.

CHILE. Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual. Boletín 5012-03. [En línea]
<<https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=5191&prmTIPO=INICIATIVA>>
[consulta: 15 de octubre de 2015].

CHILE. Ministerio de Educación 2010. Ley 20.435: Modifica la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual.

COSTA RICA. Congreso Constitucional de la República. 1885. Ley N° 30, Código Civil. [en línea] <www.hacienda.go.cr/centro/datos/Ley/Ley%2063-Código%20Civil.DOC> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

COSTA RICA. Ministerio de Comercio Exterior, Ministerio de Justicia y Paz. 2011. Reglamento sobre la limitación a la responsabilidad de los proveedores de servicios por infracciones a Derechos de Autor y Conexos de Acuerdo con el Artículo 15.11.27 del Tratado de Libre Comercio República Dominicana-Centroamérica- Estados Unidos. N° 36880-COMEX-JP. [en línea] <https://www.rnpdigital.com/derechos_autor/documentos/da_normativa/da_decretos/Reglamento%20sobre%20la%20limitacion%20a%20la%20responsabilidad%20de%20los%20proveedores%20de%20servicios%20por%20infracciones%20a%20Derechos.pdf> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. 1998. 17 U.S.C. § 512. Digital Millenium Copyright Act, Title II Online Copyright Infringement Liability Limitation Act.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. 1997. 347 U.S.C. § 230. Communications Decency Act.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. 1969. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 1948. Declaración Universal de Derechos Humanos. Asamblea General

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asamblea General.

PARAGUAY. Congreso de la Nación. 1985. Ley N° 1183/85, Código Civil del Paraguay. [en línea] <http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Paraguay.pdf> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

PARAGUAY. Poder Legislativo. 2013. Ley 4.868. Comercio Electrónico. [en línea] <http://www.paraguay.gov.py/documents/10179/1494832/ley_4868_comercio_electrnico_26-02-13.pdf/67a7eae6-a9ed-4201-af05-74c89c0e7f6a> [consultado el 15 de noviembre de 2015]

PARAGUAY. Ministerio de Industria y Comercio. 2014. Decreto N° 1165. Por el cual se aprueba el reglamento de la Ley N° 4.868 del 26 de febrero de 2013 “de Comercio Electrónico”. [en línea] <http://www.paraguay.gov.py/documents/10179/1494832/decreto_1165_2014>

[ce0.pdf/6a4be12e-6e38-4495-bf4e-391fc6f47832>](#) [consultado el 15 de noviembre de 2015]

3. JURISPRUDENCIA

Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, Estados Unidos. “Lenz v. Universal Music Corp”. 14 de septiembre de 2015 (opinión confirmando el fallo de la Corte de Distrito) [en línea] <<http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2015/09/14/13-16106.pdf>> [consultado el 11 de noviembre de 2015]

Corte de Distrito para el Distrito Norte de California, Estados Unidos. “Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communications Services Inc”, 21 de noviembre de 1995. [En línea] <https://www.law.cornell.edu/copyright/cases/907_FSupp_1361.htm> [consultado el 14 de noviembre de 2015].

Corte de Distrito para el Distrito Norte de California, Estados Unidos. “Sega Enterprises Ltd. v. Maphia”, 18 de diciembre de 1996. [en línea] <<http://digital-law-online.info/cases/41PQ2D1705.htm>> [consultado el 14 de noviembre de 2015].

Corte de Distrito para el Distrito Norte de California, Estados Unidos. “Online Policy Group v. Diebold, Inc.”, 30 de septiembre de 2004 (Orden concediendo en parte y denegando en parte mociones cruzadas de juicio sumario) [en línea] <https://www.eff.org/files/filenode/OPG_v_Diebold/opg_v_diebold_ruling.pdf> [consultado el 11 de noviembre de 2015]

Corte de Distrito para el Distrito Norte de California, Estados Unidos. “Automattic Inc. et al. v. Steiner », 2 de marzo de 2015 (orden adoptando el reporte y las recomendaciones del magistrado, y concediendo fallo en rebeldía) [en línea] <<https://cases.justia.com/federal/district-courts/california/candce/4:2013cv05413/272130/37/0.pdf?ts=1425375244>> [consultado el 11 de noviembre de 2015]

Corte de Distrito para el Distrito Norte de Illinois, Estados Unidos.. “Marobie-FL Inc. v. National Association of Fire Equipment Distributors”. 13 de noviembre de 1997. [en línea] <<http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/983/1167/1989682/>> [consultado el 14 de noviembre de 2015].

Corte de Distrito para el Distrito Norte de Ohio, Estados Unidos. “Playboy Enterprises Inc. V. Russ Hardenburgh Inc.”, 25 de noviembre de 1997. [en línea] <<http://www.internetlibrary.com/pdf/Playboy-Russ-Hardenburgh-Inc.pdf>> [consultado el 14 de noviembre de 2015].

Corte de Apelaciones de Concepción, Chile. “Orlando Fuentes Siade c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones Entel S.A.”. 6 de diciembre de 1999 (Acción de Protección).

Corte de Apelaciones de Concepción, Chile. “Paulina Fuentes Almendra y otro c/ Entel S.A.”, 21 de diciembre de 2007 (Sentencia sobre recurso de apelación).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. “La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, 1985 (Opinión consultiva).

4. SITIOS WEB Y NOTICIAS.

CHACÓN, Vinicio. 2012. Temen que decreto limite actividad en Internet. Semanario Universidad de Costa Rica, 2 de Febrero [en línea] <<http://semanariouniversidad.ucr.cr/pais/temen-que-decreto-limite-actividad-en-internet/>> [consultado el 14 de noviembre de 2015]

CENTER FOR INTERNET AND SOCIETY, 2016. WORLD INTERMEDIARY LIABILITY MAP (WILMAP) [en línea] <http://cyberlaw.stanford.edu/our-work/projects/world-intermediary-liability-map-wilmap> [consultado: 15 de julio de 2016].

CUSHING, Tim. 2015. Guy Sues Google And Bing For Returning Photos Of Him In Search Results. TechDirt [en línea] <<https://www.techdirt.com/articles/20151010/10534332496/guy-sues-google-bing-returning-photos-him-search-results.shtml>> [consultado el 11 de noviembre de 2015]

GOOGLE. 2014. How Google Fights Piracy [en línea] <<https://drive.google.com/file/d/0BwxyRPFduTN2NmdYdGdJQnFTeTA/view>> [consultado el 10 de noviembre de 2015] 25 pp.

GOOGLE TRANSPARENCY REPORT. 2015. Requests to remove content due to copyright. FAQ.

[en línea] <<https://www.google.com/transparencyreport/removals/copyright/faq/>> [consultado el 10 de noviembre de 2015]

HIGGINS, Parker. 2013. Prince Inducted Into Takedown Hall of Shame With New Lifetime Aggrievement Award. EFF Deeplinks Blog, 7 de mayo [en línea] <<https://www.eff.org/deeplinks/2013/05/prince-inducted-takedown-hall-shame-new-lifetime-aggrievement-award>> [consultado el 11 de noviembre de 2015].

LEAL, Christian. 2015. Polémica luego de que la UDI eliminara de YouTube video que parodiaba su campaña contra el aborto. Biobiochile.cl, Concepción, Chile, 22 de agosto [en línea] <<http://www.biobiochile.cl/2015/08/22/polemica-luego-de-que-la-udi-eliminara-de-youtube-video-que-parodiaba-su-campana-contra-el-aborto.shtml>> [consultado el 11 de noviembre de 2015]

LICHTER, Susanna. 2013. Unwanted Exposure: Civil and Criminal Liability for Revenge Porn Hosts and Posters. Harvard Journal of Law and Technology Digest, [en línea] <<http://jolt.law.harvard.edu/digest/privacy/unwanted-exposure-civil-and-criminal-liability-for-revenge-porn-hosts-and-posters>> [consultado el 11 de noviembre de 2015].

LUMEN DATABASE. 2015. About Us. [en línea] <<https://lumendatabase.org/pages/about>> [consulta: 9 de noviembre 2015]

MERRIAM-WEBSTER INC. 2015. Merriam-Webster Dictionary [en línea] <<http://www.merriam-webster.com/>> [consultado el 16 de noviembre de 2015]

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2014. Diccionario de la Lengua Española. [en línea] < <http://dle.rae.es/>> [consultado el 1 de octubre de 2015]

SUTTON, Maira. 2014. State Censorship by Copyright? Spanish Firm Abuses DMCA to Silence Critics of Ecuador's Government. EFF Deeplinks Blog, Estados Unidos, 15 de mayo [en línea] <<https://www.eff.org/deeplinks/2014/05/state-censorship-copyright-spanish-firm-abuses-DMCA>> [consultado el 11 de noviembre de 2015]

VAN DER SAR, Ernesto. 2015. NBC Universal Tries to Censor TorrentFreak's News About Leaked Films. TorrentFreak, 19 de agosto [en línea] <<https://torrentfreak.com/nbc-universal-tries-censor-news-leaked-films-150301/>> [consultado el 11 de noviembre de 2015].

VAN DER SAR, Ernesto. 2015b. Spammers Flood Google with Fake Takedown Notices. TorrentFreak, 19 de septiembre [en línea]

<<https://torrentfreak.com/spammers-flood-google-with-fake-takedown-notices-150919/>> [consultado el 11 de noviembre de 2015]

WHITE, Ken. 2013. Rotolight Tries To Unring The Censorious Bell. Popehat, Estados Unidos, 1 de Agosto [en línea] <<https://popehat.com/2013/08/01/rotolight-tries-to-unring-the-censorious-bell/>> [consultado el 11 de noviembre de 2015].